Sumário

EDITORIAL

EDITORIAL
Pablo Jiménez Serrano **1-3**

PUBLICAÇÕES

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO AO ENSINO SUPERIOR: uma análise do contexto brasileiro nos últimos 20 anos
Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra **4-18**

A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
José Antonio Remedio, Sidney Antonio da Costa **19-37**

DIREITOS HUMANOS E MOVIMENTOS SOCIAIS QUILOMBOLAS NA PERSPECTIVA DE CASOS SUBMETIDOS À CORTE INTERAMERICANA
Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Marlise da Rosa Luz, MsC **38-58**

A PREVIDÊNCIA SOCIAL E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL: a desnecessidade da reforma previdenciária
Daisy Rafaela da SILVA, Mariana Reis Caldas **59-74**

A ABORDAGEM DAS CAPACITAÇÕES (CAPABILITIES) E A JUSTIÇA SOCIAL: uma alternativa à teoria das necessidades básicas e à teoria das necessidades humanas
Neuro José Zambam, Karen Beltrame Becker Fritz **75-89**

RESSOCIALIZAÇÃO ATRAVÉS DO SERVIÇO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO
Ilton Garcia COSTA, Camila Maria Rosa **90-106**

POLÍTICAS PÚBLICAS E JURISDIÇÃO: ENLACES E DESENLACES
Victor Saldanha Priebe, Daniel Dottes de Freitas **107-126**

A EDUCAÇÃO E A CONSCIENTIZAÇÃO PARA A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE PARTINDO DOS PENSAMENTOS E CONCEITOS DE PAULO FREIRE E DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988
Nicolau Cardoso Neto, Maralice Cunha Verciano **127-145**

AGIR COMUNICATIVO E INTERSECCIONALIDADE: interpretações introdutórias do pensamento de Habermas a partir de Frantz Fanon e Patrícia Hill Collins para a construção de serviços públicos adequado
Janriê Rodrigues Reck, Winnie de Campos Bueno **146-161**

A NECESSIDADE DE UM NOVO OLHAR SOBRE OS REABANDONOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA ADOÇÃO: a teoria da perda de uma chance e sua (não) aplicação na justiça brasileira
Ismael Francisco de Souza, Glaucia Martinhago Borges Ferreira de Souza **162-182**

O ENVELHECIMENTO DAS CIDADES E A POLÍTICA HABITACIONAL PARA A PESSOA IDOSA: caso do Condomínio Cidade Madura em João Pessoa
Edson Ricardo Saleme, Agamenildes Dias Arruda Vieira Dantas **183-198**

A INTEGRALIZAÇÃO COMO MODELO DO ENSINO JURÍDICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITO À EDUCAÇÃO
Angel Rafael Mariño Castellanos **199-213**

APLICACIONES DE LOS TÓPICA A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO. Un enfoque distinto de cómo enseñar derecho hoy
Santiago Didier Zárate González **214-229**

LA AGRICULTURA DE PRECISIÓN EN LA EMPRESA AGRARIA DE CUBA
Alcides Francisco Antúnez Sánchez **257-285**

LA FORMACIÓN JURÍDICO AMBIENTAL MEDIADA POR EL USO DE LAS TIC
Elena López **286-307**

LA VENTANILLA ÚNICA DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL EN EL EGOVERMENT
Lucas Guanoquiza Tello **308-338**

EDITORIAL

Direito & Paz, periódico do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo-UNISAL, está aberto à comunidade acadêmica nacional e internacional e destina-se à publicação de trabalhos que, pelo seu conteúdo, possam contribuir para o desenvolvimento científico da área jurídica.

A Revista Direito & Paz, que conta com a classificação B1 no Qualis/CAPES de 2016, tem por finalidade o debate e a divulgação dos conhecimentos produzidos pelos juristas, pesquisadores e colaboradores de instituições nacionais e estrangeiras, com vistas a abrir um espaço para o intercâmbio de ideias, a produção científica e a ampliação da participação acadêmica na comunidade.

Como veículo científico a Revista Direito & Paz propicia a divulgação dos resultados das pesquisas desenvolvidas por doutores de diversas universidades e centros de pesquisa, estimulando, assim, o intercâmbio de informações e a discussão acadêmica sobre as mais variadas questões jurídicas relacionadas à "Concretização dos Direitos Sociais Difusos e Coletivos", área de concentração do Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo/UNISAL de Lorena, e temáticas também vinculadas às seguintes Linhas de Pesquisa: 1. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; 2. Direitos de Titularidade Difusa e Coletiva.

Os artigos podem ser enviados em três línguas: inglês, espanhol e português, observando as Normas da Revista quanto à publicação. Os textos submetidos ao processo de seleção devem ser originais e inéditos e não poderão conter a identificação dos autores, pois passarão pela avaliação do "duplo cego" recomendado pela CAPES.

Os artigos, igualmente, deverão conter título em português e em inglês, resumo em português (máximo cinco linhas) e *abstract* fiel ao resumo, acompanhados, respectivamente, de palavras-chave e *key words*; conter no mínimo três palavras-chaves e no máximo cinco na língua portuguesa e estrangeira.

Os trabalhos deverão ser submetidos diretamente no sistema eletrônico da revista, por meio do link: http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/user/register, não deverão conter a identificação dos autores e deverão observar, ainda, a seguinte formatação: uma cópia em editor Word for Windows 6.0 ou superior; limite mínimo de 15 (quinze) e máximo de 20 (vinte) laudas para artigos (incluindo o resumo), a fonte utilizada deve ser Times New Roman, corpo 12, alinhamento justificado, sem separação de sílabas, espaçamento um e meio

entre linhas, parágrafo: 1,5 cm, margem: superior e esquerda - 3 cm; Inferior e direito - 2 cm; as citações devem obedecer às regras da ABNT, os autores devem adotar o sistema autor data.

O(s) autor(es) se responsabiliza(m) com a revisão gramatical (ortográfica) dos textos completos e com o envio da tradução do título, do resumo *(abstract)* e das palavras-chave *(key words)* na língua inglesa.

Neste número 40, contamos com diversas contribuições de destacados professores e investigadores que tratam de variadas questões relacionadas aos Direitos Humanos, Fundamentais e Sociais.

Nessa perspectiva, a autora Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra inicia o presente número com o excelente trabalho "As políticas públicas de inclusão ao ensino superior: uma análise do contexto brasileiro nos últimos 20 anos".

Os autores José Antonio Remedio e Sidney Antonio da Costa, discutem o papel da mediação extrajudicial no fornecimento de medicamentos no âmbito da administração pública.

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori e Marlise da Rosa Luz, MsC fazem uma avaliação acerca da importância e a atualidade dos direitos humanos e movimentos sociais quilombolas na perspectiva de casos submetidos à Corte Interamericana.

Daisy Rafaela da SILVA e Mariana Reis Caldas discutem a temática da previdência social e o princípio do não retrocesso social: a desnecessidade da reforma previdenciária.

Os autores Neuro José Zambam e Karen Beltrame Becker Fritz abordam o tema da abordagem das capacitações (*capabilities*) e a justiça social: uma alternativa à teoria das necessidades básicas e à teoria das necessidades humanas.

Ilton Garcia COSTA e Camila Maria Rosa estudam a questão da ressocialização através do serviço público da educação. Daniel Dottes de Freiras e Victor Saldanha Priebe discutem o tema das "políticas públicas e jurisdição: enlaces e desenlaces".

Nicolau Cardoso Neto e Maralice Cunha Verciano promovem uma interessante discussão acerca da educação e a conscientização para a preservação do meio ambiente partindo dos pensamentos e conceitos de Paulo Freire e da constituição brasileira de 1988.

Janriê Rodrigues Reck e Winnie de Campos Bueno tratam do agir comunicativo e interseccionalidade: interpretações introdutórias do pensamento de Habermas a partir de Frantz Fanon e Patrícia Hill Collins para a construção de serviços públicos adequado.

O tema “A necessidade de um novo olhar sobre os reabandonos de crianças e adolescentes na adoção: a teoria da perda de uma chance e sua (não) aplicação na justiça brasileira” é devidamente tratado pelos autores Ismael Francisco de Souza e Glaucia Martinhago Borges Ferreira de Souza.

Edson Ricardo Saleme e Agamenildes Dias Arruda Vieira Dantas tratam do envelhecimento das cidades e a política habitacional para a pessoa idosa: caso do condomínio cidade madura em João Pessoa.

Angel Rafael Mariño Castellano aborda a questão da integralização como modelo de ensino do direito em face da concretização do direito à educação (texto escrito em espanhol).

Santiago Zárate G. aborda o tema das aplicações da tópica no ensino do direito, a partir de um enfoque diferente de como ensinar o direito na atualidade (texto escrito em espanhol).

Alcides Antúnez Sánchez discute a temática relacionada à agricultura de precisão na empresa agraria em Cuba (texto escrito em espanhol).

Elena López contribui com um excelente trabalho, analisando a formação jurídico ambiental mediada pelo uso das TIC (texto escrito em espanhol).

Finalmente, Lucas Guanoquiza Tello apresenta um estudo acerca da ventanilha única de certificação ambiental no e-goverment (texto escrito em espanhol).

Gostaríamos de agradecer a todos os autores que colaboraram nesta edição, bem como aos pareceristas que contribuíram com uma criteriosa avaliação dos artigos que, agora, colocamos à disposição dos leitores.

A todos desejamos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano
Editor Responsável

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO AO ENSINO SUPERIOR: UMA ANÁLISE DO CONTEXTO BRASILEIRO NOS ÚLTIMOS 20 ANOS[1]

PUBLIC POLICIES OF INCLUSION IN HIGHER EDUCATION: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CONTEXT IN THE LAST 20 YEARS

Artigo recebido em 02/02/2019
Revisado em 24/03/2019
Aceito para publicação em 21/04/2019

Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra
Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa CAPES (2015). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2006). Especialista em Pesquisa pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA (2005). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (1990). Possui formação em Magistério pelo Colégio São José - Vacaria (1984). Professora do Centro Universitário Franciscano - UNIFRA, onde também atua como pesquisadora. Detentora de formação com aptidão para o exercício da docência à distância EAD (UNISC e UNIFRA). Detém experiência nas áreas de Direito Civil, Direito Penal, Disciplinas Propedêuticas e Políticas Públicas. Desempenha a função de Coordenadora e professora de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e em Auditoria e Controladoria pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA. Integrante do Comitê de Avaliação do Seminário de Iniciação Científica (SIC) vinculado e cadastrado pelo SIGFAPERGS sob n. 9922.29417512.06012014 - FAPERGS pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA. Integrante do Comitê do Seminário de Ensino Pesquisa e Extensão - SEPE - do Centro Universitário Franciscano - UNIFRA. Destaca-se pela produção de artigos e capítulos de livros, bem como participações, defesas, apresentações e presidência de mesas em Congressos e Seminários voltados à área do Direito e áreas correlatas. Integrante do Grupo de Pesquisas e Estudos Teoria Jurídica no Novo Milênio, do curso de Direito da UNIFRA.

RESUMO: O trabalho analisa as políticas públicas ao ensino superior no País, tendo como principais objetivos demonstrar a evolução legislativa e dados quali-quantitativos acerca do acesso ao ensino superior por pretos e pardos. A pesquisa está amparada em método dedutivo, pois está sendo primeiramente coletado e analisado e, posteriormente, analisado e concluído. Os métodos de procedimento serão o histórico e o estatístico, inter-relacionando o estudo das políticas públicas de acesso ao ensino superior e aos dados governamentais e não governamentais. Na análise empírica, dados estatísticos serão necessários, especificando os atributos quali-quantificáveis dos dados recolhidos para uma compreensão em consonância com a construção teórica. Pode-se perceber, a título de resultados e considerações finais, que ainda há muito evoluir, mas que se está conseguindo implementar modificações significativas na tutela das ações afirmativas.

[1] Trabalho derivado do Projeto "Das políticas públicas às políticas públicas de inclusão ao ensino superior: uma análise dos impactos e evolução histórica, no contexto brasileiro nos últimos 20 anos".

PALAVRAS-CHAVE: Ações Afirmativas. Educação. Ensino Superior.

ABSTRACT: The paper analyzes the public policies for higher education in Brazil, with the main objectives of demonstrating legislative evolution, qualitative and quantitative data on access to higher education by black and brown people. The research is supported by deductive method, since data is being collected and analyzed first and then analyzed and completed. The methods of procedure will be historical and statistical, interrelating the study of public policies of access to higher education and governmental and non-governmental data. In the empirical analysis, statistical data will be needed, specifying the quali-quantifiable attributes of the data collected for an understanding in line with theoretical construction. It can be perceived, by way of results and final considerations, that there is still much to evolve, but significant changes in the protection of affirmative actions are being implemented.

KEYWORDS: Affirmative Actions. Education. Higher Education.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Uma análise legislativa das ações afirmativas no brasil enquanto política pública. 2 Apontamentos quanti-qualitativos acerca das ações afirmativas brasileiras e o ensino superior. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É cediço que o papel do Estado se assenta na necessidade de promover políticas para a unificação social. Dessa necessidade decorre a implementação legal de mecanismos para o fortalecimento de ações afirmativas, no intuito de inserir, na sociedade, pessoas em situação de exclusão. Desse modo, o tema em questão é inovador e está, bem como esteve, na pauta de prioridades da gestão federal por anos. Por isso, analisa-se a importância e o desenvolvimento das referidas políticas para o desenvolvimento social.

Objetiva-se, com esse trabalho, não só estudar as políticas públicas de acesso ao ensino superior nas instituições privadas, como meio de melhoria social, mas também demonstrar os impactos sociais no Brasil nas últimas duas décadas, por intermédio de pesquisa teórica e empírica. Nesse mote, o projeto se relaciona com as diretrizes dos cursos de Graduação, Pós-graduação *Lato e Stricto Sensu* da Instituição, pois está pautado em teorias jurídicas aplicadas na atualidade, mas também que serão fundamentais para o futuro do País.

Em termos metodológicos, está trabalhando com uma pesquisa qualitativa e quantitativa, eis que a compreensão dos dados estatísticos é feita de modo a estabelecer sua relação com a evolução legislativa brasileira. A pesquisa está amparada em método dedutivo, eis que apresenta assinalados, de forma bem marcantes, argumentos que se fundem ou atribuem certa probabilidade ao que está sendo primeiramente coletado e analisado e, posteriormente, analisado e concluído.

Por sua vez, os métodos de procedimento serão o histórico, o estatístico e o estudo de caso, tendo em vista a preocupação com a adequação e respeito ao estudo das políticas públicas, ao direito fundamental à educação e aos dados governamentais e não-governamentais, respeitando-se, com respaldo acadêmico, sobre os resultados das ações afirmativas.

Na análise empírica, dados estatísticos serão necessários, especificando os atributos quali-quantificáveis dos dados recolhidos para uma compreensão em consonância com a construção teórica. O projeto de pesquisa estará centrado em documentação indireta, com coleta de dados e informações secundárias, os quais demandarão uma análise estatística associada a uma interpretação qualitativa, com o objetivo de viabilizar o estabelecimento de categorias analíticas, a exibição adequada dos dados e a apresentação dos seus significados.

Desse modo, realizados os apontamentos pertinentes acima, cabe ressaltar que a escolha do tema em apreço, políticas públicas de acesso ao ensino superior, justifica-se, em especial, por ser uma temática que está conectada ao direito constitucional, embasado em direitos fundamentais: os direitos sociais à educação.

O trabalho está dividido em duas partes. Inicialmente é feita uma análise das ações afirmativas no Brasil enquanto política pública, sendo que se verificará a evolução no País. Ao depois, a partir dos dados colacionados na segunda parte do trabalho, verificam-se as razões e necessidades das políticas públicas de acesso ao ensino superior no Brasil, justamente em razão de dados quantitativos e que demonstram como se está em evolução ainda sobre a inclusão de diversos grupos excluídos de garantias básicas, como o acesso à educação.

Tais dados foram analisados de modo quanti-qualitativos, no intuito de demonstrar a situação brasileira, como se verá na sequência.

1 UMA ANÁLISE LEGISLATIVA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA

Cabe analisar as ações afirmativas e sua previsão legislativa, antes de adentrar no tema educação. Inúmeros são os exemplos de legislações com ações afirmativas. Inicia-se destacando a Lei 7.668/1988, que instituiu a Fundação Cultural Palmares (FCP), vinculada ao Ministério da Cultura, cujo estatuto foi aprovado pelo Decreto 418, de 10 de janeiro de 1992. A FCP tem por fim preservar os valores culturais, sociais e econômicos da comunidade negra, que influenciaram na formação social do País, devendo atuar no território nacional.

A Lei que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, Lei 8.112/1990, contém um dispositivo, qual seja, o artigo 5º, § 2º, que estabelece cotas de até 20% (vinte por cento) para os portadores de deficiência no serviço público civil da União. Na mesma esteira, o Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei 7.853/1989, dispondo acerca da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, estabelece no artigo 37, § 1º, que o percentual mínimo de reserva é de 5% (cinco por cento). Essas legislações são fruto de determinação constitucional, pois o artigo 37, inciso VIII, determina a reserva dos cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência.

Além das legislações citadas, o Brasil promulgou o Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, que ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ambos assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Essa norma adentrou o ordenamento jurídico brasileiro com força de Emenda Constitucional, pois sua aprovação se deu em razão do quórum previsto no artigo 5º, § 3º da Norma Fundamental.

No mesmo sentido, a Lei 8.213/1991, em seu artigo 93, concernente ao âmbito da iniciativa privada, a qual determina um aumento do percentual de contratação em caráter obrigatório de pessoas portadoras de capacidades especiais, levando-se em conta o número total de empregados, sendo que a empresa que tenha entre 100 (cem) e 201 (duzentos e um) empregados é obrigada a preencher 2% (dois por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, sendo que o percentual aumenta gradativamente, conforme o número de empregados até o limite de 5% (cinco por cento) dos seus cargos, nas empresas com mais de 1.000 empregados.

Nessa esteira de legislações é que a visão de inclusão desponta. Ainda, a Lei 8.666/1993, Lei das Licitações, em seu artigo 24, XX, prescreve a inexigibilidade de licitação para a contratação de associações filantrópicas de portadores de deficiências, para a prestação

de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que a contratação esteja atrelada à compatibilidade e preço de mercado.

Outro exemplo de políticas públicas inclusivas, no sentido de prestigiar a cultura afrodescendente, vem representada pela Lei 9.125/1995, a qual instituiu o ano de 2005 como o ano Zumbi dos Palmares, por ser o ano do tricentenário de sua morte. O Ministério da Cultura, por força da referida Lei, ficou encarregado de planejar e coordenar a programação do ano comemorativo, sendo que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) foi autorizada a emitir selo em homenagem ao tricentenário da morte de Zumbi dos Palmares.

Em 20 de novembro de 1995, foi criado, pelo Governo Federal, o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para a Valorização da População Negra, com o objetivo de sugerir ações e políticas de valorização da comunidade afrodescendente. Em 20 de março de 1996, foi instituído, no Ministério do Trabalho, o Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação (GTEDEO). Este Grupo, de composição tripartite, apresentava objetivos e finalidades voltados à definição de um programa de ações e à propositura de estratégias de combate à discriminação no emprego e na ocupação, como preconizado na Convenção 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Em 1996, no Distrito Federal, tornou-se obrigatória a representação de todas as etnias nas propagandas institucionais, determinando a proporção de 54% de brancos, 40% de pardos, 5% de negros e 0,11% de índios. Já em 20 de novembro de 1997 (Dia Nacional de Valorização da Consciência Negra), houve a entrega solene, pelo Ministro Extraordinário da Política Fundiária Raul Jungmann, de títulos de propriedade aos integrantes das comunidades negras remanescentes dos quilombos. No ano seguinte, houve a promulgação da Lei 9.649/1998, a qual criou o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), no âmbito do Ministério da Justiça.

Na sequência, por meio da Portaria 1.740/99, o Ministério do Trabalho determinou a inclusão de dados informativos da raça e da cor dos empregados nos formulários da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED). Em junho de 2000, por meio da Portaria 604, o Ministério do Trabalho instituiu, no âmbito das Delegacias Regionais do Trabalho, os Núcleos de Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação, encarregados de coordenar ações de combate à discriminação em matéria de emprego e profissão.

Em dezembro do mesmo ano, o Brasil participou da Pré-Conferência Regional das Américas, no Chile, e, logo em seguida, realizou várias Pré-Conferências Regionais em todo o País, organizadas pela Fundação Cultural Palmares e pelo Ministério da Cultura, com

representantes do Movimento Negro, da sociedade civil, acadêmicos, cientistas sociais, parlamentares e gestores públicos, as quais desencadearam a iniciativa de criação de Políticas de Ações Afirmativas.

Na sequência, também, foi editada a Lei 10.172/2001, que aprovou o Plano Nacional de Educação, o qual estabelece a necessidade de políticas de inclusão de minorias étnicas. Em setembro daquele ano, o Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio da Portaria 202/01, instituiu o Programa de Ações Afirmativas, Raça e Etnia. O referido Programa trata da reserva das vagas dos servidores contratados por concurso, dos cargos comissionados e dos empregados em empresas prestadoras de serviços ao ministério, estipulando o percentual de 20% (vinte por cento) das vagas para negros, 20% (vinte por cento) para mulheres e 5% (cinco por cento) para pessoas portadoras de deficiência.

Em 2001, ainda, o País participou em Durban, na África do Sul, da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. A partir de então, o governo brasileiro adotou um discurso mais incisivo quanto às políticas públicas de inclusão no Brasil (HERINGER, 2006).

Em 2002, o Brasil tornou-se signatário e fez o depósito da declaração facultativa prevista no art. 14 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, após o Congresso Nacional tê-lo aprovado, por meio do Decreto Legislativo 57, de 26 de abril de 2002. O Decreto presidencial 4.228/02 instituiu o Programa Nacional de Ações Afirmativas e, em 13 de maio do mesmo período, foi lançado o Plano Nacional de Direitos Humanos II.

Nesse mesmo ano, o Ministério da Educação lançou o Programa Diversidade da Universidade (MP n. 63/2002) e a UNB - Universidade de Brasília - estudou a possibilidade de reserva de 20% das vagas para estudantes negros. A proposta do Conselho Universitário previu a destinação de 20% das vagas no vestibular e no PAS (Programa de Avaliação Seriada) para negros.

A Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República foi criada pela Medida Provisória 111, de 21 de março de 2003, convertida na Lei 10.678, que surgiu com o intuito de reconhecer lutas históricas do Movimento Negro Brasileiro. Esta data é de suma importância, porque com ela se celebra o Dia Internacional pela Eliminação da Discriminação Racial, instituído em 1969, pela Organização das Nações Unidas (ONU), que faz lembrar o Massacre de Shaperville (ocorrido na África do Sul em 1960, no contexto do *Apartheid*), resultado de um protesto pacífico realizado por 20.000 negros contra a Lei do Passe, que consistia no porte de cadernetas de identificação, as quais

especificavam os locais em que eles podiam circular. Nesse dia, o exército sul-africano atirou sobre a multidão, o que resultou em 69 mortos e 186 feridos.

Esta secretaria tem como finalidades a formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para a promoção da igualdade racial; a formulação, coordenação e avaliação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos étnicos afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância; a articulação, promoção e acompanhamento da execução dos programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais que permitem a promoção da igualdade racial. Além destas, também tem por fim a coordenação e acompanhamento das políticas transversais de governo para a promoção da igualdade racial, o planejamento, coordenação da execução e avaliação do Programa Nacional de Ações Afirmativas e o acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento de acordos, convenções e outros instrumentos congêneres assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à promoção da igualdade e combate à discriminação racial ou étnica.

Em 2003 foi promulgada, também, a Lei 10.639, que tornou obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira no ensino fundamental e médio (HERINGER, 2006). No mesmo ano, foi instituída a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial pelo Decreto 4.886, de 20 de novembro de 2003.

Em 13 de maio do ano de 2005, foi lançado o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH) e, em 04 de junho de 2009, entrou em vigor o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Planapir), aprovado pelo Decreto 6.872, que visa a promover a inclusão e igualdade racial e de remuneração entre diversos gêneros (mulher, negros, indígenas e quilombolas).

Desta forma, é perceptível os inúmeros instrumentos legislativos que buscaram promover as mais diversas políticas de ação afirmativa, as quais foram elaboradas entre 2003 a 2010. Nesse contexto, mais especificamente, em 20 de julho de 2010 promulgou-se a Lei 12.288, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, a qual alterou as Leis 7.716/1989 (define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), a Lei 9.029/1995 (proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências), bem como as Leis 7.347/1985 (disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências), e 10.778/2003

(estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados).

O Estatuto da Igualdade Racial destina-se a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, bem como a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos, visando ao combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. Nas disposições preliminares do Estatuto, constam algumas definições importantes para o entendimento legal e social de termos, como: desigualdade de gênero e racial, população negra, políticas públicas e ações afirmativas.

Além disso, refere o Estatuto que para promover a participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País, serão implementadas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social, instituindo-se para tal fim o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), cujo regulamento foi aprovado em 05 de novembro de 2013, pelo Decreto 8.136.

Na mesma linha, em 2014, a Lei 12.990, determinou a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, para negros, desde que existam três ou mais vagas. A vigência dessa política de inclusão é de dez anos contados da publicação da referida Lei.

Disso resulta, ineroxavelmente, que há uma preocupação em igualizar o acesso da população que está alijada do ensino superior, eis que ainda existe uma má distribuição entre os brasileiros quanto ao nível de ensino, sendo que a atividade de prestação educacional deve objetivar eliminar possíveis discriminações.

Dessa feita, pode-se perceber que as políticas públicas de ações afirmativas estiveram na pauta de discussão e ensejaram diversas legislações na área, justamente com vistas a proteger o acesso à educação e melhores condições de vida.

2 APONTAMENTOS QUANTI-QUALITATIVOS ACERCA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS BRASILEIRAS E O ENSINO SUPERIOR

A partir do analisado acerca da evolução legislativa brasileira, cabe identificar e criticamente compreender qualitativamente os dados quantitativos. O censo demográfico de 2014, conforme o Tabela 1 abaixo, atesta que parcela pequena da população parda e preta tem acesso ao ensino superior. Por tal razão, “as propostas de ação afirmativa visando a ampliar o

número de afrodescendentes (e indígenas) no ensino superior ganharam corpo e se multiplicaram no Brasil" (HERINGER, 2006, p. 94).

TABELA 1: Estudantes de 18 a 24 anos de idade, total e respectiva distribuição percentual, por nível de ensino frequentado e cor ou raça, com indicação do coeficiente de variação, segundo as Grandes Regiões - 2014[2]

Grandes Regiões	Estudantes de 18 a 24 anos de idade (1)									
	Total (1 000 pessoas)	CV (%)	Distribuição percentual, por nível de ensino frequentado (%)							
			Fundamental		Médio		Superior (2)		Outros (3)	
			Percentual	CV (%)	Percentual	CV (%)	Percentual	CV (%)	Percentual	CV (%)
Branca										
Brasil	**3 408**	**1,7**	**2,0**	**9,5**	**21,3**	**2,9**	**71,4**	**1,0**	**5,4**	**6,1**
Norte	181	4,7	6,5	18,2	33,0	6,6	53,6	4,4	6,9	16,0
Nordeste	595	3,5	5,1	14,5	29,0	5,3	59,0	2,9	6,9	12,7
Sudeste	1 640	2,7	0,7	26,9	19,7	4,9	74,9	1,4	4,7	10,6
Sul	753	3,9	1,2	24,3	17,0	6,7	76,3	1,6	5,5	11,1
Centro-Oeste	238	4,7	2,0	28,9	17,5	9,8	76,3	2,5	4,2	20,0
Preta ou parda										
Brasil	**3 338**	**1,5**	**6,4**	**5,2**	**40,4**	**1,7**	**45,5**	**1,6**	**7,6**	**4,9**
Norte	502	2,9	9,8	9,1	45,8	3,4	35,8	3,7	8,5	10,0
Nordeste	1 309	2,5	8,9	7,1	44,2	2,5	39,6	3,0	7,2	7,8
Sudeste	1 046	3,0	3,3	14,8	36,5	3,7	51,9	2,8	8,2	9,3
Sul	165	6,0	2,1	38,9	35,7	8,0	53,0	5,5	9,1	18,9
Centro-Oeste	317	3,8	3,3	19,1	31,2	5,7	60,5	3,1	5,1	17,2
Fonte: IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2014.										
(1) Exclusive as pessoas de cor ou raça amarela e indígena. (2) Inclui mestrado e doutorado. (3) Pré-vestibular, supletivo e alfabetização de adultos.										

Outro dado importante de ser destacado em relação ao gráfico acima, colacionado, é de que a população negra e parda tem certa vantagem numérica de frequência no ensino fundamental e médio em relação à população branca. Contudo, quando se trata do ensino superior, a porcentagem de frequência é extremamente baixa em relação aos brancos. Para modificação desse quadro, criaram-se diversos programas que visam a aumentar o acesso aos cursos superiores no Brasil, conforme se pode perceber na parte inicial do trabalho.

Antes, porém cabe observar que o Programa Universidade para Todos (Prouni), criado em 2004, e regulamentado pela Lei 11.096/2005, concede bolsas integrais e parciais em universidades privadas aos candidatos que tenham renda per capita de até três salários-mínimos e sejam oriundos da rede pública ou que tenham recebido bolsa integral para cursar o ensino médio em instituições privadas; os portadores de deficiência; e os professores da rede pública de ensino, que desejem cursar licenciatura, normal superior ou Pedagogia, cujo intuito

[2] Os dados apresentados são de 2014, pois não há atualização governamental. O Sistema de Indicadores Sociais (SIS) foi atualizado, mas não analisa educação, apenas trabalho, rendimento e mobilidade.

seja a formação do magistério da educação básica. Nesse caso, independe a renda do candidato.

Atualmente, conforme o Gráfico 2, a seguir, o Prouni disponibilizou 306.726 (trezentas e seis mil, setecentos e vinte e seis) bolsas, somente no ano de 2014.

GRÁFICO 1: Concessões de bolsas Prouni em 2014

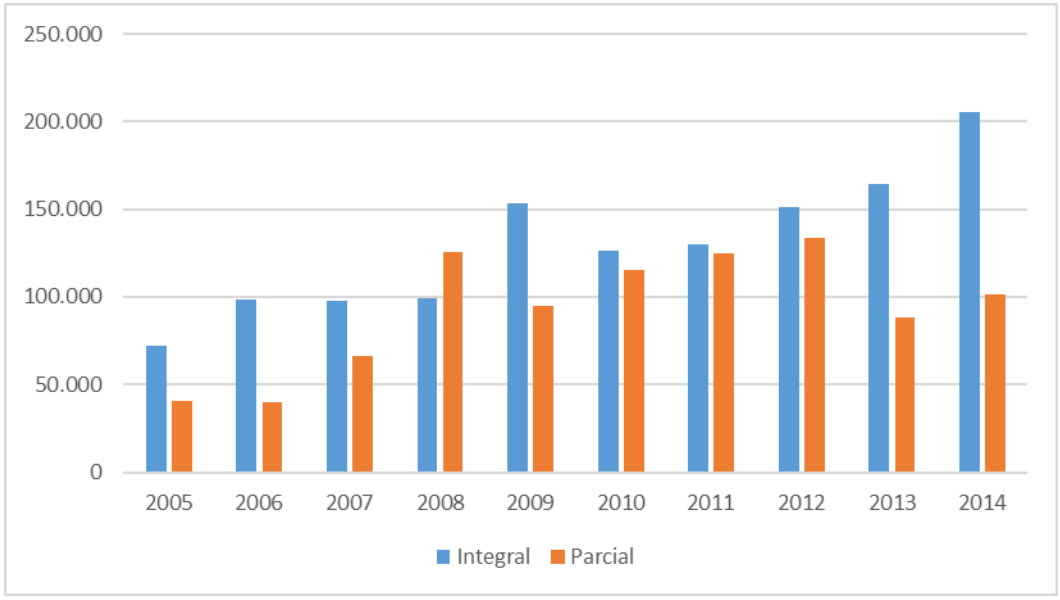


Fonte: Sisprouni (2014).

Em relação às bolsas, no ano de 2014, foram concedidas 205.237 (duzentas e cinco mil, duzentas e trinta e sete) bolsas integrais e 101.489 (cento e um mil, quatrocentos e oitenta e nove) bolsas parciais, conforme o Gráfico 3, abaixo. Frisa-se que o último dado do governo em relação à distribuição de bolsas, informa que até o processo seletivo do segundo semestre de 2016, mais de 1,9 milhão de estudantes, sedo 70% com bolsas integrais.[3]

[3] Informação: http://prouniportal.mec.gov.br/o-programa.

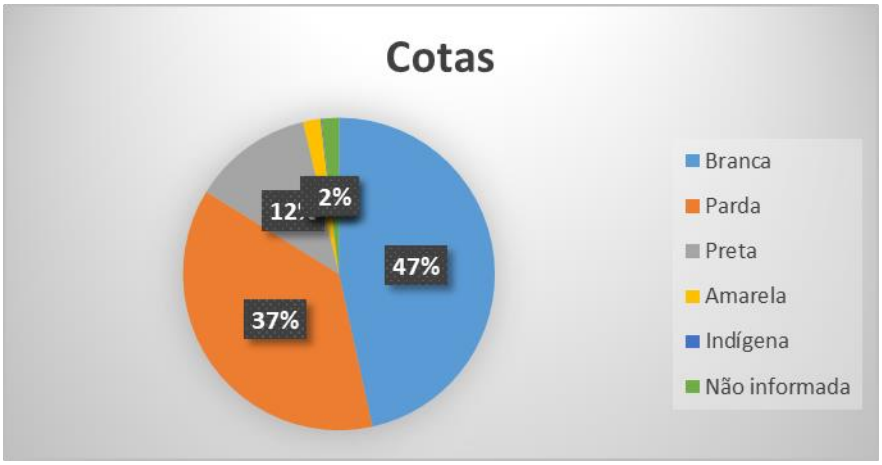
GRÁFICO 2: Concessão de bolsas integrais e parciais Prouni em 2014[4]



Fonte: Sisprouni (2014).

Acerca das bolsas ofertadas por processo seletivo, revela-se um aumento gradativo por processo seletivo, especialmente no ano de 2014, conforme o Gráfico 4.

GRÁFICO 4: Bolsas Prouni concedidas a negros e pardos (2004-2013)[5]

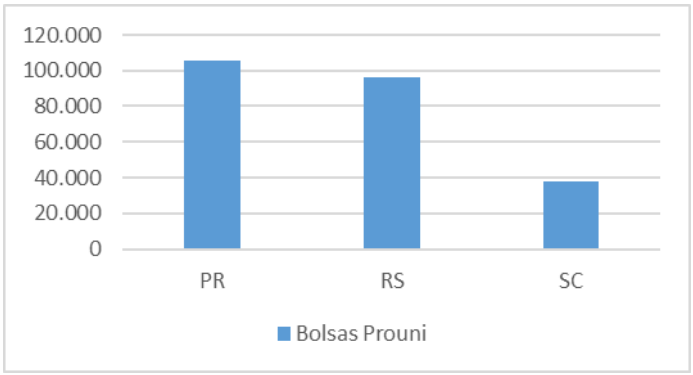


Fonte: Sisprouni (2013).

[4] Os dados apresentados são de 2014, pois não há atualização governamental. O Sistema de Indicadores Sociais (SIS) foi atualizado, mas não analisa educação, apenas trabalho, rendimento e mobilidade.
[5] Os dados apresentados são de 2013, pois não há atualização governamental.

Durante o período de 2004 a 2013, as pessoas autodeclaradas negras receberam 159.053 (cento e cinquenta e nove mil, cinquenta e três) bolsas, o que significa 12,5% (doze inteiros e cinquenta centésimos por cento) dos beneficiados com o programa, conforme o Gráfico 5 e abaixo demonstram.

GRÁFICO 5: Bolsas concedidas pelo Prouni no RS à população negra e parda[6]



Fonte: Sisprouni (2013).

Além de bolsas em instituições privadas, o Prouni também possui ações conjuntas que visam à acessibilidade no ingresso e permanência dos estudantes no ensino superior; cita-se como exemplo, a Bolsa Permanência e o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies).

A Bolsa Permanência é um benefício para os estudantes que têm bolsa integral do Prouni, sendo que o valor máximo recebido equivale ao das bolsas de iniciação científica presentes na política federal. Já o Fies é um programa do Ministério da Educação criado para alunos que cursam graduação na educação superior em instituições não gratuitas, destina-se a financiar a graduação, na forma da Lei 10.260/2001. O financiamento é destinado aos estudantes matriculados em cursos superiores, desde que haja avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação. O Fies tem como taxa de juros 6,5% a.a., carência de 18 meses e o período de amortização para 3 (três) vezes o período de duração regular do curso + 12 meses. A partir de 2010, passou a ser Agente Operador do Programa o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Também, cabe frisar que o percentual de financiamento é de até 100%, sendo as inscrições realizadas em fluxo contínuo.

Todas essas políticas são parte da expansão de oferta do ensino superior, previstas no Plano Nacional de Educação de 2001 e ratificadas no Plano Nacional de Educação vigente.

[6] Os dados apresentados são de 2013, pois não há atualização governamental.

A redução das taxas de evasão e o aumento das vagas de ingresso, com a redução da ociosidade das vagas existentes, é diretriz do REUNI (Reestruturação e Expansão das Universidades Federais). O Programa também prevê que necessita haver a ampliação da mobilidade estudantil, reestruturação acadêmica, com atualização e reorganização dos cursos, além da diversificação dos cursos e a ampliação de políticas de inclusão e assistência estudantil. Ademais, tem-se como diretriz a articulação da graduação com a pós-graduação, bem como da educação superior com a educação básica.

Logo, pode-se perceber através dos dados e da evolução legislativa que o País implementou diversas políticas afirmativas imperiosas para que o acesso ao ensino superior se perfectibilizasse, mas que ainda precisa evoluir.

CONCLUSÃO

A partir da temática debatida na presente produção, destacou-se o papel do Estado na promoção de políticas públicas para a unificação social. Percebeu-se, neste sentido, a necessidade do fortalecimento das ações afirmativas, com o propósito de garantir a inserção daqueles que se encontram sem situação de exclusão na sociedade.

O trabalho teve como tema uma análise das políticas públicas afirmativas no Brasil, especialmente nos últimos 20 anos. De início, teceram-se considerações legislativas, demonstrando a evolução legal das políticas públicas inclusivas no País, das mais diversas formas.

Na sequência, o trabalho apontou dados estatísticos e governamentais acerca do acesso ao ensino superior por pretos e pardos, demonstrando que os índices ainda são baixos e não representam uma paridade.

Almejou-se, com essa construção, contribuir para uma transformação social, uma vez que se dedicou a conhecer, estudar e interpretar, criticamente, a política pública de ingresso ao ensino superior no País.

Percebeu-se que as políticas públicas de ações afirmativas estiveram na pauta de discussão e ensejaram diversas legislações na área, justamente com vistas a proteger o acesso à educação em vista de melhores condições de vida.

Ainda, refletiu-se, através dos dados apresentados e da evolução legislativa, a implementação, no País, de diversas políticas afirmativas, imperiosas para que o acesso ao ensino superior se perfectibilizasse, o que, contudo, ainda merecem perpassar por determinados aperfeiçoamentos.

Dessa feita, em sede de considerações finais, se verificou certa evolução no tocante às ações afirmativas, todavia, aprimoramentos devem ser realizados, tendo em vista que os índices ainda demonstram uma disparidade entre raças no Brasil.

Os dados apresentados, neste artigo, deixam claro que há desigualdades, em especial quando se trata de ensino superior, e que se precisa seguir a linha inclusiva.

Importa referir que a mudança da política de governo, interferiu na apresentação dos dados. Ademais, a previsão de término dessa política pública é 2024, quando se terá, acreditam-se, indicativos que permitirão a verificação e contraposição dos gráficos expostos, bem como conclusões mais significativas acerca dos resultados finais na educação superior brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Presidência da República. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /Constituição/Constitui% C3%A7ao.htm. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.* Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 418, de 10 de janeiro de 1992.* Aprova o Estatuto da Fundação Cultural Palmares - FCP, e dá outras providências**.** Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-418-10-janeiro-1992-343081-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993.* Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4024.htm. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.* Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.* Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988.* Autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7668.htm. Acesso em: 11 fev. 2018.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas:* reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva. 2006.

HERINGER, Rosana. Políticas de Promoção da Igualdade Racial no Brasil: um balanço de período 2001-2004. *In*: FERES JÚNIOR, João; ZONINSEIN, Jonas (org.). *Ação afirmativa e universidade.* Brasília: UnB, 2006.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas*:* aspectos conceituais e metodológicos. *In*: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas*: desafios contemporâneos. Edunisc: Santa Cruz do Sul, 2008.

A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE OUT-OF-COURT MEDIATION IN DRUGS SUPPLY BY PUBLIC ADMINISTRATION

Artigo recebido em 23/03/2018
Revisado em 24/10/2018
Aceito para publicação em 21/11/2018

José Antonio Remedio
Pós-Doutorando pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Promotor de Justiça do Ministério Público Aposentado. Advogado. jaremedio@yahoo.com.br.

Sidney Antonio da Costa
Mestrando do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Especialização em Direito Administrativo. Procurador Jurídico do Município de Limeira.

RESUMO: A pesquisa investiga a possibilidade de utilização da mediação extrajudicial no âmbito da Administração Pública, relativamente ao fornecimento de medicamentos, pelo Poder Público, gratuitamente às pessoas, particularmente medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde e medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O método utilizado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Direito Fundamental à Saúde. Mediação Extrajudicial. Mediação no Fornecimento de Medicamentos. Processo Individual.

ABSTRACT: This research investigates the out-of-court mediation within public administration, regarding the public supply of drugs, free of charge, especially high costs medicines not available in the Unified Health System and not registered medicines in the Sanitary Surveillance National Agency. The method used is the deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: Public Administration. Fundamental Right to Health. Out-Of-Court Mediation. Mediation on Drug Supply. Individual Process.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito fundamental à saúde. 2. Mediação extrajudicial. 3. Resolução consensual de conflitos envolvendo a administração pública no tocante ao fornecimento de medicamentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Há um elevado número de demandas em andamento junto ao Poder Judiciário envolvendo a prestação de assistência à saúde pelo Poder Público, dentre elas as relacionadas ao tratamento médico hospitalar e ao fornecimento de medicamentos, cujos dispêndios impactam substancialmente nos orçamentos públicos.

Esta questão não passou despercebida pelo Poder Judiciário, tanto que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 107/2010, instituindo no âmbito do CNJ o Fórum Nacional para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com atribuições para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e a prevenção de novos conflitos

A judicialização da saúde contribui para reforçar a posição do Poder Público, principalmente do Poder Executivo, como um dos maiores litigantes na esfera do Poder Judiciário. Conforme o Relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a judicialização da saúde, relativo às demandas ajuizadas até 2015, há 854.506 demandas judiciais sobre a matéria, somadas às existentes no Primeiro e Segundo Graus de Jurisdição, inclusive nos Juizados Especiais e nas Turmas Regionais de Uniformização (SCHULZE, 2016).

Ademais, o conflito relativo à prestação à saúde pelo Poder Público envolve grande diversidade temática, havendo, inclusive, divergência de entendimento quanto ao próprio dever do Estado em sua prestação, não só no tocante ao fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), mas também em relação ao fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

No primeiro caso, as ações relativas ao fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), constantes de processos judiciais

individuais ou coletivos pendentes, encontram-se suspensas em todo território nacional até julgamento do Recurso Especial n. 1.657.156-RJ pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017a), afetado pela Corte ao rito do recurso repetitivo (CPC, art. 1.036 e seguintes).

No segundo caso, a questão referente ao fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, por meio dos Recursos Extraordinários com Repercussão Geral n. 566.471-RN e n. 657.718-MG.

Entretanto, os julgamentos referidos, em andamento no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, não podem ser utilizados como argumentos para inviabilizarem a mediação extrajudicial como instrumento de solução pacífica de conflito envolvendo o fornecimento de remédios disponíveis ou não em lista do SUS, registrados ou não na ANVISA, e que devam ser fornecidos pelo Estado, sob pena de não se conceder a máxima efetividade ao direito fundamental à saúde, cuja responsabilidade é solidária entre todos os entes federados.

É bem verdade que, relativamente à necessidade de registro na ANVISA, dispõe o art. 12 da Lei n. 6.360/1976 que "nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde" (BRASIL, 1976). Legalmente, portanto, é admissível a exigência de prévio registro na ANVISA para fins de industrialização ou comercialização de medicamentos.

Ainda, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em tema pertinente à distribuição de medicamento e necessidade de registro sanitário no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501-DF, em sede de liminar, por maioria de votos, deferiu a suspensão da eficácia da Lei 13.269/2016, que autoriza o uso do medicamento fosfoetanolamina sem registro na ANVISA. Na oportunidade, o STF assentou que, embora haja precedentes da Corte no sentido do dever de responsabilidade solidária dos entes federados à prestação do direito à saúde (fornecimento de medicamento e tratamento médico), contrapõe-se a ele o dever constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos, objetivando reduzir o risco de enfermidades à saúde (BRASIL, 2017b).

Não se nega que, em regra, diante de determinado impeditivo legal, a Administração Pública não deve descumprir o comando normativo prescrito em norma originária, pois o princípio da legalidade é de obediência constitucional obrigatória ao Poder Público (Constituição Federal, art. 37, *caput*).

No desenrolar da pesquisa, buscar-se-á também apresentar, com base na Lei n. 13.140/2015, reflexão acerca da utilização de mediação extrajudicial no âmbito da Administração Pública para solução de conflito entre o Poder Público e o particular, relacionado com o fornecimento de medicamentos, por intermédio de Câmaras de Mediação, instituídas em convênios entre a União, os Estados e os Municípios.

Em relação à estrutura, a pesquisa aborda inicialmente a saúde como direito fundamental; em seguida trata da mediação extrajudicial; por fim, analisa a questão relativa à solução pacífica de conflitos envolvendo a Administração Pública no fornecimento de medicamentos, inclusive por meio de Câmaras de Mediação.

O método utilizado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Tem-se, como hipótese, que é admissível a utilização da mediação extrajudicial no âmbito da Administração Pública na solução de demandas afetas ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, como instrumento para solução pacífica de conflitos envolvendo a prestação de serviços de saúde, em especial no que se refere a medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS e a medicamentos não registrados na ANVISA.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde foi incluído na Constituição Federal de 1988 entre os direitos fundamentais, na órbita dos denominados direitos sociais (CF, art. 6º). O direito à saúde é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196). As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (CF, art. 198, *caput*), financiado com recursos da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (CF, art. 198, § 1º).

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.488.639-SE (BRASIL, 2014), consolidou o entendimento no sentido de que "o funcionamento do SUS é de responsabilidade solidária da União, dos Estados-membros e dos Municípios, para garantir o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros (REsp 771.537/RJ)".

O Supremo Tribunal Federal não se distancia deste entendimento. A Corte Suprema, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 550.530-PR (BRASIL, 2012), analisou a natureza programática do artigo 196 da Constituição Federal e se firmou no sentido de que "o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos" E, "se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito

à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo".

Da mesma forma, na Repercussão Geral assentada no Recurso Extraordinário 855.178-SE (BRASIL, 2015), a Corte Suprema destacou que a jurisprudência firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo de responsabilidade solidária dos entes federados".

Portanto, partindo-se da existência de um direito fundamental à saúde e do entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pode-se afirmar que é dever solidário dos entes federados concretizar o direito à saúde, inclusive individual, ao menos em relação às pessoas cujos recursos financeiros sejam insuficientes para tanto.

O direito à saúde, no qual se insere o direito ao fornecimento de medicamentos, integra o que a doutrina e a jurisprudência têm denominado de mínimo existencial.

A teoria do mínimo existencial, que possui relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, tem origem no Direito Alemão, embora se observe que a Constituição Alemã é bastante cautelosa ao formular direitos a prestações (ALEXY, 2011, p. 434-435).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP (BRASIL, 2011), apresenta a noção do mínimo existencial como um "complexo de prerrogativas, cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna", assim como reconhece que o princípio objetiva assegurar "as prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos", dentre eles o direito à saúde.

Nem mesmo a cláusula da reserva do possível pode ser invocada com o fim de inviabilizar a implementação de políticas públicas relativas aos serviços públicos que integram o mínimo existencial. Nesse sentido, conforme expressado pela Corte Suprema no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP (BRASIL, 2011):

> A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a concretização do mínimo existencial na prestação do direito à saúde não pode ceder a um mero juízo de discrição administrativa, fruto de singela eleição administrativa na distribuição de medicamentos entre os entes federados, como ocorre, por exemplo, em relação à Portaria que institui ou atualiza a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

Entre outras formas, o Poder Executivo pode e deve, por intermédio de meios alternativos de solução de conflitos, como no caso de mediação extrajudicial, buscar conferir a máxima efetividade ao direito fundamental da saúde.

2 MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Mediar interesses é buscar a resolução pacífica para os conflitos existentes, sem a entrega da prestação jurisdicional, com o menor ônus possível, coadunando-se, em relação à Administração Pública, com o princípio da eficiência previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Dentro desta ótica, a Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, prescreve uma forma não-jurisdicional de solução de conflitos com base no consensualismo.

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) também instituiu a mediação como meio alternativo de resolução de demanda, a ser realizada em audiência designada pelo juiz (art. 334), por intermédio de mediadores habilitados e autorizados (art. 12) devidamente cadastrados pelos tribunais.

A mediação vem definida no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 13.140/2015 como a "atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia." (BRASIL, 2015).

A autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público encontra-se disciplinada em suas linhas básicas pelos artigos 32 a 40 da Lei n. 13.140/2015.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para (Lei 13.140/2015, art. 32): dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre

particular e pessoa jurídica de direito público; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Assim, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar, mediante regulamento próprio de cada esfera de governo, o modo de composição e funcionamento das mencionadas câmaras, para que, de forma facultativa, seja submetida a resolução do conflito sobre o direito à saúde no fornecimento de remédio. A Lei n. 13.240/2015 apenas exclui da forma de resolução consensual de conflito, por intermédio de câmaras, as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo (art. 32 § 4º).

As câmaras de mediação deverão ser instituídas nos órgãos da Advocacia Pública e, embora o artigo 6º da Lei n. 13.240/2015 fixe que "o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes", o I Fórum Nacional do Poder Público realizado em Brasília em 2016, aprovou o Enunciado n. 1, nos seguintes termos: "Após atuar como mediador ou conciliar no âmbito da Administração Pública, o advogado público não fica impedido de assessorar, representar ou patrocinar o respectivo ente público, senão em relação ao outro participante da mediação e ao seu objeto, cumulativamente" (FNPP, 2016).

São princípios orientadores da mediação, a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé (Lei n. 13.140/2015, art. 2º).

O dever de confidencialidade está reafirmado no art. 30 da Lei n. 13.140/2015, ao prescrever que (BRASIL, 2015):

> toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Inexiste vedação formal em relação à utilização da mediação em conflitos envolvendo o particular e a Administração Pública.

Nesse sentido, interpretando o art. 30 da Lei n. 13.140/2015, o II Fórum Nacional do Poder Público realizado em Vitória em 2016, aprovou o Enunciado n. 36, assentando que: "Durante o processo de mediação do particular com a Administração Pública, deve ser observado o princípio da confidencialidade previsto no artigo 30 da Lei n. 13.140/2015,

ressalvando-se somente a divulgação da motivação da Administração Pública e do resultado alcançado" (FNPP, 2016).

A criação de câmara de mediação para prevenção e resolução de conflitos na área da saúde vem sendo instituída por meio de Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Saúde (CIRADS) ou de Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS).

Exemplificando, a Portaria Conjunta n. 1, de 26-2-2013, firmada entre Secretaria Estadual de Saúde do Distrito Federal (SES/DF) e a Defensoria Pública do Distrito Federal, instituiu a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS), responsável por mediação relativa às demandas por serviços ou produtos de saúde oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no Distrito Federal.

De se destacar que não há impedimento legal para que as câmaras de prevenção de mediação de conflitos relativos à prestação do direito à saúde pelo Poder Público sejam instituídas por intermédio de convênio entre os entes federados, diante da prescrição do artigo 116 da Lei n. 8.666/1993.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança n. 30.634-SP, definiu convênio "como ajuste firmado entre pessoas administrativas, ou entre essas e particulares, cujo objetivo é a obtenção de determinados interesses comuns" (BRASIL, 2010b).

Por sua vez, o art. 37 da Lei n. 13.140/2015, ao facultar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito, não veda a possibilidade de convênio.

3 RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO TOCANTE AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

O sistema jurídico brasileiro, quanto aos atos de controle do Poder Público, adotou o sistema da jurisdição única, tendo em vista que no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o constituinte originário assentou que "a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." (BRASIL, 1988).

Desse modo, salvo exceção legal, como na hipótese do § 1º do artigo 217 da Magna Carta, no que concerne às ações judiciais relativas à disciplina e às competições desportivas, não se exige o esgotamento da via administrativa para se ter acesso à prestação da atividade jurisdicional visando a resolução de conflito com o Poder Público.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Petição n. 4.556-DF, decidiu que "as garantidas constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do direito processual." (BRASIL, 2009).

Todavia, "a necessidade de adequação da tutela dos direitos não se dá apenas na forma judiciária" (MARINONI, 2016 p. 148), razão pela qual o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º do CPC).

Gustavo Justino de Oliveira (2010), fazendo referência a Norberto Bobbio, enfatiza que "o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer a função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império". Afirma, ainda, que "a principal tarefa da Administração Mediadora passa a ser a de compor conflitos envolvendo interesses estatais e interesses privados", e que "vem ganhando prestígio mundial a discussão acerca de uma cultura do diálogo, em que o Estado há de conformar suas ações em face das emanações da diversidade social".

A respeito, ensina Odete Medauar (2003, p. 211) que, por intermédio do consensualismo, "a Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesse entre várias partes ou entre estas e a Administração".

A Administração Pública, no exercício de sua função administrativa, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana na construção de uma sociedade justa, livre e solidária, não deve medir esforços para buscar uma solução pacífica dos conflitos envolvendo a prestação à saúde, reduzindo a judicialização apenas para as questões cuja pacificação seja infrutífera.

Para alcançar esse desiderato, a mediação extrajudicial, por intermédio de câmaras de mediação, instituídas em convênios entre a União, o Estado e o Município, representa um instrumento célere, seguro e eficaz.

A solução dos conflitos pode se dar por meio de duas técnicas, ou seja, a heterocomposição e os equivalentes jurisdicionais. Na heterocomposição, um terceiro substitui a vontade das partes e determina a solução do conflito (DIDIER JUNIOR, 2009, p. 68), como se dá, por exemplo, com o exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário. Nos equivalentes jurisdicionais, a solução dos conflitos será resolvida por meio de técnicas não

jurisdicionais, como a autocomposição, a autotutela, o julgamento de conflitos por tribunais administrativos e a mediação.

Desse modo, a mediação instituída pela Lei n. 13.140/2015 constitui técnica não-jurisdicional de solução de conflito, inserindo-se no que a doutrina denomina de equivalente jurisdicional.

A solução pacífica dos conflitos envolvendo a Administração Pública apresenta singularidade em face do regime jurídico de direito público que lhe é peculiar. Entretanto, os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e o da legalidade não constituem impedimentos para utilização dessa técnica de pacificação social.

Como antes visto, é dever da Administração Pública buscar a solução pacífica do conflito, visando concretizar a dignidade da pessoa humana, na construção de uma sociedade justa e solidária, por meio do exercício da função administrativa de forma mais eficiente.

O direito fundamental à saúde previsto no art. 6º da Constituição Federal insere-se entre os denominados pela doutrina como direitos de segunda dimensão. A expressão "geração de direitos", às vezes utilizada por alguns doutrinadores, pode transmitir a ideia equivocada de que os direitos surgidos numa "geração" posterior viriam a substituir os das "gerações" anteriores, quando, na verdade, somam-se aos seus antecedentes (ANDRADE, 2012, p. 2). Por essa razão optou-se na presente pesquisa pelo uso do termo "dimensão". Os direitos de segunda dimensão referem-se a direitos de cunho positivo ou prestacionais e a liberdades sociais aos indivíduos (SARLET, 2012, p. 48).

É preciso ressaltar que o direito fundamental à saúde está umbilicalmente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, representando garantia constitucional deferida a todos os cidadãos e dever de prestação positiva imputado ao Estado.

Desse modo, o Administrador deve pautar a atuação da função administrativa visando conferir a máxima efetividade ao direito fundamental à saúde. Nesse sentido, ao julgar o Recurso Especial n. 811.608-RS, o Superior Tribunal de Justiça, fazendo referência a Canotilho, expressou-se no sentido de que "a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição" (BRASIL, 2007).

É certo que política estatal relativa à prestação da saúde (CF, art. 196) consta da Lei n. 8.080/90, sendo que a distribuição de medicamentos entre os entes federados tem por base a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), instituída pela Portaria n. 3.916/MS/GM, de 30-10-1998, cuja relação deve ter revisão periódica e atualização contínua (item 5.2, letra "n").

Não é objetivo da pesquisa discutir os critérios de escolha para definir a relação de medicamentos que deverão compor o RENAME. O que se questiona é se o ato administrativo da autoridade competente do Ministério da Saúde, por intermédio de Portaria, tem força normativa para inviabilizar ou restringir um direito fundamental, como, no caso, a assistência à saúde, cuja satisfação impõe ao Poder Público uma prestação positiva.

A resposta só pode ser negativa, não só porque a Constituição Federal é a lei suprema do Estado, mas também porque "a constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário – passíveis de serem alterados ou suprimidos ao talante destes" (MENDES, 2009, p. 279).

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança n. 24.197-PR, sufragou o seguinte entendimento: "hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas" (BRASIL, 2010a).

Portanto, a solução pacífica do conflito relativo ao fornecimento de medicamento pelo Poder Público é um instrumento de concretização de um direito fundamental, com o fim de garantir a vida e a dignidade da pessoa humana, cuja efetivação não viola os princípios da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária, como de fato tem sido reconhecido pela jurisprudência ao admitir a judicialização da saúde.

Nesse sentido, nos termos do Enunciado 65 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO):

> Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

Para o Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, em caráter excepcional, está legitimado para determinar a implementação de políticas públicas objetivando garantir os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Assim, quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário com Agravo n. 894.085-SP (BRASIL, 2016), a Corte Suprema expressou-se no sentido de que "é firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem

que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde".

Sob outro aspecto, cabe enfatizar que a concretização de determinado direito fundamental pela Administração Pública por meio de solução pacífica de conflito não ofende o princípio da indisponibilidade do interesse público, uma vez que a Administração deve primar em sua atuação pela realização do interesse público primário, pois este integra a base do Estado Democrático de Direito.

Esse entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.356.260-SC (BRASIL, 2013), quando a Corte assentou que o interesse secundário, meramente patrimonial, não deve sobrepor-se ao interesse primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social.

O Direito Administrativo visa a realização do interesse público primário, cuja tutela é indisponível pelo Poder Público. É visível que o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, assim como ocorre com os particulares, pode colocar-se na posição de proteção de seu interesse.

Entretanto, é necessário destacar que o interesse público propriamente dito não se reduz pura e simplesmente no interesse da Administração. Para esse propósito, vale a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 66), nos seguintes termos:

> o Estado pode ter, tanto como as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma jurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito.

Portanto, não pode a Administração Pública, evocando o princípio da reserva do possível, em argumentação de cunho financeiro, visando tutelar interesse público secundário quanto à insuficiência de recursos orçamentários, deixar de concretizar a prestação de um interesse público primário, como se verifica com o direito à saúde.

Os argumentos apresentados pelos entes federados nas ações envolvendo a judicialização da saúde são bastante variados.

Exemplificando, nos Recursos Extraordinários n. 566.471-RN e n. 657.718-MG, onde se discute o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conhecidos pelo ângulo da repercussão geral, cuja sessão de julgamento conjunto encontra-se

suspensa em virtude de pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso, as seguintes alegações foram elencadas pelos entes federados:

a) deve ser aplicado o princípio da reserva do possível, por serem limitados os recursos públicos disponíveis;

b) o Estado não tem interesse em aplicar altos valores financeiros para atender apenas um cidadão, mas sim, destinar tais valores para a implementação de políticas básicas de saúde em benefício de centenas de outros cidadãos;

c) nem sempre os medicamentos pedidos servem ao restabelecimento da saúde, mas apenas ao prolongamento da vida, já em estágio precário;

d) deve ser considerada a finitude dos recursos financeiros do Estado para satisfazer a todos os anseios da sociedade, entre eles a saúde;

e) a saúde é direito social previsto no art. 6º da Constituição Federal, não se inserindo no rol de direitos fundamentais previstos no art. 5º da Lei Maior;

f) restam ofendidos os princípios da legalidade orçamentária e da separação dos Poderes, pois o ônus financeiro recairá exclusivamente no ente federado demandado, e não nos demais.

De fato, há um vasto rol de argumentos apresentados pelo Poder Público visando tutelar interesse público secundário de cunho patrimonial do Estado, objetivando principalmente a preservação do erário, entre os quais se destacam a insuficiência, a finitude e a ausência de recursos orçamentários.

Todavia, o direito à saúde previsto na Constituição Federal, sendo indisponível em função do bem comum maior a proteger, decorrente da força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria, identifica-se como interesse público primário (REMEDIO, 2018, p. 82).

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expressado quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 872.733-SP, “o direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, é indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria”, cuidando-se, no caso, “de interesse público primário, de que não se pode dispor” (BRASIL, 2011).

Desse modo, a Administração Pública pode e deve se valer da mediação para buscar a solução pacífica do conflito envolvendo a prestação da saúde, pois o diálogo entre quem tem o dever fornecer (Poder Público) e aquele a quem se assegura o direito (pessoa física) aos remédios, encontrará na razoabilidade a melhor forma de concretização do direito à saúde.

Na busca desta finalidade, devem estar envolvidos todos os atores, principalmente públicos. Portanto, a ideia de resolução pacífica de conflitos envolvendo a Administração Pública, em sede administrativa, não se opõe ao regime jurídico administrativo, inclusive porque, mesmo antes da edição da Lei n. 13.140/2015, já existia em nosso ordenamento jurídico previsão de técnica não-jurisdicional de solução de conflito relacionado com o Poder Público.

São exemplos: o ajustamento de conduta (Lei 7.345/75, art. 5º, § 6º); a arbitragem (Lei 9.307/1996, art. 1º, § 1º); a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário; e o art. 174 da Lei n. 13.105/2015 – CPC (BRASIL, 2015), ao estatuir que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Município criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo".

Desse modo, não só a doutrina e a jurisprudência, mas também a norma infraconstitucional sinaliza para a inexistência de impedimento em relação à utilização de técnicas não-jurisdicionais de solução de conflitos envolvendo o Poder Público, entre as quais a mediação.

De se observar, por oportuno, que a própria Lei n. 13.140/2015 estabelece no art. 3º que "pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação" (BRASIL, 2015).

CONCLUSÃO

A pesquisa objetivou analisar a utilização da mediação extrajudicial no âmbito da Administração Pública, no tocante ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, particularmente medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS e medicamentos não registrados na ANVISA.

A Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III; e art. 3º, inciso III).

Sem adentrar na discussão quanto ao caráter absoluto ou relativo dos princípios constitucionais, parte-se da premissa que, embora a Lei Maior não contenha preceito constitucional expresso que positive de forma autônoma o mínimo existencial, referido

princípio encontra-se implícito no texto constitucional, derivando, dentre outros preceitos, da dignidade da pessoa humana.

É certo que o exercício da competência discricionária decorre também de atribuição constitucional que impõe ao Poder Executivo a política estatal relativa à prestação da saúde (art. 196, da CF).

Entretanto, não pode o Poder Executivo, no exercício dessa discricionariedade, esvaziar ou limitar a dignidade da pessoa humana, escolhendo de maneira exclusiva e sem diálogo a forma pela qual deverá ser realizada a prestação do direito à saúde. Tal conduta não se coaduna com a dignidade da pessoa humana, cujo princípio fundamenta a República Federativa do Brasil.

O número elevado de demandas julgadas procedentes pelo Poder Judiciário envolvendo a prestação de assistência à saúde pelo Poder Público, dentre elas as relacionadas ao tratamento médico hospitalar e ao fornecimento de medicamentos, impactam substancialmente os orçamentos públicos, mas isso não constitui motivo suficiente para que o Estado deixe de cumprir suas funções previstas constitucionalmente, em especial a implementação do direito fundamental à saúde.

Sob essa ótica, a mediação identifica-se como método de tratamento adequado de controvérsias, que deve ser incentivado pelo Estado, com ativa participação da sociedade, como forma de acesso à justiça e a à ordem jurídica justa, visando a concretização do direito fundamental à saúde, inclusive como integrante do mínimo existencial, na construção de uma sociedade justa e solidária.

A Lei n. 13.140/2015, interpretada sistematicamente, permite a utilização da mediação extrajudicial na órbita da Administração Pública para solução pacífica de conflitos envolvendo a prestação de serviços de saúde.

No âmbito da consensualidade entre os entes solidariamente envolvidos na concretização do direito à saúde, podem as câmaras de mediação resolver a questão relativa ao reembolso ou aos custos suportados pelo ente que efetivamente fornecer o medicamento, independentemente da alocação do remédio para determinado ente federativo no RENAME.

Nesse cenário, diante da inércia constitucional do Poder Executivo em eleger e implementar adequadamente a política pública necessária para garantir o acesso à saúde e a concretização do mínimo existencial à efetivação desta prestação, encontra-se campo fértil para o desenvolvimento de uma Administração Pública consensual, que passa a compor os conflitos envolvendo o cidadão.

Tem-se, em síntese, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que é admissível a utilização da mediação extrajudicial no âmbito da Administração Pública nas questões afetas ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público ao particular, como instrumento para solução pacífica de conflitos envolvendo a prestação de serviços de saúde, em especial no que se refere a medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e a medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), inclusive por intermédio de Câmaras de Mediação instituídas em convênios entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais***.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Adriano. *Interesses difusos e coletivos esquematizados.* 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. *Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm. Acesso em: 19 de jun. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 771.537-RJ. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília: *Dje,* 3 out. 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=579493&num_registro=200501283114&data=20051003&formato=PDF. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. Recurso Especial n. 811.608-RS. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe,* 4 jun. 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=691490&num_registro=200600123528&data=20070604&formato=PDF. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição n. 4.556-DF. Relator Ministro Eros Grau. Brasília: *DJe,* 21 ago 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601149. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 24.197-PR. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 24 ago. 2010a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=857608&num_registro=200701125005&data=20100824&formato=PDF. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 30.634-SP. Relator Ministro Castro Meira. Brasília: *DJe*, 28 jun. 2010b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=980107&num_registro=200901947090&data=20100628&formato=PDF. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 872.733-SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília: *DJe*, 27 abr. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1002281&num_registro=200601670689&data=20110427&formato=PDF. Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: *DJe*, 14 set. 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de instrumento n. 550.530-PR. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília: *DJe*, 15 ago. 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(AI%24.SCLA.+E+550530.NUME.)+OU+(AI.ACMS.+ADJ2+550530.ACMS.)&base=bas. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.356.260-SC. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília: *DJe*, 19 fev. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1207684&num_registro=201202525910&data=20130219&formato=PDF. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.488.639-SE. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília: *DJe*, 16 dez. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1368625&num_registro=201402691190&data=20141216&formato=PDF. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.* Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/leis-ordinarias-2015. Acesso em: 19 de jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 855.178-SE. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 13 mar. 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE%24.SCLA.+E+85

5178.NUME.)+OU+(RE.PRCR.+ADJ2+855178.PRCR.)&base=bas. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário com Agravo n. 894.085-SP Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília: *Dje* 29, 17 fev. 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10275124. Acesso em: 7 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.657.156-RJ. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília: *DJe*, 3 maio 2017a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700256297&dt_publicacao=03/05/2017. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501-DF. Relator Ministro Marco Aurélio. *DJe*, 1º ago. 2017b. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194039. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. STF suspende eficácia da lei que autoriza o uso da fosfoetanolamina. Medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5501. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011. Acesso em: 19 de jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. Recurso E 56.6471 e 657.718. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaBusca=N. Acesso em: 19 jun. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Juspodvm, 2009.

FNPP. Fórum Nacional do Poder Público (FNPP) – 2016. Disponível em: http://fnpp2016.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp. Acesso em: 30 dez. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil comentado.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo de Justino de. Governa Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do*

Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO. Acesso em: 11 out. 2017.

REMEDIO, José Antonio. *Direito administrativo***.** 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/pdf/SumulasEnunciados/SumulasDoTribunalDeJusticaDoEstadoDeSaoPaulo.pdf. Acesso em: 24 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHULZE, Clenio Jair. *Novos números sobre a judicialização da saúde*. 24 out. 2016. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze. Acesso em: 12 jan. 2018.

DIREITOS HUMANOS E MOVIMENTOS SOCIAIS QUILOMBOLAS NA PERSPECTIVA DE CASOS SUBMETIDOS À CORTE INTERAMERICANA

HUMAN RIGHTS AND QUILOMBOLA SOCIAL MOVEMENTS IN THE PERSPECTIVE OF CASES SUBMITTED TO THE INTER-AMERICAN COURT

Artigo recebido em 10/10/2018
Revisado em 04/04/2019
Aceito para publicação em 21/04/2019

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori
Mestre e Doutora em Direito pela UFSC. Professora do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da Unilasalle (Canoas-RS). Coordenadora do Projeto Universal MCTI/CNPq n. 1/2016: Em Busca de Novas Gramáticas para os Direitos Humanos: inovações sócio-jurídicas-políticas entre América Latina e África. Consultora da Capes. EMAIL: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

Marlise da Rosa Luz, MsC
Mestre em Direito pela Unilasalle (Canoas-RS). Linha de Pesquisa: Sociedade e Fragmentação do Direito. EMAIL: marliseluz@gmail.com

RESUMO: O trabalho faz reflexões a partir de uma abordagem histórica do movimento quilombola, suas conquistas e desafios na efetivação de seus direitos em um contexto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apresentam-se cinco casos apreciados pela Corte na expectativa de sua atuação protetiva, bem como de um espaço de visibilidade para estes movimentos sociais, envolvendo povos quilombolas.

PALAVRAS-CHAVE: Quilombolas. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Movimentos sociais.

ABSTRACT: The work reflects on a historical approach to the quilombola movement, its achievements and challenges in the realization of its rights in a context of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights. Five cases considered by the Court are brought in the expectation of its protective action, as well as a space of visibility of these movements involving quilombola people.

KEYWORDS: Quilombolas. Inter-American Court of Human Rights. Social Movements.

SUMÁRIO: 1 O contexto histórico do movimento quilombola na américa latina. 2 O recurso à corte interamericana. 3 O papel dos movimentos sociais na construção e na garantia dos direitos humanos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho conecta os temas da luta pela efetivação dos direitos humanos do movimento social quilombola e as decisões da Corte Interamericana, inserindo-se em um contexto de ampliação da visibilidade deste movimento na construção e reconhecimento de direitos do povo negro latino-americano, cuja origem histórica neste território remonta ao execrável período da escravidão. Inicia-se com uma abordagem histórica do movimento negro, desde o momento da colonização, quando submetidos e escravizados, em uma conjuntura de exploração das colônias pelas metrópoles europeias a partir do século XVI. Destaca-se, ainda, que mesmo após a abolição da escravatura e, mais recentemente, pelas conquistas obtidas na década de 1980, com a inserção de seus direitos nas Constituições dos países latino-americanos, o movimento quilombola ainda encontra grandes desafios, principalmente no concernente às garantias de seus direitos.

Para melhor compreensão e identificação do vínculo entre este movimento social e seu recurso à Corte Interamericana (doravante denominada de Corte IDH), são apresentados cinco casos – dois contra o Suriname, dois contra Honduras e um contra a Colômbia - levados ao seu conhecimento e julgamento e que denunciam a luta contra a invisibilidade, a discriminação e estigmatização de povos quilombolas na América Latina[1].

Na sequência, faz-se uma abordagem dos movimentos sociais enquanto luta pela concretização dos direitos humanos, a partir da contribuição teórica de Maria da Glória Gohn e de Joaquín Herrera Flores, com a finalidade de identificar a proximidade existente entre as duas teorias e a relevância das mesmas no fortalecimento do movimento quilombola. Objetiva-se perceber o processo de mobilização transnacional dos movimentos quilombolas na América Latina, através do recurso à Corte IDH, com vistas a fomentar transformações sociais e políticas.

Assim, a partir de uma pesquisa teórico-dedutiva, o presente trabalho propõe uma reflexão que parte de uma abordagem histórica do movimento quilombola, suas conquistas e

[1] Neste ponto faz-se necessária uma breve explanação sobre o momento atual da titulação dos quilombos no Brasil, visto que das mais de 3.000 comunidades quilombolas reconhecidas pela Fundação Palmares, até o momento foram tituladas cerca de 37. Em 9 de agosto de 2017, através de uma Comunicação, a Comissão IDH solicitou informações ao Estado brasileiro sobre políticas públicas e decisões judiciais relacionadas ao acesso à terra das comunidades quilombolas. Em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal, por dez votos a um, rejeitou uma ação questionando o Decreto presidencial de 2003 que regulamentava as regras para a identificação e demarcação das terras quilombolas. A rejeição da ação mantém parcialmente as regras atuais para o reconhecimento das terras. A decisão proporciona uma segurança jurídica maior aos quilombos, seja os já titulados, seja os que aguardam reconhecimento. (https://nacoesunidas.org/cideh-e-onu-direitos-humanos-expressam-preocupacao-quanto-a-acao-judicial-sobre-povos-quilombolas-no-brasil/)

desafios, se desenvolve analisando casos levados à Corte Interamericana por movimentos sociais reivindicadores da garantia dos direitos humanos das comunidades quilombolas. São feitos levantamentos bibliográficos e de artigos acadêmicos, bem como a pesquisa de casos envolvendo a população negra junto à Corte IDH.

1. O CONTEXTO HISTÓRICO DO MOVIMENTO QUILOMBOLA NA AMÉRICA LATINA

Historicamente, a formação dos Estados latino-americanos tem suas origens na colonização europeia. Suas instituições e atores sociais desenvolveram-se a partir de uma herança colonial, patrimonialista e escravocrata. No período da colonização da América, a formação social esteve centrada na contradição entre a elite colonizadora e a "massa de mão de obra escrava", e numa estrutura política "desvinculada dos objetivos de sua população de origem e da sociedade como um todo", funcionando com vistas ao interesse exclusivo da metrópole colonizadora (WOLKMER, 2015, p. 50).

O funcionamento do antigo sistema colonial era de tal ordem que acabou por impedir que o sistema de produção das colônias assimilasse as formas e dinâmicas da sociedade de mercado vigentes nas Metrópoles. Em outras palavras, as transformações ocorridas

> [...] sob o império do pacto colonial, não se dirigiam a uma revolução dentro da ordem, que transferisse o controle do 'capitalismo político monopolizador' (para usar uma expressão de Max Weber) das metrópoles às colônias; pelo contrário, dirigiam-se ao aperfeiçoamento da exploração colonizadora e da própria ordem colonial, que deviam reajustar-se às modificações do capitalismo na Europa e à realidade em transformação do mundo colonial. (Florestan Fernandes apud CARDOSO, 1984, p. 80-1).

Nesse cenário, em que o objetivo primordial da Metrópole era a exploração das riquezas da Colônia, emergiu o comércio e a imigração forçada de trabalhadores africanos, trazidos como escravos, forçados a trabalhar no empreendimento colonizador. Por mais de três séculos, a transposição de milhões de africanos para o continente americano fez parte de um amplo projeto de exploração comercial das metrópoles europeias a partir do mercantilismo iniciado com o período das grandes navegações no século XV (WOLKMER, 2015, p. 60)

Ou seja, a história da colonização latino-americana está vinculada à da exploração da mão de obra escrava, não sendo diferente da colonização da região caribenha, uma vez que esta região era estrategicamente bem localizada para o tráfico Atlântico entre a Europa, a

África e as Américas. O sistema econômico mercantilista, controlado pelos europeus só foi possível graças a este tráfico, gerador de intensos fluxos comerciais e populacionais.

Por ocasião da independência política das colônias, a população escravizada não foi considerada nos projetos de desenvolvimento das elites locais que estiveram a frente dos Estados nacionais em formação. Assim como no período colonial, as matérias legislativas da época estavam todas voltadas em "beneficiar, favorecer e defender os intentos políticos e econômicos da Metrópole". No período pós-independência, a Metrópole foi substituída por elites nacionais vinculadas muitas vezes a interesses estrangeiros, tais como os ingleses. Assim, em um e outro momento, a subjugação da população era praticamente completa, pois, mesmo para os raros colonos, e principalmente para os trabalhadores escravos, os direitos repousavam na autoridade interna dos proprietários (WOLKMER, 2015, p. 62, 64).

De outro lado, a história dos trabalhadores escravizados também esteve vinculada à resistência, mediante uma sobrevivência paralela, quer com os quilombos, com insurreições, levantes, fugas etc. Sobre o tema diz o historiador Ciro Flamarion Cardoso:

> Nos últimos anos, historiadores e cientistas sociais negros têm-se revoltado – com toda a razão- contra a historiografia que, herdeira do vocabulário escravocrata, falava de 'negros fugidos', 'desertores', etc. ao tratar dos quilombos. Ora, dizem estes autores, um quilombola é um homem livre; e o quilombo não é uma infração à ordem escravista, e sim uma sociedade diferente: a anti-*plantations*, a anti-colonização, o antiescravismo. (1984, p. 65-66).

É neste sentido que o presente trabalho parte da designação de quilombo com um sentido de luta e resistência, incluindo-se o reconhecimento de uma diversidade e complexidade de situações, seja de grupos de ex-escravos, seja de comunidades negras que sobreviveram conjuntamente ao longo do tempo, pretendendo-se uma interpretação não reducionista do termo. Os quilombos "eram organizados livremente e de forma autossuficiente, baseados na ocupação da terra, na propriedade coletiva, na agricultura de subsistência e na luta armada". (WOLKMER, 2015, p. 65). Surgiram, não exclusivamente da fuga de negros, mas também a partir de doações de terras, ou mesmo de convivência pacífica com os proprietários de terra e de forma autônoma[2] (FIABANI, 2008, p. 41-42).

[2] "Suas origens são variadas — alguns foram formados por escravos (ou ex-escravos), após a falência de uma fazenda ou plantação nas décadas confusas anteriores à Abolição, alguns fruto de doações de terras por senhores a ex-escravos, outros compradas por escravos libertos (que, em alguns casos, haviam comprado sua própria liberdade), outras doações de terras a escravos que haviam servido ao exército em tempo de guerra, ou ainda doações a escravos por ordens religiosas. Em alguns casos (particularmente na região do Baixo Amazonas), eles incluem descendentes atuais de quilombos formados no período próximo ao fim da escravidão ou talvez até mesmo antes. O que estas comunidades de diversas origens têm em comum, fora sua 'negritude', é uma

É assim que a herança colonial do genocídio e opressão, "não se dissolveu com a independência das colônias, mas permaneceu ao longo do tempo se revestindo de diferentes roupagens." (ISOLDI, 2010, p. 10. 23).

Nos séculos XIX e XX, as populações descendentes de africanos ainda carregaram o peso da herança escravista que as relegou às piores condições de vida durante o processo de modernização conservadora dos países latino-americanos e caribenhos.

Ou seja, no período pós-abolição da escravatura verificou-se a manutenção da contínua subjugação, desigualdade, exclusão e anulação da população negra. Mesmo que tenham deixado de exercer o trabalho escravo, não passaram a fazer parte da sociedade como trabalhadores. No caso dos povos quilombolas, ausente uma política integracionista, paulatinamente, muitos foram destituídos da posse de terras, sem trabalho digno, sem acesso à educação, enfrentando um cruel processo de exclusão e condenação à miséria e à segregação socioespacial. (ISOLDI, 2010, p. 20-21).

A antropóloga Laura Cecília López recorda a existência entre os países da América Latina, no período pós-colonial de um objetivo comum quanto à formação populacional. Refere que "a constituição dos Estados nação nas Américas se deu num cenário de geopolíticas globais de raça, que tinham como horizonte o embranquecimento da nação". (LÓPEZ, 2015, p. 57).

Nesse contexto, a história do movimento negro – e também indígena - na América Latina, esteve marcada por "fugas, agrupamentos, revoltas e distintas lutas" (BALDI, 2004, p. 203). Não se deu sem "resistência às conjunturas adversas em que os negros afro-latino-americanos estavam - e ainda estão - submetidos, condições essas, presentes em todo processo de escravidão e servidão" (NASCIMENTO; OLIVEIRA, 2016, p. 3).

Identifica-se que somente a partir da década de 1970, as causas coletivas antirraciais encontraram um cenário mundial mais favorável (LÓPEZ, 2015, p. 59), com o florescimento do movimento quilombola e das populações tradicionais através de novos movimentos sociais reivindicatórios dos direitos cidadãos (ISOLDI, 2010, p. 29).

Especificamente na década de 1980, mudanças legais iniciaram a ser efetivadas, com a inserção e reconhecimento de direitos relativos às populações etnicamente diferenciadas. Vários países da América Latina, dentre eles, "Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, Honduras e Nicarágua estenderam alguns direitos coletivos à comunidade negra" e grupos

resistência de longas décadas, em um território que exploram (geralmente pela caça, pesca e agricultura de subsistência) sem subdivisões e sem escritura oficial." (PRICE, 1999, p. 240).

indígenas, e com isso, passaram a reconhecer sua origem na cidadania multicultural, como nações formadas a partir de povos distintos. Esse momento histórico caracteriza, de acordo com Donna Lee Van, o modelo da cidadania multicultural, incluindo cinco direitos coletivos obtidos através de reformas estatais internas:

> [...] reconhecimento formal de subgrupos étnicos ou raciais específicos e da natureza multicultural das sociedades nacionais; reconhecimento do direito consuetudinário como direito público oficial; direitos de propriedade coletiva (especialmente em relação à terra); status oficial para a língua de minorias em regiões em que estas predominam; e garantia de educação bilíngüe. (2000a apud HOOKER, 2006, p. 89 e 90).

É assim que através de reformas legais internas, muitos países latino-americanos "asseguraram pelo menos um e, em muitos casos, todos esses direitos coletivos no direito constitucional ou estatutário", além de terem, em grande parte, ratificado a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais, assumindo-se assim, a origem pluriétnica. (HOOKER, 2006, p.89-90)

Nessa linha, observa-se um processo mais recente de luta por seus direitos, de homens e mulheres quilombolas, cuja atuação inclui a resistência contra a invisibilidade, a pobreza, o estigma, a discriminação, presentes desde o processo de escravidão do povo africano. Contudo, observa-se também que "os Estados-nacionais, alicerçados pelo pensamento conservador, ainda que tenham admitido mudanças nas legislações[3], não efetivaram transformações estruturais em relação à subalternização de grandes camadas da população." (ISOLDI, 2010, p. 30) O reconhecimento formal não tem sido suficiente para a efetivação dos direitos do povo quilombola.

Juliet Hooker (2006, p. 93), em reflexão feita sobre direitos coletivos conquistados pelo movimento negro e indigenista nas últimas décadas, considera alguns fatores: a) as reformas neoliberais e ajustes econômicos, interferiram no meio de vida dessas populações, desencadeando uma crescente mobilização étnica; b) a implementação legal como forma de

[3] A Colômbia, em sua Constituição de 1991, assegurou o direito à terra dos afro-colombianos, o qual foi regulamentado pela Lei 70 de 1993 e Lei 397 de 1997. A Constituição brasileira desde 1988 garante às comunidades descendentes dos quilombos proteção de seus "modos de criar, fazer e viver" (artigos 215 e 216) e a propriedade de suas terras (artigo 68 do ADCT). No Equador, a Constituição de 1998 já reconhecia aos afro-equatorianos direitos coletivos às suas terras, e a nova Constituição de 2008 reafirma tais direitos. O Equador conta também com a *Ley de los Derechos Colectivos de los Pueblos Negros o Afroecuatorianos* de 2006 que assegura os direitos dos povos negros sobre as suas terras ancestrais. A Constituição da Nicarágua de 1987 garante às "comunidades da costa atlântica" as formas comunais de propriedade das terras e o procedimento para titulação dessas terras está regulamentado pela Lei 445 de 2002. Em Honduras a *Ley de Propiedad* de 2004 reconhece o direito dos afro-hondurenhos a suas terras e especifica que as mesmas devem ser tituladas de forma coletiva (HOOKER, 2006).

legitimação interna do Estado, num momento em que se enfrenta dificuldades para satisfazer as demandas materiais de seus cidadãos; c) ou ainda, para deslegitimar reivindicações mais radicais.

A referida autora ainda aponta que "os regimes de cidadania multicultural da América Latina" resultaram de decisões tomadas pelas elites nacionais, com a finalidade de reconhecimento e fortalecimento da adesão democrática num período de transição do autoritarismo. Trata-se de uma forma de legitimação estatal, já que "a incapacidade dos governos latino-americanos de aprimorar o bem-estar material de seus cidadãos e de assegurar a igualdade perante a lei gerou uma crise de legitimidade do Estado", de modo que a implementação de uma política multiétnica poderia apontar para uma tentativa de solução ao problema da exclusão social e dos direitos democráticos.

> O recurso à etnia como ideologia ou como apelo para a legitimação e coesão de um grupo pode ser usado tanto para fins eleitorais quanto para a guerra. Porém, tratar a etnia apenas como ferramenta para atingir objetivos eleitorais, ou para consolidar uma base social de apoio para a guerra, ou mesmo para buscar recursos de poder, é subestimar o apego que as pessoas efetivamente têm à sua identidade. (HOOKER, 2006, p. 100).

Desse modo, o contexto político em que os movimentos quilombolas estão inseridos "é o do surgimento dos direitos étnicos e coletivos" (ISOLDI, 2010, p. 30) ou mais ainda, de um "movimento de construção de identidade e luta contra a discriminação racial" (GOHN, 2010, p. 109), que tem desafiado as ordens locais, nacionais e internacionais.

A defesa dos direitos das comunidades negras já alcançou o sistema interamericano de direitos humanos, através de casos julgados pela Corte IDH envolvendo comunidades quilombolas do Suriname, de Honduras e Colômbia. Assim, identifica-se que a efetivação dos direitos das comunidades quilombolas permanece como um desafio aos países latino-americanos, conforme se verificará ao longo do presente trabalho.

2. O RECURSO À CORTE INTERAMERICANA

Indubitável a constatação de que as conquistas normativas obtidas pelo movimento quilombola, desde a década de 1980, nos países latino-americanos, são reflexo da resistência histórica dos quilombos e da luta pelo reconhecimento de sua identidade e de seus direitos culturais por parte do Estado. Contudo, a garantia desses direitos tem sido um desafio para o início do século XXI.

O recurso à Corte IDH por parte dos movimentos sociais quilombolas se dá em um contexto em que as atitudes discriminatórias enraizadas e as concepções estereotipadas de papéis individuais na sociedade, muitas vezes impregnadas na própria linguagem normativa, são objeto de análise da Corte IDH, conforme os casos que conseguem chegar ao seu conhecimento e apreciação. Todos os casos analisados neste trabalho têm uma mesma matriz de identificação, que diz respeito "a opressão dos habitantes originários e dos povos que foram levados como força de trabalho para estas regiões, no caso majoritariamente os africanos escravizados". (LÓPES, 2015, p. 56).

Na medida em que a Corte IDH define um quadro conceitual de violação, fixando critérios que valoram a prova submetida a sua apreciação, realiza "uma espécie de inversão do ônus probatório em alguns contextos discriminatórios", ao mesmo tempo em que "subsidia a fixação de remédios a serem determinados tendo em vista o dever de não-repetição da violação em referência." (BASTOS JÚNIOR, 2017, p. 336).

Destacam-se cinco casos envolvendo quilombolas: dois casos foram movidos contra o Suriname, dois casos contra Honduras e um caso envolveu a Colômbia. Para melhor conhecimento dos fatos, inicia-se com a contextualização das experiências vividas por cada uma das comunidades analisadas.

Nas situações que envolveram o Suriname, importante que se esclareça que os mesmos incluem a mobilização de dois dos seis grupos negros *Maroons*[4] (*Comunidad Moiwana*[5] *e Pueblo Saramaka*) que habitam o Suriname e a Guiana Francesa. Conforme histórico da Corte IDH, ancestrais destas comunidades foram escravos trazidos a partir do século XVII, que em processo de fuga, foram criando pequenas e novas comunidades autônomas.[6] No caso do Suriname, as comunidades viveram por muitos anos em total independência do Estado, com plena autonomia. Ao longo desse período, vários foram os acordos e tratados firmados entre os quilombolas e os poderes coloniais da região, com vistas à manutenção e a boa convivência. (REBELO, 2011, p. 95, 103). Desde a metade do século XX, passaram a sofrer incursões em seus territórios, de forma atentatória a sua sobrevivência.

[4] Os *Maroons* integram seis grupos: N'djuka, Matawai, Saramaka, Kwinti, Paamaka e Boni ou Aluku. Fonte: parágrafo 86.1 da sentença do Caso de la Comunidade Moiwana. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.

[5] A aldeia de Moiwana fui fundada por um clã N'djuka, no fim do século XIX. Informação extraída do parágrafo 86.11 da sentença do *Caso de la Comunidad Moiwana*. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.

[6] Informações extraídas do parágrafo 86.1 da sentença do Caso de la Comunidade Moiwana. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.

Especialmente, a partir da independência do Suriname do governo holandês, em 1975, emergiu uma política mais agressiva contra os quilombolas e as comunidades indígenas, fortalecida durante a ditadura militar de Desi Bourtese, que perdurou por longo período da década de 1980, quando centenas de civis foram assassinados. (PRICE, 1999).

Assim, foi em meio a essa contextualização histórica, especialmente a partir da metade do século XX, de crescente atentado contra as populações tradicionais, de viverem e reproduzirem conforme seus costumes ancestrais, bem como, de manterem suas raízes culturais, que as comunidades Moiwana e a Saramaka, por seus motivos específicos de violação de direitos humanos, ingressaram com demandas contra o Suriname no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Com relação às demandas promovidas em face de Honduras, a contextualização dos fatos inclui um discurso de inclusão nas sociedades nacionais e ao mesmo tempo de discriminação estrutural do ordenamento interno originado no período colonial, que mantém formas de exclusão social e discriminação do povo Garífuna. Estes povos são fruto da miscigenação de escravos africanos e índios caribenhos, que após o naufrágio de dois navios negreiros, no início do século XVII, povoaram as costas caribenhas de quatro países (Honduras, Belize, Guatemala e Nicarágua), fator que facilitou uma de suas características, a mobilidade e circulação. Até hoje ativam vínculos filiais entre "grupos de famílias dispersas presentes nos diferentes países." (AGUDELO, 2011, p. 52; 56). Honduras é o país com a maior concentração de Garífunas e já "em 1825, a Constituição Nacional de Honduras se refere a eles como *morenos livres."*[7] Essa é uma das particularidades desse povo, visto que "em Honduras a principal preocupação dos Garífunas era que não lhes atribuíssem um passado escravo", em que pese, apresentassem "traços fenotípicos africanos". (AGUDELO, 2011, p. 57; 58).

Ou seja, o povo Garífuna tem desenvolvido sua afirmação identitária sob diversas variantes de categorias raciais, ora indígena, ora negra, associada também à afirmação cidadã de pertencimento nacional, aspectos que têm sido estrategicamente utilizados na "articulação de suas reivindicações tanto em contextos nacionais como transnacionais." A partir dos anos de 90 do século passado, com o início do reconhecimento das populações negras ou de origem africana na América do Sul, a dinâmica do povo Garífuna de Honduras passa por transformações, que salientam suas "raízes e 'africanidade'", além de incorporarem "às redes

[7] Os Garífunas também receberam outras denominações como caribe negro, caribes morenos, morenos, conforme estudo apresentado por Carlos Agudelo, 2011.

de mobilização transnacional dos movimentos negros da América Latina e do Caribe", com a finalidade de "impulsionar as transformações sociais e políticas reivindicadas por eles." (AGUDELO, 2011, p. 53, 62-63).

Em um contexto de processos estruturais de debilidade e enfraquecimento traduzidos em marginalidade histórica em relação às sociedades nacionais, pobreza crescente e perda de territórios, o povo Garífuna "continua adotando em suas diferentes expressões a opção de insistir na afirmação de suas identidades como mecanismo de conquista da inclusão social." (AGUDELO, 2011, p. 69)

Como decorrência da "ineficiência e cumplicidade" dos órgãos judiciais de Honduras, quatro comunidades Garífunas apresentaram peticionamento junto a Comissão IDH: *Casos de San Juan, Triunfo de la Cruz, Punta Piedra e Cayos Cochinos*. Apenas os *Casos Triunfo de la Cruz* e de *Punta Piedra* foram encaminhados à Corte IDH (CUISSET, 2014, p. 105).[8]

Por fim, no caso analisado pela Corte IDH envolvendo a Colômbia, identifica-se que os fatos ocorreram "no contexto do conflito armado colombiano, caracterizado pela sua extrema violência"[9] e pela atuação de grupos ilegais que procuravam acesso pelos rios para o tráfico de armas e drogas, bem como pela expansão e controle territorial por esses grupos paramilitares. Na Colômbia, a região do rio Cacarica é habitada principalmente por descendentes de africanos submetidos à escravidão na época colonial. Essas populações foram se organizando em comunidades e assentaram-se ao longo dos rios da região. Conforme informações extraídas do caso, a população assentou-se nesse local como decorrência do processo de busca de terras, logo após a abolição da escravatura, em meados do século XIX.[10]

Apresentadas breves contextualizações dos casos analisados, passa-se a análise de cada um dos casos. O primeiro deles, *Caso de la Comunidad Moiwana Versus Suriname*, foi julgado pela Corte IDH em 15 de junho de 2005. O pedido de responsabilização do Suriname junto à Corte teve origem em fatos ocorridos a partir de 29 de novembro de 1986, quando as Forças Armadas desse país atacaram a comunidade Moiwana, assassinando 39 membros da

[8] Em pesquisa realizada na jurisprudência da Corte IDH, pelo site de pesquisa, identificou-se mais uma Comunidade Garífuna que apresentou petição junto a Corte, a *Comunidad Garífuna de Barra Vieja*, contudo seu requerimento junto à Corte IDH inclui apenas o procedimento de Medida Provisória, procedimento admitido pela Convenção Americana, no art. 63.2, ainda que não tenha sido iniciado uma reclamação específica junto à Comissão. Em decisão sobre o caso, conforme a resolução da Corte publicada em 14 de outubro de 2014, o pedido liminar da *Comunidad Garífuna de Barra Vieja* foi rejeitado. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es. Acesso em: 10 out. 2017.

[9] Informação extraída de informativo do CEJIL. Disponível em: https://sidh.cejil.org/pt/entity/qpjjdgahi307ldi. Acesso em: 10 out. 2017.

[10] Informações extraídas do parágrafo 85 da sentença da Corte IDH do caso das *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Download disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.

aldeia, incluindo crianças, mulheres, idosos, além de vários outros feridos. A referida operação também destruiu a infraestrutura da aldeia, cujos integrantes foram obrigados a abandoná-la em busca de proteção em outros locais da região e a sobreviver em condições de extrema pobreza.[11] As consequências do ataque militar foram devastadoras, tendo o povoado ficado proibido de manter sua rotina de vida e meios tradicionais de subsistência[12]. Além disso, os familiares dos falecidos foram impossibilitados de recuperar os restos mortais de seus parentes e por consequência, promover os ritos religiosos próprios da cultura da comunidade.[13]

A segunda situação levada à Corte, *Caso del Pueblo Saramaka Versus Suriname,* foi julgada em 28 de novembro de 2007, referindo-se à responsabilidade internacional deste país por não adotar medidas efetivas que reconheçam os direitos de propriedade comunal do povo Saramaka, bem como a falta de recursos judiciais e administrativos adequados e efetivos para enfrentar essa situação. O povo Saramaka é descendente de africanos vendidos como escravos em fins dos séculos XVII e XVIII e compõe um dos seis grupos negros *Maroons* que formam a população do Suriname. No ano de 1762, tiveram sua liberdade reconhecida, através de um tratado com a Coroa holandesa e desde então, viviam com total autonomia, "quase como um Estado a parte dentro do Estado do Suriname." (REBELO, 2011, p. 98). A partir de meados do século XX, e especificamente a partir do período anterior à independência, "o ritmo das incursões ao território habitado por esse grupo se alargou". Os territórios saramakanos passaram a ser visados para a construção de barragens e uma usina hidrelétrica. Assim, foi em razão de reiterada invasão ao território ocupado secularmente pelos Saramakas que, em 27 de outubro de 2000, foi apresentada denúncia perante à Comissão IDH, por um grupo de doze clãs Saramakas, com a finalidade de assegurar proteção aos seus direitos sobre a terra (REBELO, 2011, p. 103, 98-99).

O terceiro caso foi julgado pela Corte em 20 de novembro de 2013 e versou sobre as comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica contra a Colômbia. O caso refere-se às violações aos direitos humanos ocorridas em razão de atos praticados por integrantes das forças militares, através da *Operación Génesis*, e aqueles praticados por unidades paramilitares, que atuaram na chamada *Operación Cacarica.* O desenvolvimento de ambas operações, especialmente entre 24 e 27 de fevereiro de 1997, ao longo das margens do

[11] Informação extraída do parágrafo 3 da sentença da Corte IDH do caso da Comunidade Moiwana contra Suriname. Tradução nossa. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.
[12] Informações extraídas do parágrafo 86.19 da sentença da Corte IDH do caso da Comunidade Moiwana.
[13] Informações extraídas do parágrafo 86.20 da sentença da Corte IDH do caso da Comunidade Moiwana.

Rio Cacarica, área próxima aos territórios das comunidades afrodescendentes, teve seu ápice com a morte do Sr. Marino López Mena e o deslocamento forçado de centenas de afrodescendentes que tinham suas propriedades na região. Por conta desse episódio, bem como, pelo fato de a população afrodescendente que habitava a região do rio Cacarica ser obrigada a conviver com grupos armados à margem da lei, vivendo sob ameaças, mortes e desaparecimentos, vários povoados da bacia do rio, foram abandonados, dispersando-se a população em diversos assentamentos. Por pelo menos quatro anos, viveram em condições precárias, sem qualquer auxílio do governo. Quando alguns conseguiram retornar para as comunidades, permaneciam sendo alvo de hostilidades, ameaças e violência por parte de grupos paramilitares.[14]Ao longo de toda a tramitação processual, ficou comprovado que as ações na bacia do Rio Cacarica ocorreram através da atuação conjunta da força pública, por meio da execução da *Operación Génesis* e forças paramilitares que executaram a *Operación Cacarica*.[15] Comprovada esta situação, a Corte atribuiu os atos ao Estado em razão da anuência ou colaboração no andamento da última operação.[16]

Já o *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra* e seus membros contra Honduras - julgado pela Corte IDH em oito de outubro de 2015 – se refere à responsabilidade internacional deste país pela violação do direito de propriedade e do dever de garantia do título de propriedade emitido em 1993 e 1999 pelo Estado à referida comunidade. A ausência de delimitação e demarcação do território comunal, inviabilizou o uso e gozo da totalidade do território, fato que fragilizou o direito da comunidade à preservação de seu espaço contra a invasão de terceiros, criando um ambiente de hostilidade, insegurança e violência. Por volta de 1920, foi concedida à Comunidade Garífuna de Punta Piedra, um título judicial de uso e gozo de um terreno de aproximadamente 800 hectares. No ano de 1992 foi requerido o reconhecimento de propriedade desse território, e em 1999, sua ampliação.[17] Contudo, durante o processo de titulação, foi informada a ocupação ilegal sobre seu território por terceiros *(Comunidad Rio Miel,* instalada nas proximidades do Rio Miel, dentro do território Garífuna*)*,

[14] Informações extraídas de extrato de jurisprudência (ficha técnica) emitida pela Corte IDH sobre o caso das *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis).* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=377&lang=es.. Acesso em: 10 out. 2017.

[15] Informações extraídas do parágrafo 280 da sentença da Corte IDH do caso das *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis).* Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.

[16] Informações extraídas do parágrafo 290 da sentença da Corte IDH do caso das *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis).*

[17] Informações extraídas do parágrafo 92 da sentença da Corte IDH do caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus membros.* Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.

motivo que originou o problema sobre a titularidade das terras.[18] Desde o ano 2001, ocorreram várias tentativas de resolução do conflito entre as duas comunidades, sendo que o Estado havia expressamente se comprometido em adotar medidas para solução pacífica do problema.[19] No entanto, durante vários anos, o conflito entre as duas comunidades perdurou, gerando um clima de violência, ameaças e hostilização entre os povoados, culminando com a ação judicial internacional.

Finalmente, o *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz* e seus membros contra Honduras - julgado pela Corte IDH em oito de outubro de 2015) – pede a declaração de responsabilização internacional deste país pela violação do direito de propriedade desta comunidade Garífuna, por violação do dever de garantia do uso e gozo dos territórios que ela outorgados como territórios tradicionais, bem como, pela violação ao direito de propriedade por não ter sido efetuada nenhuma consulta prévia, nem estudo de impacto ambiental, sobre os projetos turísticos desenvolvidos no território da comunidade. Os processos de reconhecimento e titulação iniciaram-se do território *Garífuna Triunfo de la Cruz*[20], a partir da década de cinquenta do século passado, sendo que, apesar do reconhecimento formal do Estado quanto à existência de áreas correspondentes ao território desta comunidade, ela acabou por se deparar com situações rotineiras que atentavam contra os limites, uso e gozo pleno seu território. A Corte IDH reconheceu a violação ao direito à propriedade coletiva (art. 21 da Convenção Americana) e a responsabilidade de Honduras por não cumprir sua obrigação de delimitar e demarcar as terras de titularidade reconhecida administrativamente como território tradicional[21], bem como, por não ter realizado um processo adequado para garantir o direito à consulta da Comunidade *Garífuna Triunfo de la Cruz*, quando das autorizações para implantações de projetos turísticos e formação de área protegida.[22]

A análise geral dos casos levados à Corte mostra que esta aceitou denúncias contra os Estados latino-americanos relacionadas a não proteção destes grupos frente à necessidade de demarcação de seus territórios, assassinatos e invasões de territórios

[18] Informações extraídas do parágrafo 102 da sentença da Corte IDH do caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus membros.*
[19] Informações extraídas do parágrafo 113 da sentença da Corte IDH do caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus membros.*
[20] Conforme análise da Corte, foram apresentados requerimentos de titulação de propriedade e ampliação de área pela Comunidade Garífuna *Triunfo de la Cruz* nos anos de 1946, 1969, 1997, 1998 e 2001.
[21] Informações extraídas do parágrafo 153 da sentença da Corte IDH do caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus membros.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf. Acesso em: 10 out. 2017.
[22] Informações extraídas do parágrafo 182 da sentença da Corte IDH do caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus membros.*

promovidas por grupos paramilitares, bem como assassinatos durante os governos militares que assolaram a região. Também, observa-se a não garantia do direito a enterrar seus mortos, o não reconhecimento dos direitos à propriedade comunal, a não proteção dos territórios reconhecidos da sanha de interesses relacionados à construção de grandes projetos hidráulicos e de turismo e a omissão frente ao deslocamento forçado em razão do combate ao narcotráfico.

Neste ponto da análise, valendo-se das argutas observações de Bastos Júnior, salienta-se - além dos possíveis impactos que as decisões produziram nos Estados denunciados - que devem ser considerados os efeitos multiplicadores para "os demais integrantes do Sistema Interamericano e dos diferentes sistemas de justiça que são afetados pelos mecanismos de envio/recepção e de diálogo jurisprudencial construtivo"- no caso o Brasil. Também, e assim conectam-se os casos ao tema dos movimentos sociais, é preciso considerar que tais decisões geram um "efeito de empoderamento e de instrumentalização da luta de determinadas entidades da sociedade civil, com atuação nacional e transnacional", eis que as medidas transformativas que a Corte fixa passam a atuar como uma medida e/ou "parâmetro" para suas demandas, conforme se verá na sequência (2017, p. 345).

3 O PAPEL DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA CONSTRUÇÃO E NA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

A realidade vivenciada desde a última década do século XX, especialmente pela prevalência do enfoque econômico sobre os direitos fundamentais, determinou a necessidade de uma atuação mais ampla e sólida, vinculada à ideia de democracia mediante reivindicações de efetiva participação em instâncias diversas de deliberação e decisão, sejam elas estatais ou transnacionais por parte da sociedade civil.

Maria da Glória Gohn menciona o surgimento de novas características envolvendo as relações político-sociais internas, eis que o papel do Estado passou por uma reestruturação, assumindo funções essencialmente gerenciais e administrativas de recursos, conduzindo "à privatização de serviços essenciais, à emergência de novos parceiros no atendimento de questões sociais, e a estratificação desse entendimento segundo os imperativos da lógica do mercado." Esse encolhimento do Estado, acabou por levar "a uma diminuição da esfera social onde se desenvolve a cidadania plena", assim compreendida como aquela "moldada na tradição republicana, que pressupõe o conhecimento e a consciência ética dos processos políticos da pólis e do mundo em que se vive." (2005, p. 11, 29).

Nesse novo cenário, de modo paralelo, variados atores sociais entram em cena. À medida que o contexto sócio-político interno está voltado ao pragmatismo econômico, aos projetos e acordos de perfil neoliberal, com preocupações táticas que resolvem problemas técnicos da economia, ocorre a emergência de novos atores, sujeitos sociais, antes organizados em movimentos e ações coletivas de protestos, agora com enfoque propositivo em múltiplas pautas de discussões (GOHN; BRINGEL, 2014, p. 22).

A referida autora avança sobre o tema, afirmando que, na atualidade, os movimentos sociais estão voltados para novas culturas políticas, de inclusão e contra a exclusão, em que as diferenças e multiculturalidades são consideradas para a construção de sua própria identidade e reconhecimento da diversidade cultural[23]. No âmbito da América Latina, o novo cenário, desde os anos 2000, inclui a ampliação do foco para local/global, Norte/Sul; propostas teóricas pós-coloniais, e ainda, a emergência de "novas abordagens que destacam identidades e subjetividades coletivas, redes de pertencimento, laços de confiança etc." (GOHN; BRINGEL, 2014, p. 24-25).

Acrescente-se a essa nova realidade, o fato de que "várias lutas sociais se internacionalizam rapidamente", realidade a qual está vinculada à tendência dos grupos e movimentos sociais organizados articularem-se em redes (GOHN, 2010, p. 11). O trabalho em rede, não é uma temática nova. De longa data foi identificada nas ciências exatas, nas ciências humanas e biológicas, na antropologia, até mesmo na geografia, com a ressignificação do conceito de territórios, quando se passou a falar em "redes territoriais que transpõem as fronteiras da nação."[24] Com isso, o movimento passa a "articular a heterogeneidade de múltiplos atores coletivos em torno de unidades de referências normativas, relativamente abertas e plurais", passando a compreender diversos "níveis organizacionais", desde os agrupamentos de base até as plataformas de lutas políticas mais amplas (SHERER-WARREN, 2008, p. 515).

[23] "Há neles, na atualidade, uma ressignificação dos ideais clássicos de igualdade, fraternidade e liberdade. A igualdade é ressignificada com a tematização da justiça social; a fraternidade se retraduz em solidariedade; e a liberdade associa-se ao princípio da autonomia – da constituição do sujeito, não individual, mas coletivo; autonomia entendida como inserção e inclusão social na sociedade, com autodeterminação, com soberania." (GOHN, 2004, p. 13-14).

[24] "As redes [...] se referem a um tipo de relação social e atuam segundo objetivos estratégicos e produzem articulações com resultados relevantes para os movimentos sociais e para a sociedade civil em geral. A análise das redes requer metodologias específicas para captar a força sócio-cultural e política que condensam. Existem redes de diferentes tipos: de sociabilidade [...], locais [...], virtuais [...], socioculturais [...], geracionais [...], históricas [...], de governança [...], de entidades afins [...], de ONGs etc." (GONH, 2004, p. 15).

No que se refere aos movimentos sociais transnacionais[25], embora fortemente vinculados com o âmbito estatal e doméstico, valem-se das redes para obter oportunidades políticas que os deslocam ao cenário internacional.

> [...] as redes de movimentos desenvolvem seus processos mobilizatórios em espaços locais ou regionais, mas, de forma articulada buscam impacto midiático, visibilidade numa esfera pública ampliada, de modo a desenvolver estratégias políticas e propostas programáticas em torno de suas necessidades e de sua noção de direitos, conectando os espaços locais com espaços nacionais, regionais e internacionais. (SHERER-WARREN, 2008, p. 514).

Com base nessas premissas teóricas, pode-se compreender a importância dos movimentos sociais na luta pelos direitos humanos. Parte-se da ideia de que um movimento social é reconhecido pela sua identidade política e não como política de identidade, sendo que a identidade é construída a partir dos "interesses, identidades, subjetividades e projetos de grupos sociais" (GOHN, 2010, p. 41). Não é, contudo, uma identidade pré-constituída[26] apenas porque tem como base uma etnia, um gênero ou uma idade específica. "O reconhecimento da identidade política se faz no processo de luta, perante a sociedade civil e política." (GOHN, 2010, p. 32).

Por outro lado, autores como Herrera Flores, salientam que os direitos humanos são algo mais do que um conjunto de normas formais que os reconhecem e os garantem em nível nacional ou internacional. Enfatiza-se sua contribuição a partir de uma teoria crítica dos direitos humanos, com vistas a compreender os direitos humanos conectados às "práticas sociais emancipadoras." (HERRERA FLORES, 2009, p. 14). Desse modo, a compreensão destes direitos passa pela percepção das lutas travadas pela emancipação e pela dignidade humana pelos movimentos sociais. Eles,

> [...] não são conquistados apenas por meio das normas jurídicas que propiciam seu reconhecimento, mas também, e de modo muito especial, por meio das práticas sociais de ONGs, de Associações, de Movimentos Sociais, de Sindicatos, de Partidos Políticos, de Iniciativas Cidadãs e de reivindicações de grupos, minoritários (indígenas) ou não (mulheres), que de um modo ou de outro restaram tradicionalmente marginalizados do processo de positivação e de reconhecimento institucional de suas expectativas. (HERRERA FLORES, 2009, p. 77)

[25] Por transnacionalização, adota-se o conceito de Sidney Tarrow (2009, p.153): "refiro-me à cooperação de atores domésticos que trabalham juntos para além das fronteiras nacionais".
[26] "reconhecimento outorgado, doado, uma inclusão de cima para baixo" (GOHN, 2010, p. 32).

Tanto Joaquín Herrera Flores, como Maria da Glória Gohn, enfatizam a importância do fortalecimento do diálogo crítico e emancipador a partir dos cidadãos em prol dos direitos que entendem indispensáveis a sua vida com dignidade.

Assim, a partir desse referencial teórico, busca-se a identificação das características do movimento quilombola, que a partir de lutas históricas, tanto no regime colonial como pós-colonial, abarcam reivindicações de reconhecimento tanto por parte da sociedade, como por parte do Estado de sua identidade própria, de seus direitos e de sua memória. Assinalam as lutas pela existência física, cultural, histórica e social com nítido enfoque emancipatório que pressupõem novas estratégias para efetivação de sua identidade e direitos, tais como a utilização da esfera da Corte IDH por parte do movimento quilombola de diferentes países latino-americanos.

CONCLUSÃO

Conforme se pode observar do dito anteriormente, o desenvolvimento da sociedade latino-americana esteve marcado pela exploração e ocupação de territórios, bem como, opressão e escravização de negros comercializados e trazidos à força pelas metrópoles europeias. Esse histórico colonial de violência foi mantido na formação dos Estados da América Latina, e seus reflexos repercutiram sobre os descendentes destes povos mesmo após a abolição da escravatura. Nos séculos XIX e XX, as populações descendentes de africanos ainda carregaram o peso da herança escravista, que as relegou às piores condições de vida durante o processo de modernização conservadora dos países latino-americanos e caribenhos. Apesar desta realidade de escravidão e servidão, em todo este período o povo negro sempre esteve vinculado a vários movimentos de resistência, de sobrevivência paralela, quer com quilombos, revoltas, levantes, lutas, etc,

Neste cenário, a década de 1980 marca um momento em que o movimento social de resistência destes povos, em especial o quilombola encontrou maior respaldo nas suas reivindicações: vários países da América Latina passaram a inserir e reconhecer os direitos de suas populações etnicamente diferenciadas. Neste sentido, a homologação da Convenção 169 da OIT, em que os países automaticamente passaram a reconhecer a origem pluriétnica de suas sociedades, atuou como um elemento fortalecedor deste processo. Atualmente, vivencia-se a luta pela implementação ou pelas garantias destes direitos, e é neste cenário que os movimentos sociais quilombolas recorrem à Corte IDH, passando por processos judiciais que iniciam com a aceitação da denúncia e seguem com o estabelecimento das provas e a

constatação internacional da violação dos direitos destas comunidades pela não atuação dos Estados que as integram. As práticas de dominação, as atitudes discriminatórias enraizadas e as concepções estereotipadas de papéis individuais na sociedade, muitas vezes impregnadas na própria linguagem normativa, têm sido analisadas pela Corte IDH, conforme os casos que chegaram ao seu conhecimento e apreciação envolvendo comunidades quilombolas do Suriname, de Honduras e Colômbia. No caso das decisões da Corte IDH, muito além dos efeitos relacionados aos Estados e aos demais integrantes do Sistema Interamericano através dos mecanismos de diálogo jurisprudencial construtivo – são evidentes os efeitos de empoderamento que o recurso à Corte gera nos movimentos sociais que lutam pelos direitos das comunidades quilombolas, eis que as conquistas passam a atuar como uma baliza para suas reivindicações.

Analisando-se a temática a partir da contribuição de Maria da Glória Gohn, tem-se que na atualidade, os movimentos sociais estão voltados para novas culturas políticas, de inclusão e contra a exclusão, em que as diferenças e multiculturalidades são consideradas para a construção de sua própria identidade e reconhecimento da diversidade cultural. Parte-se também da ideia de que um movimento social é fortalecido quando reconhecido pela sua identidade política, como um processo de luta, perante a sociedade civil e jurídica. Nessa lógica, acrescenta-se também a contribuição de Joaquin Herrera Flores, no sentido de ressaltar que a concepção de direitos humanos tem relação com processos de reações, movimentos e evolução de circunstâncias históricas, que se fortalecem a partir de novas forças transformadoras, concepção essa que tem conexão com os movimentos sociais emancipatórios, assim compreendidos como mobilizações coletivas da sociedade, de natureza sócio-política ou cultural, que viabilizam formas de discussões e organizações de seus interesses e demandas.

E essa tem sido a característica do movimento quilombola, que a partir de lutas históricas, tanto no regime colonial como pós-colonial, abarca um movimento de reconhecimento pelo Estado e pela própria sociedade das especificidades de sua identidade própria, seus direitos e sua memória. Trata-se de um movimento de luta pela existência física, cultural, histórica e social, com nítido enfoque emancipatório que pressupõe novas estratégias para efetivação de sua identidade e direitos.

REFERÊNCIAS

AGUDELO. Os garífunas: transnacionalidade territorial, construção de identidades e ação política. *Desigualdade & Diversidade – Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio*, n. 8, p. 51-76, jan./jul. 2011.

BALDI, César Augusto (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BASTOS JÚNIOR, L. M. Violência estrutural (ou sistêmica) na jurisprudência da Corte Interamericana como medida para enfrentamento de violações de direitos. In: *Anais do VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano.* Rio de Janeiro: UFRJ, 2017. p. 331-347. Disponível em: https:www.conpedi.or. Acesso em: 10 fev. 2018.

CARDOSO, C. F. S. *A Afro-América*: a escravidão no novo mundo. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

COLOMBIA. Constitución. *Constitución Política de Colombia*. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/?bTy. 1991. Acesso em: 10 out. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**.** *Convenção americana sobre direitos humanos*. 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 out. 2017.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. 2005. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Acesso em: Acesso em: 15 out. 2017.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. 2007. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf Acesso em: Acesso em: 15 out. 2017.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso das *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.* 2013. Download disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf Acesso em: Acesso em: 15 out. 2017.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso da *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. 2015. Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: Acesso em: 15 out. 2017.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso da *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. 2015. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf. Acesso em: Acesso em: 15 out. 2017.

CUISSET, Olivier. Del campo a la ciudad y vice-versa: elementos para la historia del movimiento garífuna en Honduras. *Revista de Estudos Jurídicos e Pesquisas sobre as Américas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 79-111, 2014.

FIABANI, Adelmir. *Os novos quilombos:* luta pela terra e afirmação étnica no Brasil [1988-2008]. 2008. 275f. Tese (Doutorado em História) - Programa de Pós-Graduação em História da Universidade do Vale do Rio do Sinos. São Leopoldo. 2008. Disponível em http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2177 Acesso em: 10 out. 2017.

GOHN, Maria da Glória; BRINGEL, Breno M. (org.). *Movimentos sociais na era global.* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais*. Paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

GOHN, Maria da Glória. *O protagonismo da sociedade civil*: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005. 120 p.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOHN, Maria da Glória. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 13, n.2, p. 20-31, maio/ago. 2004.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux e IDHID, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. Los Derechos en el Contexto de la Globalizacion; tres precisiones conceptuales. *In*: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização*: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. 578 p. Disponível em http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.

HONDURAS. Constituição 1982. *Constitución de la Republica de Honduras 1982***.** Disponível em http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond82.html. Acesso em: 10 dez. 2017.

HOOKER, Juliet. Inclusão indígena e exclusão dos afro-descendentes na América Latina. *Tempo Social*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 89-111, nov. 2006. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12516. Acesso em: Acesso em: 10 dez. 2017.

ISOLDI, Isabel Araújo. *Territorialidades negras no território nacional:* processos sócioespaciais e normalização da identidade quilombola. 2010. 145f. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Instituto de Geociências da Universidade Estadual de Campinas, SP, 2010. Disponível em http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/287052. Acesso em: 10 dez. 2017.

LÓPEZ, Laura Cecília. Movimentos afro-latino-americanos: unidos pela diáspora e contra a opressão (Entrevista). *Revista Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, ed. 477, p. 56-62,

nov. 2015. Disponível em http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/549313-movimentos-afro-latino-americanos-unidos-pela-diaspora-e-contra-a-opressao-entrevista-especial-com-laura-cecilia-lopez. Acesso em: 10 fev. 2018.

NASCIMENTO, V. L. do; OLIVEIRA, M. R. N. S. O movimento negro na América Latina: Brasil e Colômbia. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL PENSAR E REPENSAR A AMÉRICA LATINA, II, 2016. São Paulo. *Anais eletrônicos*. Disponível em: sites.usp.br/prolam/wp-content/uploads/sites/35/2016/12/NASCIMENTO_SP01-Anais-do-II-Simp%C3%B3sio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-Am%C3%A9rica-Latina.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.

ONUBR. Disponível em: https://nacoesunidas.org/cideh-e-onu-direitos-humanos-expressam-preocupacao-quanto-a-acao-judicial-sobre-povos-quilombolas-no-brasil/. Acesso em: 10 fev. 2018.

PRICE, Richard. Reinventando a história dos quilombos: rasuras e confabulações. Tradução de Gisela Moreau. *Revista Afro-Ásia*, Bahia, n. 23, p. 239-65, 1999. Disponível em http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77002308. Acesso em: 15 nov. 2017.

PRICE, Richard. Quilombolas e direitos humanos no Suriname. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 5, n. 10, p. 203-241, maio 1999. Disponível em http://dx.doi.org/10.1590/S0104-71831999000100009. Acesso em: 15 nov. 2017.

REBELO, M. de N. de O. O povo Saramaka *versus* Suriname: uma análise sob o olhar de Clifford Geertz. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, 2011, v. 1, n. 14, p. 95-118. Disponível em: http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/605. Acesso em: 15 nov. 2017.

SCHERER-WARREN, Ilse. Redes de Movimentos Sociais na América Latina - caminhos para uma política emancipatória? *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 54, p. 505-517, set./dez. 2008.

TARROW, Sidney. *O poder em movimento*: movimentos sociais e confronto político. Tradução de Ana Maria Sallum. Petrópolis: Vozes, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. (org.). *Fundamentos de história do direito.* 8. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos; BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado. Horizontes para se repensar os direitos humanos numa perspectiva libertadora. *In*: LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado (org.). *Direitos humanos na América Latina*. Curitiba: Multideia, 2016.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL: A DESNECESSIDADE DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA

SOCIAL SECURITY AND THE PRINCIPLE OF NON-SOCIAL RETROGRESSION: THE NOT NECESSITY OF THE SOCIAL SECURITY REFORM

Artigo recebido em 04/04/2019
Revisado em 04/05/2019
Aceito para publicação em 21/05/2019

Daisy Rafaela da SILVA
Doutora em Direito. Professora do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do UNISAL – Lorena - SP. Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos do UNISAL.

Mariana Reis Caldas
Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, (Brasil).

RESUMO: Este artigo visa discutir a aplicação do princípio do não retrocesso social base sólida para que direitos básicos conquistados ao longo dos anos pelas lutas sociais não se tornem efêmeros por mudanças políticas e econômicas, cujas decisões são apartadas da efetiva vontade e necessidade dos cidadãos, principalmente pela ótica da previdência social e suas reformas. Se por um lado os direitos sociais encontram-se previstos com destaque na Constituição Federal, em seus artigos 6º e 7º, sendo também garantidos pela própria democracia, o princípio do não retrocesso social é uma importante ferramenta para que estes não sejam suprimidos ou alterados, se mantendo protegidos pelo Estado que os tutela, ainda mais quando trata-se de uma possível reforma previdenciária que irá mitigar as bases de diversos benefícios, sendo que a crítica é que se há de fato necessidade desta reforma, tendo em vista as contas da previdência social.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social. Princípio do Não Retrocesso Social. Reforma Previdenciária.

ABSTRACT: This article aims at discussing the application of the principle of non-social retrogression, solid basis so that basic rights conquered over the years by social struggles do not become ephemeral by political and economic changes, whose decisions are separated from the effective will and necessity of the citizens, mainly by the view of social security and its reforms. If, on the one hand, social rights are included in the Federal Constitution in its

Articles 6 and 7 and are also guaranteed by democracy itself, the principle of non-retrocession is an important tool so that they are not suppressed or altered, being protected by the State, especially when it is a possible social security reform that will mitigate the bases of several benefits, and the criticism is that if there is in fact need of this reform, in view of the social security accounts.

KEY WORDS: Social Security. Principle of Social Retrogression. Social Security Reform.

SUMÁRIO: 1 O princípio do não retrocesso social. 2 A Previdência Social no Brasil. 3. As Contas da Previdência Social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Na busca pela garantia dos direitos fundamentais, muitas vezes temos que nos deparar com situações diversas das previstas pelo legislador. A maleabilidade de todo um sistema normativo é colocada em voga principalmente em tempos de crise, seja econômica, seja politicamente.

Por constar no título dos princípios fundamentais, devemos ter atenção quanto ao Estado Democrático de Direito e o que este reserva aos cidadãos brasileiros, enquanto efetivo objeto do mandamento constitucional.

É nessa seara que tem destaque o princípio do não retrocesso social, que efetiva a proibição da supressão ou alteração de conquistas sociais, tanto material quanto formal, sendo uma importante ferramenta para a democracia.

É de se destacar que o princípio visa proteger garantias essenciais para a Democracia, buscando com que classes anteriormente afastadas das esferas da sociedade possam dela participar, como destinatários das normas e também portadores de poder de decisão.

Para analisar a presente situação dos direitos sociais, se faz necessário tanto buscar o conceito de Estado Democrático de Direito, quanto seu significado para o país em relação aos direitos que protege, bem como os programas sociais existentes e o embasamento deste no princípio do não retrocesso social, para nos perguntarmos se, de fato, nos tempos atuais, temos o devido resguardo dos direitos fundamentais, ou se estamos a perceber um efetivo anacronismo nestes.

O questionamento se dá em relação à possibilidade de se retroagir direitos sociais já conquistados, e se esta mudança realmente poderia trazer benefícios para a população, e quais seriam os limites desta retroação, caso entenda-se que ela é plausível.

Nesta senda, o enfoque maior é em relação a uma possível reforma previdenciária, bandeira defendida pelo governo anterior e atual, que aqui é analisada de acordo com o sistema de Seguridade Social, com os princípios norteadores da Constituição Federal e da Lei nº 8.213/91 sobre o tema e, principalmente, por uma avaliação das contas da Previdência Social, para responder se, de fato, há necessidade de uma reforma.

A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e documental.

1 O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

Como afirmado, o Estado Democrático de Direito pressupõe um Estado ativo, que assegure os direitos sociais, fato que fez desenvolver o princípio da proibição do retrocesso social, vedando a supressão ou alteração dos direitos sociais já conquistados, seja formal ou material.

O princípio teve seu núcleo definido inicialmente no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966):

> ARTIGO 2º
> 1. Cada Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegura, progressivamente, por todos os meios apropriados, o, pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativa.

Em nosso ordenamento, ele não somente segue os diversos mandamentos e princípios que norteiam a Constituição Federal, mas também encontra-se explícito nesta em seu artigo 1º, *caput* e inciso III, que estabelece que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana", artigo 3º, que determina como objetivo da República Federativa do Brasil "garantir o desenvolvimento nacional", bem como o artigo 7º, cujo *caput* prevê como direitos dos trabalhadores aqueles que " visem à melhoria de sua condição social".

Por este princípio, não seria possível a revogação ou qualquer mudança em uma lei que trata de direitos fundamentais, exceto se outra lei mais benéfica a substituir, evitando assim a retroação da própria nação, e concretizando o avanço em matérias que compõem o objetivo constitucional, dando eficácia máxima a um Estado Democrático de Direito.

Sobre o tema, inclusive, já houve manifestação do Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade, quando o Ministro Celso de Mello, em decisão proferida no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337, proferiu seu voto no seguinte sentido:

> O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (STF, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, ARE 639337, j. em 23/08/2011).

E pelo Ministro Luís Roberto Barroso (MS 32262 MC/DF. rel. Min. Luís Roberto Barroso. 25.9.2013. Informativo 721) que diversas vezes já se manifestou sobre o tema, sendo que em uma delas discorreu que:

> O art. 60, § 4º, IV, da Constituição proíbe a deliberação de propostas de emenda que tendam a abolir os direitos individuais. A despeito do que sua literalidade poderia sugerir, a expressão destacada vem sendo objeto de uma leitura mais generosa pela doutrina, que considera protegidos os direitos materialmente fundamentais em geral – aí incluídos não só os tradicionalmente classificados como individuais (e.g., liberdade de expressão), mas também os políticos (e.g., direito de voto), os sociais (e.g., direito à saúde) e os coletivos (e.g., direito ao meio ambiente equilibrado).
> Isso porque, como meios de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), os direitos materialmente fundamentais definem um patamar mínimo de justiça, cujo esvaziamento privaria a pessoa das condições básicas para o desenvolvimento de sua personalidade. Por extensão, a própria ordem constitucional perderia a sua identidade.

Portanto, é certo que o princípio tem aplicação na legislação brasileira e na interpretação desta pelos Tribunais Superiores.

Nesta seara, de importância destacar a definição inicial de J. J. Gomes Canotilho (1941, p. 339-340), segundo o qual o princípio do não retrocesso social expressa que:

> [...] com isso quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A "proibição de retrocesso social" nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de 'direitos prestacionais de propriedade', subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigaçãoo de prossecuçãoo de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamentealicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladores da chamada 'justiça social'. [...] As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da atividade legislativa e o *núcleo essencial* dos direitos sociais. O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos socais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa "anulação", "revogação" ou aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial. [...] A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana [...].

O princípio do não retrocesso social, portanto, tem dupla incidência sobre uma sociedade democrática, uma vez que impede que mudanças sociais ou governamentais impactem nas garantias conquistadas ao longo dos anos pelas lutas sociais, perpetuando estas no ordenamento jurídico, e fazendo com que eventuais crises econômicas, muitas vezes impossíveis de serem evitadas, como bem dito pelo jurista luso, possam violar direitos principalmente das classes mais baixas, que não têm condições financeiras de substituir gastos públicos por privados (como, por exemplo: plano de saúde, previdência privada, atendimento por médico particular, estudo em colégio ou faculdade particular, residência em condomínio fechado).

Esse foi inclusive o posicionamento adotado pelo STF no julgamento da ADI 3.105-8 (rel. min. Cezar Peluso, j. 18/08/2004), o ministro Celso de Mello afirmou que

> a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos.

Entretanto, há que se ressaltar que estudos recentes pendem para uma maleabilidade do princípio do não retrocesso social, cuja mudança de entendimento deu-se pelo próprio

jurista português, Canotilho, antes defensor da proibição do não retrocesso de forma absoluta, mas que em 2008 se posicionou pela possibilidade deste, quando frente a crises políticas e econômicas:

> Considerações paralelas poderão fazer-se a respeito do problema da *reversibilidade* das prestações sociais. O rígido princípio da 'não reversibilidade' ou, formulação marcadamente ideológica, o 'princípio da proibição da evolução reaccionária' pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. 'A dramática aceitação de 'menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos', o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social. Mas, mesmo aqui, não há razão para os princípios do Estado de direito não valerem como direito a eventuais 'desrazoabilidades' legislativas. Assim, por exemplo, se o legislador tem discricionariedade política para alterar o regime de previdência e de pensões, é de questionar a sua liberdade de conformação quanto a soluções legislativas representarem uma desproporcionada e retroactivaafectação de direitos subjetivamente radicados (montantes previsíveis de pensões, tempo de cálculo). M exemplo significativo será o da não reformabilidade*n pejus* do grau de invalidez de trabalhadores." (CANHOTILHO, 2008, p.110-111).

Essa modificação de posicionamento tem como base a insustentabilidade do sistema e a possibilidade de aplicação de políticas compensatórias, em razão de um momento de crise pelo qual o Estado venha a passar. A mudança drástica no posicionamento do jurista se deu exatamente em razão da crise que assolou Portugal, que teve início em 2008, mas seu entendimento atual não é isolado, tendo em vista que diversos autores pendem atualmente pela maleabilidade do princípio:

> Se parece correto apontar a existência de elevado grau de consenso (pelo menos no Brasil, em alguns Estados, assim como, de modo geral, na esfera do direito internacional) quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso social, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz com a concretização dos direitos social a prestações. Para além desse consenso (no sentido de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos socais), constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada. Assim, ilustrando as principais tendências no que diz com o reconhecimento de um valor jurídico à proibição de retrocesso, pode-se partilhar do entendimento de que entre uma negativa total da eficácia jurídica do princípio da proibição de retrocesso (que, ao fim e ao cabo, teria a função de mera diretriz para os agentes políticos) e o outro extremo, o que propugna uma vedação categórica de todo e qualquer ajuste em termo de direitos sociais, também aqui o melhor caminho é do meio, ou seja, o que implica uma tutela forte, mas não cega e descontextualizada dos direitos fundamentais sociais. (SARLET, 2010, 93-94).

Mas, há que se ressaltar que nem toda mitigação de um direito social pode ter a substituição por políticas compensatórias, como, por exemplo, os benefícios previdenciários. Ao se aumentar o tempo de contribuição ou a idade necessária para a concessão de algum benefício, não há outra saída senão a punição da pessoa humana, uma vez que não há como contrabalançar o trabalho já exercido ou a idade avançada.

Ademais, temos que nos atentar para o fato de que, ao permitir que direitos sociais sejam mitigados pelo surgimento de uma crise, há afetação do seu núcleo essencial, tendo em vista que é justamente neste momento, de crise, de necessidade, que há maior necessidade de se usufruir dos direitos sociais já conquistados, em razão do próprio princípio de segurança jurídica assegurado pelo artigo 5º, XXXVI, da CF.

Ainda, outro ponto que merece destaque, é que o período de crise não parece ser algo momentâneo na pós-modernidade, mas sim um estado de aparente crise eterna, uma vez que a própria terminologia 'crise' pressupõe algo passageiro, mas que no mundo, e principalmente no país, tem uma conotação de permanência. Afinal, quando não estivemos em crise?

A característica da crise atual, definida pela sua perpetuação, é descrita como

> Palavra que ocorre frequentemente nos jornais, na televisão, em conversas do dia a dia, que de tempos em tempos é usada para justificar dificuldades financeiras, aumento de preços, queda na demanda, falta de liquidez, imposição de novas taxas ou tudo isso junto.
> Crise econômica é, segundo os dicionários, uma fase de recessão caracterizada por falta de investimentos, diminuição da produção, aumento do desemprego, um termo que tem significado geral de circunstâncias desfavoráveis com frequência ligadas à economia.
> Qualquer acontecimento adverso, em especial os concernentes ao setor econômico, é "culpa da crise". Trata-se de uma atribuição de responsabilidade absolutamente despersonalizada, a qual liberta indivíduos de todo e qualquer envolvimento e faz alusão a uma entidade abstrata, o que soa vagamente sinistro. Isso acontece porque algum tempo atrás a palavra "crise" perdeu seu significado original e assumiu uma conotação apenas econômica.
> [...]
> Considerava-se que passar por um período "conjuntural" era uma transição dolorosa, mas necessária, em vista de alcançar uma nova fase de prosperidade. Era um momento de ajuste para preparar terreno, refinar estratégias e atacar novamente a fim de recuperar o vigor e a segurança, e negociar acordos assim que as coisas se estabilizassem. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 9-10).

> Uma característica especial desta crise é sua duração. O tempo das "conjunturas" desfavoráveis, que podiam ser resolvidas num curto período, já passou. Agora, as crises – tão vagas e generalizadas por envolverem uma parte tão grande do planeta – levam éons para reverter a direção. Elas progridem muito lentamente, em contraste com a velocidade na qual todas as demais atividades humanas na realidade contemporânea de fato se movem. Todo e qualquer prognóstico de solução é continuamente atualizado e, em seguida, adiado para outra data. Parece que nunca vai acabar.
> Quando uma crise acaba, outra, que nesse ínterim chegou roendo nossos calcanhares, entra em cena e toma seu lugar. Ou talvez se trate da mesma imensa

> crise que alimenta a si mesma e muda com o tempo, transformando e regenerando a si própria como uma entidade teratogênica monstruosa. Ela devora e muda o destino de milhões de pessoas, fazendo disso uma regra, e não uma exceção, tornando-se um hábito cotidiano com o qual temos de lidar, em vez de uma inconveniência inoportuna ocasional da qual nos vemos livre o mais rápido possível.
> Viver em estado constante de crise não é agradável, mas pode ter um lado positivo, pois mantém os sentidos vigilantes e alertas, e nos prepara psicologicamente para o pior. Nós temos de aprender a viver em crise, assim como estamos resignados a viver com tantas adversidades endêmicas a nós impostas pela evolução dos tempos: poluição, barulho, corrupção e, acima de tudo, medo. O sentimento mais velho do mundo, que nos acompanha ao longo de uma realidade marcada pela insegurança.
> Nós temos de nos habituar a conviver com a crise. Pois a crise está aqui para ficar. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 15).

Será então que podemos afirmar que a crise permite o retrocesso? Ainda citando a mais alta corte, o Ministro Ricardo Lewandowski já se manifestou no sentido de que há retrocesso social, ainda quando se esteja diante de uma situação transitória:

> Especificamente no caso em exame, a síntese parcial que cumpre firmar é a de que a proteção constitucional do direito à saúde e, por conseguinte, do direito à vida, exige que sejam assegurados concomitantemente a higidez do SUS e o seu financiamento adequado, seja pelo viés das fontes próprias e solidárias de receitas da seguridade social, seja pelo viés do dever de gasto mínimo no setor. Este é o estágio já conquistado de realização do direito à saúde, cujo retrocesso viola seu núcleo essencial.
> [...]
> Fato é que a ocorrência de reforma constitucional que vise ao aprimoramento dos direitos e garantias fundamentais é medida desejável de atualização dos fins e preceitos da CF, mas alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção por elesalcançado não são admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentário-financeiros.
> [...]
> Retrocesso transitório ainda assim é retrocesso, já que a promessa de crescimento futuro do piso não garante que os subpisos serão superados ao longo das execuções orçamentárias, ainda mais com a regra de incorporação no cômputo do gasto mínimo
> federal em ações e serviços públicos de saúde das receitas oriundas da exploração de petróleo e gás.
> (ADI 5595 ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28/02/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 02/03/2018 PUBLIC 05/03/2018)

A formação de uma "jurisprudência de crise" é ainda mais preocupante, uma vez que a insegurança existente em tempos normais é potencializada pelo fato de as decisões dos tribunais pátrios serem influenciadas por um evento externo, pelo seu contexto. Nesse sentido:

> A parametricidade da Constituição em tempos de crise leva a que se possa concluir que a inconstitucionalidade, na interpretação do TC, não dependa apenas do "texto", mas, também, do "contexto". Numa outra perspectiva, o que seria incompatível com a Constituição em tempos de normalidade constitucional, já o não será em tempos de memorandos e programas de assistência. Este desiderato decorre, sem dificuldade, da jurisprudência constitucional, apesar de

> a doutrina manter que se continua dentro de um quadro "normativo pleno". (PINHEIRO, 2014, p. 186).

Nestes termos, em que pese a possibilidade de se concluir que o retrocesso social não é um princípio absoluto, tal fato não significa que sua mitigação possa ocorrer pela existência de uma dificuldade, seja econômica ou social, momento em que as bases sólidas do Estado devem se manter. Permitir que direitos sociais sejam descategorizados, por qualquer motivo, nada mais é do que ir de encontro aos diversos preceitos constitucionais, formando um Estado "que tudo pode", diferente do Estado de Bem-Estar Social perseguido pelas mais desenvolvidas nações.

2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Hoje, pela Constituição Federal, temos o sistema de seguridade social, que se divide em três vetores: saúde (arts. 196 a 200); assistência social (arts. 203 e 204); previdência social (art. 201), sendo que a seguridade social, como um todo, visa manter a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana, para que ninguém seja privado, em um momento de necessidade e de desprovimento, da uma condição mínima de vida. Nesse sentido:

> Vale ressaltar que a função precípua da Seguridade Social, desempenhada por seus vários órgãos e quadros, é a de amparar o socialmente desvalido, em qualquer das modalidades que preveja a lei, assegurando-lhes seus direitos fundamentais. (SERAU JUNIOR, 2014, p. 32).

Por esse motivo, o não retrocesso social tem suma importância, já que a proteção da sociedade é interesse de todos:

> A seguridade social tem como propósito fundamental proporcionar aos indivíduos e às famílias a tranquilidade de saber que o nível, a qualidade de suas vidas não serão significativamente diminuídos, até onde for possível evitá-lo, por nenhuma circunstância econômica ou social. O que interessa ao sistema de seguridade social não é garantir o padrão de vida do indivíduo, mas tão somente assegurar-lhe condições mínimas de sobrevivência digna. (BALERA; MUSSI, 2014, p. 34-35).

A saúde, de acordo com o artigo 196, CF, "é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Por outro lado, a assistência social, nos termos do artigo 203, CF, "será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social".

Noutra senda, a previdência social seguindo os mandamentos do art. 201, CF:

> [...] será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
> I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
> II - proteção à maternidade, especialmente à gestante
> III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
> IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
> V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Logo, a previdência pressupõe a contribuição, bem como é obrigatória para qualquer pessoa que aufere renda, apenas opcional para os segurados facultativos, nos termos do artigo 11 do Decreto nº 3048/1999.

Sendo assim, a partir do momento em que se contribui, espera-se em um futuro desfrutar de um benefício programável, como são as aposentadorias, para que se tenha uma estabilidade financeira no momento da velhice.

Entretanto, o próprio sistema de solidariedade da previdência, previsto no artigo 195 da CF, impõe que a geração que contribui para o Regime Geral da Previdência Social o faz para custear a geração que está em percebimento de benefício, já que não podemos confundir a previdência social com previdência privada.

Mas temos que nos atentar que, além da falta de segurança jurídica quando se fala em uma reforma previdenciária, em razão de que os benefícios programáveis não serão mais desfrutados de acordo com a planejado pelo segurado, mais atenção ainda devem ter os benefícios não programáveis, como auxílio doença, pensão por morte, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente, como ensina Sérgio Pinto Martins:

> Estabelece o art. 1º da Lei nº 8.213 que a Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar a seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. (MARTINS, 2014, p. 300).

Tais disposições têm como base os próprios princípios da Previdência Social previstos pelo artigo 2º da Lei nº 8.213/91, que determina que:

> Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:
> I - universalidade de participação nos planos previdenciários;
> II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
> III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;
> IV - cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente;
> V - irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo;
> VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo;
> VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;
> VIII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.
> Parágrafo único. A participação referida no inciso VIII deste artigo será efetivada a nível federal, estadual e municipal.

Em que pese da distinção dos serviços e da finalidade de atendimento, como afirmado, a Previdência Social forma o sistema da Seguridade Social, e por isso as suas contas não devem ser analisadas isoladamente, mas em conjunto.

Nesta seara, o argumento do governo para uma possível reforma atual, argumento este que foi o mesmo utilizado para as últimas reformas, é com base no envelhecimento da população, o que causaria um 'rombo na previdência social'.

De fato, é notório o envelhecimento da população mundial, mormente principalmente o aumento da expectativa de vida, o que fez com que diversos países revissem o seu sistema previdenciário.

Nota-se, por exemplo, que o artigo 142 da Lei nº 8.213/91, permitia a aposentadoria por idade com apenas sessenta meses de carência em 1991. Ou seja, o homem quando completasse sessenta e cinco anos e a mulher quando completasse sessenta anos precisariam de apenas cinco anos de contribuição para o RGPS para se aposentar.

É por óbvio que essa permissão seria insustentável nos dias atuais e o aumento do tempo de contribuição necessário à aposentadoria por idade, que foi gradativo até chegar a carência mínima de cento e oitenta meses em 2011, mantida até os dias atuais, não pode ser considerado um retrocesso, visto que se trata de uma adequação necessária, o que não significa que outras possibilidades de reforma não devem ser analisadas com a devida cautela, a fim de se verificar se trata-se de retrocesso ou de atualização legislativa.

3 AS CONTAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Em primeiro, antes de verificar as mudanças de uma eventual reforma, devemos nos questionar acerca dos argumentos governamentais para justificá-la. O principal deles trata acerca do déficit da Previdência Social. Mas afinal, ele existe?

O governo afirma que sim:

> Em outubro, o Regime Geral de Previdência Social registrou déficit de R$ 13,8 bilhões, um aumento de 20,5% em relação ao mesmo mês do ano passado. A diferença é resultado de uma arrecadação de R$ 30,2 bilhões e despesa de R$ 44 bilhões. Se comparada a outubro de 2016, a despesa teve aumento de 9,4% (R$ 3,8 bilhões a mais) e a arrecadação, 4,9% (incremento de R$ 1,4 bilhão). Acesse a apresentação com dados do RGPS de outubro.
> No acumulado do ano, o déficit da Previdência chega a R$ 156 bilhões – 21,8% maior que no mesmo período do ano passado. A arrecadação soma R$ 296,5 bilhões e a despesa, R$ 452,4 bilhões.
> Os números estão corrigidos pelo INPC. O valor do déficit leva em conta o pagamento de sentenças judiciais, a Compensação Previdenciária (Comprev) entre o INSS e os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) de estados e municípios, além das renúncias previdenciárias (Simples Nacional, entidades filantrópicas, microempreendedor individual e exportação da produção rural).
> (FONTE: INSS)

Mas a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP - afirma que não:

> não existe déficit, pelo contrário, os superávits nos últimos anos foram sucessivos: saldo positivo de R$ 59,9 bilhões em 2006; R$ 72,6 bilhões, em 2007; R$ 64,3 bi, em 2008; R$ 32,7 bi, em 2009; R$ 53,8 bi, em 2010; R$ 75,7 bi, em 2011; R$ 82,7 bi, em 2012; R$ 76,2 bi, em 2013; R$ 53,9 bi, em 2014.
> No ano passado, segundo a ANFIP, o investimento nos programas da Seguridade Social, que incluem as aposentadorias urbanas e rurais, benefícios sociais e despesas do Ministério da Saúde, entre outros, foi de R$ 631,1 bilhões, enquanto as receitas da Seguridade foram de R$ 707,1 bilhões. Ou seja, mais uma vez o resultado foi positivo e sobrou dinheiro (R$ 24 bilhões).

Verifica-se, portanto, que os argumentos do governo e os da ANFIP, que faz parte do próprio governo, são completamente diversos, mas quando se trata de uma matéria exata, em que se somam os valores contabilizados e se subtraem os gastos, essa diferença deveria ser, se existente, mínima.

Entretanto, o que justifica a grande disparidade nesses cálculos, são as fontes consideradas.

Isso porque, enquanto o governo analisa as contas da Previdência considerando somente os ativos da própria Previdência, incluindo ainda os gastos com o Regime Próprio da

Previdência Social, que, em regra, não fazem parte do sistema da Seguridade Social, sendo excluídos pelo próprio artigo 40 da Constituição Federal, a ANFIP, por outra senda, analisa as receitas (que têm alta carga tributária, como o Cofins, PIS/Pasep, CSLL) e as despesas (que também são elevadas, como a saúde pública, aposentadorias, pensões, auxílios, benefícios assistenciais, seguro-desemprego e bolsa família) de toda a Seguridade Social, uma vez que a conta da Previdência faz parte da Seguridade.

Há, ainda, a desoneração da contribuição previdenciária pelo governo Dilma Rousseff, em diversos setores da economia, tem os valores que seriam arrecadados contabilizados pela ANFIP, uma vez que a desoneração foi uma opção do governo, que se não tivesse ocorrido, teria o pagamento de acordo com a lei. Outra importante questão no que se refere a discrepância desses cálculos foi o aumento da Desvinculação de Receitas da União, procedimento que permite que até 30% de receitas da Seguridade Social tenham outros destinos.

Isso porque a PEC 87/2015 aumentou de 20% para 30% a Desvinculação das Receitas da União até 2023, que inclui as contribuições sociais, que deveriam ir para a Seguridade Social, que reúne as áreas da saúde, assistência e previdência – este valor pode chegar a R$120 milhões de reais.

O relator da PEC na Comissão Especial, deputado Laudivio Carvalho (SD-MG), admite que uma das funções da DRU é exatamente "contribuir para a geração de superávit nas contas do governo, com o objetivo de interromper a trajetória recente de crescimento da dívida pública". (FONTE: CARTA CAPITAL)

Ora, se há déficit, porque aumentar a porcentagem de retirada dessas receitas?

A justificativa não é outra senão que há, de fato, superávit nas contas da Previdência Social, fato que afirmamos tendo em vista ser esta a conclusão da Comissão Parlamentar de Inquérito (CIP) da Previdência, criada em abril de 2017 e que teve o relatório apresentado em outubro de 2017, pelo Senador Hélio José, que concluiu pela inexistência de déficit, e apresentou as seguintes informações:

> Segundo o relatório da CPI, as empresas privadas devem R$ 450 bilhões à previdência e, para piorar a situação, conforme a Procuradoria da Fazenda Nacional, somente R$ 175 bilhões correspondem a débitos recuperáveis.
> [...]
> Ao TCU o relator solicita reavaliação das premissas utilizadas na inclusão das despesas com RPPS (servidores civis e militares) à conta da seguridade social; apuração de programações estranhas ao conceito constitucional de seguridade social incluídas pelo governo federal no orçamento da seguridade social e verificação imediata das determinações contidas no Acórdão nº 1076/2016 – TCU – Plenário, relativamente ao Carf. (FONTE: SENADO FEDERAL)

https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/25/cpi-da-previdencia-aprova-relatorio-final-por-unanimidade)

Vê-se, portanto, que, ainda que superavitário, o fundo previdenciário poderia ser ainda maior, bastando para isso que não houve a exoneração previdenciária das empresas, que a Previdência cobrasse tempestivamente os seus devedores, o estudo dos impactos da reforma trabalhista no sistema previdenciário, a impossibilidade de retirada de verbas que são destinadas à Seguridade Social, e ainda, uma boa gestão deste fundo, cobrando-se uma política transparente de todos os governos neste sentido.

Em 2002, o ex-Ministro Ciro Gomes, analisando os problemas estruturais a serem examinados pelo Governo então recém-eleito, afirmou, sobre a Previdência, "que via três causas para os problemas na pasta: a informalidade de mais de 50% dos trabalhadores, o envelhecimento da população e as fraudes, nessa ordem de importância" (SERAU JUNIOR, 2014, p. 34), vemos que até hoje a falácia do déficit da Previdência Social é tratada de forma menosprezada pelos governos, que não buscam uma solução efetiva para o problemas, mas ao contrário, preferem não se manifestar de forma transparente com a população, que, não sabendo as bilionárias receitas do fundo, acredita ser de fato necessária a reforma.

CONCLUSÃO

No viés desenvolvido no presente artigo, em que se buscou um paralelo entre o princípio do não retrocesso social sob a perspectiva da Previdência Social, não há outra conclusão senão pela desnecessidade da reforma, que, ocorrendo, instituiria um anacronismo.

Como já afirmado, não se nega a necessitada cíclica de uma reforma previdenciária, justificável por um futuro com maior expectativa de vida, maior desenvolvimento da medicina e nas regras de saúde e segurança do trabalho.

O que se visa analisar é se, de fato, no momento atual, em que vivemos uma "crise", realmente se faz necessário trazer à tona o tema da reforma, tendo em vista que o argumento do governo para justificá-la não passa de uma falácia, comprovada por órgãos representativos dele próprio.

A situação de incerteza e insegurança que esses falsos argumentos geram na população são inadmissíveis, uma vez que esta se sente ainda mais emparedada, não podendo contar com a programação de aposentadoria que havia feito, quando temos níveis de desemprego nunca antes atingidos.

A circunstância é ainda pior quando verificamos que o governo pode utilizar de até 30% dessas receitas para financiar outras necessidades, sem ter nem ao menos que justificá-las, o que não teria qualquer finalidade se não houvesse de fato receitas nas contas da previdência.

Em meio a um momento de tormenta política e econômica, um governo forte e justo não se utilizaria de falsos argumentos para tentar justificar uma reforma desnecessária, que ao que parece somente seria utilizada para uma retirada de valor ainda maior por meio da DRU.

Não ignoramos que uma reforma poderá ser necessária no futuro, e a apoiaremos, quando esta for realmente imprescindível e for realizada de forma limpa, aberta, correta, por um governo incorruptível e que vise, de fato, proteger o cidadão.

REFERÊNCIAS

ANFIP. Déficit do INSS é fictício e fruto de manipulação de dados, diz Cobap. Disponível em: https://www.anfip.org.br/noticia.php?id_noticia=21125. Acesso em: 21 jun. 2018.

BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito Previdenciário*. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade5595/DF. Brasília, DF, 02 mar. 2018. *Diário de Justiça Eletrônico*. 26 abr. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5595%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zwcjp4t. Acesso em: 21 jun. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Editora Coimbra, 2008.

CARTA CAPITAL. *DRU*: Mais um ataque à seguridade social. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/economia/dru-mais-um-ataque-a-seguridade-social. Acesso em: 21 jun. 2018.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 7, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641. Acesso em: 21 jun. 2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 39. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa. 1984. *Diário da República*, Lisboa, 11 abr. 1984. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html. Acesso em: 21 jun. 2018.

SAVARIS, José Antônio. *Direito Previdenciário*: problemas e jurisprudência. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA. RGPS: Déficit da Previdência Social chega a R$ 13,8 bilhões em outubro. Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/2017/11/rgps-deficit-da-previdencia-social-chega-r-138-bilhoes-em-outubro/. Acesso em: 21 jun. 2018.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Curso de Processo Judicial Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

A ABORDAGEM DAS CAPACITAÇÕES (*CAPABILITIES*) E A JUSTIÇA SOCIAL: UMA ALTERNATIVA À TEORIA DAS NECESSIDADES BÁSICAS E À TEORIA DAS NECESSIDADES HUMANAS

THE CAPABILITIES APPROACH AND SOCIAL JUSTICE: AN ALTERNATIVE APPROACH TO THE BASIC NEEDS THEORY AND THE HUMAN NEEDS THEORY

Artigo recebido em 24/08/2018
Revisado em 04/04/2019
Aceito para publicação em 02/05/2019

Neuro José Zambam
Pós-doutorando em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED – Mestrado. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós Graduação em Filosofia). Líder de Grupo de Estudos Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico. Pesquisador da Faculdade Meridional. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade. E-mail: neurojose@hotmail.com; nzambam@imed.edu.br.

Karen Beltrame Becker Fritz
Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da Universidade de Passo Fundo (PPGDireito/UPF). Doutora em Desenvolvimento Rural pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PGDR/UFRGS). Mestre em Economia Rural (UFRGS). Graduada em Ciências Econômicas (UFRGS). Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenadora do Projeto de Pesquisa 'Direito e Economia' da FD/UPF. Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais (PPGCiamb/UPF). E-mail: karenfritz@upf.br

RESUMO: Este artigo visa a compreender o contexto do surgimento da abordagem das capacitações (*capabilities*), como alternativa à Teoria das Necessidades Humanas e à Teoria das Necessidades Básicas. O método de investigação é o indutivo, e a técnica de pesquisa, bibliográfica. A abordagem das capacitações (*capabilities*) oferece uma base informacional ampla para avaliar as condições de justiça social: necessidades básicas, liberdade, autonomia e condições de agir em sociedade como referências fundamentais da existência humana. Amartya Sen (2000; 2010) reconhece ampla conexão entre a abordagem das capacitações (*capabilities*) e abordagens relacionadas ao desenvolvimento humano, social e econômico, que são distintas daquelas dependentes do acesso a bens e utilidades.

PALAVRAS-CHAVE: Abordagem das capacitações. Amartya Sen. Privações de capacitações. Teoria das Necessidades Básicas. Teoria das Necessidades Humanas.

ABSTRACT: This study aims to understand the context of the emergence of the capabilities approach, as an alternative approach to the Human Needs Theory and the Basic Needs Theory. The research method is the inductive, and the research technique, bibliographical. The capabilities approach provides a broad informational basis for assessing the conditions of social justice: basic needs, freedom, autonomy and conditions to act in society as fundamental references of human existence. Amartya Sen (2000; 2010) recognizes a broad connection between the capabilities approach and other theories related to human, social and economic development, which are distinct from those that are dependent on access to goods and utilities.

KEYWORDS: Amartya Sen. Basic Needs Theory. Capabilities approach. Capability deprivation. Human Needs Theory.

SUMÁRIO: 1 A teoria das necessidades humanas e a teoria das necessidades básicas. 2 Abordagem das capacitações (*capabilities*), justiça social e realização humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A abordagem das capacitações (*capabilities*) foi desenvolvida por Amartya Sen (2000) com o objetivo de ampliar o espaço de avaliação das condições de justiça social. Essa compreensão representa um importante avanço em vista da necessidade de equalização dos graves problemas que assolam as sociedades contemporâneas, especificamente, as desigualdades sociais, que excluem expressivo número de pessoas da convivência social, do acesso à saúde e à educação de qualidade, da possibilidade de convivência com os demais e das condições de escolher com liberdade e autonomia seu futuro.

O objetivo geral desta investigação é compreender o contexto do surgimento da abordagem das capacitações (*capabilities*), evidenciando a complexidade do atual período histórico, as suas principais características e a sua abrangência sobre os assuntos relacionados à avaliação das questões de justiça social. Os objetivos específicos são: a) identificar as diferenças da abordagem das capacitações (*capabilities*) em relação às abordagens proposta

pela Teoria das Necessidades Humanas e pela Teoria das Necessidades Básicas; b) definir o conceito de base informacional para avaliação das capacidades humanas; c) destacar a metodologia de análise proposta pela abordagem das capacitações (*capabilities*), que permite identificar o espaço em que ocorrem as privações; e d) caracterizar a abordagem das capacitações (*capabilities*) como uma alternativa segura para a avaliação das condições de justiça social e das políticas públicas.

O método de investigação é o indutivo. Parte-se das concepções sobre metodologias de avaliação sobre a organização das sociedades, das necessidades humanas e das políticas de superação da exclusão social: das necessidades humanas e das necessidades básicas, para, então, fundamentar a abordagem das capacitações (*capabilities*). Este exercício possibilita alcançar o objetivo proposto.

A técnica de pesquisa é a bibliográfica, e a referência básica para fundamentação, crítica e justificativa da pesquisa é feita a partir da Teoria da Justiça, de Amartya Sen (2010), cuja contribuição é reconhecida em diferentes áreas do conhecimento, como a economia, o direito, a filosofia e a antropologia, assim como são reconhecidas as trajetórias política e acadêmica do autor. O esclarecimento sobre o termo capacitações (*capabilities)* é decisivo neste contexto, devido à sua centralidade teórica e às repercussões nas diferentes esferas da vida social.

A arquitetura de apresentação deste estudo está dividida em três partes. Na primeira parte são abordadas a Teoria das Necessidades Humanas e a Teoria das Necessidades Básicas, sublinhando as principais características e definições, assim como a importância delas para a construção da concepção de Sen. No segundo momento, é fundamentada a teoria das capacitações (*capabilities*), salientando os seus fundamentos mais importantes e a sua contribuição para a avaliação da realização humana, das políticas públicas e das condições de justiça social. Por fim, em forma de considerações finais, apresenta-se, em comparação com as demais teorias, a repercussão da abordagem das capacitações (*capabilities*), especificamente visando à diminuição das desigualdades e à afirmação das condições de justiça social, participação social e realização humana dos cidadãos.

1 A TEORIA DAS NECESSIDADES HUMANAS E A TEORIA DAS NECESSIDADES BÁSICAS

A Teoria das Necessidades Básicas é a forma operacional da Teoria das Necessidades Humanas. Esta teoria, desenvolvida por pensadores como Hegel, Kant e Marx, consolidou-se

a partir das contribuições de diferentes áreas do conhecimento, e, por isso, suas definições e seus argumentos são encontrados na literatura de diversas formas. No primeiro estágio da teoria, quando as definições foram desenvolvidas e sistematizadas, a ideia de necessidades humanas foi relacionada a necessidades de requerimentos espontâneos e naturais ou a condições prévias para demandas dos tipos moral, cultural e de sobrevivência. A satisfação das necessidades humanas promoveria oportunidades para desenvolver as potencialidades humanas, como capacidades para refletir, agir, tomar decisões, amar, desfrutar e sofrer.

O segundo estágio da discussão sobre necessidades humanas foi entendido como a Teoria das Necessidades Básicas. Durante esse estágio, a ideia foi usar a definição de necessidades humanas como estratégia para políticas de desenvolvimento e de redução da pobreza. As críticas direcionadas à Teoria das Necessidades Humanas, segundo Bagolin (2005), apresentadas pelos simpatizantes da abordagem das capacitações (*capabilities*), são apropriadas quando direcionadas apenas à Teoria das Necessidades Básicas, mas não à Teoria das Necessidades Humanas como um todo.

Bagolin (2005, p. 56) propõe um questionamento: "Teoria das necessidades básicas ou abordagem das necessidades materiais: uma visão prática ou operacional das necessidades?". Durante os anos 1970, a bandeira das necessidades básicas se justificou como uma alternativa ao paradigma do crescimento, para resolver os problemas da pobreza, principalmente nos países em desenvolvimento. Considerando a redução da pobreza, em um curto período de tempo, como o principal objetivo de desenvolvimento, instituições internacionais realizaram esforços para alcançar o desenvolvimento, utilizando as abordagens baseadas na renda, ao longo da década de 1970 e início da década de 1980.

As principais instituições com esse objetivo foram o Banco Mundial, a Organização Internacional do Trabalho e instituições internacionais oficiais correlatas/correlacionadas. A adoção das necessidades básicas como principal estratégia de desenvolvimento, para o Banco Mundial, foi considerada uma evolução, de objetivos abstratos para concretos, da preocupação com meios para uma conscientização renovada da importância dos fins e das estratégias negativas de redução do desemprego para uma política positiva de reunião das necessidades básicas.

Para Bagolin (2005), a utilização prática da Teoria das Necessidades Básicas, a partir dos estudos e programas desenvolvidos, forneceu não só estratégias para a redução da pobreza, mas também estratégias de desenvolvimento gerais, completas. A interpretação conceitual foi baseada nos pressupostos de que essa teoria foi uma mudança nas discussões sobre desenvolvimento, e o conceito de necessidade é intrinsecamente vasto.

Streeten *et al.* (1981) afirmam que existem duas maneiras de definir a abordagem das necessidades básicas para o desenvolvimento. De acordo a primeira visão, a Teoria das Necessidades Básicas abraçou componentes de abordagens prévias e estratégias, como desenvolvimento rural, redução da pobreza, estratégias de trabalho, redistribuição com crescimento, entre outras correlatas. O mérito dessa definição é que ela reúne uma ampla variedade de pessoas, interesses e instituições sob a atraente bandeira das necessidades básicas. Mas, para Streeten *et al.* (1981), há também desvantagens em elevar a abordagem para uma quase exclusiva estratégia de desenvolvimento. Essa posição tende a obscurecer as características que distinguem a abordagem das necessidades básicas de outras estratégias, dificultando a definição de áreas de discordância e, portanto, o alcance de um acordo/pacto.

A segunda definição da abordagem traz à tona suas características distintivas e descreve-a como complemento de estratégias existentes, enfatizando a mudança de paradigma. Isso tende a evocar controvérsias, despertar oposição para certos aspectos, além de reduzir as chances de alcançar um acordo na ação (STREETEN *et al.*, 1981). Isso implica uma atração intelectual e política, pois a abordagem não pode ser acusada de "derramar o velho vinho dentro de uma nova garrafa" ou de ocultar, em um *slogan* polêmico, questões que necessitam de análises de experimentos sérios.

Segundo Streeten *et al.* (1981), existem quatro métodos de implementação prática da Teoria das Necessidades Básicas: 1) abordagens *count, cost e deliver*; 2) provisão de oportunidades de ganhos para os pobres, aumentando sua produtividade e melhorando seu acesso a *inputs* e mercados; 3) requerimentos organizacionais e institucionais de encontro das necessidades básicas; e 4) mobilização de forças políticas e sociais dos pobres e permissão de participação completa no planejamento, na execução e no monitoramento dos projetos antipobreza.

Outra contribuição para a operacionalização da Teoria das Necessidades Básicas (STEWART, 1988 apud BAGOLIN, 2005) resumiu a discussão sobre o significado de necessidades básicas, enfatizando que há um acordo geral mostrando que a Teoria das Necessidades Básicas envolve focar o cumprimento de certas necessidades humanas mínimas. No entanto, existe alguma confusão sobre a justificativa para selecionar um conjunto particular desses requerimentos. As principais dificuldades para o encontro das necessidades básicas a serem satisfeitas seriam: 1) a tradução da ideia de necessidades básicas dentro da ação de políticas e projetos; e 2) a compreensão de que a realização de necessidades básicas é complexa, tanto em termos de identificação de medidas apropriadas, como em termos de mobilização dos requerimentos políticos.

Contudo, a noção de necessidades humanas foi influenciada por razões práticas, e, por isso, a implementação de políticas públicas foi mais centrada na promoção de recursos e posse de *commodities* do que em certos aspectos intrínsecos das necessidades humanas. Bagolin (2005) afirma que as mais importantes contribuições para a Teoria das Necessidades Básicas foram feitas por Mouly e Kuznin (1978 apud BAGOLIN, 2005), Ul Haq (1980 apud BAGOLIN, 2005), Streeten (1981 apud BAGOLIN, 2005) e Stewart (1988 apud BAGOLIN, 2005).

A abordagem das necessidades alcançou seu ponto máximo com o desenvolvimento de políticas no fim dos anos 1970 e foi marginalizada nos anos 1980 pelo neoliberalismo – a teoria moderna de alocação de recursos –, focado em preferências baseadas em moeda, a qual acusa as análises de necessidades de serem rígidas, autoritárias e associais (não sociais). Paralelamente, emergiu uma gama de críticas questionando a eficácia da Teoria das Necessidades Básicas como uma alternativa para o desenvolvimento ético. As principais críticas dirigidas a tal teoria foram a redução do conceito aos seus aspectos operacionais e a formulação de políticas que promoveram, exclusivamente, melhorias quanto à posse de *commodities* (Gasper 1996; 2004 apud BAGOLIN, 2005). Entre os críticos, está Sen (1984, 1985, 1994 apud BAGOLIN, 2005), que argumentou:

> 1) Necessidades básicas são usualmente definidas em termos de *commodities*;
> 2) *Commodities* são avaliadas como se tivessem o mesmo valor para todas as pessoas;
> 3) Necessidades básicas são interpretadas em termos de quantidades mínimas;
> 4) "Necessidade" é um conceito passivo;
> 5) A teoria das necessidades não trabalhou contra as desigualdades;
> 6) A teoria das necessidades básicas não anexa importância para a questão da liberdade positiva e tende a identificar requerimentos de *commodities*, independentemente das características pessoais e circunstâncias externas.

Das limitações e críticas enfrentadas pelo segundo estágio da Teoria das Necessidades Humanas, duas novas abordagens emergiram do debate sobre desenvolvimento ético: 1) a nova Teoria das Necessidades Humanas, em seu terceiro estágio; e 2) a abordagem das capacitações.

O terceiro estágio da Teoria das Necessidades Humanas tem recebido contribuições de Max-Neef (1991, 1992), Doyal e Gough (1991), Gasper (1996, 2004) e Hamilton (2003), o que revela o grau de diversidade e riqueza desses esforços em diferentes áreas do conhecimento. A mesma característica é adequada também ao debate reproduzido no primeiro estágio de desenvolvimento da abordagem das necessidades humanas (BAGOLIN, 2005).

Portanto, é dentro desse contexto que nasce a abordagem das capacitações (*capabilities*) como uma alternativa à Teoria das Necessidades Humanas e à Teoria das Necessidades Básicas. De acordo com Bagolin (2005), mesmo a teoria sendo considerada, por autores como Gasper (2004), um refinamento ou uma evolução da Teoria das Necessidades Básicas, a abordagem das capacitações (*capabilities*) tem características distintivas, que permitem identificá-la como uma nova abordagem. Em particular, fornece uma metodologia que permite o uso de um espaço informacional amplo, incluindo o espaço das necessidades. O aspecto mais peculiar é sua ênfase na liberdade, na autonomia e na condição de agente como referências fundamentais da vida humana. Amartya Sen (2000) reconhece a existência de ligações entre a abordagem das capacitações (*capabilities*) e as abordagens de desenvolvimento anteriores; entretanto, a abordagem das capacitações (*capabilities*) é fundamentalmente diferente, porque não depende da expansão dos bens e serviços, do aumento das utilidades ou de satisfação de necessidades básicas.

2 ABORDAGEM DAS CAPACITAÇÕES (*CAPABILITIES*), JUSTIÇA SOCIAL E REALIZAÇÃO HUMANA

Os esclarecimentos críticos de Sen (1993) sobre a literatura das necessidades básicas evidenciam os limites das formulações originais, permanecendo prisioneiras da avaliação centrada em mercadorias, ou seja, essas necessidades são consideradas sob um ponto de vista instrumental. A utilidade da perspectiva das mercadorias é severamente comprometida pela variabilidade da conversão de mercadorias em capacidade.

A dependência da satisfação das necessidades básicas e das utilidades como indicativo para a avaliação das políticas públicas que visam à justiça social e à realização humana originou uma alternativa que foi chamada de abordagem das capacitações (*capabilities*). Este não é apenas um conflito de compreensão, mas especialmente uma concepção de pessoa, sociedade, justiça e organização efetiva da vida humana e suas relações com o meio social e ambiental e os recursos disponíveis.[1]

[1] "[...] a abordagem das capacitações (*capabilities*) diferencia-se da avaliação utilitarista (e, mais genericamente, da avaliação "welfarista") por abrir espaço para uma variedade de ações e estados considerados importantes por si mesmos (não somente porque podem produzir utilidade, nem apenas na proporção que o produzem). Nesse sentido, a perspectiva das capacidades fornece um reconhecimento mais completo da variedade de maneiras sob as quais as vidas podem ser enriquecidas ou empobrecidas. Também se diferencia daquelas abordagens que baseiam sua avaliação em objetos que não são, em nenhum sentido, funcionamentos e capacidades pessoais, p. ex., quando se julga o bem-estar pela renda real, riqueza, opulência, recursos, liberdades formais, ou bens primários." (SEN, 2001, p. 83).

A abordagem das capacitações (*capabilities*) apresenta como alternativa de análise ou de avaliação a multiplicidade de situações, características e contextos que influencia a vida humana e a organização social. Por exemplo, os requerimentos de alimentação e nutrientes para a capacidade de bem alimentar-se variam muito de pessoa para pessoa, dependendo de características de metabolismo, de tamanho do corpo, de gênero, de gravidez, de idade, de parasitoses, entre outras. Da mesma forma, podem-se destacar as condições sociais, naturais e ambientais, como clima, relevo, disponibilidade de água, acesso à tecnologia e à comunicação.

A base informacional[2] para a avaliação das capacitações (*capabilities*) representa essa pluralidade constitutiva da sociedade e outros contextos que são determinantes para as condições de realização humana e justiça social. A abordagem das capacitações (*capabilities*) desenvolvida por Sen diferencia-se das análises das políticas econômicas mais tradicionais, porque rejeita uma percepção restritiva, como a concentração na primazia da renda e da riqueza. Isso não tem por objetivo negar que a privação de capacidades individuais pode estar fortemente relacionada a um baixo nível de renda, relação que se dá em via de mão dupla – 1) o baixo nível de renda pode ser uma razão fundamental do analfabetismo e das más condições de saúde, além de fome e subnutrição, e, inversamente, 2) melhores condições de educação e saúde ajudam a auferir rendas mais elevadas –; mas perceber que há outras influências sobre as capacidades básicas e liberdades efetivas que os indivíduos desfrutam. A análise desta inter-relação compõe o conjunto de capacitações (*capabilities*). Para Sen (2000, p. 95),

> A capacidade [*capability*] de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade de ter estilos de vida diversos). Por exemplo, uma pessoa abastada que faz jejum pode ter a mesma realização de funcionamento quanto a comer ou nutrir-se que uma pessoa destituída, forçada a passar fome extrema, mas a primeira pessoa possui um "conjunto capacitário" diferente da segunda (a primeira pode escolher comer bem e ser bem nutrida de um modo impossível para a segunda).

A abordagem das capacitações (*capabilities*) possibilita uma compreensão mais alargada, à medida que a atenção é desviada de uma concentração exclusiva sobre a pobreza de renda para a ideia mais inclusiva da privação, ou seja, a pobreza das vidas e as condições para o exercício das liberdades humanas, envolvendo certas estatísticas que a perspectiva da

[2] Para uma visão mais ampla da relevância das bases informacionais, sugerimos consultar Zambam (2017).

renda tende a desconsiderar como ponto de referência para a análise de políticas públicas e justiça social. Logo, a renda e a riqueza precisam ser integradas a um quadro mais amplo e completo de êxito e privação. O crescimento econômico e o aumento da renda devem ser meios para que se atinja o desenvolvimento social, esse, sim, o objetivo final do desenvolvimento (PNUD, 2001).

Na mesma perspectiva, sublinha Kakwani (2006) que a falta de renda não é o único tipo de privação que as pessoas podem sofrer. Na verdade, os indivíduos podem sofrer privação aguda em muitos aspectos da vida, além daqueles definidos como necessidades básicas, mesmo possuindo adequado comando sobre mercadorias.

O esclarecimento dessas considerações conduz a alternativas ou medidas sofisticadas e definições de pobreza, tal como a abordagem das capacitações (*capabilities*), conforme assevera Sen (2000, p. 110):

> 1) A pobreza pode ser identificada em termos de privação de capacidades. A abordagem concentra-se em privações que são intrinsecamente importantes (em contraste com a renda baixa, que é importante apenas instrumentalmente).
> 2) Existem outras influências quanto à privação de capacidades além do baixo nível de renda (a renda não é o único instrumento de geração de capacidades).
> 3) A relação instrumental entre baixa renda e baixa capacidade é variável entre famílias e indivíduos (o impacto da renda sobre as capacidades é contingente e condicional).

A base informacional mais ampla, destacada por Sen, oferece maiores e melhores condições de avaliar o bem-estar humano associado à realização humana e um contexto de justiça social afirmando a prioridade para o critério das condições de escolha que as pessoas têm para optar pela vida que elas com justiça valorizam. A abordagem das capacitações (*capabilities*), centrada nas condições para a liberdade de escolha, implica a percepção, tanto conceitual quanto empírica, de múltiplos aspectos, tais como heterogeneidades pessoais, diversidades ambientais, variações no clima social, diferenças de perspectivas relativas (visões de mundo), entre outros. Infere-se, nessa visão, que as análises baseadas na renda (ou *commodities*) não são suficientes para uma avaliação abrangente e plural que considere o valor moral da liberdade, as necessidades humanas no seu conjunto, os recursos disponíveis e o contexto social composto de inúmeras variáveis.[3]

[3] A compreensão de base informacional adotada nesta investigação é: "A base informacional de juízos de justiça específica, desse modo, as variáveis que estão diretamente envolvidas na avaliação da justiça de sistemas alternativos de ordenamento (sendo o papel de outras variáveis, se tiverem algum, puramente secundário)" (SEN, 2001, p. 127).

O exercício da liberdade está associado às oportunidades que as pessoas estão expostas ao longo da vida. Disso se pode afirmar que, quanto mais opções de escolha as pessoas tiverem, melhor poderá ser a qualidade de vida.[4] O valor moral da liberdade tem como consequência a convicção de que a liberdade das pessoas em escolher o modo de vida que levam e as razões para valorizá-la é o indicativo para a avaliação da qualidade de vida das pessoas, da equidade social e da legitimidade das políticas públicas, entre outras, conforme a abordagem das capacitações (*capabilities*).[5] O exercício da liberdade, como referência singular da abordagem das capacitações (*capabilities*), está conexo às condições de realização dos funcionamentos valiosos, necessários ou importantes para tal objetivo.[6] A pessoa precisa ter condições de realizar as escolhas necessárias para a sua realização pessoal e a sua integração social. Nesse sentido, poder escolher um conjunto de funcionamentos é essencial para o desenvolvimento das capacitações (*capabilities*). Na assertiva de Sen (2001, p. 80): "o 'conjunto capacitário' [*capability set*] reflete, no espaço de funcionamentos, a liberdade da pessoa para escolher dentre vidas possíveis". Na abordagem das capacitações (*capabilities*), a avaliação, segundo a percepção de um espaço informacional mais amplo, é essencial, mas não o único elemento da abordagem proposta por Sen.

A liberdade de uma pessoa para viver da maneira que considera importante tem também um valor intrínseco e, portanto, é constitutiva do ser da pessoa. Isso significa que há valor não apenas nos funcionamentos obtidos, mas também nas capacitações (*capabilities*) dos indivíduos de escolher e discriminar entre os cenários alternativos. A ênfase na liberdade ou nas capacitações (*capabilities*) reflete a condição de agente ativo de uma pessoa. Com igual convicção pode-se afirmar que não é qualquer aumento das possibilidades de escolha que importa, mas somente aqueles que espelham uma expansão das escolhas de valor (COMIM; BAGOLIN, 2002).

---

[4] Ainda que esse possa ser considerado um aspecto fundamental, Sen (2000) alerta, por exemplo, para a necessidade de percepção em relação a oportunidades que estariam associadas às liberdades negativas. Ou seja, podemos ter a oportunidade de evitar um assalto, entretanto, se pudéssemos realmente escolher em relação a essa circunstância, possivelmente, escolheríamos estar a quilômetros de distância dele**.**

[5] O conjunto de capacidades representa a liberdade pessoal de realizar várias combinações para a escolha. São todas relevantes para se avaliar o que é vantajoso para uma pessoa, mesmo que ele ou ela não escolha apenas uma alternativa. Nessa perspectiva, a escolha em si mesma é uma característica valiosa na vida de uma pessoa (SEN, 1993, p. 324).

[6] "Os funcionamentos relevantes podem variar desde coisas elementares como estar nutrido adequadamente, estar em boa saúde, livre de doenças que podem ser evitadas e da morte prematura, etc., até realizações mais complexas, tais como ser feliz, ter respeito próprio, tomar parte da vida da comunidade e assim por diante. A asserção é de que os funcionamentos são constitutivos do 'estado' [*being*] de uma pessoa, e uma avaliação do bem-estar tem de assumir a forma de uma apreciação desses elementos constituintes." (SEN, 2001, p. 79).

A abordagem das capacitações (*capabilities*) é uma modalidade alternativa para a avaliação das principais ações sociais, seja no âmbito das políticas públicas, da atuação das instituições ou das opções individuais, que visam à realização humana e à justiça social. A introdução de um conjunto de indicadores alternativos aos tradicionais, como das utilidades, dos bens primários e das necessidades humanas e sociais, está diretamente relacionado ao vigor de uma sociedade democrática que prima pelas liberdades políticas e pelo permanente processo de participação. Essa concepção, tanto em nível de compreensão como da concretização das condições de justiça social, precisa resguardar a repercussão sobre os direitos políticos e civis e a prevenção de graves ameaças ao funcionamento das sociedades ou da sua população, por exemplo, retrocessos políticos, desemprego e aumento das desigualdades, a fim de aprimorar as condições de convivência equitativa e justificar a abordagem das capacitações (*capabilities*) em contextos de grave constrangimento social, político e econômico.

CONCLUSÃO

A abordagem das capacitações (*capabilities*) é uma alternativa de compreensão para a avaliação das políticas de desenvolvimento humano, social e sustentável, assim como para as teorias tradicionais, especificamente a Teoria das Necessidades Humanas e a Teoria das Necessidades Básicas. Importam frisar, neste contexto, a insuficiência da abordagem utilitarista para a avaliação das políticas públicas e sociais tanto quanto a associação entre o modelo de desenvolvimento e as garantias de bem-estar da população.

Tradicionalmente, a organização de uma sociedade tinha como indicativos para o desenvolvimento o aumento da produção de bens, a quantidade de fronteiras comerciais, o aumento da renda da população e o consumo de bens. De uma perspectiva alternativa, essa afirmação traz consigo a visão de desigualdades sociais, de valor do trabalho, da importância do estado, de atuação dos mercados e de formatação da legislação que orienta a organização social. A privação, neste contexto, é associada ao não acesso a bens necessários para viver.

As limitações e insuficiências dessa abordagem são perceptíveis empiricamente, assim como diante do teor de uma concepção crítica e com a inclusão de outros atores sociais relevantes.

Associem-se a isso as limitações das métricas comumente utilizadas para compreender a organização social, suas instituições e as condições de vida da população. Especificamente,

para exemplificar, citamos a linha de pobreza que pautou o critério de sucesso ou insucesso das políticas de bem-estar social.

A abordagem das capacitações (*capabilities*) é de fundamental importância neste contexto de efervescência dos debates e ações dominados pela atuação indiscriminada dos mercados econômicos e financeiros; de crise da identidade e atuação dos estados com suas instituições; do acelerado processo de globalização que expõe os dramas das sociedades contemporâneas; da necessidade de um novo modelo de desenvolvimento humano, social e sustentável; e de afirmação, questionamento e readequação das políticas públicas de combate às desigualdades sociais, como, por exemplo, o Programa Bolsa Família no Brasil.

O vértice da abordagem das capacitações (*capabilities*) orienta o conjunto de compreensões para um foco alternativo de preocupações, não apenas dissociado do bem-estar social, mas também com a introdução de outras variáveis, instituições, fundamentos e legislação que situam a necessária e complexa efetivação da justiça social pautada por um conjunto de indicativos plurais, amplos e democráticos. Como referência simbólica da riqueza, do dinamismo e do encadeamento dessa compreensão, pautamos quatro dimensões prioritárias, representativas das possibilidades de evolução qualitativa das condições de justiça social: o valor da pessoa e a realização humana, a equidade social, a legislação e a participação social.

A) A pessoa e sua realização humana: a abordagem das capacitações (*capabilities*) tem sua referência centralizada no valor inegociável da pessoa cuja tradição caracterizou-a com fim em si mesma (de acordo com a perspectiva kantiana) e como sujeito de direitos (na sua acepção jurídica). A organização social, com suas estruturas política e institucional, tem sua legitimidade na medida em que fomenta, apoia e promove a realização humana e sua integração social, especificamente com as condições para o exercício das liberdades, ou seja, para que possa realizar suas escolhas segundo seus objetivos mais importantes. Destaca Sen (2000, p. 29):

> O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.

B) A equidade social: as desigualdades gritantes que assolam as sociedades contemporâneas são incompatíveis com a abordagem das capacitações (*capabilities*) porque desconsideram o valor da pessoa, instrumentalizam as instituições, comprometem negativamente o vigor da

democracia, impedem o exercício da liberdade, a participação social e a integração com os demais e, especificamente, reduzem a compreensão das condições de justiça ao bem-estar social ou ao acesso a bens.

A abordagem das capacitações (*capabilities*) amplia os indicativos de avaliação das condições de justiça social, o que possibilita a introdução de outras dimensões importantes para a vida das pessoas e o equilíbrio social. Entretanto, afirmamos, em conformidade com Sen, o necessário combate às desigualdades que estão na origem de inúmeras formas de exclusões e impedimentos de uma organização social sadia, equitativa e democrática.

Uma sociedade com justiça social integra as pessoas, as instituições e todo o seu aparato organizacional e jurídico em vista do exercício da liberdade e do desenvolvimento das capacitações (*capabilities*), conforme alerta Sen (2000, p. 186): "A realização da justiça social depende não só de normas institucionais (incluindo regras e regulamentações democráticas), mas também da prática efetiva".

C) A legislação: o aparato jurídico e institucional é fundamental para a organização segura, equitativa, transparente e moralmente legítima de uma sociedade plural, como são caracterizadas as sociedades contemporâneas. A abordagem das capacitações (*capabilities*), além de uma estrutura de concepções bem definida e logicamente construída, precisa ser sentida no cotidiano da vida social, ou seja, chegar à existência concreta das pessoas e transformar a sua condição de vida em vista do exercício da liberdade, da realização pessoal e da participação efetiva na vida social. Como exemplo de uma política de Estado, cita-se o Programa Bolsa Família. A não dependência de um programa de governo para os desenvolvimentos humano e social é representativa da vitalidade de uma sociedade democrática. Sublinha Sen (2000, p. 186): "Por mais valiosa que a democracia seja como uma fonte fundamental de oportunidade social (reconhecimento que pode requerer uma defesa vigorosa), existe ainda a necessidade de examinar os caminhos e os meios para fazê-la funcionar". A legislação atualizada é um caminho seguro para a justiça social.

D) A participação social: a efetiva e permanente interação social entre os diferentes atores sociais, pessoas e instituições, mediada por mecanismos e instrumentos com reconhecida legitimidade e com condições de expressar a vontade da população, demonstra como a abordagem das capacitações (*capabilities*) pode incluir canais de comunicação, reivindicação e manifestação, com o objetivo de ampliar a concretização das demandas de participação além do tradicional processo eleitoral.

Afirmamos, porém, com convicção cidadã, que as eleições periódicas são um recurso irrenunciável para o exercício concreto do poder de escolha, da liberdade e do compromisso

com a estabilidade política. A participação política, nesta compreensão, abrange um conjunto de condições e estratégias que fomenta a transparência, o exercício ativo da cidadania e a expressão da característica democrática relevante do cidadão como sujeito de direitos. A participação é essencialmente uma dimensão privilegiada da discussão pública, como destaca Sen (2010, p. 444): "O caráter imediato da argumentação pública não depende apenas de tradições e convicções historicamente herdadas, mas também das oportunidades de discussão e de interação proporcionadas pelas instituições e pela prática".

Finalmente, a abordagem das capacitações (*capabilities*), compreendida como alternativa às concepções tradicionais, está profundamente identificada com a tradição democrática e clama pelo desenvolvimento humano nas suas diferentes dimensões, especificamente a superação dos níveis de desigualdade (pobreza, violência e outros), possibilitando uma avaliação multidimensional das condições de vida das pessoas, não restrita à associação de carência familiar ao nível de rendimento econômico. A pobreza é essencialmente a privação das capacitações (*capabilities*) próprias do ser humano, ou seja, as liberdades substantivas que possibilitam às pessoas o tipo de vida que consideram importante para a sua realização pessoal e a sua integração social. A afirmação de Sen (2000, p. 326) sobre esta conexão é elucidativa e educativa: "[...] as liberdades civis e os direitos básicos são indispensáveis para a emergência de valores sociais". A abordagem das capacitações (*capabilities*) afirma-se como uma alternativa de avaliação das políticas e dos níveis de desenvolvimento, da maturidade e da legitimidade da democracia, da expansão da liberdade humana – especialmente quanto às superações da pobreza e da opressão –, assim como a importante percepção de como os diferentes intitulamentos (*entitlements*), quando integrados de forma cooperativa e não dependente, podem contribuir para as condições de justiça social, realização humana e aprimoramento da democracia.

REFERÊNCIAS

BAGOLIN, I. P. *Da renda às capacitações*: analisando e avaliando o desenvolvimento humano. 2005. 149 f. Tese (Doutorado em Economia)–Programa de Pós-Graduação em Economia, Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

COMIM, F. V.; BAGOLIN, I. P. Aspectos qualitativos da pobreza no Rio Grande do Sul. *Revista Ensaios (FEE),* Porto Alegre, v. 23, p. 467-490, 2002.

DOYAL, L.; GOUGH, I. *A Theory of Human Need*. New York: The Guilford Press, 1991.

GASPER, D. Needs and basic needs: a clarification of foundational concepts for development ethics and policy. *In*: KOHLER, G. *et al.* (Ed.). *Questioning development*. Marburg: Metropolis Verlag, 1996. Não paginado.

GASPER, D. *The ethics of development*: from economism to human development. Edinburg: Edinburg University Press, 2004.

HAMILTON, D. J. What is an oil schock? *Journal of Econometrics*. North-Holland, v. 113, p. 363-398, apr. 2003.

KAKWANI, N. What is Poverty? *UNDP*, International Poverty Centre, Brasília, n. 22, Não paginado. 2006. Disponível em: www.undp.org/povertycentre. Acesso em: 10 dez. 2006.

MAX-NEEF, M. A. *Human scale development*: conception, application and further reflections. New York: Apex Press, 1991.

MAX-NEEF, M. A. Development and a human needs. *In*: EKIN, P.; MAX-NEFF, M. (Ed.). *Real life economics*: understanding wealth creation. London, New York: Rutledge, 1992.

PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano*, 2001: fazendo as novas tecnologias trabalhar para o desenvolvimento humano. 2001. Disponível em: www.pnud.org.br. Acesso em: 30 mar. 2005.

SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão das capacitações. *Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 28, p. 313-333, 1993.

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

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Nuno Castelo-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2010.

STREETEN, P. *et al. First things first*: meeting basic needs in developing countries. Oxford: Oxford University Press, 1981.

ZAMBAM, N. J. Bases informacionais transparentes: vitalidade da democracia e da justiça social. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 22, n. 2, p. 512-543, maio/ago. 2017. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10985/pdf. Acesso em: 31 maio 2018.

RESSOCIALIZAÇÃO ATRAVÉS DO SERVIÇO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO

REHABILITATION THROUGH PUBLIC SERVICE OF EDUCATION

Artigo recebido em 26/06/2018
Revisado em 15/05/2019
Aceito para publicação em 21/05/2019

Ilton Garcia COSTA
Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Pós Doutorando pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Mestrado e da Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, líder do Grupo de Pesquisa em Constitucional, Educacional, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS da UENP, Mestre em Administração pelo UNIBERO, Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB SP(2013 à 2015), Vice Presidente da Comissão de Estágio da OAB SP(2013 à 2015), membro de Comissão de Direito e Liberdades Religiosas, Avaliador Institucional e de Cursos pelo MEC - INEP. Especialista em Formação Profissional – Alemanha, Matemático, Advogado.
E-mail: iltoncosta@uenp.edu.br e iltongarcia@gmail.com

Camila Maria Rosa
Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). Especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (Uniderp). Professora de Direito Penal e Processo Penal, Advogada

RESUMO: Este artigo busca trazer contribuições sobre o debate da ressocialização do criminoso por meio da aplicação da pena privativa de liberdade preservando-se a dignidade do preso a partir do desenvolvimento do serviço público da educação nos presídios. Utilizando um plano de pesquisa fundamentado na análise descritiva feita a partir de revisão bibliográfica, investigaremos como o serviço público da educação pode efetivar os direitos fundamentais dos reclusos, que atualmente são sistematicamente violados. Repensar a prisão como modelo estritamente punitivo, a partir da elaboração e implementação de serviços públicos educacionais, é uma forma de resgatar a dignidade do preso e oferecer uma perspectiva real de ressocialização, considerando a educação não apenas como um processo formal, mas sim um processo de formação intelectual e profissionalizante do recluso, construindo-se possibilidades de melhoria e transformação da vida do preso após o cárcere.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público. Políticas Públicas. Educação. Sistema Prisional. Ressocialização.

ABSTRACT: The purpose of this article is to bring contributions to the discussion of the criminal rehabilitation through the application of deprivation of liberty preserving the dignity of the prisoner through the development of public educational service in prisons. Using a research plan based in the descriptive analysis which was conducted through bibliographical revision, it is going to be investigated how the public service of education can apply the fundamental rights of the prisoners, which are currently being systematically violated. Rethink prison as a strict punitive model, through the development and implementation of social educational services, is a way to restore the dignity of prisoners and offer a real perspective to re-socialization, considering education not only as a formal process, but a process of intellectual formation and professional training of the prisoner, building up possibilities for improvement and transformation of the prisoner's life after prison.
KEYWORDS: Public Service. Public Policy. Education. Penitentiary System; Rehabilitation.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Educação como serviço público e direito fundamental transformador da realidade social. 2. Elaboração de políticas públicas educacionais nas prisões. 3. Formas de atuação da sociedade civil nas políticas educacionais dos reclusos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a implementação de serviços públicos educacionais no sistema prisional, como forma de efetivação dos direitos fundamentais dos reclusos e transformação da realidade social do preso, contribuindo para a reinserção social, diminuição dos índices de violência e reincidência criminosa.

Inicialmente abordaremos a educação como um serviço público e direito fundamental, previsto em tratados internacionais e na Constituição Federal, analisando-a como instrumento transformador da realidade social. A educação permite que o indivíduo adquira a consciência de seu papel como protagonista de uma sociedade democrática, fornecendo meios para uma vida melhor, um futuro digno, com pleno desenvolvimento da pessoa humana e preparo para o exercício da cidadania e do trabalho.

Em seguida, analisaremos a forma de elaboração e implementação das políticas públicas educacionais no sistema penitenciário. A prisão, como uma instituição total e um ambiente repressor, traz dificuldades para execução de serviços educacionais de qualidade. Há necessidade de políticas públicas preocupadas com o educador e com a transmissão de

conhecimentos formais e não formais, que efetivamente possam permitir que o preso, em situação de vulnerabilidade, evolua pessoalmente e exerça a cidadania, através de políticas públicas educacionais e profissionalizantes que facilitem a reinserção do recluso na sociedade.

Por fim discutiremos a importância da participação da sociedade civil no processo de elaboração e implementação dos serviços e das políticas públicas educacionais destinadas ao sistema prisional. A segurança pública é almejada pela população, que cada vez mais se sente atemorizada diante do aumento da violência na sociedade, por sua vez, a prisão causa uma falsa sensação de segurança, posto que os condenados, ao final do cumprimento da pena privativa da liberdade deixam o sistema prisional sem reinserirem-se socialmente, sem perspectivas de uma vida longe da criminalidade.

A participação democrática da sociedade fiscalizando e auxiliando o Poder Público no desenvolvimento de serviços públicos educacionais de qualidade é uma forma eficaz de garantir que a pena privativa de liberdade cumpra sua função ressocializadora, protegendo a própria sociedade da violência criminosa, diminuindo o estigma causado pelo crime e reinserindo o preso ao convívio social pacífico.

1 EDUCAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO E DIREITO FUNDAMENTAL TRANSFORMADOR DA REALIDADE SOCIAL

A educação é um direito fundamental consagrado no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que afirma que “toda pessoa tem direito à instrução [...]. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais”.

O artigo 13 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966 ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12-12-1991 e promulgado pelo Decreto Presidencial n. 591, de 6-7-1992 reconhece o direito de toda pessoa à educação, que deverá objetivar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, fortalecendo o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. O Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ainda prevê que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

A educação pode ser definida como "o conjunto das ações, processos, influências, estruturas que intervêm no desenvolvimento humano de indivíduos e grupos na sua relação ativa com o meio natural e social. Num determinado contexto de relações entre grupos e classes sociais." (LIBÂNEO, 2002, p. 30).

> A Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos à educação no rol de direitos fundamentais, devido a sua enorme relevância social e importante papel no desenvolvimento do país, principalmente no que concerne a consecução do princípio da dignidade humana.
> Portanto, é dever do Estado promover a educação tanto por meio da sua atuação direta, quanto de forma indireta, seja na elaboração de leis ou então mediante fiscalização. (COSTA; GOFMAN, 2015, p. 209-210).

> Uma das questões mais angustiantes aos estudiosos, neste início de século, é a educação. Trata-se de um direito fundamental, que ocupa lugar de destaque no âmbito do Direito Constitucional. A estrutura de toda a sociedade assenta nas leis e normas escritas e não escritas que a unem e unem os seus membros. Toda educação é assim o resultado da consciência viva de uma norma que rege a comunidade humana. (FACHIN, 2006, p. 18).

A finalidade da existência do Estado é a defesa do bem-estar da coletividade; para tanto presta serviços públicos de caráter relevante. Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Serviço público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade. (DI PIETRO, 2014, p. 56).

A educação está inserida no contexto dos serviços públicos sociais, com previsão nos artigos 205 a 214 da Constituição Federal, sendo considerada um direito social; trata-se de um direito público subjetivo do indivíduo, sendo um dever do Estado e da família.

Serviços sociais, na definição de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 313), "são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos"

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 838), "o oferecimento de direitos de cunho social tem como destinatários todos os indivíduos, mas pretendem, em especial, alcançar aqueles que necessitam de um amparo maior do Estado".

> O direito à educação não se limita às crianças e jovens. A partir desse conceito devemos falar também de um direito associado, o direito à educação permanente, em condições de equidade e igualdade para todos e todas. Como tal, deve ser intercultural, para garantia da integralidade e a intersetorialidade. Esse direito deve ser assegurado pelo Estado, que estabelece prioridade à atenção dos grupos sociais mais vulneráveis. Para o exercício desse direito o Estado precisa aproveitar o potencial da sociedade civil na formulação de políticas públicas de educação e promover o desenvolvimento de sistemas solidários de educação, centrados na cooperação e na inclusão. (GADOTTI, 2010, p. 41-42).

As pessoas encarceradas estão em situação de vulnerabilidade e dependem do amparo do Estado e da sociedade na prestação do serviço educacional, através de políticas públicas adequadas a sua necessidade, buscando-se a transformação da realidade do recluso por meio da educação.

Na lição de Ilton Garcia da Costa:

> A educação, no sentido amplo, possibilita a demanda da pessoa humana pelas liberdades individuais e sociais, pois oferece e garante a condição tanto de poder ir, vir e permanecer, em um mundo cada vez mais interdependente, quanto aquelas previstas no artigo 5º. da Constituição Federal, relativamente aos direitos e deveres individuais. (COSTA, 2010, p. 6).

Para Paulo Freire, a educação é um processo libertador que, efetivamente, pode provocar transformação social, não apenas se restringindo a repassar conhecimento, mas sim proporcionando que o indivíduo tenha consciência de seu papel na sociedade.

> [...] toda prática educativa libertadora, valorizando o exercício da vontade, da decisão, da resistência, da escolha; o papel das emoções, dos sentimentos, dos desejos, dos limites; a importância da consciência na história, o sentido ético da presença humana no mundo, a compreensão da história como possibilidade jamais como determinação, é substantivamente esperançosa e, por isso mesmo, provocadora da esperança. (FREIRE, 1985, p. 79).

No mesmo sentido afirma Piaget:

> Afirmar o direito da pessoa humana à educação é, pois, assumir uma responsabilidade muito mais pesada que a de assegurar a cada um a possibilidade de leitura, da escrita e do cálculo; significa, a rigor, garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual. É antes de mais nada, por conseguinte, assumir a obrigação – levando em conta a constituição e as aptidões que distinguem cada indivíduo – de nada destruir ou malbaratar das possibilidades que ele encerra e que cabe à sociedade ser a primeira a beneficiar, ao invés de deixar que se desperdicem importantes frações e se sufoquem outras. (PIAGET, 1988, p. 34).

A educação é um direito fundamental que determina o exercício da cidadania, molda indivíduos capazes de participarem de forma ativa da sociedade, solidifica o processo democrático de uma nação soberana. Por meio da educação as pessoas têm acesso ao mercado de trabalho e a perspectiva de uma vida melhor.

> A Educação é um dos mais complexos desafios da sociedade contemporânea. Está ligada à conquista da cidadania, à consolidação das democracias, à participação social, à inserção no mundo do trabalho, a capacidade de inovar e produzir novos conhecimentos, à convivência pacífica e à tolerância, à qualidade de vida, entre tantos outros aspectos. A Educação é indissociável da própria sustentabilidade do desenvolvimento e do uso dos recursos do planeta. (ANUÁRIO, 2014, p. 8).
> A educação é, portanto, ao mesmo tempo determinada e determinante da construção do desenvolvimento social de uma nação soberana. Além de ser crucial para uma formação integral humanística e científica de sujeitos autônomos, críticos, criativos

> e protagonistas da cidadania ativa, é decisiva, também, para romper com a condição histórica de subalternidade e de resistir a uma completa dependência científica, tecnológica e cultural. (FRIGOTTO; CIAVATTA, 2003, p. 103).

Nas palavras de Raíza Alvez Resende e Vladimir Brega Filho:

> A realização do direito à educação beneficia o indivíduo, mas principalmente enriquece toda sociedade, uma vez que concretiza a democracia, os princípios republicanos, o desenvolvimento da sociedade, reflexamente interessando ao próprio Estado. É indispensável ao desenvolvimento humano, ao crescimento econômico sustentável, à erradicação da pobreza, à fiscalização dos poderes estatais etc. (REZENDE; BREGA FILHO, 2015, p. 205).

A educação, portanto, é um instrumento transformador e concretizador dos direitos fundamentais e da cidadania, permitindo com que o indivíduo desenvolva suas potencialidades e desempenhe papel protagonista na sociedade.

2 ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS NAS PRISÕES

Nesse momento buscaremos investigar quais as melhores opções para a elaboração e implementação de políticas públicas educacionais destinadas àqueles que estão cumprindo pena privativa de liberdade, visando à reinserção social do recluso.

Sustenta Valter Foleto Santin que:

> [...] as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um "law enforcement" (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função. Na sua atuação, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. Para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado. (SANTIN, 2004, p. 34-35).

A Constituição Federal e a Lei n° 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP) - asseguram aos presos o exercício de todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, incluindo o respeito à integridade física e moral, visando garantir a dignidade do preso, prevendo que a educação e o trabalho são direitos do condenado especialmente relacionados

com o processo de reinserção social, porém a realidade do sistema prisional é muito distante da previsão constitucional e legal.

> Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absoluta ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aidéticos; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos frequentes; prisões onde detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso "sorteado" é morto, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para triagem, os recém-ingressos, que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos. Da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (LEP), consta no item 100 que é de conhecimento que grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma nocividade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência. Nestes ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade inevitável e profunda. (LEAL, 1998, p. 56).

Identificamos a prisão como uma instituição total, na qual os reclusos estão em situação de vulnerabilidade, isolados do convívio social; portanto, o processo e desenvolvimento de políticas educacionais não pode seguir o mesmo padrão daquelas desenvolvidas aos indivíduos que gozam da liberdade.

Erving Goffman (1961, p. 15) afirma que "uma instituição total pode definir-se como um lugar de residência e trabalho, onde um grande número de indivíduos em igual situação, isolados da sociedade por um período apreciável de tempo, compartilham sua clausura uma rotina diária, administrada formalmente".

Ao discorrer sobre as características das instituições totais, Erving Goffman afirma que:

> [...] todas as etapas das atividades diárias estão estritamente programadas, de modo que uma atividade conduz a um momento prefixado ao seguinte, e toda a sequência delas se impõe desde cima, mediante um sistema de normas formais explícitas e um corpo de funcionários... Os internos moram dentro da instituição e tem limitados contatos com o mundo além das quatro paredes. (GOFFMAN, 1961, p. 22-23).

O estigma causado pela prisão e a falta de perspectiva de ressocialização trazida pela forma com que o recluso é tratado dentro da instituição carcerária, perdendo sua individualidade, sendo condicionado a seguir ordens rígidas de convívio, pelas quais se busca apenas a punição, impedem que a pena privativa de liberdade cumpra uma de suas principais finalidades, exatamente possibilitar a reinserção social do preso, diminuindo os índices de violência e reincidência criminosa.

> Assim como em seu nascimento, a instituição carcerária está agora em contato direto com os organismos e programas encarregados de "assistir" as populações abandonadas à medida que vem se operando uma interpenetração crescente entre os setores social e penal do Estado pós-keinesiano. De um lado, a lógica panóptica e punitiva própria do campo penal tende a contaminar e em seguida redefinir os objetivos e os dispositivos da ajuda.
> [...]
> Por outro lado, as prisões devem *nolens volens* fazer face, com urgência e com os meios disponíveis, às dificuldades sociais e médicas que sua "clientela" não foi capaz de resolver em outra parte: nas metrópoles, o principal abrigo social e estabelecimento em que se oferecem cuidados acessíveis aos mais pobres é a casa de detenção do condado. E a mesma população circula em circuito quase fechado de um polo a outro desse *continuum* institucional. (LEAL, 1998, p. 65).

Dados do Departamento Penitenciário Nacional trazidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, de julho de 2014 - demonstram o baixo grau de escolaridade da população presa, fato que deverá ser considerado como um fator importantíssimo no processo de elaboração de políticas públicas educacionais voltadas ao sistema carcerário.

> O grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo. [...] aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Ao passo que na população brasileira cerca de 32%45 da população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu. Entre as mulheres presas, esta proporção é um pouco maior (14%). (INFOPEN, 2014, p. 58).

Ana Gabriela Mendes Braga (2015, p.539) descreve que “o perfil da população prisional no Brasil é basicamente um: pessoas pobres, pouco escolarizadas e, em sua maioria, negras”.

Segundo Adriano Aranão (2013, p. 215-231) “o nível de escolaridade apresenta íntima relação com as diversas formas de desigualdades, discriminações e marginalizações e, especialmente, com todos os seus reflexos na seara da concretização dos direitos fundamentais”.

O baixo índice de escolaridade das pessoas encarceradas é um fator que contribui para a exclusão social desses indivíduos, posto que, aliado à natural discriminação sofrida pelo egresso do sistema penitenciário, impede que fora do sistema prisional, aquele que cumpriu pena privativa de liberdade tenha acesso a trabalhos dignos, fator preponderante para diminuir a reincidência criminosa.

> Muitas pessoas acreditam que o extermínio de criminosos e a negação de direitos aos mesmos não conflitam frontalmente com um talante respeitoso, já que, na sua percepção, os delinquentes não fazem parte do coletivo de cidadãos e não possuem direitos. (CANO, 2010, p. 67).

As políticas públicas educacionais destinadas ao sistema prisional deverão ser desenvolvidas considerando a singularidade da prisão, as carências daqueles que estão cumprindo pena privativa de liberdade e as necessidades dos educadores que irão trabalhar junto aos reclusos.

> Os sistemas penitenciários organizam-se, tradicionalmente, em torno dos imperativos da punição/proteção da sociedade e trabalho/reabilitação, construindo para tanto uma estrutura de funcionamento fundada basicamente na privação da liberdade. Neste ambiente, a oferta de EJA em todos os níveis de ensino é uma realidade distante e normalmente descolada das demandas gerais da sociedade por educação de qualidade e na contramão do reconhecimento de todos os jovens e adultos como sujeitos de aprendizagem. Historicamente as prisões abrigam classes de pessoas menos favorecidas, com baixa escolaridade, que carregam o estigma da violência e a rejeição social, com graves violações aos seus direitos fundamentais. (GONÇALVES, 2010, p. 40).

O processo educacional *intra* muros deve ser pensado como uma oportunidade para resgatar os indivíduos reclusos, transformando suas potencialidades e os tornando responsáveis sobre seus atos, fortalecendo laços sociais e proporcionando uma perspectiva de vida futura fora da prisão.

> Compreendendo a educação como um dos únicos processos capazes de transformar o potencial das pessoas em competências, capacidades e habilidades e o educar como ato de criar espaços para que o educando, situado organicamente no mundo, empreenda a construção do seu ser em termos individuais e sociais, o espaço carcerário deve ser entendido como um espaço educativo, ambiente socioeducativo. Assim sendo, todos que atuam nestas unidades – dirigentes, técnicos e agentes – são educadores e devem estar orientados nessa condição. Todos os recursos e esforços devem convergir, com objetividade e celeridade, para o trabalho educativo. (PARECER CNE/CEB Nº 4/2010, p. 14)

Segundo afirma Ednéia Gonçalves (2010, p. p. 39-40), é necessário "incluir no rol das demandas educativas a formação de profissionais, as condições de infraestrutura nos ambientes destinados à educação e a organização dos 'tempos' com o estabelecimento de rotina adequada ao projeto que se apresenta."

> Segundo a Lei de Execução Penal, é dever do Estado fornecer à pessoa privada de liberdade assistência educacional, como objetivo de prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. A lei prevê que assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional da pessoa privada de liberdade, devendo o ensino fundamental ser obrigatório. (INFOPEN, 2014, p. 116)

Existem iniciativas para fornecimento de cursos técnicos aos reclusos destinados à profissionalização, contudo, até o presente momento não foram elaboradas políticas públicas eficazes para sua implementação e execução, visando à democratização do acesso a todos os reclusos nas unidades prisionais.

> Em relação ao trabalho do preso, as ações do Depen concentraram-se em dois programas específicos: o Programa de Capacitação Profissional e Implementação de Oficinas Permanentes (Procap), elaborado e coordenado pelo Depen, e o Programa

> Nacional de Acesso ao Ensino Técnico (Pronatec), elaborado e coordenado pelo MEC, no qual o Depen inseriu a população prisional por meio de acordos de cooperação entre os Ministérios envolvidos. Com formatações distintas e finalidades diversas, o Procap é executado pelo próprio Depen, enquanto o Pronatec, criado em 2011 e cujo objetivo é ampliar a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica à população brasileira, insere a população prisional, com a criação de um formato específico de qualificação nas unidades prisionais ou a inserção de presos que estão no regime semiaberto, nos cursos oferecidos para toda a sociedade por meio de instituições de ensino que oferecem cursos profissionalizantes para atender demandas do mercado de trabalho. [...] Assim, se há recursos disponibilizados para os projetos que visam ao trabalho prisional em regime fechado, a primeira conclusão possível é que o principal óbice à implantação do trabalho em regime fechado não decorre da total indiferença dos formuladores de políticas penitenciárias, mas envolve a decisão governamental e a iniciativa de cada Estado na efetivação de projetos. Coincidentemente, segundo o Depen, há maior desinteresse desse programa nos Estados com os piores indicadores no sistema prisional. (MACHADO; SLONIAK, 2015, p. 197)

Analisando os dados apresentados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen (2014, p. 117) -, verificamos que "apenas uma em cada dez pessoas privadas de liberdade realiza atividade educacional no país".

> Cerca de metade das unidades do país têm sala de aula. Nesse quesito, as Unidades da Federação apresentam realidades bastante distintas. Em todas as unidades prisionais do Distrito Federal e de Sergipe, e em 89% dos estabelecimentos do Paraná, há salas de aula. Em contrapartida, a grande maioria das unidades do Rio de Janeiro (98%), do Rio Grande do Norte (81%) e de Roraima (80%) não tem.
> [...]
> Em quatorze estados, há mais unidades com sala de aula do que com pessoas estudando, o que indica um subaproveitamento dessa infraestrutura. O caso mais discrepante é o do Acre, no qual, entre as dez unidades que afirmaram ter sala de aula, apenas seis afirmaram ter pessoas estudando. (INFOPEN, 2014, p. 118/119).

O preparo do educador, apto a trabalhar no sistema prisional e enfrentar as dificuldades do resgate da dignidade e individualidade do preso em uma instituição total como é a prisão, é um fator de preponderância que determinará o sucesso ou fracasso da política pública educacional.

> [...] o diálogo mais que um instrumento do educador é uma exigência da natureza humana. [...] o papel do educador não é propriamente falar ao educando, sobre sua visão de mundo ou lhe impor esta visão. Mas dialogar com ele sobre a sua visão e a dele. Sua tarefa não é falar, dissertar, mas problematizar a realidade concreta do educando, problematizando-se ao mesmo tempo. (BARRETO, 2003, p. 65).

A educação formal, sem dúvida é um aspecto importantíssimo do desenvolvimento das políticas públicas educacionais destinadas ao sistema penitenciário, posto que desempenha papel de relevância na qualificação profissional do recluso, permitindo que novos paradigmas de reinserção social sejam disponibilizados ao preso; contudo, o processo

educativo deverá ser abordado de forma ampla, abrangendo todos os aspectos que individualizam o indivíduo e o transformam em protagonista de sua própria história.

> [...] a imagem do *iceberg* tem sido utilizada com frequência para fazer a distinção entre educação escolar e não escolar. A parte visível do *iceberg* seria a educação escolar, aquela que se confunde com o próprio termo educação e que é valorizada socialmente como um direito humano e fator de conquista de cidadania. A parte submersa, com um volume maior e de sustentação da parte visível, normalmente não vista pelo senso comum, denominamos educação não escolar. (HADDAD, 2010, p. 119-122).

O processo educativo é um mecanismo de transformação, proporcionando condições de reabilitação da pessoa do criminoso, tornando-o apto ao convívio social.

> Entendemos a educação como um processo amplo, dinâmico e político, o qual envolve toda a vivência humana e considera basicamente os aspectos genéticos, sociais, psicológicos e culturais que incluem, das mais variadas formas, a própria existência e formação do indivíduo. (DIAS, 2010, p. 62).

Concluímos que a educação nas prisões, desenvolvida em uma perspectiva de transformação, considerando a educação formal e a não formal, desempenhada por profissionais qualificados e preparados para o convívio no cárcere, qualificando profissionalmente o recluso, é um mecanismo de extrema relevância para o resgate da dignidade do preso, consequentemente contribuindo de forma eficaz para a diminuição da violência e dos índices de reincidência criminosa.

3 FORMAS DE ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NAS POLÍTICAS EDUCACIONAIS DOS RECLUSOS

O Estado possui responsabilidade de garantir e fomentar, por meio de políticas públicas adequadas, a educação formal a ser prestada aos reclusos, efetivando-se um direito fundamental do preso.

Contudo, para a educação ser efetivamente um instrumento transformador da realidade do sistema prisional, não apenas o Poder Público deverá engajar-se na elaboração de políticas públicas educacionais, devendo existir envolvimento e ações da sociedade civil no processo educacional dos reclusos.

Importante compreendermos qual o papel desempenhado pela sociedade civil no processo educacional estabelecido no sistema prisional, para tanto, destacamos a lição de Marcos José Pereira da Silva:

> Primeiro, o papel da sociedade civil deve ser compreendido a partir da relação que estabelece com o que compete ao Estado em relação à política pública de educação. O Estado desempenha um papel insubstituível e fundamental para efetivação da

> educação, pois somente ele pode assegurar o cumprimento ou exercício do direito à educação de modo universal para todas as pessoas e garantir dotação orçamentária própria oriunda dos impostos arrecadados de contribuintes.
> É preciso considerar também que as práticas educativas da sociedade civil em relação à educação e, em especial, nos espaços de privação de liberdade, precisam ser tratadas na lógica da construção de políticas públicas de qualidade, as quais abordem a questão das desigualdades social, econômica e política e das discriminações etnicorraciais e de gênero, flagrantemente observadas junto à população encarcerada. (SILVA, 2010, p. 33).

Na lição de Francisco Scarfó:

> Cabe lembrar que o Estado, em relação a qualquer direito humano, tem a obrigação de realizar ações para promover, garantir, respeitar e proteger tais direitos. Isto ocorre por meio de políticas integradas e intersetoriais que favoreçam o gozo dos direitos e, quando isso não acontecer, deve promover políticas que revertam a realidade.
> [...]
> A educação nas prisões, como um direito humano, exige um conjunto de ações, tanto no âmbito do Estado como da sociedade civil, para que se concretize plenamente e esteja ao alcance de todas as pessoas presas.
> Sabemos que a prisão é, por definição, um ambiente hostil para garantir devidamente os direitos, e o acesso à educação não está livre dessa situação restritiva.
> Neste cenário, há responsabilidades e funções de protagonismo a serem desenvolvidas pelo Estado e pela sociedade civil para garantir o direito à educação. (SCARFÓ, 2010, p. 24).

A participação da sociedade civil nas políticas públicas educacionais destinadas aos reclusos deve abranger a participação na tomada de decisão da melhor opção da política pública a ser elaborada, por meio de uma participação democrática e responsável, bem como a implementação e à fiscalização da qualidade da política pública.

> A participação da comunidade local na avaliação das necessidades, por meio do diálogo com as autoridades constituídas e com os grupos interessados no seio da sociedade, é a primeira etapa essencial para ampliar e aprimorar o acesso à educação. (DELORS, 2004, p. 20).

É de fundamental importância que a sociedade fiscalize a qualidade das políticas públicas educacionais aplicadas ao sistema penitenciário, posto que a segurança pública é um tema sensível a todos, e conforme abordamos no presente trabalho, a educação é um instrumento eficaz de transformação do indivíduo, como ferramenta de reinserção social.

Além disso, a sociedade civil poderá atuar em conjunto com o Poder Público, principalmente por meio de organizações que desenvolvam educação profissionalizante aos reclusos.

> [...] representantes de organizações e pessoas da sociedade em geral ponderaram a necessidade de se entender que a educação, quando destinada à formação integral dos indivíduos, extrapola a educação escolar, responsabilidade do Estado. As práticas de profissionalização, arte-educação, formação para e em direitos humanos e tantos outros temas podem e devem ser compartilhadas entre Estado e sociedade civil.

> Em relação à possível transferência de recursos públicos para organizações privadas por meio dessas ações, foi apontada a necessidade de criação de critérios públicos e transparentes para a celebração de convênios e parcerias, bem como de mecanismos de acompanhamento de sua realização. Aliás, esta observação é válida para toda transferência de recursos públicos para a iniciativa privada relacionada ao sistema prisional. (GRACIANO, 2010, p. 21).

A participação da sociedade civil de forma efetiva na elaboração e fiscalização das políticas públicas educacionais traz o benefício de aproximar o recluso do ambiente fora do cárcere, preservando os direitos fundamentais dos presos, especialmente relacionado à sua dignidade como pessoa, reduzindo o estigma ocasionado pelo cumprimento da pena privativa de liberdade.

> [...] é preciso destacar que a presença da sociedade civil no ambiente prisional é de fundamental importância para exercer o controle social sobre a ação repressora do Estado. Promovendo atividades educativas ou não, as organizações têm a responsabilidade de tornar pública a realidade construída no interior dos muros e celas, buscando contribuir para o respeito aos direitos humanos.
> [...]
> O maior e mais estimulante desafio colocado à sociedade civil, no entanto, talvez seja o de sensibilizar a própria sociedade sobre os direitos educativos das pessoas encarceradas, e a necessária ação do Estado para garanti-los. (GRACIANO, 2010, p. 22).

Não há dúvidas, portanto, de que as políticas públicas educacionais destinadas ao sistema prisional deverão ser desenvolvidas de forma conjunta entre o Poder Público e a sociedade civil, concretizando o mandamento constitucional previsto no artigo 205. A reinserção social do preso é um processo permeado por dificuldades, sendo a educação de qualidade, considerada em seu processo formal e não formal, uma possibilidade real de alcançarmos o ideal da ressocialização, respeitando-se os direitos fundamentais dos reclusos e diminuindo os índices de violência e reincidência criminosa.

CONCLUSÃO

Conforme sustentamos no presente artigo, com a apresentação de resultados obtidos no âmbito da pesquisa teórica, uma das principais finalidades da pena privativa de liberdade é a ressocialização do criminoso, permitindo a reinserção do recluso e a paz social. Contudo, a realidade do sistema prisional demonstra que a prisão, considerada uma instituição total, desumaniza o indivíduo, sendo incapaz de torná-lo apto ao convívio social.

A educação é um serviço público e um direito fundamental, consagrado em tratados internacionais e na Constituição Federal, caracterizando-se por ser um dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao

pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Por meio da educação o indivíduo se torna protagonista de sua história, ator consciente de seu papel na sociedade, exercendo a cidadania, transformando o seu futuro. A educação efetiva o processo democrático de uma nação soberana.

No sistema prisional estão inseridas pessoas em situação de vulnerabilidade, constatando-se um baixo índice de escolaridade entre os encarcerados, aumentando-se a necessidade da prestação do serviço público educacional nas prisões, como forma de política pública destinada à ressocialização.

Através de um serviço público educacional de qualidade, com enfoque formal e não formal, o cenário de desrespeito aos direitos fundamentais dos reclusos vivenciado nas prisões poderá ser modificado, transformando-se, por conseguinte, a realidade da vida do preso, vislumbrando-se um futuro digno ao indivíduo encarcerado.

Para que o Estado possa implementar o serviço público educacional condizente com a real necessidade da prisão, efetivando os direitos fundamentais dos reclusos, de rigor que delimite e racionalize o processo de elaboração da política pública, atingindo de forma efetiva as necessidades da população carcerária.

A valorização e qualificação do educador são primordiais para que o processo educacional nas prisões alcance sucesso, o ambiente árido do cárcere não poderá ser empecilho para que o educador atinja o objetivo de educar efetivamente o preso, não apenas por meio de conhecimentos científicos da educação formal, mas sim de forma ampla, abrindo os horizontes do cárcere ao mundo transformador da educação.

Afirmar que o futuro do preso depende de um processo educacional de qualidade, suprindo-se carências adquiridas ao longo da trajetória da vida do recluso não é uma mera falácia. A reinserção social do recluso e a segurança pública, com a diminuição da violência e dos índices da criminalidade, dependem de políticas públicas educacionais destinadas de forma específica às prisões.

A sociedade civil deve estar inserida no processo de elaboração das políticas públicas educacionais destinadas ao sistema prisional, fiscalizando a qualidade da educação formal oferecida e atuando, por meio de organizações sociais, da implementação de políticas públicas especialmente relacionadas com a profissionalização do preso.

Concluímos que o modelo de prisão oferecido não cumpre uma das principais funções da pena privativa de liberdade, consistente em ressocializar o preso, reinserindo-o ao convívio social, fato este que determina o aumento da violência e da reincidência criminosa,

gerando insegurança na população. A educação é um processo transformador, gera no indivíduo a expectativa de uma mudança de vida, proporcionando meios para um futuro digno e longe da criminalidade. A elaboração de políticas públicas educacionais é responsabilidade do Estado, com atuação conjunta da sociedade civil e deverá ser utilizada como instrumento concretizador dos direitos fundamentais dos presos, almejando-se a reinserção social e a segurança pública.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO Brasileiro da Educação Básica. *Todos pela educação*. São Paulo: Moderna, 2014.

ARANÃO, Adriano. Estado Democrático De Direito, Criminalidade E Violência: o desrespeito aos direitos fundamentais e o papel da educação. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 8, p. 215-231, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/105/105. Acesso em: 02 dez. 2015.

BARRETO, Vera. *Paulo Freire para educadores*. 5. ed. São Paulo: Arte& Ciência, 2003.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a Soberania da Lei e o Chão da Prisão: a maternidade encarcerada. *Rev. direito GV*, São Paulo, v.11, n. 2, p. 523-546, jul./dez. 2015. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201523. Acesso em: 19 jan. 2016.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. *Parecer CNE/CEB Nº 4/2010*. Diretrizes Nacionais para a oferta de educação de jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais. Disponível em: http://www.sinpro-rs.org.br/arquivos/legislacao/Parecer_Ceb_n4_2010.pdf, p. 14. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Ministério Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. *Infopen*, jul. 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. *Decreto Presidencial n. 591*, de 6-7-1992. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: Acesso em: 01 dez. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANO, Ignacio. Direitos Humanos, Criminalidade e Segurança Pública. *In*: BRASIL. Presidência da República. *Direitos Humanos*: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional. *Gustavo Venturi (org.*). Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Ilton Garcia da. *Constituição e educação*. Autonomia universitária e a presença do Estado nas Instituições de ensino superior particulares. São Paulo, 2010. 151 f. Tese (Doutorado em direito) – Direito do Estado, Pontifica Universidade Católica de São Paulo.

COSTA, Ilton Garcia da; PUGLIESI, Renan Cauê M.; CACHICHI, Rogério Cangussu D. Superando Paradigmas: A Aplicação da Justiça Restaurativa em Casos que envolvem Violência Doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 121-141, 2017.

COSTA, Ilton Garcia da; CAMPIDELLI, Laisa F. A Diminuição da Extrema Pobreza, baseada em Políticas Públicas Eficazes e Garantia do Mínimo Existencial. *In*: COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogerio Cangussu Dantas; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. (org.). *Paz, Constituição e Políticas Públicas*. Curitiba: Instituto Memória, 2016. v. 1, p. 85-103.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm. Acesso em: 2 dez. 2015.

DELORS, Jacques *et al*. *Educação*: Um Tesouro a Descobrir. 9. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: MEC: UNESCO, 2004.

DIAS, Maria da Penha Risola. Educação nas Prisões. *In*: YAMAMOTO, Aline *et al.* Cereja *Discute*: educação em prisões. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FACHIN, Zulmar. *Teoria Geral do Direito Constitucional*. 2. ed. Londrina: IDCC, 2006.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

FRIGOTTO, Gaudêncio; CIAVATTA, M. Educação básica no Brasil na década de 1990: subordinação ativa e consentida à lógica do mercado, educação e sociedade, *Educ. Soc.*, Campinas, v. 24, n. 82, p. 93-130, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/es/v24n82/a05v24n82.pdf. Acesso em: 02 dez. 2015.

GADOTTI, Moacir. A Educação Como um Direito. *In*: YAMAMOTO, Aline *et al.* Cereja *Discute*: educação em prisões. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

GOFFMAN, Erving. *Internado*s. Buenos Aires: Amorrortu, 1961.

GONÇALVES, Ednéia. Educação Como Direito Humano. *In*: YAMAMOTO, Aline *et al.* Cereja *Discute*: educação em prisões. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

GRACIANO, Mariângela. A Sociedade Civil e a Educação na Prisão. *In*: YAMAMOTO, Aline *et al.* Cereja *Discute*: educação em prisões. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

HADDAD, Sérgio. Os Desafios da Educação Escolar e não Escolar nas Prisões. *In*: YAMAMOTO, Aline *et al.* Cereja *Discute*: educação em prisões. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

LIBÂNEO, José Carlos. *Pedagogia e Pedagogos Para Quê?* São Paulo: Cortez, 2002.

MACHADO, Bruno Amaral; SLONIAK, Marcos Aurélio. Disciplina Ou Ressocialização? racionalidades punitivas, trabalho prisional e política penitenciária. *Rev. direito GV*, São Paulo, n. 1, p. 189-222, jan./jun. 2015. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201509. Acesso em: 19 fev. 2016.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

REZENDE, Raiza Alvez; BREGA FILHO, Vladimir. Educação para Cidadania: o aspecto democrático do direito à educação. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 22, p. 201-230, ago. 2015. ISSN 2317-3882. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/496. Acesso em: 02 dez. 2015.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle Judicial da Segurança Pública*: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: RT, 2004.

SCARFÓ, Francisco. O papel (ou responsabilidade) da sociedade civil na garantia dos direitos educativos das pessoas encarceradas. *In*: YAMAMOTO, Aline *et al.* Cereja *Discute*: educação em prisões. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

SILVA, Marcos José Pereira da. A Sociedade Civil Caminha no Fio da Navalha em Relação à Educação de Pessoas Encarceradas. *In*: YAMAMOTO, Aline *et al.* Cereja *Discute*: educação em prisões. São Paulo: Alfasol: CEREJA, 2010.

POLÍTICAS PÚBLICAS E JURISDIÇÃO: ENLACES E DESENLACES

PUBLIC POLICIES AND JURISDICTION: LINKS AND OUTCOMES

Artigo recebido em 03/03/2019
Revisado em 24/04/2019
Aceito para publicação em 21/05/2019

Daniel Dottes de Freiras
Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Ex-professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ e da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, Campus Cachoeira do Sul - RS. Advogado. E-mail: danieldottes@ig.com.br.

Victor Saldanha Priebe
Mestrando em políticas públicas pela Unisc, com ênfase em tratamento dos conflitos. Integrante do grupo de pesquisa "Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos" vinculado à CAPES. Advogado.

RESUMO: As elaborações, aplicações e fiscalizações das Políticas Públicas no Brasil vêm, de há muito tempo, apresentando enlaces e desenlaces com a Jurisdição. Diante dessa realidade, busca-se examinar tais relações com a intenção de vislumbrar possibilidades que mais de adéquem ao apaziguamento destas funções de Estado. Com o intuito de atender a essa finalidade, pretende-se responder a seguinte indagação: qual a maneira mais adequada de se implementar, fiscalizar e administrar as políticas públicas sem que seja invocada e/ou tolhida a função jurisdicional? Para exame do proposto, optou-se por um estudo de cunho interpretativo por meio da técnica de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se, por conseguinte, que a maneira mais adequada de se obter o pleno funcionamento das políticas públicas é por meio de uma busca de um modelo democrático que se encaixe melhor às realidades brasileiras, pois, desta forma, estar-se-ia devolvendo as funções precípuas de cada Poder, o que, por consequência, impactaria diretamente no crescimento do desenvolvimento social, posto que os rumos do país serão tomados pelos representantes legítimos do povo, e, não, pelo Estado-juiz.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Jurisdição. Enlaces. Desenlaces.

ABSTRACT: The elaborations, applications and audits of Public Policies in Brazil have long presented links and outcomes with the Jurisdiction. Faced with this reality, it is sought to examine such relations with the intention of envisaging possibilities that better fit the appeasement of these functions of State. In order to meet this purpose, it is intended to answer

the following question: What is the most appropriate way to implement, supervise and administer public policies without invoking and / or obstructing the jurisdictional function? In order to examine the proposal, we opted for an interpretative study using the bibliographic research technique. It was concluded, therefore, that the most appropriate way to obtain the full operation of public policies is through a search for a democratic model that fits better with the Brazilian realities, because, in this way, it would be returning the primary functions of each Power, which, consequently, would directly impact the growth of social development, since the directions of the country will be taken by the legitimate representatives of the people, and not by the State-judge.

KEYWORDS: Public policy. Jurisdiction. Links. Outcomes.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O atual contexto das políticas públicas. 2 A posição da jurisdição no regime republicano brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta em investigação vem no sentido de que se examine pelo menos uma das importantes relações havidas entre os Poderes do Estado – aqui provisoriamente denominados instituições públicas – o que ocorre no contexto da nova democracia brasileira. Assim, de forma elementar, são propostos o estudo e o reconhecimento dos novos modelos de democracia em fase de implementação no Brasil, para que, posteriormente, fundamentem (pelo menos um deles) uma discussão possível em sede de jurisdição constitucional, mais precisamente no vergastado tema do ativismo judicial, quiçá, fornecendo-se um instrumental teórico de caráter jurídico-político suficiente à evolução do debate e, talvez, daquelas instituições.

Na histórica dicção de Pontes de Miranda, é que se reconhece a fundamentalidade desta proposta aproximativa, exatamente quando se aceita o fato de que é dentro de círculos ou a gerar círculos já nos cérebros humanos que se pode justapor ideias em tema tão complexo e aberto. Refere o autor:

> Realidade das relações sociaes. --- Para que comprehendamos a coexistência e o tessido das relações sociaes, --- por maior que seja o esforço para as elidir como energias e sómente as conceber como idéas, --- teremos de observá-las justapostas ou, pelo menos, localizadas; porque, ainda que as reputemos imaginarias, intellectuaes, abstractas, não as vemos entre todos os homens, porém em certos casos, quando determinadas circumstâncias materiaes as constituem ou engedram,

> De modo que temos de volver ao problema e á solução da epistemologia contemporanea, applicada á sociologia: a relação é real, porque não se produz arbitrariamente, e sim pela causação universal (dentro de círculos ou a gerar círculos, como linhas que são). O substrato que as provoca, a coisa que dá a representação dellas no cerebro humano, ha de existir em algum lugar, para que se pudessem justapor. Ora, é no espaço que tal justaposição é possível. (PONTES DE MIRANDA, 1924, p. 07).

A realidade social brasileira é paradigmática no sentido de que comporta – pelo menos retórica e discursivamente – a definição e a execução de importantes políticas públicas de caráter social, isso ao propalar-se que melhorias na educação, no lazer, no esporte, no trabalho, na saúde, enfim, em variadas esferas em que os direitos fundamentais arvoram-se materialmente como tal. Não obstante, o Poder Judiciário é lançado no epicentro da discórdia quando se vê instado a julgar pedidos em variadas demandas que invocam o descumprimento daqueles direitos.

Evidentemente, diversas idiossincrasias acabam dando o tom da prestação jurisdicional, não raras vezes girando em torno de temas como emergência do pedido, eis que sob exame o direito à vida, descumprimento de políticas públicas voltadas a jovens e idosos, intervenção nas relações econômicas entre tantos outros temas afetos à sociedade (aqui designada como a soma da sociedade civil e dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) e no ambiente das políticas públicas (como, por exemplo, promocionais, prestacionais, protetivas, educativas, tributárias e outras).

Então, a lição de Pontes é primordial para que se reconheça esta instância do debate, pois a realidade das relações sociais em *terra brasilis* não é outra senão a de uma paradigmática condição de entropia social, onde aparentemente um Poder do Estado não cumpre as determinações constitucionais, e outro, em tese, exacerba suas funções ao fazê-las. Parafraseando o autor, essa é uma relação real e que está ambientada no Direito – precisamente na ocasião das demandas judiciais.

Políticas públicas e jurisdição, na sua relação com as pessoas, são ideias justapostas que assim devem ser observadas, mediante a provocação intelectiva mais profunda possível, teleologicamente voltada ao bem de todos.

1 O ATUAL CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Atualmente, direito e política são dois ambientes bastante submetidos a críticas, não faltando afirmações de que no cenário nacional vivenciam um momento histórico de crise. Mas o que salta evidente é o fato de que são avaliados sempre separadamente, como que se

não houvesse imbricação teórica entre ambos e entre eles e os demais ramos do saber, todos envolvidos – especialmente – nas relações Estado-sociedade (instituições públicas e sociedade civil).

Neste contexto, surge a possibilidade de uma proposição de caráter epistemológico, porque se trata de uma prioridade científica, ainda que crie as condições de possibilidade para o surgimento de um ambiente transdisciplinar que reconheça a necessidade de seu estudo teórico e prático conjunto, associado, definitivamente interdependente, o que continua sendo relevante para as propostas subsequentes. Afinal, em sua função normativa, o direito não dá conta das necessidades sociais, vitimado pela falta de eficácia social. Por outro lado, a política tem-se ocupado de uma dimensão preponderantemente teórica, não só afastada da própria política partidária, como também do direito.

Neste contexto, sociedade e Estado pautam suas relações logrando atender suas expectativas quase sempre cumprindo uma função de adequação "de" e "entre" ambas as dimensões, numa atividade que não é totalmente sua. O aperfeiçoamento "de" ambas as dimensões (direito e política), definitivamente, e depois de suas construções no âmbito epistemológico, ocorre naturalmente no seio das relações entre Estado e sociedade. Mas o aperfeiçoamento "entre" ambos não pode ser relegado à tarefa eminentemente prática, na estrutura de desenvolvimento do conhecimento vulgar. Paradoxalmente, deveria nutrir-se (pelo menos inicialmente) do conteúdo epistemológico produzido entre ambos. Bem, isso é o que se pretende demonstrar possível, a partir da elucidação de ambas as realidades, como uma construção epistemológica, então, propositiva e necessariamente pautada numa interlocução transdisciplinar entre direito e política.

Por muito tempo, a humanidade marcou sua história por propostas científicas que, a título de racionalização do conhecimento, pelo menos como argumento geral, afastaram as ciências humanas entre si. Como se fosse possível encontrar a evolução num critério de extrema pureza e independência científica. Todavia, isso não foi possível e, hodiernamente, é grande a promoção do reencontro científico - por exemplo - entre filosofia, sociologia, política e direito. A proposta aqui situa-se como um fenômeno transdisciplinar, que integra particularmente direito e política, para que se entenda a relação entre políticas pública e jurisdição todas intimamente ligadas. Parte de postulados descritivos, mas que, ao final, se arvoram como prescritivos.

Têm sobrado respeitáveis afirmações científico-jurídicas de que o direito ingressa na pós-modernidade inquietante, com sonoros ares de crise. Sobram-lhe acusações por não revelar à sociedade o poder de contenção, controle, ordem e segurança de que sempre se

gabou. Atualmente, a crise do direito vem ancorada na crise de efetividade (eficácia social). Como uma instituição que não é capaz de cumprir seu papel instrumentalizador dos direitos.

Todavia, aqui a questão será enfrentada mediante um corte epistemológico que se opera pela defesa da ideia de que o direito deve erigir-se - essencialmente - segundo um caráter de normatividade. Enquanto instituição que se ocupa do dever ser, ainda assim, quando direcionado ao mundo do ser, não tem a obrigação de fazer a mudança. Ele é o instrumento da mudança, pois toda a alteração fática na vida do homem passa, não apenas pelo direito, mas pela *longa manus* da gestão pública implementadora das políticas públicas. De novo, então, a unidade inconteste destas áreas do saber, seus enlaces e desenlaces.

O direito tem força. Mas essa força é normativa. Não altera diretamente os fatos, senão apenas sustenta a ação humana, social ou governamental. Enquanto açodadas pesquisas desconsideram a necessidade da boa limitação espacial de cada instituição, como é o caso do direito, em caminho inversamente proporcional estas instituições são inseridas numa entropia conceitual e, assim também, de aplicação. Noutras palavras significa dizer que, se a ciência jurídica ou a política não tem bem definida sua natureza e aplicação no Estado, a força de cada um deles invade e prejudica o outro, opondo-se à pretensão de aproximação. Não que não se entrelacem, mas que isso aconteça correta, limitada e adequadamente. O direito não pode arvorar-se em tarefas que são típicas da política ou da gestão pública. Ao contrário, deve render-lhes o espaço de atuação para que cumpram seu papel institucional e para que ele próprio cumpra sua missão.

Por isso é preciso retomar de forma clara e precisa a questão do fenômeno jurídico. Sem negar-lhe a estrutura, nem tampouco a qualidade de sistema, e amparado no pensamento de Emil Lask, Tércio Sampaio Ferraz Jr. Fixa, com especial precisão, essa significação normativa do fenômeno jurídico, encontrando sua dimensão mais favorável à construção ora proposta, para fixar corretamente a espécie e a forma de atuação de cada instituição, uma vez que

> [...] em razão desta estrutura em camadas do fenômeno jurídico é que vamos colocar a questão do sistema jurídico em Lask. As conclusões a que chegamos nos mostram, em primeiro lugar, que o sistema jurídico não se confunde com o sistema normativo ou das normas. A estrutura complexa da própria norma nos obriga a falar em encadeamento de 'significações normativas', expressão esta que bem resume as múltiplas camadas dimensionais que compõem o fenômeno jurídico. (FERRAZ JÚNIOR, 1976, p. 173).

A par dessa mesma ideia aqui difundida, Geraldo Ataliba comunga do mesmo pensamento quando se reporta à hipótese de uma visão sistemática do direito, como oposta ao

caos jurídico, permeado por um amontoado de leis que serviriam à desordem, insegurança, imprevisibilidade, liberação do arbítrio e estímulo à prepotência:

> Sendo o Direito um sistema, torna-se mais fácil apreender o conteúdo, sentido e alcance de seus institutos e normas em função das exigências postuladas por esses princípios. Olvidar o cunho sistemático do Direito é admitir que suas formas de expressão mais salientes, as normas, formam um amontoado caótico, sem nexo, nem harmonia, em que cada preceito ou instituto pode ser arbitrária e aleatoriamente entendido e aplicado, grosseiramente indiferente aos valores jurídicos básicos resultantes da decisão popular.
> O resultado da prevalência dessa concepção será a desordem, a insegurança, a imprevisibilidade, a liberação do arbítrio, o estímulo à prepotência. (ATALIBA, 2001, p. 15).

Ora, o direito depende do sistema e dele não pode desintegrar-se. Disso decorre que deverá operar no seio da sociedade especialmente em sua função normativa, guardando respeito e espaço à política, à gestão pública, sem imiscuir-se equivocadamente em funções que não lhe são próprias. A partir deste postulado fundamental, embora o problema da efetividade do direito alcance largo debate na ciência, tanto pátria quanto estrangeira, importa registrar que sua realização é objeto do Estado e da sociedade, e sempre de forma vinculada e dependente de política e gerenciamento públicos. Preservados em sua integridade científica e interrelacionados em sua atuação, assim devem ser examinados até as raias da prestação jurisdicional.

A tarefa normativa do direito é validar aqueles princípios de que se falou alhures, para que no tempo e no espaço sejam situados e colocados à disposição dos homens para implementação. Servirá o direito de suporte legitimador da política, suas decisões e formas de execução. A normatividade do direito, ao mesmo tempo em que reserva um campo bem definido para a realização do direito, permite como consequência sua aproximação com a ciência política, para que esta contribua sistematicamente.

Nessa relação de interdependência institucional, depois de fixada a proposta jurídica constitucional, haverá de se defender a transformação social implementadora de tais direitos pela via das políticas públicas. Daí, então, a necessidade de se fixar seus limites e possibilidades, pelo menos de forma preambular, todavia, suficiente para causar a confirmação de sua necessidade na questão jurídica, assim como de todas elas na questão estatal do desenvolvimento social e individual. E a proposta de discussão do tema do ativismo judicial encontra antecedentes nestes postulados. Por isso, a partir do conceito de políticas públicas, será dada ênfase ao espaço institucional que ocupa suprindo o dever ser da lei, numa atitude transformadora da vida do povo brasileiro.

A efetivação de um Estado Social com a marca legitimadora da Constituição dirigente de 1988, passa por uma evolução cultural. Trata-se do aprimoramento da cultura política e democrática, que supere os modelos tradicional e autoritário, realizador do ideal democrático ainda mero figurante no Brasil, muito embora se reconheçam grandes avanços já alcançados nesses quase 30 anos que se seguiram desde o advento da Carta. Mas essa plenitude democrática capaz de diminuir as desigualdades e gradativamente transformar a vida dos homens, transfere às políticas públicas um dever fundamental, pois quanto mais crescente é a implementação democrática, maior é a complexidade, a exigência (individual e coletiva) e a efetividade dos direitos. Implícita está, pois, a própria cláusula de proibição de retrocesso social, na recomendação de um passo a passo em prol do desenvolvimento.

Conhecendo esse panorama, com todas as imbricações que lhes são próprias, João Pedro Schmidt, conceitua e limita políticas públicas, o que faz com vistas à construção de um modelo de gestão pública pós-burocrático e pós-gerencialista (SCHMIDT, 2010, p. 01), capaz de implementar aquelas aspirações referidas anteriormente, o que é importante no exame do papel do Poder Judiciário enquanto instituição executora de políticas públicas.

Examinando a problemática das políticas públicas, reconhecendo a importância de seu estudo sob dois pontos de vista, bem como defendendo sua análise não fragmentada ou isolada, Schmidt (2010, p. 01-02) diz que não há uma definição reconhecida como a melhor, pelo que indica algumas definições usuais na literatura, como segue:

> - Linn: uma política é um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos.
> - Peters: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos.
> - Lasswell: decisões e análises sobre política implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.
> - Heclo: uma política é o curso de uma ação ou inação (não-ação), mais do que ações ou decisões específicas. Essa formulação inclui a importante noção de que a não-ação, a omissão, também caracteriza uma política. (SCHMIDT, 2010, p. 07).

Em seguida, apontando conclusões de outros autores, apresenta também a definição normativa do Ministério da Saúde do Brasil, expondo a conclusão a que aqui também se pretende chegar, qual seja, a de que é "muito importante nessa definição a ideia de que as políticas orientam a ação estatal, diminuindo os efeitos de um dos problemas constitutivos do regime democrático: a descontinuidade administrativa, decorrente da renovação periódica dos governantes." (SCHMIDT, 2010, p. 08). Importa ressaltar aqui, além da discussão sobre o problema da descontinuidade administrativa, que parece rimar com o descompromisso dos governos que chegam ao poder após cada eleição, que a ideia de que as políticas orientam a ação estatal traduz em si mesma uma função precípua para as políticas públicas, a exigência

de (efetiva) ação estatal. Mesmo com a participação dos cidadãos, incumbe ao Estado a promoção completa dos valores sociais, mediante o exercício de um novo modelo gerencial. Como se pode facilmente concluir, quando o conceito de políticas públicas inclui um dever de ação do Estado, transparecem seus próprios limites administrativos (funcionais).

É pela mão do Poder Executivo, principalmente, que deverá se operar a implementação dos valores constitucionais, com vistas àquela atitude administrativa transformadora e efetivadora dos direitos, na correspondência aos conteúdos concretos da política, às próprias políticas públicas, o que representa - segundo o autor - a *policy*, uma das três dimensões da política. Então, é de se registrar que depois de fixada a posição da norma jurídica, como tuteladora de determinados fatos da vida, esgotada então a tarefa jurídica, cabe à administração pública (especialmente enquanto Poder Executivo) a implementação de políticas públicas efetivadoras daquela proteção legal (SCHMIDT, 2010, p. 04). Esse limite administrativo de atuação é próprio dos governos federal, estadual e municipal. Eis, então, a segunda base a sustentar a proposta aqui desenvolvida.

Diante desse quadro, em que as políticas públicas assumem grande importância prática, conforme uma abordagem sistêmica e sempre a exigir um despertar das consciências quanto aos embates políticos que sugere para implementação dos direitos, e bem assim, do Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro deve estar preparado para o desenvolvimento. Deve contar com uma estrutura, não apenas humana ou financeira (por mais fundamentais que sejam), ideologicamente bem formada. Deve romper gradativamente com os modelos burocrático e gerencialista de administração, ainda vigentes no país, para se inserir na proposta pós-gerencialista e pós-burocrática que capitaneia elementos de uma gestão pública pró-ativa, não-coatada, que conte com a efetiva participação da sociedade. A sociedade deve ladear o Estado na realização dos direitos fundamentais, dos direitos sociais, dos direitos individuais, enfim dos valores defendidos pelo povo, o que representa a chamada democracia participativa/deliberativa.

Exemplificativamente, para que se desenvolva tal ideário, o país deve sintetizar e unir capital físico, tecnológico, humano e, principalmente, social, o que importa em renúncia para pessoas e grupos. Evidente que essa lógica não atende à vontade liberal. Daí a necessidade de um novo contexto jurídico, político e gerencial afeiçoado ao Estado Social que hodiernamente nutre a ambição coletiva.

Só um adequado modelo para a gerência pública é capaz de retirar o Estado de um contexto de inércia, para levá-lo a uma atitude positiva e transformadora. O Brasil tem experimentado essa gestão, mas depende de avanços mais significativos. Para

contextualização do tema sobre a necessidade de um novo modelo de gerência pública, será adotado o pensamento de Bernardo Kliksberg (1997, p. 50), cujas palavras se encaixam na conjuntura nacional e podem servir ao entendimento de que os eventuais excessos cometidos pelo Poder Judiciário, talvez decorram da exacerbação involuntária da função jurisdicional.

A partir de um contexto mundial marcado pela incerteza, decorrente de mudanças nas áreas econômica (microeletrônica, biotecnologia, telecomunicações, informática, robótica etc) e geopolítica (fim da guerra fria, desarmamento, aspirações populares por real participação política etc), que alteram a estrutura básica da economia mundial, conforme os ditames da globalização, é necessário um redesenho do Estado, que chegue a uma nova gerência pública (KLIKSBERG, 1997, p. 50-51). Nesta toada, o processo de transformação gera dificuldades econômicas e sociais, contrapondo-se, então, mercados livres versus democracias.

Evidentemente que esse panorama de tendências opostas, acaba não se manifestando tão explicitamente diante da sociedade. Demonstra-se mais pelo embate ideológico de seus defensores, do que pela participação popular, embora o povo seja o destinatário final das ações estatais. Estando elas sujeitas a menor ou maior grau de influência dos mercados, se concretizarão no seio da sociedade.

Ora, então, para que leve a efeito as políticas públicas estabelecidas pelo Direito na Constituição, o Estado (enquanto governo) precisa superar os problemas que se põem no âmbito administrativo. Nesse caso, segundo demonstra o autor, a opção passa pelo redesenho do Estado, mas marcadamente por sua união com a sociedade civil: "As potencialidades e a superioridade do modelo 'Estado mais sociedade civil', em oposição ao modelo que considera excludentes essas instâncias, são o tema destacado nas contribuições recebidas no grupo temático conduzido por Vasant Moharir, na Conferência de Toluca." (KLIKSBERG, 1997, p. 59).

Ora, o que prega categoricamente é o protecionismo industrial com educação priorizada. Evidente, todavia, que leva em conta também outros fatores. Por isso, defende um projeto nacional de produtividade, competitividade e crescimento, voltado ao desenvolvimento humano. Este seria caracterizado como um Estado inteligente, com características institucionais e gerenciais básicas, como, eficiência das políticas públicas, descentralização e real participação dos cidadãos, construção de um Estado-rede etc. (KLIKSBERG, 1997, p. 61-62).

Enfim, o novo paradigma de gerência pública, se não exige, permite a construção de uma agenda de questões que são importantes para implementação, por exemplo, dos princípios jurídicos de que se falou acima, através de políticas públicas que promovam o

encontro de valores, a própria união entre mercado, sociedade civil e Estado. Kliksberg (1997, p. 59), quando fala sobre a necessidade de uma agenda de questões estratégicas, que promova uma discussão que transborda os limites do Estado, dada a mundialização dos problemas, presentes e porvir.

Como se pode sentir, a descoberta de novas fronteiras para o Estado nacional, passa pela discussão sobre a incorporação de um novo modelo de gestão que, por sua vez, irá interferir radicalizando as funções dos três Poderes. Os problemas decorrentes da mundialização da economia se fazem presentes no Brasil. Permeiam o cotidiano, a vida do homem e as relações sociais. Não seria surpreendente que tais fatores vêm impedindo a concretização constitucional e, consequentemente, contribuindo para a prefalada crise do Direito (entenda-se, nos trabalhos dos atores que administram a justiça).

Transforma-se a realidade em prol do desenvolvimento humano e social, segundo um trabalho administrativo mais flexível e aproximativo, que permita uma integração do indivíduo nas questões estatais. Como estratégia política a gestão carece dessa participação da sociedade, inclusive no sentido de tensionar o poder com as demais forças que já o ocupam há muito tempo. A gestão é um postulado importante no objetivo de construir políticas públicas efetivamente igualitárias. E a ordem jurídica depende dessa unidade epistemológica.

Com efeito, o trabalho busca um debate aberto de alguns institutos constitucionais, ou seja, um debate também sobre aspectos da lei, para que visualize melhor o problema central desta obra. E nisso, como bem leciona Rogério Gesta Leal (1997), significa ter presente o universo de significações e sentidos que o termo vem acumulando na história das ideias políticas e filosóficas. Trazer à colação a significação e o sentido da aproximação epistemológica entre tais institutos, pretensamente representa sedimentar um novo paradigma de adequação estatal com a realidade social do sofrido povo brasileiro.

Descontados os justos exageros vistos por quem não concorda com tudo isso, não se esconde uma pretensão geral, qual seja, a de se unir às incansáveis vozes que lutam contra o alvedrio dos dominantes. Trata-se da busca de equilíbrio social, cuja parcela de esforço e efetividade deve ser cumprida pelo Estado brasileiro. Não se alimenta a crise de unidade nacional. Ao contrário, busca-se a superação por obra e arte da Constituição. À margem destas ideias, só vigora o negativismo, bem visto por Paulo Bonavides (1999, p. 189).

A efetividade encontra supedâneo na proposta de unidade de matrizes constitucionais, mais precisamente na inter-relação de princípios para superação dos erros na política estatal. E não se diga ser fácil tal tarefa, pois historicamente o país contrapõe entre si tais princípios, numa lógica sofista de que o sacrifício imposto é o necessário à sobrevivência do Estado, o

que definitivamente não é verdade. Sobre esta dicotomia presente no direito, Flávia Piovesan (2003, p. 94-122) oferece aporte teórico dizendo que, por breve digressão histórica já se demonstra o quão dicotômico se apresentava a linguagem dos direitos.

É de Luis Roberto Barroso (2006, p. 67) a afirmação inconteste de que a falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa de seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Concluem que a falta de efetividade associada à infindável sucessão de violações da legalidade constitucional, é responsável por um acúmulo de gerações perdidas.

Todos aqueles que desfrutam das ideias do constitucionalismo contemporâneo têm bem presente que essa problemática vivida no Brasil é suficiente para sustentar as indagações lançadas neste trabalho. Evolução científica, adequação, proibição de retrocesso, enfim, valores infindáveis que se conjugam com a busca de efetividade constitucional, como é próprio do Estado de Direito quando se pretende o fortalecimento das instituições democráticas.

Normatividade jurídica, políticas públicas e novo modelo de gestão pública são condições de possibilidades absolutamente novas para os atores sociais. São condições conjunturais lançadas nas arenas sociais e que favorecem um exame à luz da transdisciplinaridade. Imbricados sistematicamente, tais institutos podem fomentar a criação de um novo espaço epistemológico, existente, mas ainda muito incipiente. Poderá fornecer novos instrumentos de trabalho, avaliações e decisões, por exemplo, na administração (judicial) da justiça. Por isso, vem tratada como uma epistemologia propositiva, ou seja, uma proposta de envolvimento científico do direito com as questões políticas e seus atores. E para que, cientificamente, se construa este ambiente, a transdisciplinaridade é um instrumento satisfatoriamente adequado, pois amplia os horizontes do conhecimento reunindo os operadores de ambas as áreas donde emergirão estruturas teóricas e práticas mais adequadas, completas, organizadas e executadas com maior participação.

Dito isto, remanesce então uma preliminar associação com o instituto da transdisciplinaridade. Segundo Basarab Nicolescu (1999, p. 07), trata-se de uma palavra de difícil pronúncia, confundida com outras, mas que foi inventada “[...] na época para traduzir a necessidade de uma jubilosa transgressão das fronteiras entre as disciplinas, sobretudo no campo do ensino [...]”.

Reservando exame apenas para tal afirmação inicial, já se pode ter a dimensão da importância desta verdadeira instituição, cuja ideia de transgressão das fronteiras entre as disciplinas, refundando a educação e, talvez, exageradamente, universalizando os saberes,

fornece ao direito positivo uma possibilidade indeclinável de associação teórica. A transdisciplinaridade é um instrumento para o enlace entre democracia, políticas públicas e jurisdição.

A abordagem transdisciplinar permite ao direito nutrir-se de todos os campos do saber, recebendo e avaliando propostas e ambições não só científicas específicas, mas de toda a sociedade. Daí Nicolescu (1999, p. 07) afirmar: "A abordagem transdisciplinar nos faz descobrir a ressurreição do indivíduo e o começo de uma nova etapa de nossa história".

A transdisciplinaridade pode servir como um elemento estruturante para o direito atual, que dela pode se valer para implementar sua necessária abertura material aos valores sociais em voga, assim como – não apenas para os temas da ciência política - para sua correta aproximação com outras áreas do saber. Não se pode esperar outra aproximação, inclusive contrária aos retrógrados pensamentos ainda existentes, que preveem um direito fechado e independente da vontade social e distante das construções políticas, pois é disto que carece a administração da justiça.

Mas, para o efeito específico destas anotações, remanesce a construção de uma argumentação final, a fim de oferecer logicidade e consistência teórica à hipótese de transgressão dos limites das fronteiras entre direito, política (e políticas públicas) e jurisdição. Trata-se do reconhecimento desta possibilidade de aproximação científica a nível filosófico.

Epistemologia propositiva representa aqui a defesa de condições teóricas capazes de fundamentar futuras proposições absolutamente conjuntas (enlaces), no âmbito do direito e da política. Significa dizer: é a construção teórica que reconhece a necessidade de pesquisas, projetos e atividades, ou seja, associações teóricas e práticas entre pessoas e temas do direito e da política, o que parece estar adequado ao contexto democrático atual do Estado brasileiro, onde a participação, a deliberação e o forte caráter social são realidades em plena construção. Por isso, é necessária a construção de um panorama teórico final indicativo desta existência.

É o caso, então, de se relatar a existência de novas tendências da redemocratização brasileira, onde há um ambiente pautado pela força normativa e dirigente da Constituição, retomada do protagonismo do Estado e valorização e importância prática das políticas públicas (SOUZA, 2006, p. 26) na indução do desenvolvimento. Conforme afirma Schmidt (2010, p. 15), neste cenário há, entre outros fatores, novas formas de articulação entre Estado, sociedade e mercado, o que exige participação mais qualificada, decorrendo também a necessidade de uma análise (das políticas públicas) não fragmentada ou isolada da mais geral, sobre os rumos do Estado e da sociedade em favor inclusive de sua efetividade e implementação.

É no ambiente das arenas sociais que todos os atores e instituições deverão conjugar esforços para a produção do desenvolvimento, aliás, numa dimensão futura muito mais do que transdisciplinar, própria da construção de redes que envolvam contatos, vínculos e conexões que relacionam os agentes entre si, como ensina Celina Souza (2006, p. 32).

Ora, trata-se do próprio referencial teórico ratificador da possibilidade aqui defendida em prol da construção – mal comparando – de um modelo de capital social marcado pela cooperação, associativismo, confiança e reciprocidade entre pessoas e instituições. Parafraseando Robert Putnam (1996, p. 25), refere-se a um modelo de ciência social comparativa que se empenha em compreender a dinâmica do desempenho institucional (direito, política, Estado e sociedade). Quem sabe assim não será possível vencer o problema do ativismo judicial!

Neste momento cumpre-nos referir que os termos finais destas elucubrações mentais não têm a mínima capacidade ou interesse em refundar as ciências sociais ou mesmo buscar seu fundamento. Não se coloca como uma questão gnoseológica e, ao se lançar como uma questão epistemológica, ainda assim não tem tal pretensão. Não faz uso das operações (progressiva e regressiva) que subjazem o próprio "fundar" das ciências humanas, não se valendo também das principais estratégias (essencialista, fenomenalista, fenomenológica e historicista) destes dois ramos do saber filosófico (PUGLIESI, 2009, p. 145). A proposta é bem menos ambiciosa. Tenta apenas motivar a criação de um contexto metodológico universalizado. Um ambiente a ser percebido, em que após reconhecidos aqueles enlaces temáticos, se lhes permita os desenlaces funcionais (para que exerçam de forma livre e independente suas funções típicas).

No desfecho, apresenta-se o indicativo teórico de cada um dos quatro elementos a serem estudados sob o regime transdisciplinar. Tais indicativos são lançados como representação teorética e contextual do que representam hoje direito, política, Estado e sociedade.

Como refere Maria Paula Dallari Bucci, definir as políticas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinaridade (muito embora o que se pretenda aqui é ir além da interdisciplinaridade, mas precisamente no âmbito transdisciplinar envolvendo Estado e sociedade noutras questões práticas):

> As políticas públicas constituem temática oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública. Seu campo de interesse - as relações entre a política a ação do Poder Público – tem sido tratado até hoje, na Ciência do Direito, no âmbito da Teoria do Estado, do direito constitucional, do direito administrativo ou do direito financeiro. Na verdade, o fenômeno do direito, especialmente o direito público, é

> inteiramente permeado pelos valores e pela dinâmica da política. Daí ser compreensível, num primeiro momento, certa resistência ao que parece, à primeira vista, um modismo. Não obstante, definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para interdisciplinariedade. (BUCCI, 2006, p. 01).

Com efeito, Patrícia Helena Massa-Arzabe (2006, p. 51) complementa o contexto desta imbricação a ser aprimorada pelo direito, quando refere que ele passa a apresentar, além de suas funções tradicionais identificadas, outra já plenamente enraizada, em que vem caracterizado como 'medium' para o estabelecimento desses objetivos. O raciocínio se completa quando entende-se que

> [...] a instância jurídica não é mais predominantemente como uma mônada, um sistema ou um subsistema isolado dos demais. Ao lado de sua função tradicional de regramento primário de condutas, seu caráter próprio de 'ordenação', isto é, de organização de práticas, registra sensível incremento tanto na regulação econômica como na regulação política, sobretudo quanto à modificação dos modos de governança e à inserção dos Estados em estruturas polícêntricas, relacionadas à reorganização dos blocos nacionais e a consolidação de organismos supranacionais. (BUCCI, 2006, p. 52).

Para além do exame das dimensões da política (*polity, politics* e *policy*) (SCHMIDT, 2008, p. 2310), porque em todos poderá arvorar-se, interessa afirmar que na tipologia das políticas públicas há guarida para o que dela se pretende. É o caso de se defender a utilização de políticas constitutivas ou estruturadoras, que definem procedimentos gerais da política, determinam as regras do jogo, as estruturas e os processos da política (SCHMIDT, 2008, p. 2314).

O Estado melhor se representa na ideia de bom governo, com o que não apenas se foge à discussão sobre sua (in)existência ou aptidão para a decisão. Neste sentido é suficiente a transcrição da lição de Norberto Bobbio, cujo paradigma teórico contextualiza a diferença estrutural que importa fixar ao Estado:

> [...] a arte de bem governar, as virtudes ou habilidades ou capacidades que se exige de um bom governante, as várias formas de governo, a distinção entre o bom e o mau governo, a fenomenologia da tirania em todas as suas diversas formas, direitos, deveres e prerrogativas dos governantes, as diversas funções do Estado e os poderes necessários para cumpri-las adequadamente, os vários ramos da administração. (BOBBIO, 1988, p. 63).

Finalmente, da sociedade se espera a ocupação do espaço democrático, não apenas para materializar a superioridade da democracia, mas para demonstrar a grandeza de um povo em pleno processo de maturação e que congrega hoje pressupostos favoráveis ao estabelecimento de uma sólida e próspera ordem democrática, como aduz Paulo Bonavides:

> Nenhum povo, porém, sobre a face da terra congrega hoje pressupostos tão favoráveis ao estabelecimento de uma sólida e próspera ordem democrática quanto o povo brasileiro. Não falamos das potencialidades de seu futuro material pela grandeza econômica e pelas riquezas que se contêm na amplidão de seu espaço físico, mas de fatores outros de ordem expressamente culturais, que temperam o aço da união e da solidariedade, fazendo avultar o 'idem sentire' da nacionalidade. A religião, a língua, os costumes e sobretudo o pacto racial tornam singular nosso povo, sem discrepâncias étnicas profundas, sem minorias perseguidas ou espoliadas, sem ressentimento de classe arraigado em privilégios que a ação do tempo, com o progresso das idéias, não possa corrigir e remover. Possuímos em verdade uma índole nacional democrática, e os valores cristãos podem perfeitamente inclinar-nos ao humanismo social, guiando a Nação pelos caminhos da justiça e da liberdade, como pode o bem comum. (BONAVIDES, 1995, p. 193).

As normas jurídicas – embora formalmente bem posicionadas no sistema (criação e validade) – contêm metaconceitos, antinomias, lacunas e um virtual distanciamento da realidade social e, não raras vezes, traduzem interesses pouco louváveis. Ocorre que tal distanciamento não se coaduna com as atualidades presentes na ciência política (desenvolvimento do modelo democrático) e no Estado (desenvolvimento do modelo de gestão). Assim, a importância da integração transdisciplinar. Por isso, a proposta epistemológica deste estudo até aqui lançado é a de provocar um condicionamento prévio do pensamento científico, no sentido de que se entenda e se iniciem as aproximações teóricas entre Políticas Públicas e Jurisdição. Então, a necessidade de se discursar cientificamente em favor de um razoável e necessário marco teórico que envolva não apenas as ciências, mas o Estado e a sociedade.

2 A POSIÇÃO DA JURISDIÇÃO NO REGIME REPUBLICANO BRASILEIRO

Enlaçar entre si políticas públicas e jurisdição é uma tarefa não tão difícil, mas muito mais necessária para o entendimento de seu futuro desenlace e desenvolvimento com correção e adequação, quando a jurisdição constitucional será o objeto central da temática.

Seguindo-se este raciocínio é preciso lançar notas gerais sobre a posição ocupada pela jurisdição (aqui não se confundindo com Poder Judiciário) na república brasileira e especialmente no atual sistema constitucional.

O princípio republicano é considerado basilar e um dos mais importantes à justificação do modelo de Estado vivido no Brasil. É indiscutivelmente responsável pela sustentação do sistema jurídico-político, portanto, diretamente relacionado à atuação do Poder Judiciário, no exercício de seu poder-dever de julgar (jurisdição), sendo relevante sua discussão preliminar.

Conforme afirma Sacha Calmon Navarro Coelho (2005, p. 48), a república funda-se na igualdade de todos os cidadãos perante a lei. Os poderes são constituídos pelo povo. O que

distingue, todavia, a república da monarquia é que nesta última uma única pessoa reina e passa seu cetro por sucessão familiar (dinastia). Na república todo poder emana do povo e em seu nome será exercido. Essa conceituação guarda uma importante referência no sentido de demonstrar o problema da legitimidade no exercício do poder. Em qualquer caso a figura do Estado é mantida, mas na república os poderes guardam relação com a vontade popular e disto seguem várias consequências institucionalizadas no regime republicano, como democracia, representação popular, repartição de Poderes, Constituição e também as atividades do Poder Judiciário.

A preocupação reside na constatação de que as referências republicanas da política estão se diluindo, em decorrência da exacerbação, por exemplo, da religiosidade como fundamento para uma cultura de massa, ou seja, o Brasil vive um momento em que nem mesmo a república escapa à crise. O princípio republicano erigido explicitamente no artigo 1º da Constituição, considerado um dos elementos fundantes do Estado contemporâneo estaria perdendo espaço para o fundamento teológico-político, como assevera Sérgio Cardoso:

> [...] a "avalanche" da religiosidade que invade as sociedades contemporâneas – as religiões transformadas em cultura de massas, a sedução dos símbolos e espetáculos religiosos – e o Retorno do Teológico-Político. Aqui a perda das balizas da socialidade moderna se exacerba na direção de sua recusa, ideológica, explícita. A substituição da política pela guerra purificada do mal, a figura do político revezada pela do profeta ('os discursos e ações de Bush, BinLaden, Khomeine, Sharon são as expressões mais perfeitas e acabadas da impossibilidade da ordem política') assinalam o propósito agressivo de devolver ao social um fundamento religioso, de recristianizar, rejudaizar, reislamizar a ordem política.[...]Esse mesmo processo, mostra ainda o ensaio, permite compreender o fascínio atual por autores como Carl Schmitt e Leo Strauss, que se associam em sua recusa veemente dos fundamentos da modernidade, da Revolução Francesa e do próprio liberalismo, e que opõem a eles, por vias diversas, o antídoto da teologização da política. (CARDOSO, 2004, p. 11-12).

Ora, quando sequer um princípio balizador do Estado Democrático de Direito escapa ao fundamento de ordem teológica, que substitui a política pela guerra purificada como mencionado acima, é preciso acionar um sinal amarelo, de cautela, a examinar as condições em que se encontra o debate nacional e, bem assim, o risco por que passa a república e tudo o que dela emerge, sob pena de se estabelecer um retrocesso histórico avassalador – não de retorno à monarquia – mas de grave assaque às instituições e tudo o que de positivo já se construiu neste país. A fé que se deposita em argumentos de fundo religioso (e não se relegam outros) não deixa espaço à racionalidade e à ciência, consubstanciando – inclusive – uma fragilização da função jurisdicional. Há que se ter cuidado e cautela na avaliação do papel institucional do Poder Judiciário no exercício de sua função, para não imiscuí-lo de falsos ideários.

Por todo este contexto é preciso reforçar as bases justificadoras do princípio republicano e, por via de consequência, as próprias instituições públicas – e (sempre a lembrar) entre elas está o Poder Judiciário e sua função jurisdicional.

O Brasil adota a tripartição dos Poderes qualificada pela chamada independência e harmonia entre Executivo, Legislativo e Judiciário. No que se refere ao Poder Judiciário em sua função típica, é assim definida por Hans Kelsen:

> A função judiciária consiste, essencialmente, em dois atos. Em cada caso concreto, (1) o tribunal estabelece a presença do fato qualificado como delito civil ou criminal por uma norma geral a ser aplicada ao caso dado; e (2) o tribunal ordena uma sanção civil ou criminal concreta estipulada de modo geral na norma a ser aplicada. [...] A decisão judiciária é a decisão de uma controvérsia. (KELSEN, 1995, p. 267).

A função de julgar, denominada de prestação jurisdicional pelo Estado-juiz, consiste em dois atos. Interessa investigar que o segundo ato, aquele em que o tribunal faz incidir uma norma sancionadora sobre o fato qualificado como delitivo, omite uma realidade operacional que é o cerne da crítica ao próprio modelo denominado de ativismo judicial.

Esta realidade na execução da tarefa humana (da alçada do juiz) não releva dois elementos irremediavelmente presentes: primeiro, o de que o texto legal enquanto signo não contempla seu significado, pois a linguagem se opera na razão significativa decorrente dos pactos eletivos feitos pelos homens para chamarem as coisas do mundo como decidem chamá-las; o vermelho só é vermelho porque pactuamos isso; não há uma origem definida que anteceda o pacto semântico e significativo da razão humana; por si só, essa situação gera variáveis de entendimento de pessoa para pessoa; havendo variáveis de entendimento entre as pessoas, atribui-se a fixação de certos elementos da norma escrita ao arcabouço axiológico dos juízes, ou seja, ao juízo dos juízes.

Eis, então, a atividade jurisdicional na exata proporção da liberdade que o sistema atribui aos juízes. Teoria dos princípios, textura aberta da língua e conceitos jurídicos indeterminados funcionam como estruturas que permitem a tarefa de adequação entre o texto legal, sua metalinguagem (aquilo que ele não diz) e aquilo que o juiz diz que ele diz a partir de sua carga axiológica pessoal.

Estas operações ocorrem quando o juiz examina a palavra, o período, a oração, as regras entre si, os princípios entre si, os princípios com as regras, os artigos entre si, as leis entre si, as leis com a Constituição, enfim, em todas as operações racionais de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Então, o direito se ocupa de recursos metalinguísticos para julgar o caso concreto. E isto já foi identificado há muito tempo. Desta forma, por serem os juízes os responsáveis por

tal tarefa, lhes é atribuída toda a responsabilidade pelo que dizem que a lei está a dizer, até quando dizem que ela não diz nada. Permita-se este pobre trocadilho para apenas demonstrar que não há como escapar desta lógica. E é neste contexto que a retórica, a argumentação, a moral e tantos outros elementos surgem para fixar a razão de quem decide.

Na dicção de Pierre Bourdieu (2006, p. 212-213), existem intérpretes autorizados à interpretação dos textos jurídicos. E explica a divisão do trabalho jurídico, afirmando que o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem.

Se há razão ou não na acusação de ser Poder Judiciário ativista quando da prestação jurisdicional (já no âmbito processual, então), isso deverá ser avaliado adiante, todavia, cumpre aqui antecipar que a jurisdição está assentada e legitimada na Constituição como função própria ao Poder Judiciário, tal como consta do art. 2º e do Título IV, que ao estabelecer a organização dos Poderes não apenas dimensiona e positiva as esferas de competência dos órgãos daquele Poder, mas ao mesmo tempo dimensiona e positiva as esferas dos outros dois Poderes, ocasião em todos se conjugam.

Concluindo, a posição da jurisdição está absolutamente estratificada no regime republicano brasileiro, inclusive conjugando-se na organização estatal para justificar a existência da própria república. Em tal contexto, o exame do controle de políticas públicas pelo Judiciário não se afigurará fácil, dado o atual estado da arte dessa matéria.

CONCLUSÃO

Ante todo o desenvolvimento acima exposto, cabe registrar que o exame que se propôs fazer, sobre os enlaces e desenlaces atinentes às políticas públicas e a jurisdição, deságua em uma proposta um tanto mais complexa, qual seja a busca e o reconhecimento de um novo modelo democrático que consiga sedimentar, à luz das realidades brasileiras, os desenlaces anteriormente apresentados.

Para tanto, ações de Estado tomadas pelo Poder Executivo poderiam apresentar-se como uma das respostas viáveis, uma vez que o caráter social das políticas públicas abarca, sem sobra de dúvidas, melhorias em direitos fundamentais, tais como lazer, educação, saúde e trabalho.

Logo, a jurisdição não necessitaria ser instada a tomar decisões neste arenoso terreno das políticas públicas, deixando que os representantes do povo, seja para legislar ou

administrar a coisa pública, deliberem amplamente com a sociedade e adotem, ou não, ações promocionais, prestacionais, protetivas, educativas, tributárias e outras.

Assim, a proposta de busca por um modelo democrático que consiga atender melhor as mais variadas realidades brasileiras apresenta-se como um adequado aparador de arestas que devolveria aos respectivos Poderes as funções genuínas, o que, por consequência, impactaria diretamente no crescimento do desenvolvimento social, posto que, os rumos do país serão tomados pelos representantes legítimos do povo, e, não, pelo Estado-juiz.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed., atual. por Roselea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiro, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*: para uma Teoria Geral da Política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial* A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARDOSO, Sérgio. *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito*: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KLIKSBERG, Bernardo. *O desafio da exclusão*: para uma gestão social eficiente. Coordenadora Giselda Barroso G. A. Sauveur. Tradução de Marco Aurélio Nogueira (cap. 1, 2, 4, 8), Alberto Aggio (cap. 7, 9, 10), Equipe RAP (cap. 3, 5, 6). São Paulo: FUNDAP, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado, cidadania e poder político na modernidade***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

NICOLESCU, Basarab. *O Manifesto da transdisciplinaridade*. Tradução de Lucia Pereira de Souza. São Paulo: Triom, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Cadernos de soluções constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Os Fundamentos da Ciência Positiva do Direito.* Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1924.

PUGLIESI, Márcio. *Teoria do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PUTNAM, Robert. *Democracia*: a experiência da Itália Moderna. Tradução de Luiz Alberto Monjardin. Rio de Janeiro: Ed FGV, 1996.

SCHMIDT, João Pedro. *Gestão de Políticas Públicas*: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós gerencialista. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. Para Entender as Políticas Públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In*: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org**.). Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre: UFRGS, ano 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

A EDUCAÇÃO E A CONSCIENTIZAÇÃO PARA A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE PARTINDO DOS PENSAMENTOS E CONCEITOS DE PAULO FREIRE E DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

EDUCATION AND CONSCIENTIZATION FOR THE PRESERVATION OF THE ENVIRONMENT STARTING FROM THE THOUGHTS AND CONCEPTS OF PAULO FREIRE AND THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988

Artigo recebido em 03/02/2018
Revisado em 24/02/2018
Aceito para publicação em 21/03/2018

Nicolau Cardoso Neto
Doutor em Direito Público (UNISINOS), Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI), Mestre em Engenharia Ambiental (FURB), Especialista em Direito Ambiental (Fundação Boiteux - UFSC), Especialista em Planejamento Turístico, Gestão e Marketing (UNIVALI), Graduado em Direito (UNIVALI). Professor da Universidade de Blumenau (FURB) Blumenau/SC. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Diferenciação, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecocomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais; e, do Grupo de Pesquisa Políticas Sanitárias, Agropecuárias e Ambientais. Advogado. E-mail: nicolau@scambiental.com.br

Maralice Cunha Verciano
Doutoranda em Diritto Comparato e Processi di Integrazione (UNIVERSIDADE LUIGI VANVITELLI -Itália), Bacharel em Direito (FURB), Componente effettivo del Centro Didattico Euroamericano sulle Politiche Costituzionali – Itália, Responsável pela área de Direito Educacional (CEDEUAM - Itália) - Professora responsável pela formação em Língua Portuguesa do CEDEUAM- Itália), Especialista em Análise Constitucional da Democracia (CEDEUAM- Itália), Membro da Associazione SulleRegole -Milão, Tradutora do Departamento de Ciência Política e Social (UNIVERSIDADE DE BOLONHA), Membro dell'Università Popolare dell'Interazione (UNI POP INTERAZIONE) - Itália, Membro do Conselho Científico para a IX Conferência Internacional de Pedagogia Crítica (UNIVERSIDADE FEDERICO II – Itália, Participa do Progetto VALERE PLUS (UNIVERSIDADE LUIGI VANVITELLI - Itália), Membro do Conselho Científico da Associação Brasileira de Direito Educacional (ABRADE NACIONAL),Pesquisadora da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) no projeto "o patrimônio comum do constitucionalismo democrático e contribuição da América Latina"". E-mail: maraverciano@hotmail.com

RESUMO: Tomando em consideração a visão da educação e de conscientização a partir dos pensamentos e conceitos de Paulo Freire, esse artigo focaliza a possibilidade de se ver na educação um instrumento que permita ao indivíduo tornar-se cônscio das graves degradações que ele tem promovido ao meio ambiente. Para tanto, o trabalho aqui apresentado, usa como pilares possíveis para alcançar tal objetivo, a visão constitucional do Brasil acerca não só do direito à educação, mas sobretudo, do direito ambiental, e as inovações trazidas especialmente pela Constituição de 1988, que permitiu uma nova leitura sobre o tema em todo o mundo, revolucionando o constitucionalismo de várias partes do planeta, reconhecido como

Constituição Verde como conceitua Édis Milaré (2009), inspirando constitucionalistas e Instituições a aprofundarem estudos e pesquisas no que tange ao meio ambiente. Este estudo utilizou o método de comparação e bibliográfico para evidenciar a evolução do tema e comprovar a hipótese de que a educação e a conscientização são veículo para a realização da proteção ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Conscientização. Constituição. Meio Ambiente.

ABSTRACT: Taking into account the vision of education and conscientization from the thoughts and concepts of Paulo Freire, this article focuses on the possibility of seeing in education an instrument that allows the individual to become aware of the serious degradations which they have promoted to the environment. Therefore, the work presented here uses as potential pillars to achieve this goal the constitutional vision of Brazil not only about the right to education, but above all, environmental law and the innovations brought especially by the 1988 Constitution, which allowed a new reading on the theme around the world, revolutionizing the constitutionalism of various parts of the planet, recognized as Green Constitution as conceptualized Édis Milaré (2009), inspiring constitutionalists and institutions to deepen studies and research in relation to the environment. This study used the comparison and bibliographic method to show the evolution of the theme and the hypothesis that education and awareness are vehicles for the achievement of environmental protection.

KEYWORDS: Education. Conscientization. Constitution. Environment.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Breve histórico das Constituições do Brasil e sua participação na defesa do meio ambiente do planeta. 2 A educação e a sociedade na Constituição de 1988: a possibilidade/necessidade de interação para proteção do meio ambiente. 3 Convenções internacionais e a participação em prol da vida no planeta. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Uma das grandes preocupações atuais que permeiam a humanidade diz respeito à sustentabilidade e à proteção do meio ambiente. As degradações ambientais causadas pelo homem, ao longo da história, exigem que meios viáveis para a proteção do meio ambiente sejam encontrados. Vale dizer, meios que o protejam da própria sociedade que dele depende, posto que ela é uma das grandes responsáveis pela sua destruição.

Esse paradoxo entre a necessidade de sobrevivência do homem no planeta e o flagelo a que ele submete seu único meio de sustento de vida, traz à tona essa necessidade, qual seja:

buscar a forma e recursos para uma conscientização de que é preciso repensar as práticas de degradações ambientais em prol da manutenção da espécie humana e conservação do ambiente natural.

Diante disso, a educação do indivíduo através da conscientização como forma de pensar a possibilidade de transformação do quadro que hora se apresenta é fundamental, se quisermos reescrever uma nova história. Considerando que a educação é um processo permanente (FREIRE, 2001, p.10).

História essa, construída sob o capricho individual, movido por um consumismo insano, que deve se dobrar diante das necessidades da conservação de toda uma espécie, tendo o homem o compromisso de assumir-se cada vez mais como sujeito-objeto dessa história, que são capazes de promover a reinvenção do mundo, na direção não só da ética, mas também estética, considerando os padrões que aí estão (FREIRE, 2001, p.19).

Dessa feita, a educação para a conservação ambiental, não pode permanecer neutra, uma vez que, nas palavras de Freire, ela não pode tudo, pode alguma coisa (FREIRE, 2001, p. 20). É neste sentindo que se faz necessário pensar em mecanismos efetivos para a preservação ambiental, visto que a educação ambiental, por si só, não pode ser vista como a chave para evitar a degradação do meio ambiente, pois o problema vai muito mais além de situações e práticas localizadas, o que trava uma luta desigual diante do atual momento onde, de acordo com Martins (2014), "o desenvolvimento antropocêntrico, dominador e predador do ambiente" são os geradores dos atuais modelos de degradação socioambiental.

A educação é um método de conscientização eficaz que, dentro desse poder, permite fazer alguma coisa, assume um papel fundamental e estratégico através dessa conscientização e deve ser disponibilizado dentro do âmbito escolar, o qual necessita ser visto como um espaço onde seus sujeitos participantes se tornem cônscios das urgências de reversão desse quadro degradante. Quadro este, que sujeita que a escola pode e deve ser um espaço que se mantém cotidianamente em contato com um público direto e indireto. Sendo o público direto os educandos e educadores, e o indireto a sociedade chamada à continuação da educação pós-escola, formada pela família e pela comunidade no seu todo.

Reigota (1998, p. 43 apud MARTINS, 2014, p. 36) destaca:

> A educação ambiental na escola ou fora dela continuará a ser uma concepção radical de educação, não porque prefere ser a tendência rebelde do pensamento educacional contemporâneo, mas sim porque nossa época e nossa herança histórica e ecológica exigem alternativas radicais, justas e pacíficas.

Importante destacar que a educação voltada para preservação do meio ambiente requer uma evolução mais concreta, pois se propaga país afora, tendo em vista que o Brasil construiu uma visão constitucional ampla e moderna acerca do direito ambiental.

Assim, esse trabalho visa mostrar como a educação/conscientização, promovida no âmbito escolar, se coaduna para a preservação do meio ambiente, a partir do conhecimento dos textos constitucionais, pertinentes à Constituição do Brasil de 1988, que positiva a participação do Estado, da família e da sociedade na educação e inova o tratamento dispensado às questões ambientais no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa perspectiva de inovação pode ser percebida, ao se atentar para o conteúdo da Lei 9.795/99, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental, merecendo destaque os artigos 4º e 5º, que tratam dos princípios básicos e dos objetivos fundamentais que essa educação deve observar para corresponder às expectativas (BRASIL, 1999).

1 BREVE HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL E SUA PARTICIPAÇÃO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE DO PLANETA

A construção histórica de um direito ambiental, a busca por uma qualidade de vida saudável no Brasil, não foi uma edificação que se pode chamar de substancial. A evolução do Direito Ambiental no país acompanhou todo o processo evolutivo da emergência mundial, no entanto, no âmbito Constitucional, ela não se fez presente de maneira significativa em todas as Constituições da histórica brasileira.

Para tanto, este estudo buscou em todos os textos constitucionais termos que pudessem comprovar se as constituições apresentavam previsão quanto às questões ambientais. Fora realizada a leitura de todas elas, desde a carta de 1824 até a de 1988, de forma a destacar previsão sobre o tema meio ambiente.

Assim, a primeira Constituição Brasileira de 1824 não fez nenhuma referência ao meio ambiente, já a de 1891 aborda timidamente a questão, no artigo 9º, mas não se referindo diretamente ao assunto, uma vez que abordou sobre a atribuição de competência privativa do Congresso Nacional de legislar sobre terras e minas de propriedade da União (BRASIL, 1891)

A Carta Constitucional de 1934, apesar de sua curta duração e de não mencionar o meio ambiente como termo próprio, trouxe alguns avanços mais significativos com relação ao anterior, pois ampliava a competência da União, de acordo com o artigo 5º §3º, pois ampliava a competência da União para legislar "sobre as riquezas do sub-solo, mineração, metallurgia,

aguas, energia hydro-ellectrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual suppletiva ou complementar sobre as mesmas matérias." (BRASIL, 1934).

O texto constitucional que se seguiu, o de 1937, trazia na redação do artigo 16, inciso XIV, que "os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração, eram de competência da União. O artigo 18 trazia uma exceção, que dava poder aos Estados de legislar sobre os mesmos assuntos do artigo 16, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensassem ou diminuíssem es exigências da lei federal, ou, se não houvesse lei federal e até que estas fossem reguladas, citando os mesmos bens sobre os quais legislar (BRASIL, 1937).

A Constituição de 1946 mantém a determinação destas competências, agora por meio do artigo 5º, letra L que dispõe sobre a competência da União de legislar sobre "riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca", mas acrescenta ao Poder Público a responsabilidade de proteger as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, conforme prepara o artigo 175, novamente, o termo meio ambiente não aparece, mas já desponta no legislador o interesse de proteger a natureza, composta de paisagens e locais já percebidos como sendo de uma beleza mais particular (BRASIL, 1946).

O texto constitucional de 1967, no artigo 4º, inciso I, tratou de ampliar entre os bens sob a proteção da União, as terras devolutas que do ponto de vista do legislador se fizessem indispensáveis à defesa nacional ou que fossem essenciais para o seu desenvolvimento econômico. Acrescentou, ainda no seu campo protetivo, os lagos e quaisquer que fossem as correntes de águas em terrenos de seu domínio, incluindo as que banhassem mais de um Estado ou que servissem de limites com outros países, ou ainda aquelas que estendessem a territórios estrangeiros, as ilhas oceânicas, as fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças com outros países. Ainda foi somada, por meio do inciso II, a plataforma submarina, bem como as terras ocupadas pelos silvícolas (BRASIL, 1967).

As disposições constantes na Constituição de 1967, mesmo não se referindo diretamente ao meio ambiente, avançam mais que as Constituições anteriores. A União passa a ter competência para legislar sobre o direito agrário e marítimo, sobre as jazidas, minas, águas, energia elétrica e telecomunicações e outros recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica, que passaram a depender de autorização ou concessão federal, conforme os ditames legais. Exploração esta concedida exclusivamente a brasileiros ou a sociedades

organizadas no País, como previsto no artigo 161. Assim, limitava de certa forma a exploração dos recursos naturais brasileiros, não no seu todo, mas com relação a explorações externas (BRASIL, 1967).

Vale a análise da Emenda Constitucional de nº 1 de 17 de outubro de 1969, não em razão dela ser entendida como nova Carta Constitucional, até em razão deste não ser o objeto deste estudo, mas sim em decorrência do termo "levantamento ecológico" que é apresentado junto ao artigo 172 que tem a seguinte redação: "a lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Govêrno" (BRASIL, 1969).

Apesar de não especificar o que seria mau uso da terra, o legislador abre a prerrogativa de ser realizado levantamento ecológico, que faz com que analisemos o conceito de ecologia, para compreender qual a intenção do legislador com o termo. De acordo com o Dicionário Aurélio (2017), ecologia é:

> A parte da biologia que estuda as relações entre os seres vivos e o meio ou ambiente em que vivem, bem como as suas recíprocas influências, mesologia. Ramo das ciências humanas que estuda a estrutura e o desenvolvimento das comunidades humanas em suas relações com o meio ambiente e sua consequente adaptação a ele, assim como novos aspectos que os processos tecnológicos ou os sistemas de organização social possam acarretar para as condições de vida do homem.

Significa dizer que o legislador, ao usar esse termo, volta o seu olhar para uma nova perspectiva, quem sabe quanto a um futuro direito que priorizaria as relações entre os seres vivos e o meio ambiente, ou mesmo de um olhar que se estende à necessidade de coadunar comunidades humanas e suas relações com o ambiente natural em que vivem. Mas, como o artigo está encravado no título da ordem econômica e social, é de se esperar que o legislador tentou relacionar o levantamento ecológico a má utilização do solo, o que restringiria o acesso a incentivos e auxílios.

Contudo, é possível afirmar que a positivação desse novo artigo no texto da Emenda Constitucional, alavanca um novo pensamento, qual seja, de que o homem precisa se adaptar ao meio ambiente, tanto quanto os processos tecnológicos e as organizações, uma vez que não observadas, as consequências da degradação podem se tornar irreversíveis ou prejudiciais ao próprio sistema econômico.

Ensinava Freire (1986, p.11-12) que a educação pode transformar-se em uma força que influencia a vida econômica, de forma a "ser cumprida por aqueles que sonham com a reinvenção da sociedade, a recriação ou reconstrução da sociedade". E aqui, cumpre-se dizer

que a educação e o âmbito escolar devem ser agentes que almejem a reinvenção de um ambiente saudável, a recriação e a reconstrução de um ambiente que tendo a sociedade como aliada, primem em garantir o futuro das novas gerações.

E no processo histórico do constitucionalismo brasileiro voltado para o meio ambiente, nasce, em 1988, a nova Constituição do Brasil, aquela que foi e continua sendo uma Constituição que ampliou o pensamento de constitucionalistas pelo mundo, de forma a ser reconhecida como "Constituição Cidadã" e até mesmo de "Constituição Verde" por Édes Miralé (2009). Dada a suas metas de priorizar o indivíduo e o meio ambiente como sujeitos de direitos, dos quais grande parte são invioláveis e inalienáveis.

2 A EDUCAÇÃO E A SOCIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A POSSIBILIDADE/NECESSIDADE DE INTERAÇÃO PARA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A educação como direito de todos se encontra positivada no artigo 205 da Constituição Federal, sendo dever do Estado e da família primar por ele; todavia, deve ser provida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, preparando o indivíduo para o exercício da cidadania e sua qualificação para trabalho (BRASIL, 1988)

De tal modo, o ensino no Brasil, conforme o artigo 206 da CF/88, deve observar alguns princípios e dentre eles, de acordo com o inciso II, o princípio da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento a arte e o saber, além de se ater ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, (inciso III) para sua efetivação (BRASIL, 1988).

Desse modo, a Constituição de 1988 possibilita a ampliação da relação escola/sociedade com a finalidade de desenvolver o sujeito de direitos, este enquanto educando, preparando-o para assumir seu papel de cidadão e também o qualificando para o mercado de trabalho. Nesse sentido, a escola assume um papel fundamental como parte desse desenvolvimento, utilizando-se dos seus dois principais elementos, o educando e o educador, para uma conscientização da importância da sustentabilidade e conservação do meio ambiente.

A liberdade de aprender sobre os temas que resguardam o meio ambiente, partindo da legislação constitucional, ensinada numa linguagem que alcance proficuamente os educandos e se estenda à família e à comunidade, como instrumentos para a conscientização do que é sustentabilidade e o que ela significa para o planeta, propicia que os educandos e a sociedade

adquiriram, o que ensinava Freire, uma compreensão crítica dos seres humanos como existentes no mundo e com o mundo (FREIRE, 1981, p. 53).

Aos educadores cabe entender que são agentes que podem e devem se utilizar do âmbito escolar para essa conscientização e que necessitam angariar conhecimentos, esclarecimentos em torno da Constituição e da relevância que ela possui como instrumento legitimador jurídico-social e jurídico-ambiental.

A participação efetiva dos educadores nesse processo se torna tão necessária, que há uma exigência legal no sentido de que todas as Universidades com ênfase nas licenciaturas e pós-graduações - essa especificidade se deve ao fato de serem formadores de professores - busquem revisar seus currículos, tendo como propósito a construção de um elo transversal da Educação Ambiental que os permeiem, o que servirá indiscutivelmente para enriquecê-los.

No entanto, tal desafio deve se estender às escolas, quer sejam de Educação Infantil, Ensino Fundamental, Ensino médio ou Escolas Técnicas, com especial atenção neste caso para os cursos de Magistério como também de seus sucessores (FREIRE, 1981).

Para garantir essa participação e alcançar as metas propostas, o Estado incentiva a reflexão sobre a necessidades de preservação e manutenção inerentes ao equilíbrio do meio ambiente. Para tanto, o Conselho Nacional de Educação, através da Resolução nº 2, de 15 de junho de 2012, estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Ambiental (BRASIL, 2012).

O artigo 8º da Diretriz estabelece que a educação ambiental deve respeitar a autonomia da dinâmica escolar e acadêmica, devendo inclusive levar em consideração uma prática educativa integrada e interdisciplinar para melhor ser o seu desenvolvimento. Deve ter um caráter continuado e permanente em todas as fases, etapas, níveis e modalidades, todavia, não deve ser implantada como disciplina ou componente curricular específico (BRASIL, 2012).

No que se refere aos cursos, programas e projetos de graduação, pós-graduação e de extensão, também das áreas e atividades voltadas para o aspecto metodológico da Educação Ambiental, pode haver sim a criação de componente curricular específico, não de cunho obrigatório, mas facultativo, como descrito no parágrafo único do artigo 8º da Diretriz (BRASIL, 2012).

Aos cursos de formação inicial e para os de especialização técnica e profissional, independente de nível ou modalidade, deve ser incorporado conteúdo que enfoque a ética socioambiental das atividades profissionais (artigo 9º). (BRASIL, 2012).

Quanto às instituições de Educação Superior, as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Ambiental preveem, no artigo 10, que estas devem promover sua gestão e ações

de ensino, pesquisa e extensão orientadas pelos princípios e objetivos da Educação Ambiental (BRASIL, 2012).

Com relação à dimensão socioambiental, a orientação do artigo 11 é que elas devem constar dos currículos de formação inicial e continuada dos profissionais da educação, considerando a consciência e o respeito à diversidade multiétnica e multicultural do país. Devendo os professores que estejam em atividade receberem formação complementar em suas áreas de atuação, com o propósito de atender de forma pertinente ao cumprimento dos princípios e objetivos da Educação Ambiental (BRASIL, 2012).

Inevitavelmente, essa busca de informações exigirá dos educadores que eles também se tornem seres curiosos, como asseverava Freire (2001, p. 34), curiosos para aprender, para transformar e reinventar o mundo, uma vez que, segundo Freire (2001, p.12), aprender e ensinar fazem parte da existência humana e foi exatamente porque nos tornamos capazes de dizer o mundo, na medida em que o transformávamos, em que o reinventávamos, que terminamos por nos tornar ensinantes e aprendizes.

Essa aquisição de conhecimentos pelo educador também pode ser extraída do artigo 225 da Constituição Federal de 88, que dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que este é um bem comum do povo e é essencial para que todos tenham uma qualidade de vida sadia, "impondo ao poder público e a coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações." (BRASIL, 1988).

O referido artigo abre possibilidades ao educador de aprender e ensinar que não só o Poder Público, mas a coletividade, sobretudo, tem o dever de defender e preservar o meio ambiente pensando de forma transgeracional.

Percebe-se aqui o grande leque que a Constituição abre para a ocorrência da participação da sociedade como instrumento imprescindível à proteção ambiental, e nesse sentido, o espaço escolar é um dos lugares adequados para promover debates acerca do tema, pois a construção de ideais a partir da dialética escola/comunidade é onde se concretiza, segundo Freire (1981, p.53). Assim, somente os homens e as mulheres, como seres "abertos", são capazes de realizar a complexa operação de, simultaneamente, transformar o mundo através da ação. Captando a realidade e expressando-a por meio de sua linguagem criadora, levando-os a refletir que homens e mulheres, crianças e jovens no seu conjunto e no seu todo, se fazem seres que precisam estar em harmonia com o mundo, o que implica na busca por meios profícuos de conservação do planeta. (FREIRE, 1981, p. 53)

Há de se esclarecer, todavia, que, como pontua Irineu Tamoio (2000, apud CARLI; MARTINS, 2014 p. 37), embora se entenda que apesar de necessária, a Educação Ambiental

não é suficiente para reverter o quadro de degradação socioambiental que se observa na atualidade, mas ela se torna "mais uma ferramenta de mediação necessária entre culturas, comportamentos diferenciados e interesses de grupos sociais para a construção das transformações desejadas."

No entanto, essa conversa dialógica promovida entre a sociedade e o ambiente escolar, pode ser vista como o que Moacir Gadotti, em "A Ecopedagogia como pedagogia apropriada ao processo da Carta da Terra", chama de processos de "co-educação", processos esses existentes quando incluídos no debates acerca dos princípios da Ecopedagogia, que a seu ver são mais amplos do que a educação ambiental, pois a Ecopedagogia se insere no marco da cultura da sustentabilidade, dentro e fora das escolas (GADOTTI, 2000).

De acordo com Gadotti (2000) "a sustentabilidade educativa está além das nossas relações com o ambiente, ela se insere desde o quotidiano da vida, o profundo valor da nossa existência e nossos projetos de vida no Planeta Terra".

Gadotti (2000) afirma que:

> Colocada nesse sentido, a ecopedagoia não é uma pedagogia a mais, ao lado de outras pedagogias. Ela só tem sentido como projeto **alternativo global** (grifo do autor) onde a preocupação não está apenas na preservação da natureza (Ecologia Natural) ou no impacto das sociedades humanas sobre os ambientes naturais (Ecologia Social), mas num novo modelo de civilização sustentável do ponto de vista ecológico (Ecologia integral) que implica uma mudança nas estruturas econômicas, sociais e culturais. Ela está ligada, portanto, a um projeto utópico: mudas as relações humanas, sociais e ambientais que temos hoje. Aqui está o sentido profundo da ecopedagogia, ou de uma Pedagogia da Terra, como a chamamos.

Continuando, o autor salienta que:

> Precisamos de uma 'Pedagogia da Terra', uma pedagogia apropriada para esse momento de reconstrução paradigmática, apropriada à cultura da sustentabilidade e da paz, por isso, apropriada ao processo da Carta da Terra. Ela vem se construindo gradativamente, beneficiando-se de muitas reflexões que ocorreram nas últimas décadas, principalmente no interior do movimento ecológico. Ela se fundamenta num paradigma filosófico (Paulo Freire, Leonardo Boff, Sebastião Salgado, Boaventura de Souza Santos, Milton Santos) emergente na educação que propõe um conjunto de saberes/valores interdependentes. (GADOTTI, 2000).

Entre esses valores, Gadotti destaca os seguintes:

> Educar para pensar globalmente. Na era da informação, diante da velocidade com que o conhecimento é produzido e envelhece, não adianta acumular informações. É preciso saber pensar. E pensar a realidade. Não pensar pensamentos já pensados. Daí a necessidade recolocarmos o tema do conhecimento, do saber

> aprender, do saber conhecer, das metodologias, da organização do trabalho na escola.
>
> Educar os sentimentos. O ser humano é o único ser vivente que se pergunta sobre o sentido da vida. Educar para sentir e ter sentido, para cuidar e cuidar-se, para viver com sentido em cada instante da vida. Somos humanos, porque sentimos e não apenas porque pensamos. Somos parte de um todo em construção.
> Ensinar a identidade terrena como condição humana essencial. Nosso destino comum no planeta, compartilhar com todos, sua vida no planeta. Nossa identidade é ao mesmo tempo individual e cósmica. Educar para conquistar um vínculo amoroso com a terra, não para explorá-la, mas para amá-la.
> Formar para a consciência planetária. Compreender que somos interdependentes. A Terra é uma só nação e nós, os terráqueos, os seus cidadãos. Não precisaríamos de passaportes. Em nenhum lugar da terra deveríamos nos considerar estrangeiros. Separar primeiro de terceiro mundo, significa dividir o mundo para governa-lo a partir dos mais poderosos; essa a divisão globalista entre globalizadores e globalizados, ao contrário do processo de planetarização.
> Formar para a compreensão. Formar para a ética do gênero humano, não para a ética instrumental e utilitária do mercado. Educar para comunicar-se. Não comunicar para explorar, para tirar proveito do outro, mas para compreendê-lo melhor. A Pedagogia da Terra funda-se nesse novo paradigma ético e numa nova inteligência do mundo. Inteligente não é aquele que sabe resolver problemas (inteligência instrumental), mas aquele que tem um projeto de vida solidário. Porque solidariedade não é hoje apenas um valor. É uma condição de sobrevivência de todos. (GADOTTI, 2000).

Assim, no que se refere à educação ambiental, há de se atentar para a necessidade de dinamizar o conhecimento, mas na direção de uma educação que sinta e cuide de forma permanente para produzir sensibilidade ambiental, que construa "esse vínculo amoroso" (GADOTTI, 2000) com a terra, dado que a escola é campo fértil onde se produz indivíduos pensantes e solidários, permitindo-lhes a oportunidade de compreenderem os motivos pelos quais devem se manterem engajados na preservação ambiental, motivando-os a romperem o silêncio que insiste em rodear os temas que tratam do meio ambiente.

Essa "cultura do silêncio", à qual se refere Gadotti, vai ao encontro do pensamento de Enzo Tiezzi (1988, apud CARLI; MARTINS, 2014, p. 43) quando diz que no âmbito da civilização humana, as sociedades contemporâneas têm sido amiúde ignorantes ou negligentes acerca das irreversibilidades ambientais decorrentes de suas ações.

3 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E A PARTICIPAÇÃO EM PROL DA VIDA NO PLANETA

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo em 1972, institui o dia 05 de junho como o dia mundial do meio ambiente, tendo como objetivo, chamar a atenção de toda a população, nas suas mais variadas esferas sobre os problemas ambientais e suas consequências para o futuro das gerações.

Desse modo, o calendário escolar no Brasil prevê essa data como comemorativa, incentivando a todos os envolvidos no sistema de ensino, a organizarem atividades que levem à conscientização da sociedade, usando o ambiente escolar como suporte para atingir tal fim.

No entanto, para que se consiga resultados concretos, a despeito da necessidade de conservação dos recursos naturais do planeta e da sustentabilidade do meio ambiente, para preservar principalmente a própria vida humana, esse trabalho de conscientização não pode e não dever ser realizado numa única data. É necessário que a sociedade se envolva cada vez mais com tais problemas, promovendo discussões, análises, buscando encontrar ideias que diminuam o impacto ambiental.

Segundo as Organizações das Nações Unidas, faz-se necessário um conhecimento mais profundo e ações mais prudentes para que a nossa posteridade continue a viver num ambiente adequado, mais de acordo com as necessidades e aspirações humanas. Isso requer entusiasmo de um lado e serenidade de ânimo, trabalho duro e sistemático, do outro, cabendo ao homem aplicar seus conhecimentos para criar um meio ambiente melhor, sendo, portanto, uma meta imperiosa da humanidade, que deve simultaneamente perseguir e manter as metas fundamentais já estabelecidas, primando pela paz e pelo desenvolvimento social em todo o mundo em conformidade com essas metas (ONU, 1972).

Em 1981, tendo por objetivo harmonizar o desenvolvimento socioeconômico com a conservação do meio ambiente, além de dar ênfase à necessidade de preservação dos ecossistemas naturais, ou seja, da diversidade biológica, bem como à utilização racional dos recursos naturais, a União Internacional para a Conservação da Natureza – IUCN em conjunto com o Fundo Mundial para a Vida Selvagem – WWF, através do apoio recebido do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA - lançaram a Estratégia Mundial para a Conservação – *Word Conservation Strategy* (ONU, 1972).

No entanto, a Estratégia Mundial para a Conservação não teve a repercussão desejada, principalmente na América Latina, posto que a Estratégia enfatizava mais a conservação em si do que o gerenciamento dos recursos naturais para o desenvolvimento sustentável, em virtude das necessidades básicas da sociedade (ONU, 1972).

A Estratégia deixa claro que é preciso reconhecer que todos são parte da natureza e todas as ações do ser humano devem levar isso em conta. Esse reconhecimento torna-se o que pontuava Freire, condição básica para a conscientização (FREIRE, 1981, p. 53), condição que permita ser seu agente um sujeito, isto é, um ser consciente, pois, a conscientização tanto quanto a educação, é um processo específico e exclusivamente humano.

Em 1986, a Assembleia Geral das Nações Unidas dá um novo passo para a valorização das espécies e dos ecossistemas ao adotar a chamada Carta Mundial da Natureza a *Word Charter for Nature*, documento resultante da percepção da interdependência existente entre meio ambiente e desenvolvimento, posto que pesquisadores britânicos realizaram medições relativas ao tamanho do buraco na camada de ozônio publicando tais medidas no ano de 1985, causando espanto quer seja nos políticos como nos cientistas, motivo que levou, portanto, a Organização das Nações Unidas a produzir a Resolução de nº. 37/7, cujos princípios eram:

> A viabilidade genética da Terra não deve ser comprometida; os níveis populacionais de todas as formas de vida, silvestres e domesticadas, devem ser ao menos suficientes para a sua sobrevivência e, com essa finalidade, os habitats necessários devem ser protegidos.
>
> Todas as áreas do planeta, tanto terrestres quanta marítimas, devem estar sujeitas a esses princípios de conservação; uma proteção especial deve ser dada a áreas singulares, a amostras representativas de todos os diferentes tipos de ecossistema e ao habitat de espécies raras e ameaçadas de extinção.
> Os ecossistemas e organismos, assim como os recursos terrestres, marinhos e atmosféricos usados pelo homem, devem ser manejados de forma a alcançar e manter uma produtividade sustentável e em condições favoráveis, desde que não comprometam a integridade dos outros ecossistemas ou espécies com os quais coexistem. A natureza deve ser protegida da degradação causada por guerras e outras atividades hostis. (ONU, 1982).

Cumpre ressaltar que toda iniciativa que vise a preservação ambiental, advinda de qualquer organismo nacional ou internacional, deverá ver a educação como instrumento para a conscientização da necessidade de conservação do meio ambiente; para isso, já alerta a Estratégia Mundial para a Conservação que ela não deve deixar de ser por parte dos indivíduos, muitas vezes, pensada e tratada como uma atividade especializada e limitada, o que não é verdade, de acordo com a Estratégia, pois se trata de um processo que atravessa e deve ser incorporada em todas as atividades humanas.

O ambiente escolar, ao oferecer espaço para que seus agentes diretos, educandos e educadores, e indiretos, sociedade, famílias/comunidade, possam conjuntamente discutir e buscar soluções para os problemas que assolam o meio ambiente, indispensáveis para o caminho do desenvolvimento sustentável, se torna também espaço de informações importantes, tais como o disposto no artigo 5º do texto constitucional de 1988, que legitima a qualquer cidadão na propositura de ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente.

É espaço também para o conhecimento e conscientização das competências da União, dos Estados e do Distrito Federal de legislar de forma concorrente sobre as florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recurso naturais, proteção do

meio ambiente e controle da poluição, (art. 25, inciso VI), tendo esses órgãos responsabilidade ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, (inciso VIII), portanto, a aquisição de conhecimento constitucional acerca do assunto propicia a busca da efetivação do que já se encontra positivado (BRASIL, 1988).

Promover esse tipo de conhecimento e conscientização no âmbito escolar, encontra guarita nos ensinamentos de Paulo Freire, que afirma:

> Que cabe a educadoras e educadores realizar o possível de hoje para que concretizem, amanhã, o impossível de hoje. Cabe a elas e a eles, fundados nesses saberes, fazer *educação popular*. [...] Isso significa reconhecer a capacidade humana de decidir, de optar, [...] significa a inteligência da História como possibilidade, em que a responsabilidade individual e social dos seres humanos "programados para aprender", [...] os configura como *sujeitos* e não só como *objetos*. (FREIRE, 2001, p. 48-49).

De acordo com Freire (2001, p. 49), a educação popular quando posta em prática, se aproxima das forças que tem a sociedade, com as quais também se aprende, portanto, não nega a importância da presença da família, da comunidade, dos movimentos populares no âmbito da escola, pois a entende como sendo um espaço, um centro aberto à comunidade em suas várias esferas, e não como um espaço fechado, trancado a sete chaves, pois as escolas e a prática educativa que nelas acontecem não podem estar imunes, tampouco agir com neutralidade com respeito a assuntos que acontecem fora delas.

Vale destacar que o Brasil sediou a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada entre os dias 3 e 14 de junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro. Evento esse que ficou conhecido como ECO-92 ou RIO-92. Desta feita, em virtude da envergadura do evento, o país se posiciona mundialmente como um Estado preocupado com os impactos ambientais, com a necessidade de reversão do quadro de degradação em prol das próximas gerações.

O evento fez um balanço tanto dos problemas já existentes quanto dos progressos que vêm sendo realizados, elaborando documentos importantes para o contexto mundial, que continuam sendo referência para as discussões ambientais, sendo diferenciado da Conferência de Estocolmo, uma vez que contou com a participação maciça de inúmeros chefes de Estado, chamando a atenção para a importância das questões ambientais no início dos anos 90 (FRANCISCO, 2018).

A ECO-92 possibilitou que um grande número de Organizações não Governamentais – ONGs -, preocupadas com o destino do mundo em função das degradações ambientais,

realizassem paralelamente o Fórum Global que aprovou a Declaração do Rio ou Carta da Terra, documento pelo qual transferia para os países ricos uma responsabilidade maior na preservação do planeta (FRANCISCO, 2018).

Há de se destacar também duas importantes convenções aprovadas durante a ECO-92, uma no que tange à biodiversidade e outra sobre as mudanças climáticas, tendo como destaque durante o evento, a assinatura da Agenda 21 que contava com um plano de ações com metas para a melhoria das condições ambientais no Planeta Terra.

De grande relevância, a Agenda 2, estabelecida pela Resolução 44/228, da Organização das Nações Unidas, datada de 22 de dezembro de 1989, consiste em um acordo estabelecido entre 179 países com a finalidade de que estratégias fossem elaboradas objetivando o alcance do desenvolvimento sustentável, sendo esse documento estruturado em quatro seções: dimensões sociais e econômicas; conservação e gestão dos recursos para o desenvolvimento; fortalecimento do papel dos principais grupos sociais; meios de implementação. (AGENDA 21- ONU, 1992)

Outro resultado relevante para a conservação do meio ambiente saudável, foi a elaboração do Protocolo de Kyoto, de 1997, nascido a partir do aprofundamento da Convenção sobre as Mudanças Climáticas e que tem por objetivo a redução da emissão de gases que agravam o efeito estufa (ONU, 1997).

Com tudo isso, percebe-se que a partir da Constituição Brasileira de 1988, a preocupação com a degradação e a necessidade de preservação do meio ambiente é vista como um dos grandes desafios que saem do contexto nacional do Brasil e se alastra para o contexto mundial, propiciando novas perspectivas e urgência de se educar para modificar a realidade. No entanto, há de se ressaltar que o caminho percorrido até o momento tem sido de forma lenta, e não parece produzir os efeitos desejados.

CONCLUSÃO

A atual situação de degradação ambiental, que permeia todos os continentes e todos os cantos do planeta, é um dos grandes desafios para as gerações do presente que se comprometem e se preocupam com a sua continuidade e com a das próximas gerações.

Dada a relevância do tema, unir forças para alcançar um objetivo comum, a saber a necessidade de conscientização para a preservação do meio ambiente, que tenha a responsabilidade de criar mecanismos através dos quais a sociedade se torne parte importante

nesse processo, é fator essencial, uma vez que propicia a saída do indivíduo da posição cômoda, promovida pela cultura do silêncio (FREIRE, 1981, p. 56) e o converte em parte integrante da educação popular (FREIRE, 2001, p. 48-49), como sujeitos objetos nessa realidade.

Para tanto, o âmbito escolar é espaço fundamental para que o trinômio educação/sociedade/meio ambiente seja visto como protagonista do processo resultante dessa conscientização.

Coadunando com esse objetivo, a Constituição Brasileira de 1988 disponibiliza um novo pensar, não só no que tange à educação, mas, sobretudo, em sendo reconhecida como uma "Constituição Verde" (MILARÉ, 2009), como foi possível depreender da análise das demais, positivando uma gama considerável de normas pautadas no direito ambiental, de grande repercussão constitucional, capazes de fazer com que o mundo que se encontra envolvido na atualidade por um consumismo exacerbado, se conscientize da necessidade urgente na tomada de providências no que se refere às relações do homem com e para o meio ambiente.

A partir do texto constitucional brasileiro de 1988, muitos avanços podem ser percebidos ao longo do tempo, pois salientou e normatizou as ideias de grandes entidades mundiais como as Organizações das Nações Unidas, registradas na Conferência de Estocolmo de 1972, ampliando o espaço para debates e grandes decisões acerca do meio ambiente em nível mundial, como pôde ser percebido na ECO-92 realizada na cidade do Rio de Janeiro em 1992.

A Carta Constitucional Brasileira de 1988 possibilitou, indubitavelmente, a promoção de uma educação consciente do indivíduo no que tange ao direito ambiental, sendo percebida como instrumento favorável e profícuo, no intuito de permitir que as gerações futuras tenham direito ao bem viver[1], uma vez que a educação deve ser vista como método de conscientização e, como ensinava o que mestre Paulo Freire, "que se ela, a educação, não pode tudo, pode alguma coisa." (FREIRE, 2001).

Da Constituição de 1988 é possível perceber a construção lógica de um sistema jurídico ambienta brasileiro que parte de uma Política Nacional de Meio Ambiente, Lei

[1] Bem viver é: Querendo-se olhar de modo otimista para o futuro, poder-se-ia prospectar a passagem do Estado de bem-estar ao Estado de bem-viver como um novo paradigma constitucional para a sustentabilidade socioambiental. Observações finais do estudo dos textos das recentes constituições latino-americanas se observa o delineamento de um novo estágio do Estado Constitucional que se abre a novos direitos e novos sujeitos de direitos, numa transição em direção a um modelo de bem viver que protege a vida nas suas diversificadas manifestações. O PATRIMÔNIO COMUM DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A VIRADA BIOCÊNTRICA DO "NOVO" CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. (MELO, 2018)

6938/81 (BRASIL, 1981) e, para o caso da educação, culmina na criação, a partir de princípios constitucionais, na Política Nacional de Educação Ambiental, instituída pela Lei 9.795/99. (BRASIL, 1999).

Certo é que a sua efetividade depende de vários fatores, pois ainda se conta com o desconhecimento ou desinformação, visões tradicionais de mundo, modismos e estetização das questões ambientais, agudização dos direitos e interesses privados e também o predomínio de visão utilitarista acerca do desenvolvimento econômico e da atividade empresarial (HASEN, 2014); todavia, há de se considerar o que pontuam Cecílio Arnaldo Rivas Ayala e Danielle de Ouro Mamed, (apud CARLI; MARTINS, 2014) , ao dizerem que em virtude da escassez de modelos práticos voltados à formação de uma consciência ambiental que permita aos vários atores sociais, educandos, educadores, o âmbito escolar no seu todo, a família e toda a comunidade independente de seu local, regional ou nacional, compreenderem e participarem de maneira ativa na transformação da realidade, a educação ainda é o principal elemento apto a modificar ou atenuar a crise do meio ambiente.

No entanto, não se deve e nem se pode medir esforços quando o que está em jogo é sobrevivência não só do planeta, mas de todos os seres viventes nele e dele dependentes, por isso é preciso que as bases educacionais, os sistemas de ensino do Brasil que atendem a sociedade atual e que são os pilares utilizados para a construção do conhecimento no que tange ao meio ambiente, sejam analisadas, repensadas e deixem seu estado de estagnação. Faz-se necessário uma relação íntima e interdependente dos poderes, educação e meio ambiente para que problemas graves e urgentes que atingem o planeta de forma acelerada sejam efetivamente solucionados conscientizando e negligenciando definitivamente a cultura do silêncio.

REFERÊNCIAS

AYALA, Cecílio A. R.; MAMED, Danielle de O. *Educação Ambiental*: premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável/organizadoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação, *Resolução nº 2,* de 15 de junho de 2012, estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Ambiental. Disponível em: http://conferenciainfanto.mec.gov.br/images/conteudo/iv-cnijma/diretrizes.pdf. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. *Constituição Politica do Imperio do Brazil,* de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil,* de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. *Constituição do Brasil***,** de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil***,** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.795*, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

CARLI, Ana Alice de; MARTINS, Saadia Borba. *Educação Ambiental*: premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável/organizadoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ECOLOGIA. *Dicionário online*. 2018. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp. Acesso em: 11 jan. 2019.

GADOTTI, Moacir. *A Ecopedagogia como pedagogia apropriada ao processo da Carta da Terra*. Fórum Nacional de Pedagogia – UFMT, 2000. Disponível em: http://www.ufmt.br/revista/arquivo/rev21/moacir_gadotti.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. *"Eco-92"; Brasil Escola*. 2018. Disponível em http://brasilescola.uol.com.br/geografia/eco-92.htm. Acesso em: 03 fev. 2019.

FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.1981.149 p.

FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. *Medo e Ousadia*: o cotidiano do professor. Tradução de Adriana Lopez. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

FREIRE, Paulo. *Política e educação*: ensaios/Paulo Freire. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001. v. 23.

MARTINS, S. B. *Educação Ambiental*: premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MELO, Milena Petters. *O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do "novo" constitucionalismo latinoamericano*. Disponível em: siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4485/2478. Acesso em: 27 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano* – 1972 – Publicada pela Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano em junho de 1972. Universidade de São Paulo – Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br. Acervo Meio Ambiente. Acesso em: 27 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, *World Charter for Nature*. 1982. Disponível em: http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm. Acesso em: 25 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. AGENDA 21. *United Nations Conference on Environment and Development* (UNCED) – 1992. Disponível em: http://www.aitr.org/wp-content/uploads/2014/04/Agenda-21.pdf. Acesso em: 25 nov. 2018.

TIEZZI, Enzo. *Tempos Históricos, tempos biológicos - a Terra ou a morte*: os problemas de uma nova ecologia. São Paulo: Nobel, 1988,

AGIR COMUNICATIVO E INTERSECCIONALIDADE: INTERPRETAÇÕES INTRODUTÓRIAS DO PENSAMENTO DE HABERMAS A PARTIR DE FRANTZ FANON E PATRÍCIA HILL COLLINS PARA A CONSTRUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ADEQUADO

COMMUNICATIVE ACTION AND INTERSECCIONALITY: INTRODUCTORY INTERPRETATIONS OF HABERMAS'S THINKING FROM FRANTZ FANON AND PATRICIA HILL COLLINS FOR THE CONSTRUCTION OF ADEQUATE PUBLIC SERVICES

Artigo recebido em 07/12/2018
Revisado em 02/05/2019
Aceito para publicação em 06/07/2019

Janriê Rodrigues Reck
Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Mestrado pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2006). Cursou doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2009). Atualmente é professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Estado, atuando principalmente nos seguintes temas: democracia, administração pública, teoria do significado, teoria da ação comunicativa, teoria dos sistemas. É membro da Rede íbero-americana de Docentes de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Foi professor de Direito Administrativo e Tributário da Universidade Federal de Pelotas. Foi avaliador do Ministério da Educação para qualidade em educação. Atualmente é Procurador Federal.

Winnie de Campos Bueno
Iyalorixá. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL/RS). Mestre em Direito pela Universidade do Vale Rio dos Sinos (Unisinos/RS) na linha de pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Doutoranda em Sociologia pelo Programa de Pós Graduação em Sociologia da UFRGS. Discute temas voltados às questões raciais, gênero e sexualidades, direitos humanos, intolerância religiosa e pensamento feminista negro. Colabora junto aos movimentos sociais através da promoção de cursos, palestras e oficinas voltadas às áreas temáticas anteriormente citadas.

RESUMO: Este trabalho visa estabelecer relações e observações críticas entre as noções principais de Jürgen Habermas, Frantz Fannon e Patrícia Hill Collins, notadamente no que toca aos conceitos de racionalidade, onde esta racionalidade se insere e opera, assim como procedimento democrático. O problema orientador é: quais insuficiências podem ser apontadas na teoria da racionalidade e na teoria da Democracia de Habermas a partir dos referidos autores? Como hipótese principal, o de que a situação de opressão do negro efetivamente não só é apenas social, mas gera assimetrias que remetem até à forma de

expressão da racionalidade, as quais devem ser levadas em conta na formatação do processo democrático. Através do método bibliográfico, objetiva-se explorar as relações entre os autores, incluindo o apontamento das referidas insuficiências, com as diretrizes para sua superação.
PALAVRAS-CHAVE: Habermas. Fanon Hill. Collins. Democracia. Racionalidade.

ABSTRACT: This work aims to establish critical relations and observations between the main notions of Jürgen Habermas, Frantz Fannon and Patricia Hill Collins, especially regarding the concepts of rationality, where this rationality is inserted and operates, as well as democratic procedure. The guiding problem is: what shortcomings can be pointed out in the theory of rationality and Habermas' theory of democracy from the beforementioned authors? As a main hypothesis, the situation of oppression of the black people is effectively not only social, but generates asymmetries that refer to the form of expression of rationality, which must be taken into account in the format of the democratic process. Through the bibliographical method, the objective is to explore the relationships between the authors, including pointing out the mentioned shortcomings, with the guidelines for their overcoming.
KEYWORDS: Habermas. Fanon Hil. Collins. Democracy. Rationality.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Esfera pública e racionalidade comunicativa. 1.1 Interseccionalidade política. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar breves considerações sobre os conceitos de esfera pública e agir comunicativo desenvolvidos por Habermas e suas possibilidades de interpretação a partir das epistemologias negras, especialmente no pensamento feminista negro e dos estudos apresentados por Frantz Fanon em *Pele Negra, Máscaras Brancas*. A leitura é desenvolvida a partir dos aportes teóricos do pensamento de Habermas, em cotejo com intelectuais negros como Patricía Hill Collins, Franz Fanon e Kimberlé Crenshaw. O problema que move este trabalho é: quais as insuficiências podem ser apontadas na teoria da racionalidade e da democracia de Habermas a partir dos referidos autores? No que pese esses autores possuírem formulações bastante distintas teoricamente, Hill Collins, Fanon e Crenshaw, assim como Habermas, apresentam uma proposta teórica

crítica que busca encontrar caminhos emancipatórios para os sujeitos em coletividade, os quais demandam por políticas públicas adequadas à sua condição.

Utilizo o pensamento de Fanon nesse artigo para pensar as possibilidades do agir comunicativo para a comunidade negra, uma vez que essa se encontra em um processo de subordinação e abandono que é constantemente denunciado pelo movimento negro desde os seus primórdios. As considerações que traço nesse trabalho, que são bastante iniciais, manifestam-se mais enquanto inquietações teóricas do que como soluções imediatas aos limites da esfera pública para a realização do projeto emancipatório da humanidade.

As epistemologias feministas negras, especialmente nas Américas, têm refletido inúmeros temas que demonstram como o pensamento clássico apresenta ausências significativas no que tange as análises sobre raça, gênero e sexualidade nos projetos de conhecimento ocidentais, assim como a reflexão destes cortes nas políticas públicas. A ideia de uma esfera pública onde todos os sujeitos possam exercer livremente suas potencialidades, discutindo e expondo suas ideias livres de um domínio político tendo situações ideias de fala como balizadoras de uma análise crítica desse espaço é importante para medir os limites das situações concretas, pensar esses limites tendo em consideração os processos de subjugação e objetificação do negro nas Américas, evidencia contornos para além do controle midiático que impedem a realização da democracia.

As aproximações que tento realizar dessas teorias ao pensamento de Habermas surgem a partir de uma necessidade pessoal de compreender quais são as possibilidades de "inclusão do outro" quando este outro é historicamente desconsiderado enquanto um sujeito político. Utiliza-se também parte desse artigo para pensar a linguagem e a comunicação a partir do pensamento de Fanon e de Patrícia Hill Collins, intelectuais negros que analisam como o campo da comunicação atua para a promoção de ideologias que consolidam a naturalização do cenário de violência e ausência de cidadania que justifica o genocídio da população negra.

No que pese esse panorama, é perceptível que a comunidade negra tem atuado de forma assertiva para sua sobrevivência. Essa atuação se dá em campos múltiplos, analiso nesse ensaio como que as políticas públicas de promoção da igualdade racial no Brasil são construídas e absorvidas pela esfera pública, buscando visualizar quais são os limites dessa atuação, seus benefícios e suas contradições

1 ESFERA PÚBLICA E RACIONALIDADE COMUNICATIVA

Habermas, ao lado de Patrícia Hill Collins, é considerado um dos maiores sociólogos da história. Habermas é reconhecido por suas contribuições à teoria crítica, especialmente no campo do pensamento pragmático. Os quadros conceituais desenvolvidos por Habermas são referenciados em múltiplas disciplinas, como é o caso da Sociologia, Filosofia, Administração Pública, Comunicação e Direito. Os conceitos de "racionalidade comunicativa" e "esfera pública" da forma com que são compreendidos por Habermas são considerados como fundamentais para a compreensão das falhas do projeto de modernidade e para organização de estratégias políticas de inclusão social (BRONNER, 1997, p. 50).

A teoria do agir comunicativo tem origem na reflexão habermasiana de que as tensões e transformações culturais geradas no capitalismo são delineadas a partir da construção de uma "esfera pública burguesa" (OLIVEIRA, v. 8, n. 4, p. 782-788) que vai modificando-se através dos tempos a partir da influência dos meios de comunicação de massa que são dirigidos pelo capital. Note-se que o conceito de esfera pública (HABERMAS, 1984) é um desenvolvimento precoce de Habermas, antes da teoria da ação comunicativa.

A forma com que as classes dominantes vão se utilizar dos meios de comunicação de massa para impedir que a população negra acesse a esfera pública é debatida por Patrícia Hill Collins a partir do conceito de imagens controladoras. No que pese a autora não citar diretamente Habermas, penso que esse conceito é relevante para compreender um aspecto que Habermas não analisou de imediato em sua obra que é a questão da subordinação da negritude em específico, especialmente das mulheres negras e de como os aparelhos ideológicos são utilizados para manter esse grupo marginalizado.

O conceito de imagens controladoras é explicado por Hill Collns na obra *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*, sua contribuição teórica mais reverberada. No capítulo destinado a analisar as imagens controladoras, a autora descreve como que a cultura hegemônica e a mídia constroem e perpetuam imagens estereotipadas acerca das mulheres negras como um instrumento de controle a forma com que esse grupo tem resistido aos processos de opressão de raça, classe e gênero. A assertividade e criatividade das mulheres negras em operarem mecanismos de auto definição que possibilitam sua sobrevivência mesmo sem que estas sejam ouvidas pela institucionalidade, é respondida por essa imagens que são manipuladas a partir da autoridade

designada aos dominantes em significar valores sociais a partir da manipulação de ideias sobre mulheres negras (COLLINS, 2002). A mídia, que é considerada por Habermas enquanto um instrumento que limita as potencialidades da construção de uma esfera pública, é o meio propagador desses estereótipos que são operados para manter as mulheres negras em situação de subalternidade. A mídia, contudo, poderia conter potenciais emancipatórios de esclarecimento (HABERMAS, *op. cit.*, 1984. p.126), caso fosse regida pelos princípios do discurso (HABERMAS, 1989, p. 120).

O pensamento feminista negro tem se preocupado em denunciar as impossibilidades da construção de discussão crítica inclusiva, livre de pressões sociais e econômicas, em que os interlocutores se tratam como igual em uma tentativa cooperativa de chegar a um entendimento sobre questões de interesse comum, devido as intersecções do poder, as quais estão estabelecidas para além de critério de classe ou gênero. Habermas, como pensador ocidental, considera ser possível tais interações, desde que as partes possuam intencionalidade comunicativa (HABERMAS, 1999, p. 50 *et seq.*). Em condições de conflituosidade, onde tal simetria se fizesse impossível pela intencionalidade dos falantes, o Direito, ao garantir direitos à esfera pública e ritualizar os procedimentos poderia agir como mecanismo neutralizador das desigualdades (HABERMAS, 1997, p. 20).

Diferentemente da tradição do pensamento feminista clássico, as teóricas do feminismo negro como Angela Davis, Kimberlé Crenshaw, Adure Lorde, bell hooks, Sueli Carneiro, Lélia Gonzáles, Luiza Bairros entre outras, tem se dedicado a demonstrar como que os processos de discussão necessitam estar articuladas para além de consensos que pretendem "uma busca cooperativa da verdade" (RODRIGUEZ, 2017, p. 206), porque essa busca é limitada a forma interseccionada com a qual são lidos os corpos e as mentes das mulheres negras.

O modelo delineado por Habermas em sua teoria da ação comunicativa encara a linguagem como um médium operador do entendimento cuja garantia da racionalidade se instaura pela via do melhor argumento coordenado pelas pretensões de validade. A linguagem é mecanismo de transmissão das tradições, socialização e, precisamente entendimento (HABERMAS, 1999, p. 20). No que tange os processos decisórios relativos as questões dos projetos de equidade racial, é relevante considerar os escritos de Fanon sobre linguagem, já que este é um conceito importante no pensamento habermasiano. E utilizo o pensamento de Fanon devido sua relevância para os movimentos sociais negros e sua repercussão nas agendas políticas e intelectuais da negritude.

Fanon compreende aspectos da linguagem que escapam ao pensamento habermasiano ou que são lidos de maneira secundária. Para a Fanon a linguagem para o negro se dá em duas dimensões, uma em relação ao branco, outra em relação ao próprio negro. Segundo Fanon: "Falar é estar em condições de empregar um certa sintaxe, possuir a morfologia de tal ou qual língua, mas é sobretudo assumir uma cultura, suportar o peso de uma civilização" (FANON, 2008, p. 33) e no pensamento fanoniano é perceptível que essas condições de empregabilidade da linguagem não estão dispostas de forma acabada para o negro, ao contrário, o autor reflete que para o negro a linguagem não atua da mesma maneira que se dá para os brancos, especialmente porque há uma negação da humanidade dos povos colonizados que é socialmente construída. Nos dizeres de Habermas, o mundo da vida não é totalmente compartilhado (HABERMAS, 1999, p.196). Nesse processo, o negro assimila a linguagem do branco não em uma perspectiva de construir processos decisórios em que suas demandas estejam de fato sendo ouvidas, mas como uma forma de conquistar algum tipo de reconhecimento humanizado que prescinde de uma assimilação da linguagem do branco. Dessa forma, há uma "amputação" do ser do negro que desaparece na tentativa de ser compreendido no mundo dos brancos (HABERMAS, 1999, p. 4). O autor ainda destaca que o branco perante ao negro tende a um comportamento patológico (FANON; DA SILVEIRA, *op. cit.*, p. 44-45):

> Os negros, eu os conheço; é preciso dirigir-se a eles gentilmente, lhes falar de seu país; saber lhes falar com jeito, é assim que se deve fazer" ... Não estamos exagerando: um branco, dirigindo-se a um negro, comporta-se exatamente como um adulto com um menino, usa a mímica, fala sussurrando, cheio de gentilezas e amabilidades artificiosas. Não observamos este comportamento em apenas um branco, mas em centenas; nossas observações não se concentraram em apenas uma categoria, mas, valendo-nos de uma atitude essencialmente objetiva, quisemos estudar este fato junto a médicos, agentes de polícia, empreiteiros nos canteiros de obras. Alguns poderão pretender, esquecendo assim nosso objetivo, que poderíamos prestar atenção em outra parte, porque existem brancos que não entram na nossa descrição. Respondemos a tais objeções afirmando que fazemos aqui o processo dos mistificados e dos mistificadores, dos alienados, e que, se há brancos que se comportam de modo saudável diante do negro, não é o caso que queremos observar. Não é porque o fígado de meu doente funciona bem que direi: seus rins são saudáveis. Sendo constatado que o fígado é normal, abandono-o à sua normalidade, e dirijo minha atenção aos rins; no momento os rins estão doentes. O que quer dizer que, ao lado de pessoas normais que se comportam sadiamente, segundo uma psicologia humana, existem outros que se comportam patologicamente, segundo uma psicologia inumana. E acontece que a existência desse tipo de homens determinou um certo número de realidades, para a liquidação das quais queremos aqui contribuir.

Considerando este aspecto, como que é possível que a linguagem opere como um mediador em situações de tomada de decisão que implicam na expressão da linguagem se há

uma supressão das possibilidades argumentativas de grupos subordinados exatamente por suas formas de linguagem serem suprimidas a partir dos processos de civilização modernos? Ainda, como o agir comunicativo pode se dar de maneira efetiva uma vez que parte relevante dos pressupostos elencados para a construção do consenso estão frustrados na experiência vivida do negro? Habermas reflete que o agir comunicativo demanda uma preservação da identidade e da diferença (HABERMAS, 2002, p. 251)[1]. Contudo, em que momento do percurso da modernidade a identidade e a diferença dos povos colonizados foi preservada em seu íntegro? Sabemos que a própria concepção de modernidade colocou a razão em primazia da emoção também como uma forma de justificar a subjugação dos negros e negras africanos, bestializados, incapazes de comunicar-se, ameaças ao projeto civilizatório moderno. Tratar a população negra como "O outro" da sociedade ocidental tem sido organizado também na esfera da linguagem e da comunicação. A linguagem para o negro constantemente significa uma clivagem, um deslocamento do seu próprio ser, o qual precisa ser rompido. Esse rompimento está organizado exatamente com a destinação do negro há um lugar de irracionalidade e de imaturidade emocional (RODRIGUEZ, *op. cit.*) que também é objeto das considerações de Fanon:

> O branco, por um instante baratinado, demonstrou-me que, geneticamente, eu representava um estágio: "As qualidades de vocês foram exploradas até o esgotamento por nós. Tivemos místicas da terra como vocês não terão jamais. Debruce-se sobre nossa história, e compreenderá até onde foi esta fusão". Tive então a impressão de repetir um ciclo. Minha originalidade me foi extorquida. Chorei por muito tempo e depois recomecei a vida. Mas era perseguido por uma série de fórmulas desagregadoras: o cheiro sui generis do preto... o relaxamento sui generis do preto...a ingenuidade sui generis do preto. (FANON; DA SILVEIRA, *op. cit.*, p. 118)

Fanon coloca que há uma necessidade de o negro libertar-se "do arsenal de complexos germinados no seio da situação colonial" (*Ibidem*, p. 44). E dentro desse arsenal de complexos a linguagem tem papel central. Logo, como que este sujeito irá exercer um agir comunicativo mediado pela linguagem se a linguagem que está disponível para a atuação na esfera pública é

[1] "O caminho do Direito estatal nada pode senão *possibilitar* essa conquista hermenêutica da reprodução cultural de universos vitais. Pois uma garantia da sobrevivência iria justamente privar os integrantes da liberdade de dizer sim ou não, hoje tão necessária à apropriação e manutenção de uma herança cultural. Sob as condições de uma cultura que se tornou reflexiva, só conseguem manter as tradições e formas de vida que vinculem seus integrantes, e isso por mais que fiquem expostas à provação crítica por parte deles, e por mais que dêem às novas gerações a opção de aprender com as outras tradições, ou mesmo converter-se a elas e migrar, portanto, para outras paragens [grifos do autor]".

sinônimo de ausência de Ser, uma vez que este Ser é fixado pelo branco de forma essencialista?

Habermas propõe uma visão entre a sociedade e a linguagem em que esta atua como um meio garantidor da democracia (HABERMAS, 2002, p. 242), a linguagem no pensamento de Fanon e de Hill Collins opera como um instrumento de dominação. O autor demonstra a força dos estereótipos como um mecanismo de objetificação dos negros:

> A maior parte dos filmes americanos dublados na França reproduzem negros do tipo: y'a bon banania. Em um desses filmes recentes, Requins d'acier, via-se um preto embarcado em um submarino, falando o jargão mais clássico possível. Além do mais, ele era bem preto, andava sempre atrás dos demais, tremendo ao menor movimento de cólera do contra-mestre e sendo, enfim, morto na aventura. Estou convencido de que a versão original não comportava esta modalidade de expressão. E se fosse o caso, não compreendo porque na França democrática, onde sessenta milhões de cidadãos são de cor, seriam dubladas até mesmo as imbecilidades do Além-Atlântico. É que o preto deve sempre ser apresentado de certa maneira, e, desde o negro do filme Sans pitié — "eu bom operário, nunca mentir, nunca roubar", até a criada do Duel au soleil, encontramos o mesmo estereótipo (FANON; DA SILVEIRA, *op. cit.*, p. 47).

A intelectualidade negra observa na linguagem e na comunicação, da maneira com a qual elas são explicadas pelo pensamento dominante, como um mecanismo de enclausuramento. Uma fixação em lugares pré-determinados pelo branco, reatualizados em cada momento histórico, mas com conteúdos que se repetem.

A razão é compreendida no pensamento de Habermas enquanto um processo intersubjetivo, resultado da capacidade humana de comunicação. É através da comunicação que se efetiva a razão. Habermas vai dizer que "[…] o paradigma do conhecimento de objetos tem de ser substituído pelo paradigma da compreensão mútua entre sujeitos capazes de falar e agir" (HABERMAS; NASCIMENTO, 2002, p. 276). A maneira com que Habermas concebe a racionalidade comunicativa está inscrita numa perspectiva que esteja aberta a intersubjetividade no lugar de uma perspectiva subjetiva onde a racionalidade de cada pessoa é suficiente para legitimar qualquer afirmação. O paradigma da consciência de si, auto, reflexivo, é substituído pelo paradigma da intercompreensão, onde os sujeitos socializados através da comunicação se auto reconhecem. Note-se que a perspectiva científica de

Habermas é da metodologia reconstrutiva, isto é, sua concepção de razão não é normativa, muito embora possa conter elementos críticos (HABERMAS, 1999, p.27)[2].

Na concepção de Habermas a racionalidade comunicativa é capaz de reconduzir sem apagar as distâncias, unir sem reduzir o que é distinto ao mesmo denominador e tornar reconhecível entre estranhos o que é comum deixando ao outro sua alteridade. Consubstancia-se enquanto uma substituição da racionalidade cognitivo instrumental, a qual tem o caráter de uma autoafirmação exitosa vinculada à capacidade de manipular e dominar inteligentemente situações problemáticas do mundo objetivo. Segundo Habermas, quando partimos do uso não comunicativo do saber proposicional em ações orientadas por um fim, tomamos uma decisão prévia em favor desse tipo de racionalidade. Na racionalidade comunicativa a utilização do saber proposicional está vinculada com a pretensão do entendimento intersubjetivo. A razão comunicativa, portanto, é a ideia de que quem está em uma interação linguística é obrigado a fazer idealizações, pressupor a atribuição de significado idêntico ao enunciado, levantar pretensão de validade em relação ao que profere e considerar o destinatário autônomo e sincero.

É exatamente essa consideração de autonomia e as possibilidades de auto reconhecimento entre brancos e negros que Fanon denuncia enquanto frustradas pela ausência de dialética na relação branco, lido aqui como senhor, e negro, lido aqui como escravo. Fanon também demonstra que a linguagem é um instrumento cultural de cidadania, mas de uma cidadania que implica necessariamente em um embranquecimento:

> Falar uma língua é assumir um mundo, uma cultura. O antilhano que quer ser branco o será tanto mais na medida em que tiver assumido o instrumento cultural que é a linguagem. Lembro-me, há pouco mais de um ano, em Lyon, após uma conferência onde eu havia traçado um paralelo entre a poesia negra e a poesia europeia, de um amigo francês me dizendo calorosamente: 'No fundo você é um branco'. O fato de ter estudado um problema tão interessante através da língua do branco me atribuía o direito de cidadania (FANON; DA SILVEIRA, *op. cit.*, p. 50).

Daí a razão pela qual ser necessário examinar criticamente as noções de interseccionalidade política.

---

[2] "Si partirmos […] de la utilización comunicativa de saber proposicional en actos de habla, estamos tomando una predecisión a favor de un concepto de racionalidad más amplio que enlaza con la vieja idea de logos. Este concepto de *racionalidad comunicativa* posee connoctaciones que en última instancia se remontan a la experiencia central de la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso que tiene un habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada se aseguran a la vez la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que desarrollan sus vidas [grifos do autor]".

1.1 Interseccionalidade política

O projeto emancipatório ocidental não deu conta de superar as consequências desse processo, o da negação de cidadania a população negra. Basicamente porque o Estado Neoliberal é um Estado que opera a partir do Crenshaw (1991, p. 1251-1252) conceitua enquanto interseccionalidade política:

> O conceito de interseccionalidade política destaca o fato de que as mulheres não-brancas estão situadas dentro de pelo menos dois grupos subordinados que frequentemente perseguem agendas políticas conflitantes. A necessidade de dividir as energias políticas entre dois grupos, às vezes opostos, é uma dimensão de falta de poder interseccional que os homens não-brancos e as mulheres brancas raramente enfrentam. De fato, suas experiências específicas de raça e gênero, embora interseccionais, muitas vezes definem e limitam os interesses de todo o grupo. Por exemplo, o racismo, tal como experimentado por pessoas não-brancas que pertencem a um gênero particular—o homem—tende a determinar os parâmetros das estratégias antirracistas, assim como o sexismo experimentado pelas mulheres de uma raça particular—branca—tende a fundamentar o movimento das mulheres. O problema não é simplesmente que ambos os discursos falham às mulheres não-brancas ao não reconhecer a questão "adicional" da raça ou do patriarcado, mas que os discursos são muitas vezes inadequados até mesmo às tarefas discretas de articular as dimensões completas do racismo e do sexismo. Como as mulheres não-brancas vivenciam o racismo de maneiras nem sempre as mesmas que as experimentadas por homens não-brancos e sexismo de maneiras nem sempre paralelas às experiências das mulheres brancas, o antirracismo e o feminismo são limitados, mesmo em seus próprios termos.

Esse é um aspecto que as teorias feministas mais reverberadas academicamente frequentemente não abordam em suas análises. No que pese a relevância dessas contribuições para a formulação de uma nova concepção política em que os significados de emancipação sejam ampliados para a coletividade de forma ampla, a ausência da interseccionalidade nessas análises acaba por silenciar a respeito do aspecto racial do patriarcado, o qual baliza a experiência de objetificação do homem negro. O homem negro não é um homem considerado da mesma maneira que o homem branco, uma vez que a masculinidade negra é uma masculinidade subordinada. A denúncia feita pelo feminismo, do gênero masculino enquanto modelo hegemônico de pensamento, não observa que o pensamento hegemônico é antes branco do que masculino e, dessa forma, as considerações do pensamento intelectual negro sobre a sociedade não são absorvidas pelas instituições.

A tradução da interseccionalidade para o âmbito acadêmico, especialmente nos Estados Unidos, significou um desvelar dessas ausências. O sonho de liberdade norte-

americano se demonstrava contraditório, uma vez que não analisava como que as opressões de raça, gênero e sexualidade se articulavam para os grupos subordinados. A recusa das intelectuais negras em aceitar como naturais ou inevitáveis as injustiças sociais, entretanto, não significou que as mesmas pudessem exercer em completo um agir comunicativo, assim como as mulheres. As razões para esse panorama são refletidas por Rodriguez (2017), que considera as teorias feministas enquanto reflexões fundamentais para o aumento da amplitude do que é considerado enquanto um discurso democrático. No que pese o autor estar investigando especificamente o pensamento de Iris Young, a análise realizada por Rodriguez permite aproximações importantes com o campo da interseccionalidade enquanto projeto epistemológico e político, justificando assim a utilização dessa teoria para uma interpretação localizada nas questões de raça, gênero e sexualidade no pensamento habermasiano.

Sobre o pensamento de Young, Rodriguez (2017) destaca que a autora dialoga com Habermas exatamente no sentido de propor adequações a teoria do agir comunicativo que sejam capazes de localizar o esquema conceitual proposto por Habermas em um panorama no qual a premissa da imparcialidade não seja catalisadora de uma oposição entre razão e desejo. Nas palavras de Rodriguez (2017, p. 206):

> É certo que Habermas pretende pensar uma razão contextual e dialógica que obtenha respostas sem que as pessoas precisem abdicar de seus pontos de vista, de seus sentimentos e de seus desejos. Será no processo de um diálogo em que todas as perspectivas terão oportunidade de serem ouvidas e levadas em conta que as soluções irão emergir. O problema é que Habermas frustra esta possibilidade ao submeter o diálogo ao imperativo de obtenção de um consenso orientado pela busca cooperativa da verdade. Para o autor, a discussão ocorre desde que as pessoas se empenhem em buscar cooperativamente a verdade, deixando de lado quaisquer outras motivações para deliberar.

Considerando que o agir comunicativo é dependente de uma racionalidade comunicativa e que estão não se estabelece para a população negra em razão da forma com que a interseccionalidade política e a linguagem operam para esses grupos, obstaculizando o acesso da comunidade negra a esfera pública , como que esses sujeitos tem se organizado politicamente e proposto intervenções relevantes no âmbito político? Ainda, no que pese a intencionalidade da teoria proposta por Habermas em estabelecer critérios que possibilitem a construção de diálogos que sejam capazes de produzir consensos a partir de uma busca compartilhada, esse panorama é obstaculizado no momento em que apenas os aspectos universalizáveis da vida social são considerados relevantes. Essa estratégia cria uma

impossibilidade fática de uma participação efetiva de grupos subordinados, uma vez que há uma esfera afetiva nas construções políticas encampadas por estes grupos que é política.

As pistas para essa interrogação são encontradas no pensamento de Hill Collins, a partir dos conceitos de espaço seguro e auto-definição.

Segundo Hill Collins (2002) mulheres negras apresentam uma consciência dual onde a linguagem do opressor é apropriada por estes grupos numa perspectiva frágil de proteção ao mesmo tempo em que mantém definições próprias a partir de pontos de vista auto-definidos que permanecem ocultados dos grupos dominantes. No que pese a força das imagens controladoras essas mulheres constroem outras narrativas que possibilitam o empoderamento coletivo de si mesmas. Esse processo de resistência passa inclusive por realizar ações que não são socialmente esperadas dessas mulheres em um processo de consciência auto-definido e compartilhado que não é mediado pela esfera pública.

Alguns interpretam que Habermas propõe um esquema em que é necessário afastar as dimensões afetivas do discurso para gerar consensos, muito embora um dos três discursos seja precisamente o afetivo. Há de se observar, com Rodriguez (2017, p. 207), que

> em situações reais de discurso, o tom de voz, a expressão facial, de ironias, de subentendidos ou de hipérbole, tudo concorre para levar a mensagem proposicional do pronunciamento a outro nível de expressão, relacionando os participantes em termos de atração ou de afastamento, confronto ou afirmação. Os interlocutores não apenas dizem o que querem significar, mas o dizem emocionalmente, de modo agressivo, de modo contundente ou ofensivo, e tais qualidades emocionais dos contextos de comunicação não devem ser considerados pré-linguísticos ou não linguísticos.

Mulheres negras frequentemente silenciam sobre aspectos de sua vida porque tem consciência que suas vozes não serão recebidas na esfera pública por serem consideradas enquanto o "o outro da sociedade" (COLLINS, 2002). Isso não significa que estas mulheres não proponham estratégias políticas de emancipação e justiça social que abarca a sociedade de conjunto e não apenas elas mesmas. O potencial político da intelectualidade negra está na dimensão da necessidade de criar ferramentas emancipatórias em uma sociedade que utiliza ferramentas ideológicas como as imagens controladoras para deixar explícito que essas mulheres não são consideradas enquanto sujeitos. Contudo, este lugar de invisibilidade também é o lugar de potencialidade das mulheres negras, uma vez que esta localização lhes permite uma percepção enquanto um sujeito que está localizado dentro e fora dos espaços

decisórios simultaneamente. É o que Patrícia Hill Collins caracteriza enquanto *outsider-within* (COLLINS, 2016).

Hill Collins também observa que a não inclusão de mulheres negras devido ao aspecto de dominação e o sistema de opressões interseccionadas que elimina a participação dessas mulheres mesmo dos arranjos teóricos mais bem-intencionados, resulta na necessidade de articulação de espaços seguros que se dão para estas mulheres por iniciativa dessas mulheres. Os espaços seguros são, na concepção de Collins locais em que mulheres negas possam exercer um discurso seguro, onde seus corpos, afetos, sensibilidades não são interpelados pelas imagens controladoras. Locais em que essas mulheres não sejam essencializadas pela fixação do mundo sobre seu Ser, espaços fundamentais para resistir ao processo de "objetificação como o Outro" (COLLINS, 2002). É a partir desses espaços que essas mulheres conseguem organizar estratégias políticas que desafiam as ideologias dominantes tanto na sociedade quanto nas instituições. Considerando que estes espaços não se realizam na esfera pública, cumpre relevante romper com a "separação radical entre público e privado feita pela concepção liberal de democracia, também a ideia de bem comum, defendida pela concepção republicana e ampliar a concepção de discurso da concepção deliberativa" (RODRIGUEZ, 2017).

Uma vez que essa ideia propõe uma hierarquia entre essas instâncias, a permanência desse pressuposto, mantém mulheres negras afastadas da esfera pública. O afastamento dessas mulheres da esfera pública, considerando o pensamento de Habermas, organiza-se também em razão de que a deliberação considera somente discursos orientados a partir de uma pretensão de correção, no caso dos discursos políticos de justificação (GÜNTHER, 2004, p. 93), baseada em argumentos racionais. Sem a ampliação da noção de discurso, o estado do Direito não é capaz de absorver as demandas das mulheres negras de forma efetiva porque elas estão organizadas a partir de outras manifestações, nas quais suas condições de sujeito não são limitadas ou desconsideradas.

Rodriguez (2017) rememora que o próprio Habermas admite que sua concepção inicial é restrita, prescindindo de uma ampliação menos rígida que é capaz de comportar inclusive os espaços seguros organizados por mulheres negras para seu auto definição. A reverberação mais ampliada das vozes de mulheres negras no último período, especialmente nas redes sociais e no interior dos movimentos feministas, principalmente a partir de suas formulações intelectuais que se dão para além do campo acadêmico, consubstancia essa reorganização do conceito de esfera pública no pensamento de Habermas. É necessário,

contudo, que essas vozes sejam lidas com maior afinco, integradas de fato aos processos deliberativos e reconhecidas em suas potencialidades para o fortalecimento da justiça social.

CONCLUSÃO

O intuito desse trabalho consistiu em realizar um esforço interpretativo do pensamento de Habermas a partir de arcabouços teóricos da intelectualidade negra que no geral são considerados de maneira setorizada nas produções acadêmicas. As considerações apresentadas aqui estão longe de serem conclusivas, tratando-se de um ensaio introdutório que tem por pretensão apenas imprimir outras possibilidades de leitura à teoria crítica.

O problema do racismo e do sexismo é uma característica limitadora do exercício de cidadania plena de parte significativa da população mundial. Logo, refletir conceitos importantes a partir de epistemologias negras, produzidas por aqueles e aquelas que são excluídos dos processos decisórios em razão da interseccionalidade política me parece um exercício relevante na atual conjuntura política.

Há uma crise política mundial instaurada nesse momento histórico, essa crise se dá tanto em termos de representatividade política quanto em termos econômicos. Basta observar o centro do neoliberalismo para constatar que as instituições não têm sido suficientes em acolher as demandas sociais de forma equânime. Ao contrário, há um cenário de reformas e edição de normas que demonstram a necessidade de repensar as perspectivas dos discursos deliberativos (RODRIGUEZ, 2017, p. 207).

O pensamento de Habermas é importante para esse exercício, não apenas por sua relevância acadêmica, mas também por sua aplicação prática, uma vez que em termos de formulação de políticas públicas seus conceitos são amplamente utilizados. Articular esses conceitos, portanto, com as formulações intelectuais dos sujeitos que, especialmente no Brasil, são destinatários dessas políticas é central para refletir sobre o panorama social atual.

O momento de crise política proporciona uma maior sensibilização a precariedade da institucionalidade. Uma vez que passam a ser atingidos aqueles que até então desfrutavam de uma aparente regularidade do sistema e, de certa forma, universaliza-se a precariedade, torna-se menos impossível propor questionamentos em que vozes subalternas possam estar colocadas no centro do debate.

A organização desse ensaio buscou apresentar formulações teóricas que não são devidamente apreciadas pelos centros de conhecimento brasileiros em cotejo com o pensamento de um dos mais citados pensadores da teoria crítica. Concluo desejando que os questionamentos que tentei articular aqui proporcionem tantos outros questionamentos que sejam capazes de pensar estratégias que retirem da invisibilidade, do silêncio e do panorama de precariedade social grupos que historicamente não são integrados aos processos decisórios na esfera pública.

REFERÊNCIAS

BRONNER, Stephen Eric. *Da Teoria Crítica e seus teóricos*. São Paulo: Papirus, 1997.

COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a outsider within: a significação sociológica do pensamento feminista negro. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 31, n. 1, p. 99-127, 2016.

COLLINS, Patricia Hill. *Black feminist thought*: Knowledge, consciousness, and the politics of empowerment. New York: Routledge, 2002.

CRENSHAW, Kimberle. Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford law review*, Stanford, v. 43, n. 6, p. 1241-1299, jul. 1991.

FANON, Frantz; DA SILVEIRA, Renato. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: SciELO-EDUFBA, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *A Mudança Estrutura da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen**.** *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa, I*. Madrid: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa, II*: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen; REPA, Luiz Sérgio; NASCIMENTO, Rodnei. *O discurso filosófico da modernidade*: (doze lições). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

OLIVEIRA, Vânia Aparecida Rezende de. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 782-788, dez. 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S167939512010000400013&lng=en &nrm=iso. Acesso em: 12 jan. 2018. http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512010000400013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Democracia e Feminismo: Qual racionalidade? *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 114, p. 199-222, jan./jun. 2017.

A NECESSIDADE DE UM NOVO OLHAR SOBRE OS REABANDONOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA ADOÇÃO: A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA (NÃO) APLICAÇÃO NA JUSTIÇA BRASILEIRA

THE NEED FOR A NEW LOOK ON THE REBANDS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN ADOPTION: THE THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE AND THEIR (NOT) APPLICATION IN BRAZILIAN JUSTICE

Artigo recebido em 19/01/2019
Revisado em 04/04/2019
Aceito para publicação em 02/05/2019

Ismael Francisco de Souza
Doutor em Direito – UNISC/RS, Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e co-líder do Núcleo de Estudos em Política, Estado e Direito, ambos certificados pelo CNPq/UNESC.

Glaucia Martinhago Borges Ferreira de Souza
Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil e graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito – NUPED e do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas, da UNESC. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina - FAPESC.

RESUMO: O presente trabalho versou sobre a aplicação do instituto da responsabilidade civil, através da teoria da perda de uma chance, às crianças e adolescentes cujas experiências no estágio de convivência terminaram em desistência ou, após a adoção, em devolução. Objetivou-se, com isso, demonstrar uma nova possibilidade de indenização aos acolhidos, diante da Proteção Integral a eles destinada, visando amenizar os danos sofridos em caso de ocorrência de desistência ou devolução, o que caracteriza, na terminologia correta, reabandono. Também, de apresentar uma nova forma de responsabilização aos pretensos adotantes, demonstrando a seriedade do ato, especialmente pela formação da filiação ou, pelo menos, de vínculos afetivos, tão importantes para o atual Direito das Famílias. Sob este aspecto, foi realizada pesquisa em âmbito nacional, nos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal, buscando análise da sua incidência nesses casos, dentre os anos de 2013 a 2017. A pesquisa encontrou apenas um julgado em todo território brasileiro, de resultado negativo para a aplicação da teoria, concluindo-se que ainda não há a sua aplicação na Justiça

Brasileira, seja pela falta de pedidos por parte dos profissionais do Direito ou pelo não reconhecimento da mesma pelos Tribunais. Contudo, através de embasamento teórico, concluiu-se pela possibilidade de aplicação da teoria nos casos concretos. O método empregado foi o dedutivo e, os de procedimento, comparativo e funcionalista, utilizando-se das pesquisas bibliográfica e documental indireta.
PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Crianças e adolescentes. Desistência e devolução. Indenização. Perda de uma chance.

ABSTRACT: The present work was about the application of the civil liability institute, through the theory of loss of a chance, to children and adolescents whose experiences in the cohabitation stage ended in abandonment or, after adoption, in return. The objective was, therefore, to demonstrate a new possibility of indemnification to the hostages, in view of the Integral Protection assigned to them, with a view to mitigating the damages suffered in the event of abandonment or devolution, which characterizes, in the correct terminology, reabandonment. Also, to present a new form of accountability to the alleged adopters, demonstrating the seriousness of the act, especially by the formation of the affiliation or, at least, affective bonds, so important for the current Law of the Families. In this aspect, a national survey was carried out, in the State Courts of Justice and the Federal District, seeking an analysis of its incidence in these cases, from 2013 to 2017. The research found only one that was judged in all Brazilian territory, a negative result for the application of the theory, and it was concluded that there is still no application in the Brazilian Justice, either by the lack of requests by law professionals or by the non-recognition of by the Courts. However, through theoretical basis, it was concluded by the possibility of applying the theory in concrete cases. The method used was the deductive and, the procedure, comparative and functionalist, using the bibliographical and indirect documentary research.
KEYWORDS: Adoption. Children and adolescents. Abandonment and return. Indemnity. Loss of a chance.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O instituto da responsabilidade civil e a teoria da perda de uma chance. 2. As danosas desistências e devoluções de crianças e adolescentes na adoção. 3. A aplicação da teoria da perda de uma chance como forma de reparação de danos às crianças e adolescentes acolhidas: uma análise de sua incidência nos tribunais de justiça brasileiros. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Quando buscamos conhecimento acerca dos direitos das crianças e dos adolescentes, encontramos importantes legislações em âmbito internacional e nacional que as solidificam num patamar elevado, as tornando merecedoras de especial proteção, em decorrência do Paradigma da Proteção Integral. O Paradigma foi o resultado de conquistas construídas ao longo do tempo, após anos de esquecimento ou distrato com relação aos seus direitos.

Essa proteção confere às crianças e adolescentes prioridade absoluta, bem como o dever de proteção de seus direitos fundamentais pela tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado, colocando-as, também, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988). Um dos direitos expressos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente é o o Direito à Convivência Familiar e Comunitária, isto é, o direito de serem criados e educados no seio de sua família, dita natural, e, excepcionalmente, em família substituta, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

Dentro dos aspectos jurídicos do direito à convivência familiar, o sistema da adoção é uma das modalidades de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, sendo uma medida excepcional e irrevogável. A adoção, ademais, atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios (BRASIL, 1990).

Para que uma criança ou adolescente possa ser entregue para adoção, certamente já passou pelo esgotamento das inúmeras tentativas de manutenção em sua família natural ou extensa, pelo processo de destituição do poder familiar e, quando não, por acolhimentos familiares ou institucionais. Por outro lado, os pretensos adotantes, antecipadamente, passaram por procedimentos de cadastros, habilitação e, muitas vezes, por longa espera até que a oportunidade seja dada. Apesar da ambição de ambos lados na constituição de família, em alguns casos tem havido o reabandono de crianças e adolescentes, nomeadas pelo Estatuto como “desistência” durante o processo de adoção ou “devolução” após o trânsito em julgado da sentença. Tal atitude é uma afronta aos direitos da população infantojuvenil, especialmente por estarem envolvidas sob o manto da proteção integral, bem assim aos princípios vinculados a temática.

Por se tratar de abuso de direito que causam previsíveis danos aos acolhidos, o reconhecimento do instituto da responsabilidade civil deve ser feito em casos de desistência ou devolução na adoção. Porém, não cabe mais tão somente a compensação em danos morais pelos abalos sofridos, mas, de novas perspectivas indenizatórias, buscando a reparação

integral do dano vivenciado. Por isso, o presente trabalho objetiva o estudo e o reconhecimento da teoria da perda de uma chance em prol dos acolhidos, diante da real frustração na constituição de família.

Nesse sentido, se analisará o instituto da responsabilidade civil, especialmente buscando demonstrar seu cabimento nas relações familiares e conceituando a referida teoria da perda de uma chance. Após, dialogar sobre os casos de desistências e devoluções nos processos de adoção, visando, ao final, demonstrar seu cabimento e a necessidade de sua aplicação nos casos concretos, para indenizar o sofrimento dos acolhidos, responsabilizar os adotantes que não entenderam a importância do ato e, servir de método que minore as próximas chances de ocorrência.

Além do mais, será feita pesquisa em todos os Tribunais de Justiça Estaduais brasileiros, investigando de forma minuciosa se, atualmente, a teoria da perda de uma chance tem sido aplicada para os casos aqui especificados. A pesquisa levará em conta apenas julgados que discutirem a teoria, durante os anos de 2013 a 2017. Intenta-se, assim, trazer à infância e à adolescência um novo olhar reparador, dando ao Estado novas formas de demonstrar às famílias e à sociedade civil a importância da adoção e os efeitos que dela decorrem. Para construção do trabalho o método empregado será o dedutivo e, os de procedimento, comparativo e funcionalista, sendo utilizadas as pesquisas bibliográfica e documental indireta.

1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, ou seja, a consequência da violação de um dever jurídico originário, que é a obrigação (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14). Responsabilidade civil é a obrigação de reparar um dano, refletindo a ideia de um encargo, buscando trazer a vítima ao estado inicial ou, pelo menos, o mais próximo possível da situação anterior à ocorrência do dano, diante da violação de um dever jurídico, reestabelecendo-se o equilíbrio anterior (CARVALHO NETO, 2007, p. 25). Isto demonstra a evolução do instituto, diante da perspectiva pautada na vítima do dano e não no agente causador do ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 09), tornando-se um direito do lesado de buscar ou não a reparação.

A responsabilidade civil está embasada no princípio da reparação integral, significando que, havendo um dano, ele deve ser reparado em sua integralidade, como função compensatória (ALMEIDA, 2015, p. 28). Além do mais, o princípio veda o enriquecimento

ilícito, pois visa tão somente a reparação daquele dano causado por aquele autor, trazendo uma forma concreta de análise dos prejuízos causados.

> [...] existindo um dano causado pelo ato ilícito, há o rompimento do equilíbrio jurídico-econômico que existia antes, entre o agente e a vítima. Existe uma necessidade fundamental de se ver restabelecido o anterior equilíbrio, recolocando-se o prejudicado no *status que ante.* (ALMEIDA, 2015, p. 28).

Além da garantia Constitucional, a reparação de danos é instituto salvaguardado pela nossa Lei Civil. Segundo o Código Civil, art. 186, comete ato ilícito o agente que "por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral" (BRASIL, 2002), bem como aquele que, sendo titular de um direito, excede os limites ao exercê-lo, conforme art. 187 (BRASIL, 2002). Prosseguindo, o art. 927, dispõe que aquele que cometer ato ilícito que cause danos a outra pessoa, tem a obrigação de repará-lo (BRASIL, 2002).

A responsabilidade por um dano se dá, em regra, pela "ação ou omissão do agente, a sua culpa, o dano experimentado pela vítima e a relação de causalidade entre aquela ação ou omissão e este dano" (CARVALHO NETO, 2007, p. 47), conforme regra extraída do próprio artigo 186, do Código Civil.

Dano é o pressuposto da responsabilidade civil, é por ele que surge a obrigação de indenizar, pois, "pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. [...]. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 92). Dentre as possíveis formas de dano, os mais comuns são os danos morais e os danos materiais, retratados em nossa Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais, artigos 5º, incisos V e X.

Os danos materiais são aqueles que atingem o patrimônio da vítima, quer seja, "o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94). Sua finalidade é a reposição. A reparação vem através da indenização, visto que a aferição do prejuízo é mais acessível. Já no dano moral, também chamado de dano imaterial, a reparação se dá pelo pagamento de valor pecuniário a ser estabelecido que possibilite a satisfação à vítima, de modo a compensar a sua dor (CARVALHO NETO, 2007, p. 55). A reparação ao dano moral, então, não se dá através de indenização propriamente dita, mas pela compensação do sofrimento da vítima.

Em regra, o dano será indenizável quando houver a violação de um interesse jurídico, a certeza de sua ocorrência e a consequência direta ou imediata do fato lesivo. Para fins de

valoração, seja pelo dano material ou pelo dano imaterial, o art. 944, do Código Civil, dispõe que a indenização será medida pela extensão do dano (BRASIL, 2002). Este é o dispositivo visa evitar o enriquecimento ilícito da vítima e, ao mesmo tempo, proporcionar o caráter educativo e repressivo ao autor do dano.

O instituto da responsabilidade pelo dano divide-se em responsabilidade civil e penal, subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual, e a responsabilidade nas relações de consumo (ALMEIDA, 2015, p. 33). Para a presente pesquisa, no que diz respeito ao dever de indenizar nos casos inerentes às relações afetivas, quer seja, ao direito das famílias, faz-se necessária a análise da responsabilidade civil subjetiva e extracontratual.

A responsabilidade extracontratual decorre da infração pelo lesionador a um dever legal, sem a previsão de um contrato firmado entre as partes, não sendo, portanto, um inadimplemento ou ilícito contratual, mas sim a violação da lei ou da ordem jurídica, como é o caso das relações familiares (ALMEIDA, 2015, p. 34-35). No que diz respeito à responsabilidade subjetiva, está fundada na teoria da culpa, ou seja, "[...] além da prova da ação ou omissão do agente, do dano experimentado pela vítima e da relação de causalidade entre um e outro, faz-se mister provar a culpa com que agiu o agente" (CARVALHO NETO, 2007, p. 43).

Segundo Almeida (2015, p. 59), o campo do direito das famílias não pode ser visto de forma alheia ao da responsabilidade civil, já que é possível que os membros violem um dever jurídico, causando o dever de indenizar, não havendo distinção deste ato ilícito (dentro da relação familiar), para qualquer outro. Contudo, ainda não é pacífico o tema nas jurisprudências e nas doutrinas e, dentro dos diversos temas, quando tratamos especialmente sobre o dano moral, o mais discutido é que não se pode obrigar a amar ou que o amor não seria aferível (CASABONA, 2009, p. 360), pois há dificuldade de se medir o amor em valor pecuniário. Porém, as responsabilidades familiares não importam tão somente a questão do afeto, mas dos deveres de cuidado, assistência, dignidade, respeito, solidariedade, convivência familiar e todos os demais.

A Constituição Federal, no seu art. 226, prevê a especial proteção que o Estado deverá ter com a família e, como já acima demonstrado, assegura a reparação do dano, colocando este como um direito fundamental de todos os brasileiros. Juntamente com o disposto no Código Civil, ambas as leis não impõem diferenciações entre as obrigações de reparação de danos para os casos de relações familiares para com outro qualquer. Restando comprovado o ato ilícito (descumprimento da ordem jurídica), o agente causador, a sua culpa e o resultado de dano, nada impede que a indenização por dano patrimonial ou extrapatrimonial seja

aplicada nas relações afetivas, afinal, são presumíveis os prejuízos causados pelo descumprimento das obrigações inerentes à esta entidade.

A responsabilidade familiar é um dever jurídico que também deve ser tutelado. Não reparar uma vítima de um dano, qualquer que seja, é afrontar a dignidade da pessoa humana. Não reparar uma vítima de dano tão somente por este ter se dado dentro das relações familiares, é atentar contra seu próprio desenvolvimento enquanto ser humano. Nesse norte, as análises dos elementos da responsabilidade civil muitas vezes se tornam difíceis, o que pode vir a mitigar o direito de reparação da vítima. Por isso, a teoria da perda de uma chance deve emergir nesta área, buscando demonstrar que outras formas de prejuízos são possíveis, ainda que não sejam imediatamente determináveis, mas que dignas de reparação.

Essa teoria nasceu na doutrina Francesa – "*perte d'une chance",* por volta dos anos de 1960, determinando o ato ilícito que retira da vítima alguma oportunidade futura esperada de ganho ou vantagem, podendo se dar através de ação ou omissão do agente (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 97-98). Para a perda de uma chance não se permite oportunismos ou mera eventualidade, mas chances reais de oportunidades perdidas (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

Segundo Farias, Rosenvald e Braga Netto (2018, p. 925-927), somente é possível se compreender esta teoria quando conceituamos o dano como uma lesão que merece tutela, independente de este ser patrimonial ou extrapatrimonial, não sendo uma nova forma de dano, mas uma presunção da causalidade. Trata-se de expectativa legítima, fazendo, assim, associação aos lucros cessantes e aos danos emergentes. Para estes autores, além da perda de uma chance de obter vantagem futura, a teoria também embarca a perda de uma chance de se evitar um prejuízo.

O julgador deve "diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos as consequências adequadas" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99). Na teoria da perda de uma chance não se exige a certeza do dano, mas a certeza da probabilidade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99).

O limite da perda de uma chance está "no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável" (SILVA, 2013, p. 138), isso quer dizer que não basta uma simples esperança de acontecimentos. Além do mais, muito se discute quanto ao fato de a perda de uma chance ser dano presente ou futuro e, apesar da importância da verificação do lapso temporal entre o evento danoso e "o momento em que as chances seriam utilizadas [...], haverá casos em que a reparação será concedida mesmo com o aludido lapso temporal dilatado, pois outros fatores poderão indicar a seriedade da chance perdida" (SILVA, 2013, p. 141).

Em maioria, entende-se que se trata de um dano patrimonial, o qual refere-se a uma lesão a um interesse econômico, que poderá ter função de indenização ou de ressarcimento. No caso da teoria da perda de uma chance, o dano patrimonial faz menção a oportunidade frustrada, tendo, esta oportunidade, valor econômico. "Nesse contexto, será patrimonial o dano consistente na violação de interesses, ou seja, o dano concreto pela frustração das utilidades efetivas do bem" (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2018, p. 924). É a conexão do dano com o interesse que valora as ofensas sofridas.

Como anteriormente destacado, a teoria da perda de uma chance traz a possibilidade de reconhecimento de formas novas de indenização por danos sofridos, justamente visando atender ao princípio da reparação integral (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2018, p. 924). Traz à tona a reparação daquilo que se perde em decorrência do dano de outrem, de um futuro influenciado por este dano.

Sobre este aspecto, é totalmente cabível a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil no âmbito familiar, diante dos possíveis casos de chances reais que são frustradas em decorrência de danos por estes entes causados. Salutar se faz, então, entender as questões que envolvem a desistência e a devolução nos casos de adoção de crianças e adolescentes, para, posteriormente, se demonstrar a importância e a necessidade da aplicação da teoria da perda de uma chance à população acolhida que possa vir a passar por esses tipos de circunstâncias violadoras de direitos.

2 AS DANOSAS DESISTÊNCIAS E DEVOLUÇÕES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA ADOÇÃO

Os interessados em adotar passam por todo um processo de cadastro e de habilitação, onde o credenciamento será feito de acordo com o perfil desejado, situação que, para alcançar o objetivo da adoção conforme as características apresentadas, podem os postulantes passarem anos em uma fila de espera (DIAS, 2017, p. 132). Por sua vez, as crianças e adolescentes disponibilizadas para adoção já passaram por um moroso procedimento de tentativa de manutenção com a família natural e/ou a extensa, além da ação de destituição do poder familiar, conforme regras do Estatutária e da Lei nº. 12.010/09.

Quando os perfis entre adotante e adotando se comunicam, iniciado o processo judicial de adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe como medida necessária e obrigatória precedente à adoção, salvo excepcionais exceções previstas em lei, o estágio de convivência. Este estágio se trata de um período de avaliação, com o fito de verificar a

adaptação recíproca das partes, devendo ser acompanhado por equipe interdisciplinar. O estágio de convivência terá um prazo máximo de 90 dias em caso de adoções nacionais, podendo ser prorrogado por até igual período e, para adoções internacionais, o mínimo de 30 e o máximo de 45 dias, prorrogável uma única vez por até igual período. Em qualquer caso, será feito em território nacional (BRASIL, 1990).

Para a adoção nacional, o prazo do estágio poderá levar em conta a idade do adotando e as peculiaridades do caso. Em caso de adoção internacional, não há exceções com relação a prazos. Ao pretenso adotante nacional, será concedida a guarda provisória do adotando durante o estágio de convivência, mediante requerimento. Já ao pretenso adotante estrangeiro, não serão concedidos os institutos da guarda e da tutela, mas a concessão do estágio por intermédio de termo de responsabilidade (BRASIL, 1990). Após o estágio e o cumprimento das demais formalidades, não havendo impedimentos legais, o processo de adoção é encerrado e, conforme o art. 41, do Estatuto, esta "[...] atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais" (BRASIL, 1990).

A evolução do Direito de Família para o Direito das Famílias traz consigo o reconhecimento de diversas formas de constituição familiar, abandonando o caráter tradicional de reconhecimento apenas daquela havida entre o casamento civil de um homem com uma mulher e os filhos deste vínculo decorrente. Uma das principais novidades trazidas pelo legislador é o favorecimento dos liames socioafetivos sobre os biológicos, impedindo, ademais, a diferenciação entre os filhos, qualquer que seja a sua natureza. Assim sendo, conforme as regras do próprio Estatuto, os filhos adotivos são filhos para todos os fins de direito (BRASIL, 1990).

Foi na Constituição Federal de 1988 que emergiu o princípio da igualdade entre os filhos, tornando inconstitucional qualquer diferenciação e designação discriminatória que afronte os direitos fundamentais inerentes aos direitos filiais, independente da natureza do relacionamento com os pais (MACIEL, 2015, p. 428-429). Tal princípio é tão importante nesta nova ótica sobre o Direito das Famílias que, além da Constituição Federal (art. 227, § 6º), também está consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 20) e no Código Civil (art. 1.596).

Assim como o princípio da igualdade entre os filhos, outros princípios são basilares na nova perspectiva do Direito das Famílias para a ótica da adoção. Destaca-se para a presente pesquisa o da solidariedade familiar e o da responsabilidade parental. O princípio da

solidariedade familiar está embasado nos artigos 229 e 230, da Constituição Federal, tendo origem nos ditos vínculos afetivos, gerando deveres recíprocos entre seus membros. Com relação a pessoa dos pais e dos filhos, o princípio da solidariedade familiar traz o dever de assistência (ALMEIDA, 2015, p. 47-48). Já o da responsabilidade parental indica que os pais devem assumir todos os seus deveres com relação à pessoa dos filhos (MACIEL, 2015, p. 431). Destarte, se é inconstitucional a diferenciação entre os filhos, sejam eles socioafetivos ou biológicos, estes dois frisados princípios regem toda e qualquer relação familiar, independente da sua origem. Por isso suas importâncias na adoção, pois trazem regras igualitárias a todas as famílias, não excluindo as socioafetivas.

Dentro dos membros da entidade familiar, as crianças e adolescentes se destacam em garantias legais, diante da especial proteção que nossa legislação nacional e os tratados internacionais a elas resguardam, em decorrência do Paradigma da Proteção Integral. Deste Paradigma, surgiu o princípio do superior (ou melhor) interesse da criança e do adolescente, que dá prioridade aos interesses e direitos desta população em qualquer circunstância. Nos procedimentos da adoção, por exemplo, o Estatuto ressalta que os interesses do adotando devem prevalecer sobre o adotante – art. 39, § 3º (BRASIL, 1990).

Deste ponto, abrimos a discussão para dois importantes pontos dentro da adoção, sob a perspectiva da devida Proteção Integral dirigida às crianças e adolescentes. O primeiro será com relação as expectativas de formação de família e os vínculos afetivos que se formam durante o andamento do processo de adoção, no estágio de convivência. O segundo, concernente ao término do processo, quando a adoção é confirmada e a filiação é válida para todos os fins.

Duas oportunidades de violação de direitos das crianças e adolescentes através do abandono podem ser geradas durante os procedimentos da adoção, segundo as denominações dadas pelo próprio Estatuto: a primeira é a desistência, que se dá durante o estágio de convivência e, a segunda, a devolução, que ocorre após o trânsito em julgado da ação. Ambas, na verdade, se traduzem em uma palavra só: reabandono. Cumpre esclarecer que as terminologias “desistência” e “devolução” serão utilizados para compreensão de qual momento da ocorrência de reabandono que estará se tratando (durante ou após o processo de adoção). Contudo, as terminologias não estão corretas, vez que crianças e adolescentes não são mercadorias passíveis de desistência ou devolução, conforme termos utilizados no Direito do Consumidor. O que ocorre, de fato, é um novo abandono.

Quando os adotantes possuem o livre ensejo de dispor da criança ou do adolescente durante o processo de adoção e até mesmo depois, tendo a oportunidade de despojar-se dos

mesmos como bem entenderem, podendo reenviá-los à instituição de acolhimento, retiramos da população infantojuvenil a Proteção Integral a elas inerentes, a guarida dos princípios acima narrados, bem como o direito a voz e o direito de participação nas decisões sobre a sua própria vida, esculpidos trabalhosamente pela Convenção dos Direitos das Crianças e perpetuados no Estatuto. Faz-se aqui, incontestavelmente, a inconstitucional diferenciação entre a pessoa dos filhos.

O art. 197-E, § 5º, do Estatuto, com redação dada pela Lei nº. 13.509, de 2017, assim designa:

> 197- E [...]; § 5º A **desistência** do **pretendente** em relação à guarda para **fins de adoção** ou a **devolução** da criança ou do adolescente **depois do trânsito em julgado da sentença de adoção** importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente (BRASIL, 1990) (grifou-se).

Apesar da possibilidade de imposição de sanções em caso de desistência e/ou devolução, a discussão deste artigo da lei (e a falta de regras restritivas a respeito) é muito mais profunda. Quer-se com isso dizer que, mesmo com a determinação de prováveis penalidades, não há a proibição de desistência e/ou devolução e, principalmente, não há um rol taxativo que exprima motivos pertinentes para fazê-lo (motivos que desconstituam os adotantes e não os adotandos/adotados). Isso abre brecha para que a simples falta de vontade dos pretendentes prevaleça sobre o interesse das crianças e adolescentes de terem uma família e, qualquer sinal de dificuldade (natural durante os casos de adoção), já será um motivo para o "descarte" da criança ou do adolescente.

Apesar da necessidade do período de adaptação que o estágio de convivência proporciona, o Estatuto facilitou a possibilidade de desistência durante o processo de adoção, pois favoreceu a provisoriedade e a revogabilidade da relação, durante o próprio estágio (LADVOCAT, 2014, p. 125). O Estatuto trata o período do estágio de convivência como um verdadeiro teste, plausível de, em caso de insucesso, sua descontinuidade, pois ainda não há a confirmação da adoção. Aqui não tratamos sobre impedimento dos adotantes por não se mostrarem aptos (o que se estaria protegendo as crianças), mas de livre decisão destes, sem motivos plausíveis.

Por mais que o processo não tenha se findado e a nova filiação ainda não tenha se confirmado para fins jurídicos, no adotando já se estimulou a promessa de constituição de família, pois, como dito, vínculos afetivos se criaram. Frisa-se: para fins de confirmação de filiação, para o novo Direito das Famílias o vínculo socioafetivo se mostra mais importante que apenas se ter laços consanguíneos sem afetos. A frustração da expectativa de formação de

família causa, sem dúvidas, danos. Não podemos esquecer que durante o estágio de convivência os poderes dados aos adotantes são os de guardiões, ou seja, com os mesmos deveres dados à família natural. Assim, havendo a desistência da guarda para fins de adoção, as consequências psicológicas na vida daquele acolhido são deveras severas. Isto porque, "a adoção é o meio mais completo para recriar vínculos afetivos para a criança privada da família [...]" (TRINDADE, 2017, p. 462).

> Em face dos deveres inerentes ao *poder familiar*, os pais devem manter os filhos sob sua companhia e guarda (CC 1.634 II). Não podem simplesmente entregá-los ao Estado, o que configuraria até *crime de abandono*. O mesmo ocorre com a adoção. É *irrevogável* (ECA 39 § 1º) e rompe todos os laços do filho com a família biológica. Mas esta é uma prática recorrente. Alguns adotantes simplesmente *devolvem* o filho que adotaram. (DIAS, 2017, p. 132) (grifo original).

Se as desistências e/ou devoluções têm sido constantes, podemos presumir que a Lei não tem sido severa o suficiente a ponto de os adotantes repensarem a falta de esforço, como qualquer oura família natural deve fazer. Para aqueles que estão em pleno desenvolvimento, o rompimento da estrutura familiar e sua colocação em outro ambiente, longe daqueles os quais possui afeto, e sem poder decidir sobre seu futuro, acarreta em severas consequências para sua própria identidade (MACIEL, 2015, p. 424).

Após deixar a instituição de acolhimento e passando por longo período em um lar durante o estágio de convivência, o acolhido passará por experiências diferentes, possuindo um belo quarto, brinquedos, estrutura familiar, melhores vestuários, boa escola, novos amigos e, principalmente, vínculos com estes e sua família. Por isso, não é admissível sua devolução ao Estado depois de toda esta experiência e expectativa (LADVOCAT, 2014, p. 127).

Agravada é a situação de crianças e adolescentes já adotados, devolvidos após o trânsito em julgado da sentença, onde já possuem, incontestavelmente, o *status* de filhos para todos os efeitos. Filhos não podem ser simplesmente entregues para adoção a livre vontade dos genitores. Essa opção sequer deveria aparecer ao longo do Estatuto, pois viola os princípios constitucionais e o Paradigma da Proteção Integral. Quando a adoção se confirma e a nova filiação é formada, no entendimento dos pesquisadores, a família adotiva torna-se a nova família natural, afinal, apagados serão os registros e os vínculos com a antiga família. Se esta é a nova família natural, todo o mesmo esforço para manutenção com esta ou a família extensa desta devem ser feitos, conforme as regras do Estatuto para isto. Não há diferenciações. É inconstitucional diferenciar.

A única situação a qual os genitores biológicos não precisam de motivos para poder entregar o filho para adoção, se dá com relação ao período de gravidez ou logo após o

nascimento da criança. Mesmo assim, toda uma tentativa de que a criança permaneça com a família natural ou, ao menos a extensa, será feita (BRASIL, 1990). Fora isto, crianças e adolescentes somente são retiradas do seio de suas famílias naturais se estas violarem ou ameaçarem os direitos dos filhos (BRASIL, 1990). O Estatuto da Criança e do Adolescente não exige, em caso de reintegração familiar, que esta família seja a ideal ou a perfeita, mas que hajam vínculos afetivos e respeito aos seus direitos fundamentais (MACIEL, 2015, p. 427). Para tanto, como pudemos perceber, em caso de filiação através de adoção, a mesma regra do filho biológico não é válida.

Filhos biológicos não podem ser devolvidos. Se, conforme o art. 41, os adotados se constituem em filhos para todos os fins e todos os vínculos anteriores são excluídos, a família adotante passa a ser a família natural da criança ou do adolescente, o que exigiria do Estado enquanto justiça a aplicação de todos os artigos que buscam a manutenção da criança e doa adolescente com sua família natural antes da colocação em instituição ou nova família substituta. A propósito, se tanto se insiste na família natural, não havendo diferenciação entre esta para nenhuma outra forma de família, também não se deveria enviar esforços para com a substituta.

> Obviamente, legalmente é possível devolver crianças e adolescentes que foram entregues para fins de adoção. Nem sempre essa devolução acarreta a reparação por dano moral e/ou material. [...]. O que se discute, entretanto, é o número exorbitante de pretendentes à adoção, que de forma absolutamente injustificada e desumana, simplesmente devolvem aos abrigos, sem que tal atitude gere para estas qualquer responsabilidade. (LADVOCAT, 2014, p. 123).

Tais possibilidades, portanto, violam os direitos das crianças e dos adolescentes e novas formas de proteção devem ser levantadas. Caso isso não ocorra, no mínimo, maiores formas de reparação dos danos causados devem ser impostas a fim de salvaguardar o pleno desenvolvimento destas crianças e adolescentes.

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO FORMA DE REPARAÇÃO DE DANOS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES ACOLHIDAS: UMA ANÁLISE DE SUA INCIDÊNCIA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS

Dentro das relações familiares, mesmo que o afeto ainda não possa ser devidamente valorado ou, ainda que não se possa obrigar ninguém a ter afeto por outrem, o descumprimento dos deveres de cuidado, assistência, dignidade, respeito, solidariedade, convivência familiar e todos os demais, devem ser garantidos a seus membros. Tais deveres são inerentes às responsabilidades da entidade familiar. Em caso de descumprimento desta obrigação (ato ilícito) dada à família, deverão as vítimas do dano restarem indenizadas.

Com relação as crianças e adolescentes, seres em peculiar estado de desenvolvimento, aumenta-se esta necessidade de proteção estatal quando a família atenta contra seus direitos. Faz-se importante analisarmos as perspectivas desta população através do Paradigma da Proteção Integral, dos direitos fundamentais a elas inerentes e dos princípios que norteiam as relações "paternofiliais", pois, destes, decorre a sua especial necessidade de proteção e cooperação (MACIEL, 2015, p. 425). Nesse norte, os princípios da afetividade e da paternidade responsável são fundamentos autorizadores da responsabilidade civil (TRINDADE, 2017, p. 469), além dos da solidariedade familiar e da igualdade entre os filhos.

Estreitando a temática, devemos ponderar que, crianças e adolescentes que foram disponibilizados para adoção já passaram por todo um processo que traz transtornos psicológicos, fazendo-se necessário um olhar mais atento. Em verdade, há nesses casos uma dupla violação de direitos, vez que os acolhidos já passaram pela perda da família natural e, após, pela supressão da nova família substituta.

Infelizmente, muitas vezes os novos pais não estão preparados para a testagem que os adotados os submetem, pelo medo de serem novamente rejeitadas (DIAS, 2017, p. 133), o que resulta em casos como de desistência ou devolução, se saindo como maiores prejudicadas as crianças e os adolescentes acolhidos, pois retomarão todos os processos novamente. Para ocupar um lugar na vida destas, faz-se necessário esforço para apoiá-los e auxiliá-los no necessário processo de luto pela perda da antiga família, sob o risco de aflorar novamente o sentimento de angústia, traição, medo, rejeição e tantos outros, sentidos quando da separação de sua família biológica (DIAS, 2017, p. 133).

Do ponto de vista psicológico, o processo de adoção pode envolver situações dolorosas e traumáticas (TRINDADE, 2017, p. 465). Sabe-se que dos grandes efeitos da institucionalização prolongada (MACIEL, 2015, p. 424), bem como dos riscos de diminuição das chances de novamente aquele, diga-se, ex-adotando ser, de fato, novamente adotado. As crianças e adolescentes podem não se recuperar deste novo trauma, o que merece especial atenção dos julgadores (LADVOCAT, 2014, p. 124).

O abandono, seja dos pais com relação aos filhos ou até mesmo dos filhos com relação aos pais, ou seja, por aquele que ignora a relação familiar, ignorando todos os direitos e princípios constitucionais e infraconstitucionais, deve receber a devida sanção (ALMEIDA, 2015, p. 74). Segundo Almeida (2015, p. 74), trata-se de grande falta de responsabilidade, que causa grande repercussão e enormes consequências à vítima.

No âmbito jurídico, "a afetividade estende seus conceitos para além dos sentimentos, estando relacionada à responsabilidade e cuidado. É neste sentido que o afeto pode se tornar

uma obrigação jurídica, sendo reconhecida como fonte de responsabilidade civil" (TRINDADE, 2017, p. 469). Em alguns casos a justiça vêm impondo o pagamento de danos morais e materiais, diante do comportamento ético que é exigido nas relações familiares, bem como os princípios da boa-fé e da confiança, pois configuram abuso de direito, passíveis de indenização (DIAS, 2017, p. 133-134).

No entanto, mais do que isso, sabendo-se da peculiaridade destes casos, somente as indenizações por danos morais (diante do abalo sofrido e ao atentado à dignidade da pessoa humana) ou por dano material (pagamento de alimentos – representando danos presentes), não são suficientes para suprir a violação de direitos das crianças e adolescentes cujas histórias de vida estão marcadas por desistências ou devoluções. A teoria da perda de uma chance é uma nova forma de compensar as crianças e adolescentes pela esperança que nelas foi criada de terem uma família. Além do mais, é mais uma forma de responsabilização aos adotantes, buscando educar os que assim agiram, alertar aqueles que pretendem adotar e não compreenderam a responsabilidade que se deve ter para com um filho, sendo uma nova medida repressora do Estado para com aqueles que violam os direitos infantojuvenis.

No que tange a pesquisa jurisprudencial, o Brasil possui 27 Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal. A pesquisa realizada utilizou como parâmetro de consulta nos sites de cada um dos Tribunais as seguintes palavras-chave: "adoção – criança e adolescente – perda de uma chance – indenização". Quando prontamente inexitosa a busca, em algumas pesquisas a palavra-chave "devolução" também foi utilizada. O marco temporal escolhido foi entre os anos de 2013 a 2017.

Nos Tribunais de Justiça do Alagoas, Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins não foram encontrados resultados relacionado especificadamente com a temática. Assim, tão somente no Tribunal de Justiça do Distrito Federal foi encontrado resultado de análise a teoria da perda de uma chance nos casos alusivos à pesquisa. Esse resultado negativo para os demais 26 Tribunais pode ter se dado pela falta de pedidos referentes a esta forma de reparação de danos por parte dos profissionais do direito ou pelo próprio não reconhecimento das Justiças de primeiro grau ou Tribunais de Justiça sobre esta temática dentro da área do Direito das Famílias. Verifica-se, assim, a novidade da temática ou, pelo menos, seu desconhecimento ou não aplicação.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal, foi encontrado apenas um resultado. O julgado se refere a criança devolvida durante o estágio de convivência nacional, ou seja, a

guarda havia sido deferida à pretendente. A Apelação Cível nº. 20120111324634[1], da 5ª Turma Cível, julgada em 11/10/2017 e publicada no DJE em 18/12/2017, levantou importantes questões como: da proteção aos direitos das crianças que apresentam status de direitos fundamentais; do princípio da primazia da dignidade da pessoa humana constitucionalmente garantido com a finalidade de, entre outros objetivos, resguardar a convivência familiar e, consequentemente, dar efetividade ao Princípio da Proteção Integral, ressaltando o dever da família, da sociedade e do Estado no resguardo dos direitos das

[1] APELAÇÃO CÍVEL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. GUARDA. REVOGAÇÃO. [...]. PRIMAZIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROTEÇÃO DA CRIANÇA. NÚCLEO ESSENCIAL DA FAMÍLIA. PARENTESCO CIVIL. SOCIOAFETIVIDADE. EUDEMONISTA. ANAPARENTAL. REVOGAÇÃO DA GUARDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INOCORRÊNCIA DO DEVER DE REPARAÇÃO. RECURSO PROVIDO.
[...]; 4. A primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos é uma característica fundamental da Constituição Federal. Ademais, a proteção dos direitos da criança apresenta status de direitos fundamentais, em razão do Decreto nº 99.770/90 que recepcionou no ordenamento jurídico pátrio a 5ª Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança.
5. Quando a Carta Magna instituiu o princípio em questão - a primazia da dignidade da pessoa humana - objetivou, principalmente, resguardar a convivência familiar e, consequentemente, dar efetividade ao Princípio da Proteção Integral à Criança, vez que é dever da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade, assegurar à criança e ao adolescente, dentre outras coisas, a convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]
7. O Enunciado 256 da III jornada de Direito Civil do CJF preconiza que "a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil".
8. A doutrina tem elencado que dada a ampliação do núcleo essencial do conceito de "família" e o posicionamento dos Tribunais Superiores em relação ao tema, é de relevante importância se observar três características basilares, quais sejam: 1) socioafetividade (a família vinculada à afetividade, e não à uma legislação positivista); 2) eudemonista (a família, como grande base da sociedade, possui uma grande função social, que é a realização pessoal e a felicidade de seus membros); 3) anaparental (a família está além dos vínculos técnicos, sendo formada por indivíduos que buscam, através da felicidade mútua, a felicidade comum).
9. Em que pese o peculiar contexto fático dos autos, revela-se importante destacar que não se pode deixar de levar em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, por outro lado, mostra-se de especial relevância analisar o peculiar contexto fático, considerando em especial que a então detentora da guarda da menor contava com idade avançada; que se mudou de cidade para melhor acolher a criança, Jailma; que o filho da anciã adotou a irmã da menor para que os laços familiares fossem preservados, que inclusive era portadora do vírus HIV; que Jailma não atendeu especificamente ao padrão de comportamento esperado pela guardiã, ao contrário dos outros filhos adotados por esta, e considerando ainda que, ao contrário da adoção, a guarda seja perfeitamente revogável.
10. Conforme dogmática do art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, o que não foi o caso dos autos.
11. A teoria da perda de uma chance se manifesta em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória. De qualquer sorte, não obstante a cizânia conceitual desse instituto, a sua incidência nas relações jurídicas é fonte de compensação pecuniária, acaso existente ato ilícito, o que não foi o caso dos autos.
12. No contexto fático dos autos, considerando que a revogação da guarda se deu em regular processo judicial, sob o manto da ampla defesa e contraditório e que reputou, naquele momento, ser a medida mais cabível e calcado nas estatísticas levantadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Cadastro Nacional de Adoção, que militam em desfavor da criança que estivera sob guarda, homenageando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é de rigor o afastamento da indenização a título de danos morais. [...];
14. Recurso provido. (Acórdão n.1065780, 20120111324634APC, Relator: SILVA LEMOS 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/10/2017, Publicado no DJE: 18/12/2017. Pág.: 492/495).

crianças e adolescentes com absoluta prioridade; também, o princípio do melhor interesse como princípio basilar e de suma importância no ramo do Direito das crianças e adolescentes e da família, onde todo o estudo do interesse da criança deve se sobrepor aos interesse dos pais, pois se deve buscar sempre o bem-estar destes; Trouxe à tona, ainda, o Enunciado 256, da III Jornada de Direito Civil do CJF, que preconizou que a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil; bem como levantou a ampliação do núcleo essencial do conceito de família e o posicionamento dos Tribunais Superiores em relação ao tema (BRASIL, 2017b).

Apesar de todo este fundamento teórico sobre os direitos da infância, tão raros em julgados brasileiros, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou a indenização pela perda de uma chance à criança, sob o argumento de que tal teoria "afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória" (BRASIL, 2017b). Fundamentou, também, a inexistência de ato ilícito, em decorrência do conceito desse novo instituto, vez que sua incidência nas relações jurídicas é fonte de compensação pecuniária em caso de existência de ato ilícito (BRASIL, 2017b).

Tal julgado se mostrou completamente antagônico. Se reconhecido os direitos das crianças e adolescentes sob o aspecto real, ou seja, de Proteção Integral, não há que se falar em impossibilidade de indenização após a violação de seus direitos. Além do mais, não há que se falar em esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória quando tratamos de crianças ou adolescentes acolhidas, que geraram a expectativa de constituição de família, de não voltar mais para o acolhimento institucional ou, pelo menos, de ter sua situação de vida resolvida.

Sem motivo justo para o reabandono (análise sob a ótica do que será melhor para os adotandos e não os adotantes), deixando aos adotantes a livre disponibilidade de negativa da continuidade do processo de adoção daquele adotando por simples perda de interesse ou qualquer motivo fútil, os adotantes tratam os adotandos como objetos, que não possuem mais utilidade, ocorrendo, assim, um retorno ao tempo dos códigos menoristas, abuso de direito, desrespeito aos princípios referentes à Proteção Integral, sem falar na violência psicológica contra as crianças e adolescentes.

A teoria da perda de uma chance se mostra inovadora por apresentar a oportunidade de crianças e adolescentes abandonadas serem indenizadas pela perda da chance de constituir família. Esperança dada pelos adotantes. Não tratamos aqui, portanto, de oportunismos ou eventualidades, mas chances reais, conforme preconiza a teoria (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

Traz-se essa oportunidade de reparação de dano patrimonial futuro através da perda de uma chance, pois, os danos morais, decorrentes dos abalos psicológicos, são mais visíveis. Em associação a integração das normativas do Sistema de Garantia de Direitos da criança e do adolescente e do Paradigma da Proteção Integral, temos a Lei nº. 13.431/17, que estabeleceu mais uma forma de proteção às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Em vinculação ao aqui abordado, essa normativa impõe como uma das formas de violação dos direitos das crianças e adolescentes a violência psicológica (art. 4º, inc. II), podendo esta ser entendida, também, como qualquer conduta de discriminação em relação à criança ou adolescente mediante constrangimento, humilhação ou indiferença que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional (BRASIL, 2017a). Porém, crianças e adolescentes, em peculiar estado de desenvolvimento e que possuem prioridade absoluta, sob o manto da Proteção Integral, merecem a reparação integral do dano, sejam estes danos presentes (através do dano moral pela violência psicológica ou material através de pensão alimentícia) ou futuros (dano patrimonial pela perda de uma chance).

A Lei nº. 13.431/17 traz à população infantojuvenil o direito e a garantia, independentemente de qualquer condição, de receber reparação de danos (art. 5º, inc. V) (BRASIL, 2017a). Por assim dizer, além da garantia Constitucional e da Lei Civil, possuem as crianças e adolescentes especial proteção com relação a reparação dos danos. No caso da violência psicológica, esta dá azo também ao dano moral e, com relação a expectativa criada na formação de família, à teoria da perda de uma chance, um dano patrimonial, pois toda a expectativa criada com relação a futura família, da futura estrutura para ter seu pleno desenvolvimento, da nova escola, do novo lar, etc.

Como anteriormente dito, tratamos aqui de um reabandono. Abandonar criança e adolescente é uma forma de negligência, de abuso de direito. Assim, se há abuso de direito, há o cometimento de ato ilícito e há o dever de indenizar, sem prejuízo das demais sanções legais. O abandono trata-se de falta grave, que configura um ilícito, sendo inclusive uma das causas passíveis de perda do poder familiar, conforme artigos 161 § 1º, do Estatuto e 1.638, do Código Civil.

O judiciário deve responsabilizar e reprimir os pretendentes que enchem as crianças e adolescentes de esperanças para, depois, entrega-los novamente ao acolhimento institucional, causando-lhes duplo trauma (LADVOCAT, 2014, p. 127). Por isto, a aplicação da teoria da perda de uma chance pelo dano causado, impondo responsabilidade civil aos adotantes é medida cabível, com o fito de reparar integralmente as crianças e adolescentes que tiveram seus direitos violados pelo abandono, seja por desistência ou devolução, após a criação das

expectativas reais de formação de família. Trata-se de um novo olhar, sob as diretrizes da Proteção Integral.

CONCLUSÃO

Apesar do peculiar estado de desenvolvimento das crianças e dos adolescentes e da especial proteção que recebem em nossa legislação, vemos que muito ainda temos a conquistar no sentido cultural para que essa população seja, de fato, protegida.

Quanto a responsabilidade civil, foi possível observar o cabimento do instituto nas relações afetivas, bem como analisar que, para que a reparação integral ocorra de fato, a teoria da perda de uma chance se mostra como uma nova possibilidade de reparação às vítimas de danos. Logo, sendo esta teoria cabível para as relações familiares, o é para com as crianças e adolescentes vítimas dos danos causados por desistência ou devolução na adoção, uma vez que não há distinção entre vínculos socioafetivos e biológicos.

O reabandono, ou seja, a desistência durante o processo de adoção e a devolução após findado o processo são atitudes irresponsáveis que não condizem com a importância do ato. São condutas que causam danos aos acolhidos e, portanto, são civilmente indenizáveis. Após tantas etapas concluídas por ambas as partes, os procedimentos durante e, principalmente, após a adoção, não podem ser encarados como simples e dispensáveis. Primeiro, porque crianças e adolescentes acolhidas não podem ser vistas como meros objetos dos adultos, as quais esses podem livremente dispor a qualquer tempo. Segundo, e essencialmente, vez que filhos não podem ser simplesmente abandonados.

É inconcebível que exista um artigo como o 197-E junto à Lei nº. 8.069/90, que é toda pautada sob o Paradigma da Proteção Integral e os princípios dele decorrentes. Um artigo de lei que, apesar da imposição de sanções, não proíbe as práticas aqui discutidas, além de estigmatizar as crianças e adolescentes como “mercadorias”, através das terminologias dadas ao caso.

Necessário seria, sim, que houvessem dispositivos que, em caso de dificuldades após a adoção, dispusessem a imposição das mesmas regras dadas à família natural à nova família substituta, onde só seria possível a colocação em (mais uma vez) uma nova família, em situação excepcional (violação de direitos) e após esgotadas todas as chances de manutenção com esta (diga-se, atual) família natural ou com a família extensa dela decorrente. Afinal, se a adoção se findou, é porque ambas as partes estavam aptas a formar uma nova família natural. Se a adoção se findou, vínculos de filiação são formalmente constituídos, o que impede

qualquer discussão acerca de diferenciações ou não imposição de deveres familiares como a qualquer outro filho é imposto.

Quanto as desistências durante o estágio de convivência, deveriam existir dispositivos no Estatuto que elencassem motivos para que o processo de adoção não se findasse a livre gosto dos adotantes, por simples renúncia. Como anteriormente ressaltado, esses motivos só deveriam se dar com relação a desconstituição da aptidão dos adotantes em cuidar dos novos filhos e não para com os adotandos, respeitando o princípio do superior interesse da criança e do adolescente. Afinal, novamente se ressalta: por diversas etapas já passaram ambas as partes, os perfis desejados se comunicaram, a formação de vínculos existe, não podendo estas questões serem simplesmente ignoradas.

Nos casos em que já restaram findados os procedimentos de adoção, não se há dúvida quanto aos deveres da filiação. Porém, com relação ao período do estágio, em que ainda não se confirmou juridicamente a filiação, deve-se levar em conta que os vínculos socioafetivos demandam os mesmos deveres aos genitores e/ou responsáveis.

Por isso, enquanto não há uma modificação legislativa e aplicação de mais severas imposições em respeito aos vínculos formados, bem como o impedimento de que condutas como essas ocorram, a aplicação da teoria da perda de uma chance se mostra como uma nova forma de reparação de danos a estas crianças e adolescentes, pelas chances de constituição de família que foram perdidas. É, também, mais uma forma de proteção do Estado para com esta população. Mesmo que atualmente ainda não haja incidência nos Tribunais de Justiça Brasileiros, conforme demonstrou a pesquisa, e que, quando há, ainda é inoficiosa, faz-se importante o estudo de seu cabimento.

Deve-se entender o caráter de filiação e as responsabilidades inerentes, que não toleram situações de abandonos. Deve-se levar em conta a peculiaridade da fase da vida que estes acolhidos estão passando, com diversas formas de abandono, o que pode afetar seu pleno desenvolvimento. Afinal, quando tratamos de crianças e adolescentes, especial e de todas as formas deve se dar a proteção.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família:* angústias e aflições nas relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.* Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.431, de 04 de abril de 2017a.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Cível nº.1065780* - 20120111324634APC, Relator: SILVA LEMOS 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/10/2017b, Publicado no DJE: 18/12/2017. Pág.: 492/495.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família.* Curitiba: Juruá, 2007.

CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade civil no direito de família. *In:* NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil*: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*: questões jurídicas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil* - volume único. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

LADVOCAT, Christiane. Devolução de crianças em Guarda Provisória: consequências jurídicas do rompimento. *In:* LADVOCAT, Christiane; DIUANA, Solange. *Guia de adoção*: no jurídico, no social, no psicológico e na família. São Paulo: Roca, 2014.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A identidade familiar da criança e do adolescente em acolhimento institucional à luz da proteção integral da Lei nº. 8.069/90: Uma história a ser narrada. *In:* VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto da criança e do adolescente*: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

O ENVELHECIMENTO DAS CIDADES E A POLÍTICA HABITACIONAL PARA A PESSOA IDOSA: CASO DO CONDOMÍNIO CIDADE MADURA EM JOÃO PESSOA

AGEING OF CITIES AND THE HOUSING POLICY FOR ELDERLY PEOPLE: CASE OF CIDADE MADURA CONDOMINIUM IN JOÃO PESSOA

Artigo recebido em 14/05/2019
Revisado em 16/06/2019
Aceito para publicação em 16/06/2019

Edson Ricardo Saleme
Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor do Curso stricto sensu em Direito da UNISATOS, consultor do IBAMA e autor de diversos livros na área jurídica.

Agamenildes Dias Arruda Vieira Dantas
Juíza de Direito do Estado da Paraíba, mestranda em Direito Ambiental na Universidade Católica de Santos. Membro do IBDFAM.

RESUMO: o objetivo do artigo é pesquisar sobre os avanços da legislação nacional no que tange ao direito social à moradia. Aqui serão relatadas as políticas públicas e normas que levaram à concretização do Condomínio Cidade Madura. Para isso se utilizou o método indutivo e a pesquisa bibliográfica, como fórmula metodológica. Também se empregou a documentação por meio indireto. O Condomínio Cidade Madura não só ocorre como uma forma de se dar dignidade à pessoa idosa, a partir de sua colocação em um abrigo que comporta condições para uma vida saudável, mas também viabiliza um projeto com novas vertentes que não ignoraram necessidades sociais e psicológicas do idoso diante de sua condição e limitações. O projeto partiu de experiências de outros estados e geralmente dispõe de consulta a conselhos para a final efetivação do projeto.

PALAVRAS-CHAVE: Envelhecimento. Pessoa idosa. Direito à moradia. Política habitacional.

ABSTRACT: The objective of this paper is to research on the advances of the national legislation regarding the social right to housing. Here will be reported the public policies and standards that led to the completion of the Cidade Madura Condominium. For this, the inductive method and bibliographic research were used as a methodological formula. Indirect documentation was also used. The Cidade Madura condominium not only occurs as a way of giving dignity to the elderly, from their placement in a shelter that provides conditions for a healthy life, but also enables a project with new strands that did not ignore the social and

psychological needs of the elderly in face of their condition and limitations. The project was based on experiences from other states and usually provides consultation to advice for the final implementation of the project.

KEYWORDS: Aging; elderly. Right of housing. Housing policy.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O condomínio cidade madura 2. A pessoa idosa e o direito de moradia. 3. Necessidade de Conselho para maior participação dos idosos. 4. A questão habitacional e o condomínio Cidade Madura. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é pesquisar sobre o tratamento dado pelas normas nacionais sobre o direito social do idoso à moradia e verificar uma experiência exitosa de disponibilização desse direito social, com observância a outras necessidades próprias dessa classe de pessoas.

A habitação é fundamental para o desenvolvimento e manutenção da vida. Sem ela não há que se falar em bem-estar ou contemplação de direitos de determinada categoria de pessoas. O crescimento da população idosa é fenômeno mundial e vem ocorrendo de forma crescente em todos os continentes. Em 1950, segundo dados do IBGE, havia uma contagem de idosos que era cerca de 204 milhões de pessoas com 60 anos ou mais. Após cinco décadas esse número estava em torno de 579 milhões de idosos.

O marco legal e normativo necessários a amparar legalmente o direito dos idosos deixou de ser apenas a Constituição Federal. Outros diplomas passaram a prever a observância de critérios específicos para eles, conforme será aqui enfocado. A materialização desse direito de terceira dimensão depende certamente de políticas públicas voltadas à inserção do idoso em projetos habitacionais, de forma a torná-los acessíveis.

Será analisado um caso emblemático ocorrido no Condomínio Cidade Madura, localizado no bairro Mangabeira IV, em João Pessoa, no Estado da Paraíba, para melhor ilustrar o direito a que se refere o presente artigo.

Este trabalho terá como foco algumas normas e políticas públicas adotadas com vistas à melhoria de vida de pessoas de idade acima dos 60 anos e a existência ou não de habitação popular dirigida a elas, contando com a expectativa de queda nos níveis de ganho para sua estabilidade e conforto, contando ainda com as limitações físicas naturais.

Para a realização deste estudo empregou-se a pesquisa descritiva e estudo de caso, pois se partiu de um problema constatado e vivido, ou seja, o aumento no número de idosos e a necessidade de garantir seu direito fundamental à moradia em determinada localidade deste país. Empregou-se o método indutivo, pois se partiu de uma necessidade geral constatada acrescentando novas informações às previamente oferecidas. A pesquisa bibliográfica também será utilizada a fim de se verificar os aspectos teóricos que podem dar melhor fundamentação ao tema.

A técnica de pesquisa serviu de guia para análise da documentação por meio indireto, uma vez que a interpretação textual foi utilizada com frequência. No caminhar da pesquisa diversas fontes foram utilizadas como a doutrina constitucional e infralegal relacionada ao Estatuto do Idoso, Estatuto da Cidade, além de outras legislações nacionais pertinentes.

Diante das perspectivas atuais é possível afirmar que há previsão constitucional e legal em proteção ao idoso? É fato que o Condomínio Cidade Madura consiste realmente em um lugar adequado para os idosos e será que esta foi acertadamente uma política habitacional usada pelo Estado da Paraíba, eficaz e capaz de garantir o direito do idoso a uma moradia?

A Constituição Federal ao consagrar o direito social à moradia, no caput de seu art. 6, trouxe nova dimensão ao que antes era tratado de forma indireta. Isto, contudo, não é suficiente para que esse direito seja exercido em sua plenitude. É fundamental política pública voltada para sua concretização.

O condomínio cidade madura pode ser considerado um bom exemplo em matéria de observância ao direito de moradia do idoso e a contemplação desse direito fundamental e concretização da ação pública em prol da consecução do direito social à moradia.

1 O CONDOMÍNIO CIDADE MADURA

O Condomínio Cidade Madura apresenta acomodações confortáveis; seus padrões são considerados adequados e ainda oferece equipamentos urbanísticos suficientes para a comodidade a pessoas acima de 60 anos. Para participar do programa os idosos podem morar sozinhos ou com algum companheiro. Sua renda mensal deve ser de até cinco salários mínimos. É fundamental que a pessoa tenha possibilidade de locomoção e lucidez compatível com as atividades diárias. O condomínio dispõe de um posto médico, além disso, verifica-se a existência da Unidade de Saúde da Família de Verdes Mares, localizada a menos de 700 metros do empreendimento. A reportagem, que ganhou o título “Isso é que é a melhor idade”, ressalta que a Paraíba é o primeiro Estado brasileiro a contar com um residencial exclusivo

para pessoa idosa de baixa renda, no que se pode verificar da leitura da Revista Planeta (REBELLO, 2014).

Apesar das condições boas apresentadas, o condomínio só dispõe de 40 unidades, de modo que só pode receber no máximo 80 idosos, 40 idosos do sexo masculino e 40 do sexo feminino, um número não muito significante em face do déficit total de habitações em João Pessoa, que em 2013 era de 20,9 mil habitações. Também existe uma restrição ao recebimento de idosos que tenham problemas de saúde que dificulte a independência do idoso de fazer suas atividades mais corriqueiras.

Em termos jurídicos, o condomínio apresenta uma "disposição excepcional", nas palavras de Sandra Rabello (2014), coordenadora do curso de cuidadores de idosos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UERJ), pois os moradores não adquirem o imóvel nem pagam aluguel. Trata-se de cessão do Estado, o que evita problemas sucessórios. Isso evitaria o fator número um dos casos de violência contra o idoso: a questão financeira, sobretudo relacionados à herança.

A importância dessa iniciativa gera para a sociedade o reconhecimento das prioridades sociais dessa classe alinhando o direito do idoso à necessidade de moradia e outras que propiciam sua inclusão no seio social, de forma a manter essas pessoas ativas e independentes. As habitações têm metragem próxima a 54 m², têm portas e banheiros amplos, corrimão de segurança, entre outras comodidades para facilitar o uso.

O envelhecimento da população é um fenômeno global. Este aumento da longevidade é sem dúvida um aspecto significativo, pois indica que fatores que outrora diminuíam o número de anos vividos estão sendo atualmente superados. Todavia, outros pontos relacionados ao aumento da expectativa de vida surgiram e merecem discussões a seu respeito, como, por exemplo, sua previdência social, saúde, trabalho, adaptação aos espaços urbanos, qualidade de vida deste público e outros aspectos.

Um dos fatores que ajuda a entender o expressivo aumento na expectativa de vida em países em desenvolvimento, como no caso do Brasil, decorre do elevado número na taxa de natalidade combinado a uma progressiva diminuição nas taxas de mortalidades. Nesse sentido, Kalache, Vera e Ramos (1987, p. 202) esclarecem que:

> Em países do Terceiro Mundo, por outro lado, aumento substancial na expectativa de vida ao nascimento pode ser observado a partir de 1960. Desde então até o ano 2020, as estimativas são de um crescimento bastante acentuado; a expectativa média de vida ao nascimento no Terceiro Mundo nesses sessenta anos terá aumentado mais de 23 anos, atingindo 68,9 anos em 2020.

No caso concreto do Brasil a população também está envelhecendo rápido. As mudanças na dinâmica etária da população são visíveis. Desde a década de 1960 observa-se que o contingente populacional de pessoas com mais de 60 anos no Brasil entrou em ascensão. Um dos fatores atrelados a este crescimento consiste na diminuição das taxas de natalidade, que começaram a cair na década de 1970, e desde então, estão em franca diminuição.

O grupo etário de pessoas idosas tem se tornado cada vez mais representativo no Brasil. No ano de 2012, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) analisou a divisão da sociedade brasileira, de acordo com sua faixa etária. A população com 60 anos de idade ou mais era de aproximadamente 25,4 milhões. Na pesquisa as mulheres representavam a maioria deste grupo, atingindo o percentual de 56% ou 16,9 milhões de mulheres idosas em números absolutos. O sexo masculino correspondia a 44% ou cerca de 13,3 milhões de idosos (PARADELLA, 2018).

Paradella ainda observou que, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, em especial as características dos moradores e domicílios, realizada pelo IBGE no ano de 2018, nota-se que a população brasileira continuou na tendência de envelhecimento, observada nas últimas pesquisas. Segundo o autor, já existe um número aproximado de 4,8 milhões de idosos, desde o ano de 2012, o que ultrapassou o número de 30,2 milhões de idosos constatado no estudo realizado em 2017.

Atualmente a porcentagem de idosos no Brasil corresponde a 9,2% da população, ou seja, 19,2 milhões de pessoas idosas. Mas, a perspectiva é de que em 2060 o percentual de brasileiros que tenham 65 anos de idade ou mais será quase três vezes maior. A previsão é de que chegará a 25,5%, o que corresponderá a aproximadamente 58,2 milhões de idosos. Logo, os números indicam que em 2060 os idosos corresponderão a um quarto da população brasileira; isto é, um em cada quatro brasileiros será idoso. Com isso, se evidencia que a expectativa de vida, por outro lado, aumentará.

A temática sobre os idosos e seus direitos passou a constar na pauta de debates internacionais no final da década 1970, quando as discussões passaram a ser priorizados no cenário nacional. A Constituição Federal de 1988 influenciou este quadro e apresentou, de forma inédita e taxativa, previsões de amparo à faixa etária dos idosos de tal forma que, após a constitucionalização do direito do idoso, outras legislações surgiram no intuito de melhor servir a estes interesses como, por exemplo, a Lei nº 8.842/94 que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso, a Lei nº 10.048/2000, que trata do atendimento prioritário e o próprio Estatuto da Pessoa Idosa.

No texto constitucional, além das disposições claras para os idosos, existem normas que se aplicam a eles assim como a qualquer pessoa. Exemplo típico é o de seu art. 3º, inciso IV, em que estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do "[...]bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Deste modo, a norma aqui posta é para qualquer brasileiro e, obviamente, também inclui os idosos.

Existem outros casos de previsão constitucional que se aplicam também aos idosos, pois estes são cidadãos. Wolkmer e Leite (2003, p. 135) afirmam que "[...] o fato de as pessoas irem envelhecendo não lhes retira, em hipótese alguma, sua dignidade, porquanto continuam sendo seres humanos portadores dos mesmos direitos imprescritíveis e inalienáveis dos quais são sujeitos a todas as criaturas de semblante humano". Seguem os autores, em suas ilações acerca das pessoas idosas, afirmando que a eles deve ser garantido, assim como aos demais habitantes, "o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social e à assistência aos desamparados, também esses direitos devem ser garantidos aos idosos".

Nas disposições específicas deste público fundamental, é o art. 203, I, da CF que estabelece ser um dos objetivos da assistência social a proteção à velhice. Um dos meios e concreção dessa norma está presente no inciso V deste mesmo artigo, o qual garante a concessão de um salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprovar a ausência de recursos suficientes para prover sua própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

O Artigo 229 imbuiu aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice. Posteriormente, o art. 230 da Constituição Federal determina que "[...] é dever da família, da sociedade e do Estado defender a dignidade das pessoas idosas". Pela disposição desse dispositivo, ainda é possível visualizar o princípio da solidariedade social ao tornar obrigação da família, da sociedade e do Estado o amparo ao ancião. Neste mesmo artigo, o § 2º, consigna o direito à acessibilidade mediante a gratuidade dos transportes coletivos para os maiores de 65 anos de idade. Observa-se que estes e outros artigos afirmam que o constituinte originário buscou cuidar dos interesses dos idosos de uma maneira ampla, sobretudo, pelo fato de atribuir à sociedade a proteção destes direitos. Logo, as normas que deles tratam devem ter uma interpretação extensiva no intuito de albergar o maior número de necessidades possível e que todas elas possam ser devidamente atendidas.

2 A PESSOA IDOSA E O DIREITO DE MORADIA

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1° de outubro de 2003, objetivou com sua criação oferecer garantia e dignidade às pessoas com 60 anos de idade ou mais. Esta legislação surgiu com o escopo de universalizar a ideia de cidadania, fazendo com que o idoso desfrutasse de direitos próprios, sendo perceptíveis e respeitados por toda a coletividade.

Esta legislação é assistencial quanto às pessoas de que trata. Conta com 118 artigos que prestigiaram o princípio da dignidade da pessoa humana para assegurar a esta categoria de cidadãos o respeito a seus direitos. Dentre os direitos protegidos pelo Estatuto do Idoso, destaca-se o direito à saúde, à igualdade, à educação, à participação na vida política, ao trabalho, ao desenvolvimento, a viver em paz e livre de qualquer forma de violência e discriminação, à valorização de sua condição financeira e a um ambiente acessível. Nesse sentido, o Estatuto ainda elencou meios de se preservar suas proposições, deste modo, foram previstas medidas de fiscalização e punição aos crimes por ele estatuídos.

O estatuto segue os padrões de legislações internacionais de concessão de direitos e, uma vez colocados em prática, oferecerão novo patamar de dignidade à vida da pessoa idosa. Todavia, o percurso a percorrer para atingir este ideal de dignidade ainda é bem longínquo. Isso porque as políticas aplicadas à terceira idade precisam estar em consonância com as distintas realidades dos idosos de cada região do país, além do mais, devem atentar para as desigualdades pertinentes ao seu gênero.

As normas de proteção a idosos foram paulatinamente construídas, isso na medida em que os dados estatísticos passaram a esboçar uma significativa mudança na demografia nacional. Essas transformações no padrão demográfico ocorreram a partir dos anos 1940, quando se constatou declínio substancial dos níveis gerais de mortalidade, que não era acompanhado pelos níveis de natalidade (SIMÕES, 2006).

Quanto à habitação de pessoas idosas, é oportuno mencionar que estas também podem se submeter aos programas habitacionais. Assim, o Estatuto da Pessoa Idosa, por meio do caput do artigo 38, foi taxativo ao estabelecer que "[...] nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria[...]", para isso é indispensável que alguns critérios sejam observados.

Um dos critérios que chama a atenção refere-se à reserva de pelo menos 3% das unidades habitacionais residenciais para atendimento aos idosos. Este percentual é o mínimo a ser respeitado. Assim, existe a possibilidade que ele seja ampliado pelos Municípios e pelos

Estados, por meio de lei específica. Ressalte-se que esta proposta de aumento do percentual pode partir dos Conselhos Municipais da Pessoa Idosa.

Verifica-se que os requisitos presentes no Estatuto da Pessoa Idosa indicam que as unidades residenciais para idosos devem ficar preferencialmente no térreo, consoante estabelece o artigo 38, parágrafo único desta lei. Outro elemento que deve ser obedecido diz respeito à eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas para garantir a acessibilidade ao idoso (artigo 38, inciso III, do Estatuto do Idoso); logo, devem ser construídas rampas, disponibilizados elevadores e outros meios que facilitem o deslocamento do idoso.

Dentre os programas habitacionais há alguns exemplos que são destinados prioritariamente a esta faixa etária. Neste sentido, pode-se citar a Vila de Idosos localizada na cidade de São Paulo. Esta vila compreende um conjunto de prédios com apartamentos que são reservados à locação social por parte de pessoas idosas. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo (2018, p.11) explica que para o idoso fazer parte da seleção dos locatários é indispensável que ele esteja previamente cadastrado na Secretaria de Habitação do Município de São Paulo.

Existe ainda o Programa Vila Dignidade, também em São Paulo, instituído pelo Decreto estadual nº 54.285/09, criado para ali também funcionar as Secretarias Estaduais de Habitação e Desenvolvimento Social que fazem convênios com a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU/SP) e se juntam com os municípios paulistas para distribuir moradia entre as pessoas idosas que não tenham família e cuja renda seja de até um salário mínimo, segundo dados da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (2018, p. 11).

Outro dado relevante é a relação do idoso com financiamento habitacional. Os juros cobrados normalmente pelo mercado para a realização do negócio imobiliário não deveriam ser maiores por ser o adquirente uma pessoa idosa. O que pode existir, entretanto, é um prazo menor para a quitação do contrato.

A Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, completou 15 anos em outubro de 2018. Esta norma ganha cada vez maior relevância, pois o envelhecimento é uma característica humana e, como assegura seu art. 8º, é um direito personalíssimo. Sua proteção, como reiterado, é um direito social. Nesse sentido, é fundamental que entidades públicas e coletividade se esforcem pela efetivação desse direito de maneira a que o maior número de políticas públicas seja voltado a esse público para que possam ter a dignidade merecida.

3 NECESSIDADE DE CONSELHO PARA MAIOR PARTICIPAÇÃO DOS IDOSOS

O direito fundamental atribuído ao direito à moradia é efetivamente imprescindível para que idosos possam ter dignidade em sua existência. Juristas como Mastrodi e Rosmaninho (2013, p. 115) entendem que:

> Este direito [a moradia] é tão importante para o exercício da cidadania que, uma vez garantido, acaba por contribuir, também, para o acesso a outros direitos fundamentais sociais como educação, saúde e lazer. Com a Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à moradia foi expressamente elevado ao status de direito fundamental social, por sua inserção no caput do artigo 6º da Constituição brasileira. (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 115).

Ainda que a Constituição vigente não tenha previsto o direito à habitação em um primeiro momento de forma taxativa, ela já atribuía a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "[...] promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico [...]", como elucida o artigo 23 da CF/88. Logo, o dever traçado neste artigo demanda ação de todos os entes estatais, para que não passe a ser uma mera retórica. A constitucionalização desse dispositivo deu mais força e efetividade para a implementação desta norma. Isso porque, caberá ao Estado desenvolver medidas capazes de se transformar em políticas públicas concretas, para que esta garantia não passe apenas por uma promessa constitucional.

Nesse ponto de vista, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 145) destaca que "[...] o padrão mínimo do direito à moradia adequada estabelecido na legislação brasileira é muito maior que a vontade política estatal na busca da promoção deste direito social."

A implementação de políticas públicas em prol da moradia adequada deve constar com certa participação popular por meio de conselhos municipais. Essa participação é fundamental para que a população diretamente envolvida possa opinar e decidir questões relevantes relacionadas a projetos e políticas futuras. O Conselho, além de opinar, também fiscaliza, monitora e muitas vezes decide os melhores rumos a serem tomados.

Essa expansão quantitativa dos conselhos gestores de políticas públicas para Gomes (2015) significou necessariamente o sucesso desta nova fórmula de participação popular, bem como na superação de alguns óbices impostos à manifestação da população. Com as normas presentes, sobretudo o Estatuto da Cidade, houve um relevante ganho na constituição desta nova instância de controle social democrático sobre as políticas públicas.

Aspecto a ser considerado, como bem alertou Luciana Tatagiba (2002, p. 54), é a definição de até que ponto as deliberações podem ter um poder vinculante. Grande parte das

normas indica que a autoridade ordenadora deve decidir se o deliberado pelo Conselho deve ou não ter efeito vinculante e caso não concorde deve justificar amplamente. Comenta ser preciso acionar novos mecanismos de produção de acordos extra Conselhos, como o Ministério Público, para poder obrigar o Estado a cumprir as decisões.

A Constituição Federal de 1988 e as normas urbanísticas reconhecem a necessidade de se ter espaços nos quais a população participe dos processos de decisões sobre as Políticas Públicas, de forma a viabilizar a democracia participativa. Essa participação é notada em diversas áreas como a assistência social, meio ambiente e, como não poderia deixar de ser, em questões relacionadas aos idosos. Os conselhos podem ser notados nos municípios, em âmbito estadual e federal.

4 A QUESTÃO HABITACIONAL E O CONDOMÍNIO CIDADE MADURA

A legislação urbanística brasileira conta com grande número de normas para acompanhar o crescimento racional das cidades e garantir espaços próprios para a organização e desempenho das funções suas funções mais essenciais, conforme prescreve o art. 182 *caput* da CF. Relativamente à temática moradia, o país também evoluiu consideravelmente, seja pela constitucionalização do direito social à moradia, que deve ser objeto de políticas públicas capazes de efetivá-lo, seja pela efetiva participação popular em processos decisórios, sobretudo conselhos, que viabilizam a participação popular na tomada de decisões relevantes.

Um dos instrumentos que estabelecem diretrizes para a política urbana nacional é o Estatuto da Cidade, que foi concebido pela Lei Federal n° 10.257 de 10 de Julho de 2001. O Estatuto da Cidade (EC) visa atrelar uma gestão participativa com as noções de sustentabilidade e desenvolvimento, além de contribuir para um novo conceito de gestão das cidades.

Não obstante os avanços alcançados no campo normativo da política urbana e do direito à moradia, ainda há muito a se fazer. Isso porque, o déficit habitacional no Brasil é de aproximadamente 5,24 milhões de residências, número significativo, mas que representa uma queda, pois entre os anos de 2007 e 2012 houve redução sistemática do indicador do *déficit* habitacional, que passou de 5,59 milhões de domicílios em 2007 para 5,24 milhões de domicílios em 2012, segundo dados do IPEA (2013).

No Nordeste, os dados do déficit são também alarmantes, pois esta é a região do país com a maior carência habitacional, sendo de 2.631.790 unidades ou 8.876.959 pessoas, o que representa 18,4% da população da região, isso segundo a pesquisa do Déficit Habitacional

realizada no Brasil nos anos 2000 e divulgado pela Organização das Nações Unidas (2005, p. 134). Na Paraíba, a cidade de João Pessoa, segundo Clemente (2016) "[...] o *déficit* era de 20,9 mil habitações em 2013".

Especificadamente na capital da Paraíba, o Plano Diretor instituído pela Lei Complementar nº 3, de 30 de dezembro de 1992, já corroborava com as questões de moradia. Isso porque essa norma estabelece por meio do Art. 4º, VI, que a gestão e o ordenamento do espaço urbano terão como condição fundamental "[...] o acesso a terra e a oferta de moradia as faixas da população situadas em níveis médios e baixos de renda [...]". Ou seja, há um olhar diferenciado aos setores mais vulneráveis. Além disso, o referido Plano Diretor em seu Artigo n. 57 estabelece que "[...] política habitacional para a cidade tem como objetivos o direito social a moradia e a redução do déficit, tanto no aspecto quantitativo quanto no aspecto qualitativo".

Nesse sentido, buscando dar mais qualidade de vida a esta faixa etária foi lançado em 10 de junho de 2014, em João Pessoa (PB), um condomínio residencial público que tem como usuários idosos de baixa renda, intitulado "Cidade Madura". Este condomínio é fruto do Programa Cidade Madura, criado por força do Decreto nº 35.072, de 10 de junho de 2014.

Por meio da edição deste decreto se elencou alguns objetivos do programa. Dentre eles se pode destacar os objetivos de implementar uma moradia digna para pessoas com idade de 60 anos, com o intuito de proteger os direitos dos idosos, assim como determina o seu estatuto, proporcionando qualidade de vida e melhorias concretas para os idosos. Dados da Companhia Estadual de Habitação Popular (CEHAP, 2018) elencam os objetivos do artigo 2º do Decreto nº 35.072/14:

> Art. 2º Esse Programa tem como objetivo promover o acesso de idosos de ambos os sexos, que não dispõem de condições para permanecer na família, à moradia digna e equipamentos para a convivência social e lazer em condomínio habitacional adequado às necessidades das pessoas idosas, a ser implementado de acordo com as diretrizes da Política Estadual para a Pessoa Idosa do Governo do Estado da Paraíba. (CEHAP, 2018).

O modelo do condomínio desenvolvido estabeleceu fórmulas inovadoras de criação e funcionamento, que se dá de acordo com um condomínio horizontal fechado, onde dispõe de áreas de convívio social que incluem centros de convivência e de áreas de cultivo de hortaliças (CEHAP, 2018).

Por tudo isso e tentando garantir que a população idosa continuasse a ser respeitada no Estado da Paraíba, a CEHAP firmou parceria com a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Humano (SEDH), para que a implementação do condomínio Cidade

Madura fosse exitosa. Desta forma, caberia SEDH, entre outras funções, o auxílio na seleção dos idosos contemplados com as unidades habitacionais do condomínio. Logo, antes de haver a admissão do candidato foi realizado um estudo social completo "[...] efetuado pela equipe técnica social da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Humano, que considerará as condições de enquadramento do candidato e estabelecerá a prioridade de atendimento" (PARAÍBA, 2014).

Este condomínio habitacional é específico para atender a população com 60 anos ou mais. Este conjunto habitacional ainda conta com uma área de 5,07ha e está localizado em uma área de malha urbana de fácil acesso.

Conta com 40 unidades habitacionais com 54m², cada uma delas é acessível e tem amplas condições de atender os idosos com alguma necessidade especial, como os cadeirantes, ou com visão reduzida. As unidades são compostas de duas casas geminadas. Todas as unidades familiares são iguais e contam com um terraço, cozinha, um quarto para casal, um banheiro acessível, sala de jantar e uma área de serviço. Em todas as casas existem janelas capazes de dar ventilação e luminosidade a estas.

Quanto ao indicador de qualidade urbana destas habitações, assim se posiciona Ferreira Severo (2018):

> No entorno ao condomínio, a menos de 500 metros de raio, encontra-se uma escola pública. Embora os usuários do condomínio disponham de um núcleo de assistência à saúde no próprio condomínio, verifica-se a existência da Unidade de Saúde da Família de Verdes Mares, localizada a menos de 700 metros do empreendimento. Existem também pequenos supermercados, localizados a cerca de 400 metros. Há linhas de ônibus no local, com uma parada localizada a cerca de 200 metros do empreendimento.

Severo (2018) comenta ainda sobre a infraestrutura no entorno do condomínio e assim dispõe:

> O condomínio foi entregue com rede de abastecimento de água, rede de esgotamento sanitário, sistema de drenagem, energia elétrica e iluminação pública além de vias internas pavimentadas e com passeio público especiais. Diante do exposto, conclui-se que o empreendimento atende aos requisitos do subindicador "Qualidade do Entorno – Infraestrutura".

O Condomínio Cidade Madura é considerado um dos mais importantes programas habitacionais brasileiros destinados a atender a terceira idade e foi referência para outros Estados, além de ter conquistado diversos prêmios. Atualmente o projeto atende pessoas idosas de cinco municípios paraibanos: João Pessoa, Campina Grande, Guarabira, Cajazeiras e Sousa (PARAÍBA, 2014).

Elementos socioeconômicos, financeiros e etários devem ser analisados daqueles que querem ser beneficiados. Deste modo, alguns pressupostos precisam ser analisados: a renda mensal deve ser de até cinco salários mínimos, devem ter condições de garantir sua própria manutenção, devendo arcar com os gastos mensais referentes água, energia elétrica, taxa de condomínio e conservação de suas unidades habitacionais.

Como os imóveis são cedidos de forma vitalícia os idosos não podem modificar, locar, emprestar ou ceder estas unidades habitacionais; em caso de falecimento não se gerará para seus sucessores qualquer direito hereditário com relação à unidade objeto da concessão, de acordo com o art. 11, §2º, do Decreto Estadual nº 35.072/14. Logo, os imóveis retornam ao Governo do Estado da Paraíba para que possam ser novamente redistribuídos por quem cumpre os requisitos anteriormente citados.

A tipologia adotada na concessão das construções destinadas a essas pessoas, que garante o direito social à moradia, consagra fórmula segura para que outros possam desfrutar de habitação que lhe garanta dignidade até o final de sua existência.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal, seguida pelo Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da CF e outras normas urbanísticas, viabilizaram que normas de outras entidades federativas materializassem, por meio de políticas públicas, o direito social à moradia. Ainda que órgãos coletivos estejam sendo desativados por motivos diversos na Administração Federal, os conselhos são fundamentais para viabilizar a participação popular nos processos de tomada de decisões, que deveriam ser vinculantes para as autoridades públicas.

As previsões do Estatuto da Cidade e do Condomínio Cidade Madura estão alinhados aos direitos dos idosos e da necessidade de moradia. Apesar deste projeto não alinhar necessidades de idosos com limitações físicas, futuros projetos devem contemplar necessidades de acessibilidade e logística de idosos. No que se refere ao exemplo aqui oferecido, é possível mencionar a Lei nº 10.741/2003, que primeiro tratou de estabelecer o direito à moradia digna do idoso, seja no âmbito de sua família natural ou em família substituta, e ainda desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública.

Desta forma, o Condomínio Cidade Madura é um dos exemplos de excelência de local público em que os idosos possam dignamente morar. Este condomínio auxilia na

construção de uma vida mais confortável para os que nele decidem residir e ainda levou em consideração no projeto aspectos relevantes para a vida social dos idosos e sua participação comunitária.

Nada obstante os avanços constatados, o percurso a ser feito para se atingir o ideal de dignidade para os idosos em todo o Brasil ainda está distante de ser alcançado. Isso porque, as políticas públicas destinadas à terceira idade não são nem nunca foram prioridades a serem atingidas.

REFERÊNCIAS

BOEIRA, Sérgio Luís; SANTOS Adriana Clara Bogo dos; SAMTOS Alini Giseli dos. Estatuto da Cidade: aspectos epistemológicos, sociopolíticos e jurídicos. *Revista de Administração Pública - RAP*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 695-712, maio/jun. 2009.

BRASIL. *Economia e emprego*. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/em-10-anos-cresce-numero-de-idosos-no-brasil. Acesso em: 2 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Lei n° 10.257 de 10 de Julho de 2001 (Estatuto das Cidades). Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências**.** *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 20. out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.741 de 1º de Outubro de 2003 (Estatuto do Idoso). Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1 out. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

CLEMENTE, Herbert. Déficit habitacional de JP. *Edificar*, João Pessoa, 20 jan. 2016. Disponível em: https://revistaedificar.com.br/noticias/deficit-habitacional-de-joao-pessoa/. Acesso em: 10 out. 2018.

COMPANHIA ESTADUAL DE HABITAÇÃO POPULAR (CEHAP). *Programa Cidade Madura*. Disponível em: http://abc.habitacao.org.br/wp-content/uploads/2018/01/B-Grupos-Espec%C3%ADficos-CIDADE-MADURA-CEHAP-PB.pdf. Acesso em: 10 out. 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Direito à moradia da pessoa idosa*. Disponível: http://www.portalterceiraidade.org.br/pdf_files/CARTILHA_MORADIA_IDOSO_out_2016.pdf. Acesso em: 10 out. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Mudanças demográficas no Brasil do início do século XXI*: subsídios para as projeções da população.

Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93322.pdf. Acesso em: 10 out. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Projeção da População 2018*: número de habitantes do país deve parar de crescer em 2047. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047. Acesso em: 10 out. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Estudo aponta redução no déficit habitacional no país. *Ipea na mídia*, 25 nov. 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20656&catid=1&Itemid=7. Acesso em: 10 out. 2018.

JOÃO PESSOA. Lei Complementar nº3, de 30 de Dezembro de 1992. **Plano Diretor da Cidade de João Pessoa**. Gabinete do Prefeito do Município de João Pessoa, em 12 de Marco de 1993. Disponível em: http://www.joaopessoa.pb.gov.br/secretarias/seplan/plano-diretor/. Acesso em: 10 out. 2018.

KALACHE, Alexandre; VERAS, Renato P.; RAMOS, Luiz Roberto. O envelhecimento da população mundial. *Revista Saúde Pública***,** São Paulo, v. 21, n. 3, p. 200-210, 1987.

KUNST, Marina Holanda. *Avaliação da acessibilidade do idoso em conjuntos habitacionais:* o caso do Cidade Madura. 2016. 193 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Urbano). Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

MARLI, Mônica. *Expectativa de vida do brasileiro sobe para 75,8 anos*. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos. Acesso em: 10 out. 2018.

MASTRODI, Josué; ROSMANINHO, Mariane Dantas. O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 113-134, jul./dez. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 10 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 11 out. 2018.
Acesso em: 11 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *O Direito à Moradia no Brasil:* Violações, práticas positivas e recomendações ao governo brasileiro. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/412/POLIS_direito_moradia_brasil_viola%E7%F5es_praticas_positivas.pdf?sequence=1. Acesso em 12 out. 2018.

PAGANI, Eliane Adelina. *O direito de propriedade e o direito à moradia*: um diálogo comparativo entre o direito da propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPURCRS, 2009.

PARADELLA, Rodrigo. *Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017*. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017. Acesso em: 06 out. 2018.

PARAÍBA. Decreto Nº 35.072 de 10 de Junho de 2014. *Dispõe sobre o Programa Habitacional Cidade Madura, e dá outras providências*. Disponível em: http://static.paraiba.pb.gov.br/2014/06/Diario-Oficial-11-06-2014.pdf. Acesso em: 04 out. 2018.

PARAÍBA. *Programa Cidade Madura servirá de modelo para Governo do Estado do Paraná.* Disponível em: http://paraiba.pb.gov.br/programa-cidade-madura-servira-de-modelo-para-governo-do-estado-do-parana/. Acesso em: 05 out. 2018.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Decreto De Aprovação da Constituição. *Diário da República*, n.º 86/1976, Série I de 1976-d4-10. Disponível em: https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/337/201804060926/128029/diploma/indice. Acesso em: 12 out. 2018.

REBELLO, Sandra. Isto é que é a melhor idade. *Revista Planeta*. Disponível em https://www.revistaplaneta.com.br/isso-e-que-e-a-melhor-idade/. Acesso em: 05 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEVERO, Elisabeth Maria Ferreira. *Sustentabilidade das Habitações de Interesse Social nas Cidades de João Pessoa, Recife e São Paulo:* avaliação das práticas e proposta de melhoria. 2018. 476 f. Tese (Doutorado em Engenharia Civil). Universidade do Porto, Porto-Portugal.

SIMÕES, Celso Cardoso da Silva. *A transição da fecundidade no Brasil*: análise de seus determinantes e as novas questões demográficas. São Paulo: Arbeit Factory Comunicação, 2006.

TATAGIBA, Luciana. Os Conselhos Gestores e a Democratização das Políticas Públicas no Brasil. *In*: DAGNINO, Evelina. *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os "Novos" Direitos no Brasil*: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

LA INTEGRALIZACIÓN COMO MODELO DE ENSEÑANZA DEL DERECHO Y LA CONCRETIZACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

A INTEGRALIZAÇÃO COMO MODELO DO ENSINO JURÍDICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITO À EDUCAÇÃO

Artigo recebido em 03/05/2019
Revisado em 24/05/2019
Aceito para publicação em 10/06/2019

Angel Rafael Mariño Castellano
Doutor em Direito pela Universidad Oriente de Cuba/USP.

RESUMO: Las exigencias crecientes de un mercado de trabajo cuyos pilares son la competitividad, la responsabilidad y la especialización son cuestiones también presentes en la enseñanza jurídica. Una relevante referencia sería que la enseñanza jurídica se da en un contexto universitario y cultural donde se forman (preparan) a los futuros operadores del Derecho y participantes en la administración institucionalizada de la justicia. En ese sentido, se hace necesario revisar la concepción didáctica-pedagógica que está siendo seguida en los cursos de Derecho. Para ello, primero debe ser discutido el modelo pedagógico adoptado, la didáctica y metodología enseñanza-aprendizaje de él derivada y especialmente los objetivos y estrategias formativas que orientan todo el proceso. Justo estas cuestiones son el punto de partida de este trabajo. Es preliminar exigir que se siga visión holística para entender el Derecho como sistema normativo institucionalizado. Un fenómeno social multidimensional, históricamente dado a partir de las influencias de los diversos procesos culturales, filosóficos, políticos, sociológicos, antropológicos, económicos, morales e internacionales. Su característica diferenciadora es ser el sistema normativo de mayor alcance regulatorio, cuya esencia es ordenadora, que tiene como sentido la justicia, como valor la convivencia pacífica y como valor fundacional el hombre, sus derechos y libertades. Se defiende un modelo de enseñanza jurídica integrador e interdisciplinario que permite relacionar las diferentes disciplinas del curso utilizando actividades de enseñanza, investigación, extensión y las propias profesionales, interrelacionadas a partir de casos teóricos-prácticos reales y simulados, en que la formación y el desarrollo de competencias y el dominio de los diferentes

institutos y conceptos propios de la Ciencia del Derecho y del Derecho como sistema normativo son estimulados. Este modelo que se propone concreta una inusual forma de evaluación que sobrepasa los límites de las disciplinas para con objetivos de pronóstico (además de los tradicionales de medición y clasificación) ir garantizando la consecución del modelo de profesional del derecho anhelado por el curso.
PALAVRAS-CHAVE: Enseñanza juridical. Modelos de enseñanza. Integralización. Estrategias didáctico-pedagogicas.

ABSTRACT: The growing demands of a labor market whose pillars are competitiveness, responsibility and specialization are also issues in law teaching. A relevant reference would be that law teaching occurs in a context where the future operators of law and participants in the institutionalized administration of justice are prepared. Therefore, it is necessary to revise the didactic-pedagogical conception that is being followed in Law courses. To accomplish this goal it must be primarily discussed the adopted pedagogical model, the didactics and teaching-learning methodology derived from it, and especially the objectives and training strategies that guide the whole process. These specific questions are the starting point of this work. It is defended an integrating and interdisciplinary law teaching model that allows to relate the different disciplines of the course using activities such as teaching, research, extension and professional activities themselves, interrelated from real and simulated theoretical-practical cases, in which the formation and the development of competences and the domain of the different institutes and concepts of the Science of Law and of Law as a normative system are stimulated. This model that is proposed concretes an unusual form of evaluation that exceeds the limits of the disciplines for prognostic purposes (in addition to traditional measurement and classification) to ensure the attainment of the right professional model desired by the course.
KEYWORDS: Law teaching. Teaching models. Integration. Teaching-pedagogical strategies.

SUMARIO: Introducción. 1. Justificativa metodológica. 2. Estrategia didático-pedagógica. 3. La integralizácion en la Enseñanza del Derecho. 4. Finalidad y justificativa de la propuesta. 5. La metodología del aprendizaje. 6. Aplicación del modelo en el primer semestre de la carrera de derecho. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Las exigencias crecientes de un mercado de trabajo cuyos pilares son la competitividad, la responsabilidad y la especialización son cuestiones también presentes en la enseñanza jurídica. Una relevante referencia sería que la enseñanza jurídica se da en un contexto universitario y cultural donde se forman (preparan) a los futuros operadores del Derecho y participantes en la administración institucionalizada de la justicia.

En ese sentido, se hace necesario revisar la concepción didáctica-pedagógica que está siendo seguida en los cursos de Derecho. Para ello, primero debe ser discutido el modelo pedagógico adoptado, la didáctica y metodología enseñanza-aprendizaje de él derivada y especialmente los objetivos y estrategias formativas que orientan todo el proceso. Justo estas cuestiones son el punto de partida de este trabajo.

Es preliminar exigir que se siga una visión holística para entender el Derecho como sistema normativo institucionalizado. Un fenómeno social multidimensional, históricamente dado a partir de las influencias de los diversos procesos culturales, filosóficos, políticos, sociológicos, antropológicos, económicos, morales e internacionales. Su característica diferenciadora es ser el sistema normativo de mayor alcance regulatorio, cuya esencia es ordenadora, que tiene como sentido la justicia, como valor la convivencia pacífica y como valor fundacional el hombre, sus derechos y libertades.

Se defiende un modelo de enseñanza jurídica integrador e interdisciplinario que permite relacionar las diferentes disciplinas del curso utilizando actividades de enseñanza, investigación, extensión y las propias profesionales, interrelacionadas a partir de casos teóricos-prácticos reales y simulados, en que la formación y el desarrollo de competencias y el dominio de los diferentes institutos y conceptos propios de la Ciencia del Derecho y del Derecho como sistema normativo son estimulados.

Este modelo que se propone concreta una inusual forma de evaluación que sobrepasa los límites de las disciplinas para con objetivos de pronóstico (además de los tradicionales de medición y clasificación) ir garantizando la consecución del modelo de profesional del derecho anhelado por el curso.

Concebido como proceso, el aprendizaje transcurre en diferentes períodos por los cuales quién aprende transita necesariamente y en cada uno de ellos sufre transformaciones que van alterando tanto su psiquis como su comportamiento, sin embargo, se da una

interrelación sistémica entre cada una de esas etapas que permite hablar de simetría gradual en que el avance y el progreso son resultados de mucha relevancia.

En cada período sucede una fusión de elementos cognitivos y de comportamientos, consecuencia de la evolución-transformación que el individuo que aprende va experimentando, lo que al final se refleja en determinados niveles de preparación y evolución siendo la meta final el paradigma formativo anhelado por el Proyecto Pedagógico, visto este la directriz principal.

En ese contexto las disciplinas y las variadas actividades van permitiendo la concretización de la estrategia formativa escolar, cuyo direccionamiento es que el alumno adquiera y sistematices saberes, al tiempo que desarrolla competencias. Los períodos así, son contextos donde se van sucediendo operaciones y acciones que realizan, con cierto sincronismo, el alumno y el profesor (siendo ambos sujetos del proceso enseñanza-aprendizaje), según la planificación elaborada por este último.

Ese proceso de evolución-transformación, con las diferentes operaciones que van sucediendo, tienen como marco temporal un determinado período y en el sentido pedagógico determinados objetivos formativos.[1]

El proceso de aprendizaje puede ser dividido en dos grandes períodos o momentos[2] siendo el primero identificable porque en el sucede la preparación del alumno para aprender a aprender, mientras el segundo tiene como identificador la progresiva madurez del que aprende, principalmente en la escuela, para ir adquiriendo mayor autonomía, pasar a la

[1] En general en la metodología de enseñanza y aprendizaje se discuten tres niveles de asimilación, a saber: 1. reproductivo, 2. Aplicativo y 3. creativo. Pero en el Modelo de la Integralización se presentan seis etapas en el proceso formativo escolar. Esto es porque se parte del supuesto de que la asimilación no agota el aprendizaje, como no se identifica con la formación. Sobre las fases del aprendizaje y las etapas por las que transcurre el proceso de aprendizaje sirven de referencia principalmente a las obras de Vygotsky y Piaget. Sobre los libros de Vygotsky, Vide: VYGOTSKY, L. S. *A formação social da mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1983; VYGOTSKY, L. S. *Pensamento e Linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1989; VYGOTSKY, L. S. *Teoria e método em Psicologia*. São Paulo: Martins Fontes, 1996; VYGOTSKY, L. S. *Fundamentos da defectologia*. Madri: Visor, 1997; VYGOTSKY, L. S. *O desenvolvimento psicológico na infância*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Entre las obras de Piaget, e sus seguidores se destacan: PIAGET, J. *O desenvolvimento do pensamento. Equilibração das estruturas cognitivas*. Lisboa: Dom Quixote, 1977. PIAGET, J. A psicogênese dos Conhecimentos e a sua significação Epistemológica. *In*: PIATELLI-PALMARINI, M. (org.). *Teorias da Linguagem, Teorias da Aprendizagem*. Lisboa: Edições 70, 1987; PIAGET, J. Observações Introdutórias. *In*: PIATELLI-PALMARINI, M. (org.). *Teorias da Linguagem, Teorias da Aprendizagem*. Lisboa: Edições 70. 1987b; PIAGET, J. *Para onde vai a educação?* Rio de Janeiro, José Oympio, 1984; PIAGET, J. *Epistemologia Genética*. São Paulo: Martins Fontes, 1990; PIAGET, J; INHELDER, B.A. A *Psicologia da criança*. 3. ed.: Difel, 1994.

[2] Siendo que su enumeración no pretende preestablecer dogmas ni dejar al profesor al margen de la creatividad y libertad de los sujetos que participan en él.

aplicación independiente de lo aprendido, formar ciertos niveles cognitivos y de comportamientos que permitirían hablar del nivel superior de la aptitud para auto-aprender.[3]

Vale destacar la imposibilidad de hacer una separación definitiva y hermética entre ambos períodos o pretender situar cada uno de ellos en momentos concretos del proceso al estilo de ahí o nunca, tampoco situar los referidos períodos en tiempos exactos. Parece más oportuno en todo caso, relacionar ciertas operaciones con determinado nivel evolutivo. Ciertamente, tanto los períodos como las operaciones y acciones que el alumno debe realizar deben estar exclusivamente relacionados con los objetivos trazados para las actividades que se planean, cuidándose de la precedencia y la lógica sucesión entre ambos.[4]

En cada período se dan diferentes momentos evolutivos siendo cada uno el contexto para el alumno que aprende ir avanzando hacia el nivel de preparación previsto a través de la realización de actividades que el profesor, además de planificar va supervisando. En esas actividades, como dicho, ocurre la fusión de elementos cognitivos y de comportamientos, resultantes de la evolución referenciada por la cual el alumno va transitando.

El aprendizaje comprendido como proceso se va desarrollando en operaciones y diferentes etapas del proceso formativo, mas todas deben tener como punto de partida, primero, las metas cognitivas más globales de la carrera, que después se irán realizando en los diferentes períodos y, en segundo lugar, el programa de la asignatura que el profesor deberá ejecutar.

Entonces, cada operación y la etapa en que queda insertada se encuentra relacionada con el nivel de preparación cognitivo-comportamental previsto como parte de la consecución del paradigma formativo anhelado por la carrera, contenido, por regla general, en el Proyecto Pedagógico de la carrera.

1 JUSTIFICATIVA METODOLÓGICA

En el presente trabajo se presenta primero una concepción del aprendizaje como proceso continuo en que el alumno tiene importancia decisiva en su formación y evolución porque aprende a aprender, para seguidamente describir, sintéticamente, el modelo didáctico-metodológico de integralización consistente en la unión dialéctica de actividades integradoras

[3] Piénsese la auto-aprendizaje como la última y justificativa final de todo proceso formativo.
[4]Excepción admitida y justificada en los casos, cada vez más comunes, de alumnos con alto aprovechamiento cuya evolución demanda saltar etapas. En sentido inverso se podría decir de los alumnos con déficit en el aprendizaje por causas biológicas y psicológicas.

con la interdisciplinariedad de contenidos de diferentes asignaturas, siendo el destaque la carga de horas que son reservadas a la realización de operaciones más allá de la tradicional dogmática. En ese modelo se enfatiza el protagonismo del alumno gracias al papel de guía y mediador del proceso de enseñanza-aprendizaje que se reserva al profesor. En el capítulo final se dará un ejemplo de la ejecución del proyecto. Se trata, en fin, de un proyecto de naturaleza pedagógica-didáctica y metodológica y no de pura epistemología jurídica.

2 ESTRATEGIA DIDÁCTO-PEDAGÓGICA

La estrategia didáctico-pedagógica que aquí se propone forma parte de una metodología didáctica denominada "Integralización", cuyos presupuestos se basan en los postulados y aportes de corrientes pedagógicas como el cognitivismo, la pedagogía liberadora y el enfoque histórico-cultural, que desarrolladas, entre otros, por grupos de investigadores y profesores de Educación y Derecho, pretenden transformar la enseñanza jurídica en algo más creativo, problemático y atractivo. En nuestro entender, una estrategia didáctica pedagógica avanzada que resume años de estudios, investigaciones y experiencia en el magisterio. Esta estrategia tiene como objetivo la realización de un proceso enseñanza-aprendizaje con la utilización de métodos que propicien la participación activa de los alumnos en el proceso formativos y su decisiva contribución en la búsqueda de soluciones a problemas de naturaleza teórica, profesional y social.

Se entiende que la preparación del estudiante es una consecuencia de su trabajo y su interacción con sus colegas, el medio social y la práctica profesional, a través de un amplio conjunto de actividades, incluso fuera del campus de las Instituciones. Al mismo tiempo los profesores, actuando como un equipo de curso y de semestre, pasan de meros transmisores de informaciones en reiterados monólogos, a mediadores y orientadores del proceso de aprendizaje, quedando a su cargo la creación de un ambiente pedagógico en que los propios alumnos puedan construir sus conocimientos y las habilidades para que concreten los objetivos y los diferentes Niveles de Capacitación Profesional deseados.

Como parte de esa concepción pedagógica se integran las distintas actividades académicas, las propias de la práctica profesional, las de investigaciones y las de extensión, entendiendo que eso contribuirá en la formación integral del alumno. Así, los alumnos se relacionarán con la realidad social, regional y comunitaria y con los problemas de orden profesional y social que tendrán que enfrentar en el futuro. Por lo tanto, junto con las

actividades académicas serán implementadas actividades de extensión, investigación y las correspondientes a la práctica profesional.

Para esta orientación pedagógica los conocimientos son consecuencias de una construcción que realiza el alumno, a través de su actividad en la realidad académica, profesional y social y con su comprensión lógica de las causas y consecuencias de los hechos, para poder elaborar sus propias conclusiones. Así, el proceso enseñanza-aprendizaje se orientará a desarrollar estructuras operativas de su pensamiento.

La característica esencial es crear las condiciones para que el alumno venga a realizar durante el proceso de enseñanza un conjunto de operaciones mentales que conducen al aprendizaje. Tales operaciones pueden ser lógicas, teóricas y profesionales, en un proceso progresivo y gradual de asimilación de conocimientos, competencias y aptitudes protagonizadas por el alumno.

La búsqueda de la interdisciplinaridad y la integración orienta toda la estrategia y las diferentes actividades (académicas, investigación, extensión y profisionales) a realizar durante los diversos períodos del curso. De ahí que se propone introducir desde los primeros semestres los Seminarios Interdisciplinarios e Integradores y actividades profesionales. La interdisciplinariedad y la integración acontecen tanto en las cuatro actividades mencionadas como utilizando los contenidos de las diferentes disciplinas. Esto garantizará la visión multidisciplinar que se pretende formar en el egresado.

Las investigaciones deberán se orientar a las cuestiones teóricas y doctrinales del ordenamiento jurídico con la debida interacción con las cuestiones políticas, filosóficas, sociológicas, históricas, culturales, etc., para que el alumno tenga el necesario contacto con la realidad jurídica teórico-práctica y social desde los primeros semestres.

Mientras tanto, las actividades de extensión propiciarán el contacto del alumno con la realidad, la comprensión de la realidad regional y el desarrollo de una sensibilidad por los problemas sociales que conducirá al surgimiento de un importante compromiso social, el cual garantiza la deseada formación del egresado como profesional y ciudadano.

En las actividades académicas deberán ser superadas las orientaciones de formación limitada, monista y poseída de una cierta visión de neutralidad científica, política y social y doctrinariamente encuadrada en una comprensión positivista que imposibilita la comprensión del Derecho, además de sistema normativo, como fenómeno social complejo, mutable y acondicionado por razones sociales.

3 LA INTEGRALIZACIÓN EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

La enseñanza jurídica que se propone sigue una concepción pedagógica que deriva de una diferenciada visión curricular y profesional, orientada hacia una metodología basada en la acción-reflexión-acción, que se constituye en uno de los caminos para vincular teoría y práctica en la construcción del conocimiento. Por lo tanto, se hace necesaria la participación activa y dinámica de profesores y alumnos, siendo el profesor generador de estímulos, orientador, mediador y facilitador, valorizando la investigación, el descubrimiento y la solución de problemas teóricos, profesionales y sociales por los alumnos, a través de actividades individuales y grupales.

Se sigue, como parte de esta concepción, la introducción de un esquema pedagógico de flexibilización curricular y de utilización de clases y actividades académicas que incentivan el trabajo individual y por equipo de los alumnos, dentro de las Facultades y en la comunidad.

Se entiende que los conocimientos deben ser una consecuencia del trabajo del alumno y de su interacción con sus colegas, el medio social, la práctica profesional, las diversas fuentes de información y los profesores, actuando no como transmisores de información en reiterados monólogos, sino como mediadores en el proceso de aprendizaje, creando nuevos ambientes de aprendizaje que privilegien la circulación de informaciones y la construcción del conocimiento por el alumno.

Como parte de esa concepción pedagógica se relacionan las distintas actividades académicas, las propias de la práctica profesional, las de investigaciones y las de extensión, por entender que eso contribuirá en la consecución del perfil profesional y la formación integral del profesional. Así, los alumnos se relacionarán con la realidad social, regional y comunitaria y con los problemas de orden profesional y social que tendrán que enfrentar en el futuro.

Bajo la influencia de esta concepción pedagógica la mayoría de las evaluaciones requerirá de los alumnos la aplicación de los conocimientos adquiridos y una búsqueda de soluciones / respuestas a partir de la elaboración individual. De esta forma, se abandonará la práctica de conducir al alumno a la memorización de contenidos a base de reproducción de textos o notas de las clases.

En esta concepción pedagógica el conocimiento es una consecuencia de la actividad del alumno, y demanda una visión más clara y compleja de la realidad, hechos y situaciones.

Así, el proceso enseñanza-aprendizaje se orientará a desarrollar estructuras operativas de pensamiento.

La característica esencial de este modelo para la enseñanza jurídica está en crear las condiciones para que el alumno venga a realizar durante el proceso de enseñanza un conjunto de operaciones mentales que lo conduzcan al aprendizaje. Tales operaciones serán lógicas, teóricas y prácticas, en un proceso progresivo de asimilación de conocimientos y habilidades protagonizados por el estudiante.

La búsqueda de la interdisciplinaridad de los contenidos del curso y de cada período orienta todo el curso y sus diferentes actividades (académicas, investigación, profesionales y extensión) que se realizaran en una integración que se dará a través de los objetivos de cada una de ellas.

4 FINALIDAD Y JUSTIFICATIVA DE LA PROPUESTA

El objetivo central es la formación de un profesional a partir de nuevas visiones pedagógicas, curriculares y profesionales, lo que institucionalmente significa una mayor importancia al aprendizaje y al papel del alumno en el proceso; profesores asumiendo el papel de orientadores y mediadores; la diversificación de las clases en favor del mayor trabajo de los alumnos; utilización de las experiencias y potencialidades de los alumnos, uso de la interdisciplinariedad y de la integración conscientes y programadas, y una estructura curricular flexible.

La concepción pedagógica de este Curso se justifica en la búsqueda de un distinto, nuevo, moderno y superior Licenciado (bachillerato) en Derecho, técnicamente competente para enfrentar las exigencias del mercado de trabajo y desarrollar con profesionalismo y ética su papel en el contexto geográfico que actúa, completamente comprometido con las demandas sociales de más justicia, en especial de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad social.

La precedencia, la sistemática, la participación creativa del alumno, la interdisciplinaridad y la integración son los principios básicos de la concepción pedagógica que defendemos.

En este sentido, se trabajará para que los conocimientos sean un resultado del trabajo del alumno y de su interacción con sus colegas, el medio social, la práctica profesional, las diversas fuentes de información y los profesores, que no actuarán como transmisores de datos pero como mediadores en el proceso de aprendizaje, responsabilizados por la creación de un

entorno pedagógico en el que los propios académicos puedan construir sus conocimientos, adquirir y consolidar las competencias planeadas.

Se pretende también integrar las actividades docentes, de investigación, extensión y las profesionales, como forma de garantizar la integración general de todos los conocimientos, las habilidades y las competencias que el curso se propone formar, de ahí que los alumnos deberán relacionarse con la realidad social, regional y territorial y con los problemas del orden profesional y social que tendrán que enfrentar en el futuro, bien sea bajo la denominación de actividades de extensión o de la etapa profesional que, simultáneamente con las actividades académicas y de investigación, formen un todo.

El alumno permanecerá durante todo el proceso docente en la búsqueda de respuestas y soluciones a las interrogaciones y problemas profesionales (teóricos o empíricos) planteados por el profesor o detectados en su contacto con la realidad social y profesional.

5 LA METODOLOGIA DEL APRENDIZAJE

La metodología de aprendizaje se basa en la idea de que el aprendizaje del estudiante es una consecuencia de su trabajo y de su interacción con sus colegas, el medio social y la práctica profesional, a través de un amplio conjunto de actividades que incluyen algunas fuera del campus de la Institución. El presupuesto para el aprendizaje es que los conocimientos son consecuencias de una construcción que realiza el alumnado, a través de su actividad en la realidad académica, profesional y social y con su comprensión lógica de las causas y consecuencias de los hechos, logra elaborar sus conclusiones individuales.

Para viabilizar ese aprendizaje se propiciará el vínculo del alumno con la práctica, relacionada con sus intereses, necesidades, de lo que hacen, sienten, piensan, perciben y del conocimiento que ya poseen sobre determinado tema. Así, el alumno caracteriza hechos y situaciones significativas de la realidad inmediata para problematizarla y teorizarla, con el propósito de desarrollar la capacidad para transformarla.

Este proceso viene demandando una reflexión sobre la realidad profesional y social y sus problemáticas, colocándolas en la perspectiva académica a partir de las experiencias y los contenidos recibidos en el aula, el estudio independiente, la investigación y el contacto con la práctica profesional.

Así, el aprendizaje pasará por la comprensión de la teoría y su contextualización práctica, la relación entre diferentes elementos, la comparación, la praxis, la inducción y la deducción. Los saberes serán el resultado de una sistemática que va del conocimiento

empírico hacia lo teórico y de éste nuevamente al empírico en un proceso dialéctico, que irá más allá de las apariencias inmediatas, del sensorial concreto, entendiendo la teorización de la realidad práctica no como un proceso individualista, sino y especialmente colectivo, o fruto de la reflexión colectiva. El aprendizaje se garantizará porque su soporte teórico resultará de la práctica y volverá a ella.

El alumno incautará que la teoría es guía para la acción transformadora de lo real, no es un fin en sí misma, sino un medio para trazar directrices que respondan a las exigencias de la realidad y así puedan transformarla.

6 APLICACIÓN DEL MODELO EN EL PRIMER SEMESTRE DE LA CARRERA DE DERECHO

PRIMEIRO SEMESTRE

1. **Objetivo del primer semestre**

   El objetivo es que al concluir el primer semestre los alumnos sean capaces de resolver el conflicto surgido por la mutua influencia que se da entre las normas jurídicas y factores sociales, políticos, morales, económicos y culturales en un cierto momento histórico, territorial concreto, de cuya existencia se deriva la naturaleza multidimensional del Derecho.

2. **Actividades de capacitación profesional del primer semestre**

   - Clases de diversos tipos.
   - Actividades de investigación.
   - Actividades de extensión.
   - Encuentro con profesionales del Derecho.
   - Estudio y discusión de sentencias, decisiones, materias de periódicos, películas y otros medios y fuentes de documentación.
   - Jurado simulado y creación simulada de diferentes decisiones jurídicas.

3. **Nivel de capacitación profesional del primer semestre**

   Al concluir el primer semestre los alumnos deben ser capaces de realizar las siguientes operaciones:

   - **Lógicas:**

     1) relacionar lógicamente las normas jurídicas y las estructuras normativas

con los demás factores sociales, políticos, morales, económicos y culturales.

2) demostrar por raciocinio lógico la relación que se da entre las normas jurídicas y las estructuras normativas con los demás factores sociales, políticos, morales, económicos y culturales.

- **Teóricas:**

1) caracterizar el tipo de influencia que se da entre las normas jurídicas y las estructuras normativas con los demás factores sociales, políticos, morales, económicos y culturales.
2) elaborar una teoría que justifique la naturaleza multidimensional del Derecho.
3) argumentar doctrinariamente porque debe admitirse teóricamente tal naturaleza multidimensional del Derecho y cómo ello depende del múltiple condicionamiento.

- **Profesionales :**

1) identificar en una decisión jurídica la mutua influencia entre normas jurídicas y las estructuras normativas con los demás factores sociales, políticos, morales, económicos y culturales.
2) simular la administración de las influencias de los factores sociales, políticos, morales, económicos y culturales en la formación y aplicación de las normas jurídicas y las estructuras normativas.

4. Seminarios interdisciplinarios y integradores

Seminario 1. Tema: El Derecho y su papel social
Seminario 2. Tema: La justificación del Derecho y su relación con otros órdenes normativos
Seminario 3. Tema: La formación del Derecho y los factores incidentes
Seminario 4. Tema: Las consecuencias sociales de la utilización del Derecho.

5. Teste de Nivel de Capacitación del primer semestre

A partir de la presentación de decisiones jurídicas concretas el alumno debe transitar por las fases que abajo se relacionan y en cada una de ellas realizar las operaciones

exigidas.

- ✓ ***Primera fase*** (3 ptos)

a) Identificación de los factores presentes en la decisión.
b) Determinación del peso que los diferentes factores acabaron teniendo y el grado de influencia entre ellos.
c) Determinación del tipo de influencias entre los factores presentes.

- ✓ ***Segunda fase*** (3 ptos)

a) Caracterización de la decisión basada en los fundamentos filosóficos, morales, políticos, económicos y sociales presentes en ella.
b) Indicación de los principales elementos positivos y negativos (evaluación crítica) presentes en la Decisión.
c) Ayuda doctrinaria de la opinión crítica.

- ✓ ***Tercera fase*** (4 ptos)

a) Ecuación del conflicto que se da entre factores jurídicos y no jurídicos al simular la redacción de una decisión.
b) Presentación y defensa de la decisión elaborada.

CONCLUSIÓN

La metodología de la enseñanza que se utiliza se rige por la idea de que los profesores, actuando como un equipo de curso y de serie dejan de ser meros transmisores de informaciones en reiterados monólogos, y asumieron el papel de mediadores, orientadores y transformadores del proceso educativo, propiciando que los académicos puedan construir y estructurar sus conocimientos y adquirir las competencias esperadas, que permitan garantizar la consecución del perfil profesional deseado.

La característica esencial de la metodología de la enseñanza que se utiliza es la de crear condiciones para que el alumno pueda realizar durante el proceso un conjunto de operaciones mentales que lo conducen al aprendizaje. Tales operaciones pueden ser lógicas, teóricas y profesionales, en un proceso progresivo y gradual de asimilación de conocimientos y competencias.

Se orienta al profesor para actuar como promotor de estímulos, orientador, mediador y facilitador, valorizando la investigación, el descubrimiento y la solución de problemas

teóricos, profesionales y sociales por los alumnos, a través de actividades individuales y grupales, lo que ha imprimido al curso una manera diferente de desarrollo del proceso educativo.

El profesor para tanto, diversifica los tipos de clases, incrementa actividades didácticas no tradicionales y amplía en cantidad y calidad el acervo bibliográfico que orienta, incluyendo además de los libros, una variedad de periódicos, revistas, cintas de vídeo, sitio de internet y otros materiales en soporte electrónico.

El estudio de casos, como método utilizado por el profesor, y el vínculo que propicia entre realidad profesional y social y los elementos teóricos, dinamizarán el proceso educativo y estimularán la reflexión crítica, la iniciativa, la autonomía y la creatividad en los académicos. La lectura reflexiva previa, el intercambio de ideas y soluciones y el debate que ocurre entre los integrantes de las clases se superan métodos y técnicas tradicionales y se favorece la calidad de la enseñanza.

La metodología de la enseñanza orientada por la búsqueda permanente del papel del alumno en el proceso educativo, demanda la formulación para cada clase y actividad de objetivos que no conduzcan a la contemplación, sino orientación al aprendizaje, buscando elevar los niveles de estudio independiente y el trabajo de los alumnos y equipos de ellos. En fin, la metodología de la enseñanza se usa para favorecer el desarrollo de las competencias profesionales y las potencialidades individuales de los alumnos.

REFERENCIAS

BLOOM, Benjamin S. (Editor). *Taxonomy of educational* objectives: Book 1 Cognitive Domain. New York: Longman, 1984.

CARRETERO, Mario. *Construtivismo e Educação.* Porto Alegre: Artmed, 1997.

DEMO, Pedro. *Desafios modernos da Educação.* 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GROSSI, Esther Pillar; BORDIN, Jussara (org.). *Construtivismo pós- piagetiano*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl; DANTAS, Heloysa. *Piaget, Vygotsky, Wallon*: teoria psicogenética em discussão. São Paulo: Summus, 1992.

CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño; NOGUEIRA, J. de O. *O processo formativo escolar integralizado*: uma nova visão para a escola contemporânea. 2013. 91p.

CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño; MARIÑO-CASTELLANOS, T. ; NOGUEIRA, J. de O. Uma visão pedagógica do ensino jurídico. *In*: CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño; NOGUEIRA, Juliana de Oliveira (org.). *A Educação pelos múltiplos olhares.* 2013. p. 153-167.

MORETO, Vasco Pedro. *Construtivismo*: a produção de conhecimento em aula. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

OLIVEIRA, Marcos Barbosa de; OLIVEIRA, Marta Kohl de (org.). *Investigações cognitivas*: conceitos, linguagem e cultura. Porto Alegre: Artmed, 1999.

PIAGET, Jean. *Psicologia e Pedagogia*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

POZO, Juan Ignácio. *Teorias cognitivas da aprendizagem*. 3. ed. Porto Alegre: Artes médicas, 1998.

VYGOTSKY, L.S. *Mind in society*: the development of Higher Psychological Processes. Harvard University Press, 1978.

APLICACIONES DE LOS TÓPICA A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO. UN ENFOQUE DISTINTO DE CÓMO ENSEÑAR DERECHO HOY

APPLICATIONS OF THE TOPICAL TO THE TEACHING OF LAW. A DIFFERENT APPROACH OF HOW TO TEACH LAW IN THE PRESENT DAYS

Artigo recebido em 23/01/2019
Revisado em 22/02/2019
Aceito para publicação em 22/02/2019

Santiago Zárate G.
Docente Universidad Central de Chile; Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile, y docente de la Universidad del Desarrollo. Dirección postal: Cochrane 417 A, Santiago de Chile. Dirección electrónica: santiago.zarate@ucentral.cl

RESUMEN: El presente trabajo se refiere a la Tópica como una técnica o método que enseña a extraer argumentos desde un *locus* o lugar teórico determinado, a fin de aplicarlos a la solución de un caso o problema particular, ya sea desde la óptica de Cicerón, basada en los textos de Aristóteles sobre el particular, o desde la visión de Theodor Viehweg y Juan Antonio García Amado. Partimos de la base que existen varias formas o métodos de enseñanza del Derecho, mas algunas de ellas no han sido suficientemente trabajadas y aplicadas en las universidades chilenas. Una de ellas se refiere al debate como herramienta de superación de obstáculos argumentativos, y que requiere de cursos accesorios de oratoria y argumentación jurídica, y otra, que se refiere al uso de los Tópica.

PALABRAS-CLAVE: Enseñanza. Argumentación. Tópica. *Locus*.

ABSTRACT: The present work refers to the Topical as a technique or method that teaches to extract arguments from a *locus* or determined theoretical place, in order to apply them to the solution of a particular case or problem, either from Cicero's perspective, based on the texts of

Aristotle on the subject, or from the point of view of Theodor Viehweg and Juan Antonio García Amado. We start from the base that there are several forms or methods of law education, but some of them have not been sufficiently worked and applied in Chilean universities. One of them refers to the debate as a tool to overcome argumentative obstacles, and which requires accessory courses of oratory and legal argumentation, and another, which refers to the use of Topical.

KEY WORDS: Teaching. Argumentation. Topical. *Locus.*

SUMARIO: Introducción. 1 Los tópica en Aristóteles, Cicerón, Viehweg y García Amado. 2 Aplicación práctica de los tópica a la enseñanza del Derecho. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En 1953, el autor alemán, Theodor Viehweg, desenterró los textos de Aristóteles y de Cicerón, relativos a los Tópica, elaborando sobre ellos su tesis doctoral (VIEHWEG, 1953). Muchos años más tarde, Juan Antonio García Amado haría lo suyo en un trabajo que abordó en forma completa el estudio de esta parte de la obra aristotélica (GARCÍA AMADO, 1988). El primero, relacionó la Tópica con la jurisprudencia; el segundo, con su uso como argumento jurídico.

En la actualidad, y específicamente en nuestro país, no existen estudios de su aplicabilidad en la educación superior, en general, y en la enseñanza jurídica, en particular, por lo que resulta importante abordar esta materia desde la óptica del Derecho, y plantear desafíos que impliquen un desarrollo curricular avanzado al interior de las distintas escuelas de Derecho del país.

El presente trabajo, en el sentido anotado, se dividirá en dos partes: una primera, referida al estudio de los Tópica en Aristóteles, Cicerón, Viehweg y García Amado; y, una segunda, relativa a su aplicabilidad en la enseñanza del Derecho.

1 LOS TÓPICA EN ARISTÓTELES, CICERÓN, VIEHWEG Y GARCÍA AMADO

En la antigüedad clásica, Aristóteles (1982, p. 89) estableció que el objeto del estudio de los Tópica obedecía a la necesidad de hallar un método en mérito del cual se pudiere analizar un problema en términos propositivos, dialécticos o retóricos a efectos de dar fundamento a una posición debatible en el foro (ARISTÓTELES, 1982, p. 105). En tal sentido, podemos decir que los Tópica son especies de recursos dialécticos (o retóricos) que ayudan a fundar y mantener una posición determinada frente a un auditorio (PERELMAN, 1979, p. 141), esto último debido a la marcada influencia que la práctica del debate público tenía entre los griegos (GARCÍA AMADO, 1988, p. 45). Se entiende, por tanto, que los Tópica se consideren como una técnica por el sabio estagirita (ARISTÓTELES, 1982, p. 89-90).

No obstante, Aristóteles llega hasta ahí, siendo Cicerón luego, en sus *Tópicos a Cayo Trebacio* que toma esta técnica desde la perspectiva de la argumentación, aplicándola como un arte (*Ars*) a la usanza de la *techné* griega. Es decir, Cicerón explicará sus Tópicos como una técnica que consistía en extraer argumentos desde un lugar en donde ellos residían: un *locus*, con la finalidad de dar una solución posible a un caso concreto sometido al debate, radicando allí su importancia para nosotros, ya que el noble romano si bien reconoce el origen dialéctico de los argumentos (un *locus* dialéctico), le añade al concepto de Tópico un elemento que en Aristóteles no poseía: su aplicación práctica al entendimiento del Derecho.

De esta manera, la atención giró hacia la temática de la argumentación jurídica (GARCÍA, 1988, p. 312).

Con posterioridad, ningún jurista atendió o dispuso sus estudios hacia esta técnica de argumentación, y va a ser el alemán Theodor Viehweg, quien la resucitará, develando de paso la necesidad, creciente hasta hoy, de motivar por ejemplo las decisiones judiciales a través de la aplicación a la Jurisprudencia de esta técnica argumentativa. Es gracias a los estudios realizados por este autor (VIEHWEG, 1968) que se han conformado hoy las diversas teorías sobre la argumentación jurídica.

El elemento central del planteamiento de Viehweg, lo encontramos en la noción de *aporía* (VIEHWEG, 1968, p. 49). En efecto, el autor nos habla de la existencia de un 'problema' cuya manifestación práctica se da en la búsqueda de argumentos o recursos que apoyen una determinada decisión (o posición), la que al principio puede ser neutra en el sentido de su juridicidad. Esos recursos provienen, a su turno y en su mayoría, de puntos de vista aceptados por todos, o por los más famosos o por los más sabios, y que por consiguiente, contienen un núcleo de conocimiento humano condensado en siglos de evolución. Sirven ellos para reforzar una idea planteada en un debate, lo que redunda en la necesidad de distinguirlos de otros argumentos, que si bien también sirven al propósito de la discusión, se inclinan no obstante más hacia el convencimiento de un foro o auditorio (PERELMAN, 1979, p. 141), y a veces, en su faceta más extrema, a vencer al contrincante en el debate mismo. Esto último se corresponde con la noción de retórica, por lo que, en los términos entendidos inclusive por el propio Cicerón (1946, p. 187-205), en su opúsculo dirigido a Cayo Trebacio, los Tópica son una técnica aplicable tanto al debate o discusión indefinida de cuestiones –dialéctica–, como a aquella que busca convencer o persuadir al adversario –retórica–.

En el debate, se pueden alcanzar sólo verdades plausibles o probables, no apodícticas, sin perjuicio de lo cual, debemos entender los Tópica como lugares de donde se

pueden extraer esos argumentos (CICERÓN, 1946, p. 188). Pensamos en este sentido que tanto la dialéctica como la retórica –y también los Tópica–, se pueden considerar como técnicas del entendimiento práctico (VIEHWEG, 1968, p. 53).

Pues bien, en este estadio de cosas, resulta ineludible que hasta Viehweg, los Tópica son considerados técnicas del entendimiento práctico que podemos aplicar a casos concretos de contenido jurídico, de manera que los mismos puedan ser resueltos mediante su adecuación intelectual a los mismos.

Para avanzar en esta proposición, sin embargo, debemos previamente adentrarnos en las teorías de la argumentación jurídica expuestos por García Amado en su tesis dedicada al tema (GARCÍA AMADO, 1988, p. 312).

Señala el autor que desde que Viehweg resucita los Tópica, se provoca una ebullición que alcanza hasta nuestros días, pero bajo un prisma más bien academicista de lo cual se sigue que las teorías han quedado sólo en aquello, pues no han tenido una aplicación práctica.

García Amado trata de los Tópica desde Aristóteles a Cicerón, para luego pasar a Viehweg, haciendo un breve recorrido evolutivo por las teorías modernas acerca de la argumentación jurídica. En cada una de ellas, se abandona a ratos el camino iniciado por Viehweg tendiente a aplicar los Tópica a la jurisprudencia, es decir, a los fallos de los tribunales. La cuestión dio un giro hacia la argumentación que no necesariamente aplica los Tópica a las decisiones judiciales de la forma que Cicerón o Aristóteles nos proponen. De hecho, García Amado alude al uso de aforismos que como sabemos se contienen en el Digesto justinianeo, disponiéndose así de una gran cantidad de argumentos que es posible utilizar en calidad de tópicos (sin ser necesariamente tales).

En términos de Cicerón pueden ser considerados tópicos al ser argumentos retóricos extraídos de un *locus* jurídico como es el Digesto; aspecto que envuelve una posibilidad cierta de generar soluciones jurídicas a problemas ya planteados por siglos ante los tribunales de justicia.

De este modo, es relevante que García Amado rescate estas teorías y las ponga al servicio del operador jurídico, pues si bien no todos los argumentos pueden ser considerados tópicos, no es menos cierto que los existentes en textos jurídicos como el Digesto, pueden ser usados por nuestros jueces, cuestión que resulta importante, por ejemplo, para sostener una hipótesis en un juicio ordinario de reivindicación o indemnizatorio, por ejemplo, que requieren del juez un conocimiento acabado del derecho civil *a priori*[1].

Por ello pensamos que es importante, para los efectos de sostener nuestro punto, que las teorías sobre los Tópica son posibles de extender en su aplicación práctica, a la solución de problemas de naturaleza jurídica, o a la enseñanza del Derecho (como lo postulamos), alejándonos del fantasma de tener que recurrir a conceptos extra jurídicos, como los contenidos en el denominado Derecho Romano Vulgar.

Expuesto así, pensamos que es bueno rescatar los Tópica con la finalidad de enseñarlos en nuestras escuelas de Derecho como una técnica, una parte intensa del entendimiento práctico que asocie también otras áreas del saber que pudieren asistir dicha aplicación concreta del Derecho.

[1] Tema que por lo demás se encuentra siendo analizado en virtud de la reforma al procedimiento civil en nuestro país.

2 APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS TÓPICA A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

La cuestión principal de este postulado radica en el método que debiera aplicarse a la enseñanza del Derecho. En efecto, la aplicación de los Tópica a un caso particular, no sólo plantea una forma distinta de dar solución a un caso concreto sino y también, de enseñar el Derecho desde un enfoque o perspectiva distinta.

Por ello, lo primero que debemos consensuar es la identificación de los tópicos como elementos que poseen un contenido jurídico apriorístico y validado universalmente como una regla de Derecho, pura y simplemente.

Así como la norma emana formalmente de un proceso que debe cumplir con algunos estándares que le otorguen cierta legitimidad y de esa manera se pueda aplicar a los componentes (sujetos) de un determinado país; también debemos preguntarnos de dónde podemos extraerlos, sin caer en las erradas denominaciones utilizadas comúnmente en algunas áreas del saber, como por ejemplo, cuando se usa el nombre como acepción del término ‘hito’, o ‘paradigma’, sin serlo propiamente.

Despejado que sea ese camino, es conveniente avanzar en el método que se aplicará a la enseñanza, con la finalidad de evitar que el proceso de enseñanza-aprendizaje se vuelva torpe y sin sentido. En palabras simples, hablamos de cómo enseñar los Tópica sin engañarnos acerca de su verdadera eficacia y validez. ¿Debemos en tal sentido confeccionar una red de asignaturas que permita la aplicación de un determinado brocardo a un caso concreto, o simplemente utilizar los argumentos tópicos como elemento fundante en una asignatura creada al efecto y denominada ‘Tópica’? Y en ese sentido, ¿debemos establecer que la enseñanza del Derecho se realice bajo la mirada de los Tópica?

En principio, nos parece bien que las asignaturas propias de la carrera contengan una metodología propositiva en orden al uso de los Tópica a casos concretos (teóricos o

prácticos), descartando de plano que deba existir una asignatura cuyo objeto de enseñanza sea la Tópica. En el primer caso, el modelo es extensivo; en el segundo es restrictivo.

Sin embargo, puede existir un método intermedio: el de redes, el cual consiste en establecer una o dos asignaturas que enseñen cómo obtener tópicos universalmente aceptados, y otra, que enseñe cómo aplicarlos. En aquella, se enseñará cuáles son los distintos brocardos existentes (argumentación jurídica basada en los Tópica, en la línea del *saber-conocer*); en la otra, cómo trabajar con ellos con vistas a la solución de casos concretos (en la línea del *saber-hacer o actuar*). De ese modo, entonces, la red estará compuesta de dos asignaturas complementarias al modelo general de enseñanza, el que a su turno estará basado en los Tópica.

Realizada la implementación de estas dos asignaturas troncales, debiera aplicarse un método único de enseñanza que consulte ahora la aplicación de los Tópica a la enseñanza de todas las ramas del Derecho, establecidas previamente en una malla confeccionada al efecto.

Deberemos concentrar nuestros esfuerzos en una primera línea (primer año), que deberá contemplar estas dos asignaturas como si fueren troncales de la carrera, las que pueden ser amenizadas o complementadas por otros cursos de formación general, tales como Derecho Romano, o Historia del Derecho (en la línea del *saber-saber*); o, por otras formas intelectuales más avanzadas, como Filosofía del Derecho o Ética (en la misma línea del *saber-saber*); o, incluso, por asignaturas más prácticas que enseñen por ejemplo a redactar ensayos, sentencias, contratos, etcétera; materias propias de la práctica forense y que son importantes para el logro de los objetivos que nos hemos planteado.

Mucho se discute sobre la mantención de asignaturas como Derecho Romano e Historia del Derecho, por lo que me permito hacer aquí una apología a su respecto. Esto porque no resultan claras las intenciones de quienes quieren dejar fuera ambas asignaturas. Por un lado, se dice que ambos ramos no tienen relación con la realidad jurídica del país, ya

que proponen un conocimiento sistémico de escasa aplicación práctica, olvidando que preparamos personas y no máquinas. Aun cuando le llamemos producto al estudiante que egresa de nuestras aulas.

El Derecho Romano es con mucho un sistema normativo del cual se puede aprender mucho hoy en día y al cual es posible agregarle la carga del pensamiento crítico y del análisis y resolución de casos prácticos. Si bien aquella posibilidad no se da claramente respecto de la Historia del Derecho, sí es posible reducir los contenidos de dicha asignatura, ajustándolo más al modelo propuesto de formación básica de los ramos del primer año. Lo mismo sucede con Filosofía del Derecho o con Ética, pero dejando claro que en ambos casos, es posible trabajar en la línea de la argumentación dialéctica o retórica que es parte agregada a la enseñanza del modelo tópico.

En el caso del Derecho Romano, es posible ajustarlo a un solo semestre, pero modificando su estructura para adecuar el ramo a aquellos enmarcados en la segunda línea del modelo (derecho privado). No sacamos nada con mantener el ramo, si éste no es útil al derecho civil, preferentemente. Lo suyo pasa con Historia, ya que se puede ajustar a un semestre, pero ¿a qué área del conocimiento jurídico adscribe? La verdad es que resulta ser un poco más complejo realizar esa adecuación, de modo que proponemos otra cosa: *a)* crear células históricas o de Derecho histórico en cada una de las asignaturas a impartir en la carrera (sean públicas o privadas estas áreas), como parte de una evolución natural o artificial de las instituciones[2]; o, *b)* derechamente adecuar la enseñanza del ramo a una estructura que demuestre la validez actual de las instituciones jurídicas antiguas en la mayor parte de nuestro Derecho codificado (y por ende, fijado), pero ajustando su enseñanza a la evolución de cada institución conforme al tratamiento de las fuentes del Derecho. Es decir, tomar cada

[2] Tomamos prestada la denominación que la universidad del desarrollo dio al ramo antiguo: evolución de las instituciones jurídicas, de duración anual.

institución y enseñar cómo nació, como evolucionó y como se encuentra presente en nuestra legislación.

Coincidimos en que la Historia da contexto a la argumentación, y es posible recurrir a ella como un gran elemento argumentativo, de interpretación, o de integración legal, por lo que su mantención como ramo formativo es absolutamente posible, conforme al modelo propuesto en el presente trabajo.

La segunda línea (que comienza a partir del segundo semestre) deberá consultar el arbitrio o ficción de separar el estudio del Derecho en dos ramas o partes fundamentales: el derecho público, y el derecho privado[3].

Hasta ahora, estas dos ramas no han logrado establecer un hilo conductor y de retroalimentación adecuado, llevándonos a escenarios antagonistas poco prácticos entre quienes profesan sus más excelsos postulados. Siendo el Derecho uno solo, no se advierte la necesidad de dividir su enseñanza más que para efectos pedagógicos.

Entre ambas líneas, deberá existir un nexo o hilo conductor que arranque de las asignaturas troncales. Así, la línea del derecho público partirá con argumentación jurídica y aplicación de los Tópica a casos concretos generales, debiendo adentrarse en el derecho político, constitucional, internacional público (y privado), penal y administrativo.

En la línea del derecho privado, se deberá seguir el camino ya mencionado de los ramos troncales, ya presente en la ejemplar estructura de la Instituta de Gayo, por ejemplo, y que consulte la enseñanza de la ley (fuentes), de las acciones (derecho procesal), los sujetos

[3] No estoy de acuerdo con esta división, pero me parece que aquella es posible sólo desde la perspectiva pedagógica.

(personas), los objetos (bienes o cosas), las obligaciones, en general, las fuentes de las obligaciones (contratos), y por último, la herencia (sucesión por causa de muerte)[4].

Establecidas ambas partes o caminos fundamentales, es posible acceder ahora a asignaturas de formación profesional que puedan, por ejemplo, dar acceso luego a la formación de post grado, o de especialización. En ese camino, estarán el derecho laboral o del trabajo, el derecho tributario, el derecho registral, etc.

Para finalizar, la malla consignará dos asignaturas de clausura: Clínica Jurídica (o práctica profesional), y el examen de grado (en formato oral). La Clínica Jurídica es relevante ya que concluye el modelo fundado en la aplicación práctica del Derecho a través de los Tópica, a los asuntos reales de las personas (principio de acceso universal a la justicia), y en el caso del examen de grado, a permitir que el alumno no abandone la Universidad sin haber terminado el ciclo completo de sus estudios. Puede ser que se opte por una examinación de estructura oral basada en la solución de casos concretos que obliguen al estudiante a aplicar lo enseñado en aulas; o por un sistema de examen estandarizado que consista también en la solución de casos, pero de formato escrito. En ambos sistemas, con todo, se debe aplicar el modelo general de enseñanza basada en los Tópica.

Ahora bien, ¿cómo se implementa un modelo basado en los Tópica? Gran pregunta, pues pasa por una decisión difícil de tomar y que involucra a otros actores, como el Ministerio de Educación, el de Justicia y los Tribunales de Justicia; ya que son ellos quienes controlan de alguna forma qué y cómo se enseña el Derecho en nuestras aulas. En el caso de la Corte Suprema, el problema es mayúsculo toda vez que al otorgar el título de abogado, controla la generación de los mismos, originando una regulación especial respecto de los programas de las universidades, sobre todo privadas; de modo que resulta de suma importancia, volcar los

[4] No olvidemos que el *code* y nuestro propio código civil, adoptaron, con algunas mínimas diferencias, la misma estructura.

esfuerzos en un plan piloto reconocido por los ministerios mencionados, pero además por la Corte Suprema.

Dicho plan debe atender sin duda a otros criterios que provienen a su turno del plan estratégico institucional y de las facultades de Derecho, no olvidando por cierto los parámetros que sobre calidad de la educación, hoy demanda la población y que son una prioridad para los centros educativos de nuestro país.

Un modelo basado en el estudio y práctica de los Tópica es sin duda innovador y plantea muchas preguntas en orden a su implementación metodológica y práctica, razones que ameritan evidentemente un trabajo serio de elaboración de un plan piloto, como sugerimos en el presente trabajo.

CONCLUSIÓN

Se trata de un sistema de fácil estructuración por lo que no demandaría una mayor utilización de recursos financieros. Cada grupo de docentes, vinculados por departamentos (sólo público y privado), se deberán auto capacitar, y controlar a sus profesores (hora sobre todo), a fin de que el modelo pueda retroalimentarse. Dicho control es necesario hacerlo desde el aula.

Como es de fácil estructuración, puede bajarse el número de asignaturas estableciendo menos años de carrera en pre-grado, o de una división de carácter trimestral, cuatrimestral, o incluso, de carácter modular mensual[5]. El óptimo en este tipo de modelo no debiera pasar de 3 años, o de 3 años y medio, incluyendo clínica (en dos semestres, trimestres, cuatrimestres o anualmente, amén del examen de grado).

[5] Clases los días viernes y sábado de cada semana.

El sistema de evaluación debe ser práctico y estandarizado, en base a la oralidad o a la escrituración, consultando la existencia de evaluaciones cortas, de aplicación de los Tópica a la resolución de casos (teóricos y prácticos).

Lo anterior, unido a una menor duración de la carrera, permite acceder a un post grado en la misma Universidad (diplomados, magister, doctorado), obteniéndose con ello un producto más completo y adecuado a la realidad del país.

No es posible usar un modelo de currículum flexible, pues ello importa la mantención de malos elementos por tiempo indeterminado en la Universidad, aspecto que corroe la fama de la institución. Hay que apostar por la enseñanza continua, pasando fácilmente del pre-grado al post grado de una manera simple e integral. La tasa de retención no será un elemento importante a tomar en consideración. Se formará a un profesional que ingrese al foro *in actum*, en el área profesional para la cual se especializó.

Como la construcción de casos debe obedecer a una estructura común, ello permitirá que todas las asignaturas se comuniquen y complementen en términos de retroalimentación, cuestión que en las actuales mallas de la carrera no existe. Ningún docente sabe a ciencia cierta qué pasa o deja de pasar el profesor paralelo, lo cual atenta contra la estabilidad de cualquier modelo educativo cimentado en la calidad.

En el modelo que proponemos, existirá un departamento específico de metodología, al cual adscriban los distintos departamentos de las áreas de segunda línea (público y privado), a efectos de que éste provea todo lo concerniente a los Tópica a utilizar, y especialmente a la estandarización de las evaluaciones. En dicho departamento deberán laborar sólo personas versadas en la aplicación del modelo, que podrán ser docentes con experiencia, y sin que sea necesario que asuman otras tareas, sea en jornada completa o en media jornada.

La oralidad y escrituración estarán siempre conectados a la metodología propia de la asignatura a impartir, de modo que sea el reflejo de una mejor comprensión de los contenidos de la misma, *versus* el sistema de enseñanza-aprendizaje. En esa medida, serán innecesarios los Syllabus y las rúbricas, siendo imprescindible, eso sí, la retroalimentación realizada tanto por el docente como por el Departamento de Metodología, en relación al número y periodicidad de la evaluación respectiva (oral o escrita); todo lo cual debe estar al servicio del alumno.

Pensando en los nuevos procedimientos orales ante los tribunales de justicia (reforma civil), que requieren de un saber concreto y rápido para quienes obren sobre todo de jueces, la enseñanza mediante el modelo de Tópica propuesto, le otorga al operador una mayor y mejor facilidad para generar una discusión versada de derecho, pudiendo alcanzar una solución práctica y legítima a un caso concreto, superponiendo toda clase de categorías extra jurídicas propias del Derecho Romano Vulgar, si me permiten la metáfora.

En el mismo sentido anotado, no cabe duda que el alumno deberá ser preparado para procedimientos orales, lo cual será de particular atención por el área de derecho privado en conjunto con el departamento de metodología.

Pensamos que tenemos una oportunidad única de modificar un modelo de enseñanza-aprendizaje del Derecho vetusto y anquilosado, que lo único que ha producido es una larga fila o serie de profesionales sin una formación intelectual y práctica, pues el modelo mismo, por desgracia, no lo contiene.

Así las cosas, creemos que podemos dar un salto cualitativo en la enseñanza del Derecho que se base en el conocimiento práctico (los Tópica), dejando de lado toda clase de categorías extra jurídicas, muy a menudo utilizadas sobre todo por la judicatura, sin ánimo de ofender.

REFERENCIAS

ABELIUK, René. *Las obligaciones*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. *Las obligaciones.* Santiago: Editorial Ediar Conosur, 1988.

ARISTÓTELES. *Tópicos*, en *Tratados de lógica (Órganon), categorías, tópicos, sobre las refutaciones sofísticas*, Tomo LI. Trad. Miguel Candel San Martín. Madrid: Editorial Gredos, 1982.

CICERÓN, Marco Tulio. *Tópicos a Cayo Trebacio*, en *OO.CC*., Tomo I. Trad. Marcelino Meléndez y Pelayo. Buenos Aires: Ediciones Anaconda, 1946.

CLARO SOLAR, Luis. "Comentario a la sentencia de casación en el fondo de la Corte Suprema de fecha 10 de noviembre de 1920", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XIX (Santiago, 1920) p. 416-420.

EVANS CIVIT, Jorge Horacio. *Introducción y notas a los tópicos de Aristóteles*. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura Ciudad Argentina, 1999.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Historia de la interpretación de las normas*, en *Apéndice II*: sobre la influencia de la tópica o dialéctica en el método interpretativo de los juristas romanos; y, en Apéndice III: sobre la influencia de la retórica en la interpretación. Santiago: Ediciones Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, 2000a.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Editorial *Ad Hoc*, 1997.

JOSSERAND, Louis. *Teoría general de las obligaciones*. Santiago: Editorial Parlamento Ltda., R. Pröschle G. & S. Soto B., edit., 2008.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Moisés Nilve. Buenos Aires: Editorial Jurídica Universitaria, EUDEBA, 1994.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. Luis Diez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1979.

POTHIER, Robert. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta SRL, 1993.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984.

SÁNCHEZ, SILVA, Jesús María. *La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas*, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al profesor*

Günther Jakobs en su 70° aniversario. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2008.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Diez-Picazo Ponce de León. Madrid: Editorial Taurus, 1968.

VILLAR PALASI, José Luis. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid, Editorial Tecnos, 1975.

LA AGRICULTURA DE PRECISIÓN EN LA EMPRESA AGRARIA DE CUBA

PRECISION AGRICULTURE AT THE AGRARIAN COMPANY OF CUBA

Artigo recebido em 03/04/2019
Revisado em 20/05/2019
Aceito para publicação em 21/05/2019

Alcides Antúnez Sánchez
Magíster en Asesoría Jurídica. Profesor Derecho Ambiental. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba.
Email: aantunez@udg.co.cu, antunez1963@gmail.com

RESUMEN: En el ensayo se realiza un esbozo de los referentes teóricos sobre la Agricultura de Precisión en el Derecho Agrario desde un enfoque histórico-jurídico, se fundamenta con ello la necesidad e importancia de su fomento en el desarrollo de la empresa pública agraria en la nación cubana. Es realizada una revisión desde su génesis, características, elementos, y el desarrollo que ha tenido la AP en los países desarrollados, que permita potenciar su inserción para dotar de una serie de competencias y habilidades para el ejercicio de su profesión a los profesionales agrícolas. Se realiza un análisis dentro del ordenamiento jurídico agrario de la AP. El ensayo propone como objetivo caracterizar los elementos de la Agricultura de Precisión en el escenario agrícola cubano a partir de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico en la materia agraria para la empresa pública y la privada que permitan ponderar los principios de eficiencia y eficacia dentro del desarrollo sostenible en el siglo XXI incidentes en la seguridad y la soberanía alimentaria. Para ello fueron utilizados los métodos de inducción deducción, análisis síntesis, y el histórico lógico.
PALABRAS CLAVES: Empresa agrarian. Agricultura inteligente. Tic. Comercio agrícola, medio ambiente.

ABSTRACT: A sketch of the referent theoreticians on Precision Agriculture in Agrarian Law from a historic juridical focus is held in the essay. It is based with it the need and importance of its fomentation in the development of the agrarian public enterprise in the Cuban nation. A revision from its genesis, characteristics, elements, and the development that has had the AP in developed countries is accomplished, so that it allows increasing the power of its insertion to endow agricultural professionals with a series of competencies and abilities for the exercise of their profession. An analysis within the AP's agrarian juridical framework is carried out.

The essay proposes as objective characterizing the elements of Precision Agriculture in the Cuban agricultural scenario from its recognition in the juridical framework in agrarian matter for public and private enterprise so that they enable pondering the principles of efficiency and efficacy within the sustainable development in the 20th century incurred in security and alimentary sovereignty. Methods of induction deduction were utilized, analysis synthesis, and the logical historic.

KEY WORDS: Agrarian company. Intelligent agriculture. ICT. Agricultural commerce. Environment

SUMARIO: Introducción. 1 El derecho agrario, orígenes, objeto, evolución y desarrollo. 1.1 El Derecho Agroalimentario dentro del Derecho Agrario. 2 El uso de drones en la AP. Aplicación en la empresa agraria. 3 El derecho agrario en cuba. Surgimiento y evolución. 3.1 La empresa agraria. Reconocimiento en el ordenamiento jurídico agrario cubano. 3.2 El ordenamiento jurídico en materia agraria. La implementación de la AP en el desarrollo de la empresa agraria en Cuba. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

La historia de la agricultura data de 10.000 años o más. La evidencia más antigua que se tiene de la actividad agrícola se localiza en lo que ahora se conoce como Irak, territorio que correspondía antiguamente a Mesopotamia. (Heiser, 1990). Como muchas de las actividades del hombre en su relación con el medio ambiente, la agricultura ha tenido una evolución acelerada en el último tiempo como resultado de los impactos científicos del siglo XX, comenzó a industrializarse a comienzos de siglo pasado y aumentó su mecanización debido a la escasez de mano de obra generada por la competencia de la industria en las ciudades. A inicio de los años 50' del siglo pasado se acentúa la preocupación mundial por el problema de la alimentación ocasionado por el rápido crecimiento de la población lo que hizo imperioso el aumento de la producción de alimentos generados en los procesos agrícolas, donde la Revolución Verde tuvo un impacto significativo a pesar del aumento de la población mundial y la ocurrencia de hambrunas.

Hoy la agricultura en el siglo XXI propende la seguridad alimentaria, razón por la cual se está en la búsqueda de tecnologías modernas que ayuden a mitigar la falta de atención de ciertas particularidades de los cultivos que generan gastos innecesarios en el monitoreo de los mismos, es el caso de la agricultura de precisión o inteligente como también se le conoce. Como prioridad en la formulación de las políticas públicas y en la elaboración de cuerpos

jurídicos dentro de los ordenamientos jurídico para lograr alcanzar el desarrollo sostenible. El aumento de la población propicia una incesante demanda de alimentos con los adversos de la reducción de tierras cultivables y el cambio climático como factores que han viabilizado la búsqueda de nuevas formas para mejorar los niveles de productividad y sostenibilidad en la empresa agrícola, existiendo hoy la necesidad de técnicas precisas y eficientes que permita a los agricultores con un gasto mínimo de insumos para alcanzar grandes producciones, ello lo viene señalando la agricultura inteligente.

La agricultura se enfoca en la seguridad alimentaria, razón por la cual se está en la búsqueda de tecnologías novedosas como es la Agricultura de Precisión. Los estudios realizados demuestran que la implementación de la agricultura inteligente se basa en el manejo específico de un área de cultivo. Para ello, se utilizan herramientas tecnológicas como el posicionamiento global, dispositivos de distribución de riego, fertilizantes y plaguicidas variables, sensores climatológicos de cultivo y, últimamente, los drones. La tendencia en el mundo empresarial se direcciona hacia modelos de negocios amigables con el ambiente en el siglo XXI incidentes en la calidad de vida y el bienestar a los ciudadanos a partir de la tutela adecuada de la Administración Pública con el uso de las Tic en la industria 4.0 en la empresa agraria, hoy es un reto para alcanzar como parte de las políticas públicas en la materia agraria, necesita de un proceso formativo desde la dimensión ambiental por la pertinencia de la calidad ambiental (BALLERÍN MARCIAL, 1990).

En Cuba la agricultura es un tema obligado de estudio, toda vez que ante la crisis del sistema alimentario en el mundo es reconocida la meta de construir un modelo de desarrollo "*ambientalmente sano, económicamente viable, socialmente justo y culturalmente apropiado*". El Ministerio de la Agricultura es el organismo de la Administración Pública que implementa un modelo agrícola sustentado en cuatro claves fundamentales: alimentar a todos, proteger el medio ambiente, desarrollar el conocimiento, la ciencia y la tecnología, y mantener la soberanía nacional, de aquí que se pondere su desarrollo con el uso de los avances científicos (CAYADO, 2008).

El ensayo propone como objetivo caracterizar los elementos de la Agricultura de Precisión en el escenario agrícola cubano a partir de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico para la empresa pública que permitan ponderar los principios de eficiencia y eficacia dentro del desarrollo sostenible en el siglo XXI incidentes en la seguridad alimentaria. El estudio del tema es parte del proyecto de asesoría Consultoría Jurídica Rural que se ejecuta con la Delegación Territorial del Ministerio de la Agricultura con la Universidad de Granma.

Para ello fueron utilizados los métodos inducción deducción, análisis síntesis, y el histórico lógico.

1 EL DERECHO AGRARIO, ORÍGENES, OBJETO, EVOLUCIÓN Y DESARROLLO

El Derecho Agrario, como parte de la rama jurídica de las ciencias sociales es una materia en constante transformación. El término "agrario" y su incidencia en el Derecho Agrario como rama de las ciencias jurídicas, se ubica en el origen de la palabra en el vocablo latín *agrarius*, que deriva de *ager*, campo. En el tiempo sus orígenes se aprecian a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX por la confluencia de factores económicos, sociales, jurídicos, políticos e ideológicos, y hasta culturales. Dos grandes etapas se aprecian que definen la construcción de una ciencia para el Derecho Agrario. Una se denomina período clásico, comprendido entre 1922 y 1962, y el otro corresponde al período moderno, cuya primera etapa se ubica entre 1962 y 1998 del siglo pasado. En Europa son referentes la obra legada en Italia en lo que se ha denominado el período moderno del Derecho Agrario por los estudios realizados por Carrozza (1962). Todos estos elementos analizados son producto de estudios que han incidido en la evolución cultural y jurídica que ha tenido el Derecho Agrario en las ciencias sociales. Ha Carroza se le señala el mérito de impulsar toda una línea de estudios en materia de derecho comparado; en ello afronta una serie de temas propios de la teoría general y logra construir las bases de la nueva ciencia agrarista, convirtiéndose en su mentor en el mundo. Semo (1937) la define como "*la rama jurídica de carácter prevalentemente privado, que contiene las normas reguladoras de las relaciones jurídicas concernientes a la agricultura*". Resalta en su definición el hecho de limitar el Derecho Agrario a la regulación de la agricultura y su calificación como prevalentemente privado, con lo que desde ahora apuntamos que no estamos de acuerdo por razones que posteriormente expondremos.

En América Latina han sido diversos los autores que se han preocupado por estas ideas que han sido desarrolladas en Europa. Dentro de los clásicos, están el argentino Carrera (1964) junto al agrónomo Rigelet, invocarón en forma precursora el tema de las fuerzas motrices de la naturaleza. Luego, en el 1979 sentó las bases de la teoría agrobiológica que hoy se difunde. Al Derecho Agrario, sus estudiosos le consideran como una de las disciplinas de las ciencias jurídicas más dinámicas, versátiles, cambiantes y modernas de la cultura jurídica. Señalas que las razones cardinales para la evolución del Derecho Agrario, se visualizan en su capacidad para responder a los cambios, sobre todo a aquellos destinados a negar sus logros, a

socavar su crecimiento, o bien, a plantear la restauración de los ordenamientos para impedir el cumplimiento de sus fines económicos y sociales. El otro elemento identificable para señalar su evolución es el arduo trabajo de una parte importante de su doctrina, comprometida con la construcción de una teoría general; esto es, es en el fortalecimiento cultural de su ciencia. (ZELEDÓN ZELEDÓN, 2012)

Zeledón Zeledón (2012) expresa que la doctrina agrarista parecía tener las ideas claras sobre el futuro, sobre todo en lo que se refiere a la construcción de una teoría general. Refiere también que fue Carrozza en Italia fue el más grande y profundo científico estudioso del tema. En los años 70' del siglo pasado logró superar, a través de la construcción teórica de los Institutos, el problema de la autonomía. Sucesivamente se dirigió al descubrimiento del objeto, del método y, en fin, todavía hoy se trabaja en el tema de las fuentes y la interpretación.

Casanova (1967) ha definido al Derecho Agrario como "el conjunto de normas y principios que regulan la propiedad territorial y asegura su función social. fue el primero en definir al Derecho Agrario como el derecho de la propiedad territorial en su visión "reformagrarista" a quien se le reconoce este mérito por su aporte a esta rama de las ciencias jurídicas. Vivanco (1977) afirma que en el Derecho Agrario la actividad agraria (técnica) realizada por el interés de producir, y guiada por un fin económico y social determinado, presupone la aparición de múltiples relaciones intersubjetivas, que deben ser reguladas por normas jurídicas que respondan al principio de que el suelo es un bien destinado a producir y un recurso natural protegido por razones de interés social

La VI Conferencia Internacional de la FAO, organismo de las Naciones Unidas asentó que el Derecho Agrario es una disciplina jurídica autónoma, en los planos científicos, didácticos y legislativos. Dicha afirmación derivaría de la naturaleza genética de la actividad agraria diferente de las actividades de "extracción", "transformación", y "servicios"; la presencia en la actividad agraria de los factores "naturaleza" y "vida", integrados en un proceso agrobiológico auspiciado por el hombre sobre la tierra. Ello brinda la posibilidad de elaborar una doctrina jurídica y una legislación, que permitan establecer la relación "hombre-tierra-comunidad", sobre la base de una verdadera justicia social agraria en beneficio de los que trabajan la tierra (ALTIERI; NICHOLLS, 2000).

Por ello, ubicar la génesis del Derecho Agrario como ciencia, se considera que esta alrededor de la tercera década del 20' en el siglo pasado en Italia en el contexto de los trascendentes debates sostenidos en torno a la pretendida autonomía del Derecho Agrario. El objeto del Derecho Agrario, a partir de la consideración jurídica de la actividad agraria como

el conjunto de actos vinculados al ejercicio de la empresa agraria, resultó determinante, ya que se pasó de un conocimiento estático a un conocimiento dinámico en el tratamiento de su materia. Como sostiene Zeledón Zeledón (2012) en su postura, existe un nuevo Derecho Agrario, el cual no se limita solo a la tierra o a la empresa agraria en una dimensión tradicional y reduccionista, sino que se vincula a temas referidos a los derechos humanos de la 3ra generación, a la internacionalización de los mercados con la irrupción del consumidor, e incluso a la consolidación de una sociedad global sobre bases distintas, en la que el conjunto de naciones juega un papel fundamental en relación con la agricultura y en sus múltiples manifestaciones (SUÑE LLINAS, 2016).

Por consiguiente, resulta pertinente reforzar la transdisciplinariedad de la empresa agraria desde las ciencias jurídicas por su vínculo con el Derecho Constitucional, Administrativo, Ambiental, Tributario, Propiedad Industrial, Financiero, Laboral, Mercantil, Económico, Civil y con las no jurídicas como la Historia, la Economía, la Contabilidad, el Marketing, la Administración, la Informática, entre otras. Aquí se demuestra la integración de contenidos desde las ciencias jurídicas y las no jurídicas. Con ello se demuestra la necesidad de integrar contenidos.

1.1 El Derecho Agroalimentario dentro del Derecho Agrario

El incremento de los intercambios comerciales, a nivel regional e internacional, plantea a la actividad agroalimentaria, el cumplimiento de ciertas exigencias tanto en cantidad, como en calidad y precios. En el siglo XXI los planteamientos que vienen de los mercados, tanto regionales como internacionales, los consumidores, ejerciendo sus derechos, requieren cada vez más de alimentos sanos, seguros, salubres, idóneos, de calidad, a la par de un ambiente sano y equilibrado, basado en el uso racional de los recursos naturales, para el logro del desarrollo sustentable con la actividad de certificación ambiental y uso de etiqueta ambiental (SANZ RUBIALES, 2000; LÓPEZ ÁLVAREZ, 2014).

Una alimentación adecuada fue reconocida como un derecho por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptado por Naciones Unidas en 1948 desde el Derecho Internacional. Ratificado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El tema y concepto de Soberanía Alimentaria surge y se desarrolla por la sociedad civil en los años 90' del siglo pasado como respuesta a diversos enfrentamientos políticos basados, principalmente, en modelos de desarrollo capitalistas. Los conceptos de Seguridad Alimentaria y Soberanía Alimentaria presentan ciertos componentes comunes, sin

llegar a ser homólogos en su totalidad bajo ningún caso. Resultan más bien ideas en disputa bajo concepciones ideológicas muy distintas. Su presentación a nivel mundial tuvo lugar en 1996, de forma paralela a la Cumbre Mundial de la Alimentación (CMA), organizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) celebrada en Roma (ALTIERI; NICHOLLS, 2000).

La definición de Soberanía Alimentaria propuesta por Vía Campesina en Roma (1996) corresponde al "*derecho de los pueblos, de sus países o uniones de Estados a definir su alimentación y su agricultura, a proteger y regular la producción y el mercado nacional de los productos agrícolas con el objetivo de conseguir los objetivos de desarrollo sostenible, a determinar el grado de autosuficiencia y a limitar el "dumping" de productos alimenticios a sus mercados nacionales*".

La seguridad alimentaria se instauró a nivel internacional en 1943 en la Conferencia de Naciones Unidas sobre la Alimentación y Agricultura, celebrada en Virginia, Estados Unidos de América. A su vez la Seguridad Alimentaria es propuesta por la FAO (1974) y gana la prominencia una vez finalizada la segunda guerra mundial, particularmente en Europa. Este término ético, traduce de manera concreta la idea de hacer frente al hambre con acciones a corto, mediano y largo plazo. Además, hace vital el aumento de ofertas y producciones de alimentos para un consumo autosuficiente. Es por tanto que para dimensionar y mitigar las necesidades alimentarias de las poblaciones afectadas por el hambre se debió tomar como una de las consideraciones iniciales la balanza comercial de los países. Pidió a la FAO, a la OMS y la UNICEF que establecieran un sistema de vigilancia mundial de la nutrición (LEÓN SICARD, 2009).

Dentro de los principales objetivos que mantienen los países en desarrollo, en la nueva etapa de negociaciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC), se incluye la apertura de mercados para productos agrícolas de alto valor agregado y requerimiento de mano de obra en los países desarrollados. Este proceso mantiene una importante significación en el aumento de volumen y valor de las exportaciones de países en desarrollo, y por consiguiente en el crecimiento económico de estos. Sin embargo, este impulso pareciera estar bloqueada por los altos niveles arancelarios que mantienen muchos países desarrollados sobre productos agrícolas más elaborados, lo cual dificulta el tránsito desde la simple exportación de *commodities* a la exportación de productos con mayor valor agregado (CEPAL, 2003).

La fijación de reglas técnicas, estándares mínimos de distinta naturaleza, aparecen como compromisos asumidos por el Derecho Internacional Público (acuerdos, tratados, convenciones, protocolos) a cuya luz nacen organismos internacionales en los que los

Estados, de algún modo representados participan en los mismos (GATT, OMC, OPS, OMS, FAO) dentro del Sistema de las Naciones Unidas, tienden a regular la liberalización del comercio propugnando la reducción de subsidios y aranceles y la eliminación de barreras no arancelarias, la compatibilización de medidas comerciales y ambientales, la sanidad y la seguridad alimentaria, la sanidad vegetal y animal, y la salud humana pertinentes para la contratación agraria (PIGRETTI, *et al*., 1995).

Paralelo a la expectativa que mantienen los países en desarrollo de lograr una serie de objetivos en el marco de la OMC, entre los que destacan la eliminación de subsidios y apertura de mercados para productos agropecuarios de valor agregado, surgen una serie de preocupaciones relacionadas principalmente con el desarrollo biotecnológico y su posible impacto en cuestiones ambientales y de seguridad en el consumidor. La biotecnología aplicada a la agricultura y la alimentación, especialmente la ingeniería genética, es vista como una alternativa estratégica que puede contribuir a erradicar el hambre y la pobreza. La biotecnología podría contribuir a mitigar algunos importantes desafíos tales como aumentar la calidad y cantidad de alimentos, así como también ofrecer nuevos productos. Más que buscar el aumento de la producción a pequeña escala, se requiere aumentar su competitividad a través de: una mayor promoción de sistemas agrícolas mixtos, el desarrollo de la agricultura sostenible, adaptar la tecnología al campo y la búsqueda de nuevos nichos de mercado donde colocar la nueva producción agrícola, tarea que es encomendada al estado en su rol de generar y coordinar instituciones y fomentar la inversión en infraestructura de comercialización.

Toda empresa agraria sea pública o privada se mueve y opera en el mercado desde la arista mercantil sea interno o foráneo. El siglo XXI hay que ponderar la calidad ambiental, a responsabilidad social, la actividad de control (inspección y auditoría ambiental), la contabilidad ambiental, como valores añadidos. El Derecho Mercantil la somete a un enfoque jurídico y luego, inspirándose en aquél, hace lo propio el Derecho Agrario (CARROZA, 1990; LÓPEZ ÁLVAREZ, 2014), (ANTÚNEZ, 2018).

Por su parte, Zeledón Zeledón & Carroza (1990) sostienen otro criterio al señalar los aspectos sustanciales de la empresa agrícola y comercial de productos agrarios y de la actividad comercializadora como actividad "conexa" en su nivel de transformación y enajenación de los productos, señalando al respecto: "…*donde la agrariedad termina comienza la comercialización*…"

Por consiguiente, el Derecho Agroalimentario se comienza a hablar de este en la década de los 80 del pasado siglo, donde se aborda la existencia de un Derecho Agrario de los productos agrarios y de un Derecho Agrario de los Mercados, como exigencia de la

comercialización de la producción agrícola. (BALLARIN MARCIAL, 1985; VÁSQUEZ VÁSQUEZ, 2008).

Ello es una temática novedosa por introducir la calidad ambiental como una condición de la seguridad alimentaria. Calidad requerida para poder posicionarse en los mercados regionales e internacionales y, la seguridad, sanidad e higiene alimentaria. La calidad por sí misma debe operar como garantías de: seguridad sanitaria, fitosanitaria y zoosanitaria, en protección de la salud pública, la información y la lealtad de las transacciones, derechos todos éstos de los consumidores. El concepto de calidad aplicado a los alimentos, es comprensiva de las características organolépticas, la presentación, la imagen y prestigio continuado en el mercado, la marca y responsabilidad que engendra a lo cual se suma la aceptabilidad por parte del consumidor quien realiza una selección y aplica su criterio por evaluación comparativo (VICTORIA ADRIANA, 1997; LÓPEZ ÁLVAREZ, 2014).

El Derecho, sólo parcialmente, ha incorporado las consideraciones sobre calidad, a través de datos normativos dispersos en los diversos conjuntos normativos, de modo fragmentario y sin univocidad terminológica. Es necesario que la calidad sea incorporada al Derecho; la calidad comprensiva de las variables que posibilitan la seguridad alimentaria, ambiental, pecuniaria del consumidor, en cuanto elemento definitorio que posibilite la clasificación de cosas, es decir de frutos y productos agroalimentarios. La calidad agroalimentaria y agroambiental emergen como instrumentos aptos para cumplimentar dicha meta del desarrollo sustentable, sin que por ello se pierda la esencia de la disciplina jurídica, en cuanto regulación jurídica de un conjunto de derechos, facultades, atribuciones, obligaciones, deberes, cargas de los sujetos que interactúan con la actividad agraria en cuanto hecho técnico, pero también económico, político, social, cultural y ambiental (VICTORIA ADRIANA, 1997; LÓPEZ ÁLVAREZ, 2014; LÓPEZ TOLEDO, 2014; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2015).

2 EL USO DE DRONES EN LA AP. APLICACIÓN EN LA EMPRESA AGRARIA

Comentábamos en el epígrafe up supra que en desde el siglo XX se aprecia como la tecnología se ha desarrollado a un ritmo trepidante, sobre todo las Tic en la denominada 4ta Revolución Industrial. Con la invención de las primeras aeronaves tripuladas, las redes de comunicación o la radiocomunicación, entre otros adelantos científicos han traído consigo múltiples avances, donde los Vehículos Aéreos No Tripulados (VANT) son un claro ejemplo de ello. Los VANT, comúnmente conocidos como drones tienen la peculiaridad de no disponer de un piloto en el interior de la aeronave, por lo que ésta es dirigida por una persona

o sistema electrónico externo, que decide en cada momento el siguiente paso a seguir. La habilidad, los sentidos y la pericia del aviador son sustituidas por sensores electrónicos de gran precisión, que aportan una maniobrabilidad similar a la contribuida por todo el personal abordo. También se le reconoce en la literatura como ingenios o dispositivos voladores pilotados por control remoto. Empero, su definición legal la define como aeronaves pilotadas de forma remota (DI LEO, 2015).

Sus orígenes se aprecian en el uso de acciones militares, donde los drones han tenido la finalidad de aumentar la seguridad del ser humano por encima de la seguridad de las propias aeronaves, por ello los modos de empleo utilizados siempre han trasladado a las personas que las manejan, lejos de los lugares donde puedan sufrir algún daño. Los primeros modelos radio controlados, permitían al piloto tener acceso a todos los datos de vuelo que tendría al estar en el interior del vehículo situándolo en un lugar lo suficientemente alejado que le garantizara no sufrir ningún daño en caso de aparecer algún peligro inmediato.

Al igual que la navegación por satélite (GPS), el desarrollo inicial de internet o la bomba atómica, los vehículos aéreos no tripulados han sufrido un fuerte empuje del I+D militar. En realidad, el empleo de drones maniobrados por los diferentes ejércitos no es algo nuevo, en sus raíces, bajo el nombre de aeronave pilotada remotamente (RPA), se esconden los prototipos de los llamados "*torpedos aéreos*" posteriormente llamados "*misiles crucero*", estas bombas se emplearon como blanco fácil, en la Primera Guerra Mundial (1914-1918), aunque de manera muy limitada, puesto que pretendían ser un armamento de largo alcance; sin embargo este difícilmente alcanzaba distancias de varios cientos de metros, debido a los cambios de viento y la variabilidad de la distancia hacia un objetivo móvil. No obstante, marcaron el comienzo de una nueva tecnología (DI LEO, 2015).

Con el devenir del tiempo y con la mejora e invención de nuevas tecnologías como el GPS, han ido apareciendo varios modos de utilización hasta llegar al actual modo autónomo, lo que permite a un dron despegar, realizar cualquier intervención de forma periódica, y aterrizar sin la intervención ni presencia humana, para ello el piloto sólo deberá programar la ruta a través de un software e indicar el momento requerido para la toma de cualquier dato. Ello ha incidido en que los drones sean utilizados en múltiples aplicaciones dependiendo del número de sensores que tengan incorporado. Las aeronaves más sencillas y económicas cuentan con estabilizadores de imagen y cámaras ópticas, para poder captar o grabar cualquier imagen que sea de relevancia, estas son ampliamente utilizadas en las industrias relacionadas con el entretenimiento, mientras que las más complejas cuentan con infinidad de sensores, cámaras y sistemas de comunicación, cuya finalidad es realizar un barrido del medio que les

rodea, detectando y atacando a cualquier tipo de peligro que se les pueda presentar, estas aeronaves son ampliamente utilizadas en el ámbito militar. Despertando así el interés de una nueva industria civil dedicada exclusivamente a la fabricación y mantenimiento de estos vehículos no tripulados.

Ello lleva a discurrir al autor del artículo como ha sido su clasificación por los estudios realizados sobre este tema:

Drones militares: Los vehículos no tripulados de combate aéreo (UCAV) o drones de combate, son un tipo de drones exclusivamente utilizado para aplicaciones militares.

Drones civiles: Los vehículos aéreos no tripulados, son aquellos que no se utilizan para fines militares, en la actualidad representan menos del 15% total del mercado, debido a la gran acogida que han tenido entre particulares y empresas, además de las múltiples aplicaciones y tecnologías que se están desarrollando, se espera que, en los próximos años, se igualen ambos tipos en producción. los de uso profesional y/o comercial y los de uso recreativo.

Las características del sector de las aeronaves pilotadas por control remoto hacen que formular una regulación para el mismo sea una tarea compleja, debido a las diferentes características, componentes y prestaciones, que se pueden encontrar en el mercado, además el tamaño puede variar de unos pocos centímetros hasta varios metros con diferentes velocidades y tipos de desplazamiento. Conlleva a realizar un análisis de su asidero jurídico desde el Derecho Aeronáutico (BERRÍO *et al*. (2015).

Un ejemplo en la proliferación del uso civil de los drones en todo el mundo es una realidad que confirmamos a diario con noticias sobre las nuevas aplicaciones y los futuros usos que se pretenden dar a esta tecnología emergente. Su versatilidad funcional y su bajo coste los han convertido en un producto de consumo masivo, como es el caso en la AP, donde el desarrollo de esta tecnología pretende determinar la producción de los cultivos a través de la humedad del suelo, estableciendo diferentes parámetros en función del tipo de cultivo como, fechas de siembra y cosecha, estimaciones de rendimientos productivos y momentos de comercialización, entre otros datos relevantes. El empleo creciente de drones por las fuerzas y cuerpos de seguridad estatales y su masiva utilización por el sector privado -ciudadanos, profesionales y empresas- ha tenido mucho que ver en esa mayor preocupación por los aspectos relacionados con la privacidad. Sus requisitos legales para su uso y explotación son regulados a partir de:

-Estar inscritos en el Registro de Matrículas de aeronaves por su propietario

-Tener el certificado de aeronavegabilidad por su propietario

3 EL DERECHO AGRARIO EN CUBA. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN

Los aportes en este sentido ejecutados por Manuel Dorta Duque Ortiz (1896-1964) en su libro "Derecho Agrario y Proyecto del Código Cubano de Reforma Agraria" (1956) refleja en su postura el concepto de Derecho Agrario, al señalar "…*en el Derecho Agrario predominan normas de orden público y el intervencionismo estatal, que regula la tendencia y el disfrute de las tierras de propiedad privada, su producción, el crédito que requiera las mismas, sus instituciones, la distribución de los productos agrícolas, asegura un equitativo aprovechamiento de sus beneficios a todos los que en dichas actividades participan, logra un adecuado y suficiente abastecimiento a los consumidores y robustece, expansiona y supera la economía nacional y además contempla normas de protección directa para los campesinos, trabajadores agrarios y sus familias*…"

Otro de los elementos que la historia cubana devela vinculado al medio ambiente, ha sido el Programa del Moncada, toda vez que constituyó prioridad en la política de la Revolución desde sus inicios en el año 1959, si se parte del análisis de la crítica situación social con los altos niveles de pobreza, desempleo, analfabetismo, bajos niveles de salud, en que se encontraba el país antes del Triunfo de la Revolución. (Navarrete Acevedo, 1984), (Mc Cormack Bécquer, 2017). Aunque, no es secreto que Cuba durante las décadas del 70' y el 80' del siglo pasado, en pleno proceso revolucionario, se llegó a ser uno de los países con más alto nivel de consumo de productos químicos en el mundo, fundamentalmente en el uso de plaguicidas (NOVA GONZÁLEZ, 2006).

Por ende, se valora que las prácticas agrícolas aplicadas entonces aún muestran sus frutos negativos en el actual estado de los suelos cubanos y también en la contaminación de aguas interiores, como elementos negativos al no ponderarse de manera adecuada los principios de precaución, prevención, y responsabilidad desde el Derecho Ambiental. Rey Santos (1990) denominó desde sus estudios en la materia agraria que la década de los 60 ' hasta los 70 ' del siglo pasado se enfocó en el tema de la Reforma Agraria, con posterioridad la década de los 80' a los 90' estuvo concentrada en la cooperativización. En la década de los 80' se reguló en el ordenamiento jurídico la configuración de las Cooperativas Agropecuarias y su correspondiente Reglamento. En la década de los 90' se estudiaron instituciones jurídicas como el usufructo de tierras, ganadería, actividad forestal, créditos, seguros, entre otras.

En este período analizado, la nación cubana sufre los efectos de una situación económica crítica conocida como el Período Especial en tiempo de paz desde el pasado siglo

XX. Hasta el año 1990 alrededor del 85% del comercio de Cuba era con los países del campo socialista de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el este de Europa. Con la desintegración del Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME) Cuba se quedó aislada de sus abastecedores principales y de sus mercados foráneos. La situación fue agravada por el bloqueo económico impuesto por los Estados Unidos de América desde finales del siglo XX acrecentada en el actual siglo (REY SANTOS; MC CORMACK, 1990).

Por ende, puede aseverarse que las características del proceso revolucionario cubano hacen del modelo agrícola patrio y del proceso de transformaciones agropecuarias iniciado en los 90' tuvo un lugar singular en el escenario del tercer mundo. Las transformaciones que se operan en la agricultura en la búsqueda de estrategias para la salida de la crisis alimentaria y la conformación de un modelo de desarrollo endógeno y sostenible implica profundos cambios en la política económica y tecnológica e impacta fuertemente al campesinado y a la fuerza de trabajo agrícola en general, acentuándose la heterogeneidad socio estructural y la complejidad de los procesos de cambio con la implementación de la AP para satisfacer las crecientes demandas alimentarias de la población nacional (RÍOS HERNÁNDEZ, 2014).

Estos elementos hasta aquí abordados son incidentes en el creciente deterioro de los suelos por causales como la deforestación, salinización, compactación, erosión), ante la dependencia de recursos externos (combustible, fertilizante, pesticidas, herbicidas, maquinarias, concentrados para la producción animal), con una menor respuesta productiva a los fertilizantes y al aumento de plagas y enfermedades por el rompimiento de las cadenas naturales y la extendida práctica del monocultivo, los adversos del cambio climático y de los sistemas de vientos por la deforestación, figuran entre los efectos negativos de la agricultura convencional desde los 90' de aquí que se justiprecia las razones que determinan la necesidad del cambio tecnológico en la agricultura cubana con la implementación de la AP para producir mayor cantidad de alimentos para la población (REY SANTOS; CRUZ SARDIÑAS, 2017).

Se aprecia con el fomento en el desarrollo de la política de ciencia y tecnología dirigida por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), el que se ejecuta con una red de centros científicos que desarrollan los procesos agropecuarios, se destacan la se destaca la producción de biopesticidas y biofertilizantes, el empleo de principios y métodos de agricultura orgánica con la biotecnología agrícola para el mejoramiento genético, el programa de biotecnología para la propagación in vitro de varias especies de plantas resistentes a las enfermedades en biofábricas, la aplicación de técnicas de ingeniería genética para obtener variedades con mayor valor agrícola y comercial, con el uso

del pivote del sistema de semillas, donde se han obtenido híbridos de hortalizas a nivel comercial que están compitiendo con las grandes firmas que lideran el mundo de la ciencia en esta materia (ANTÚNEZ, 2017).

En este mismo contexto, Pavo Acosta (2008) señala en relación al desarrollo del Derecho Agrario al considerar "*continúan siendo los que consisten en la insuficiente creación de la doctrina una cubana sobre los aspectos atinentes a la teoría general del Derecho Agrario, espacialmente en cuanto a la formulación de las definiciones sobre los conceptos básicos de esta rama jurídica y con elaboración del Derecho Agrario como sistema normativo particular*".

Estos elementos inciden en este análisis, en el desarrollo del Derecho Agrario patrio a partir de la integración de contenidos con las cuestiones actuales que hacen ver el objeto del Derecho Agrario desde distintas perspectivas como el ambiente, la calidad ambiental de los productos, los mercados con el uso de la etiqueta ambiental, las cadenas de producción, la con el uso de la AP, la biotecnología, las regulaciones regionales e internacionales, etc. Contenidos que aportan a la multiplicidad de objetos de su regulación y objeto de estudio y de amplitud de las relaciones y zonas de contacto o conflicto con otras disciplinas jurídicas como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Mercantil, el Derecho de la Propiedad Industrial, el Derecho Ambiental, el Derecho Laboral, la Informática Jurídica, entre otras. Sin dejar de reseñar la interdisciplinariedad del Derecho Agrario con las Ciencias Agrarias y Forestales, las Ciencias Económicas y Contables, la Sociología, las Ciencias Ambientales, la Medicina Veterinaria, entre otras.

El Derecho Agrario está reconocido como una materia que jurídicamente está en constante evolución y transformación para responder a las nuevas realidades del sector y a los inéditos problemas agrarios que surgen con la globalización y la ecologización. La agricultura deja de ser vista como la actividad de consumo o sobrevivencia y se analiza en el mundo moderno de los mercados. La agricultura deja de ser factor de producción para constituirse en factor económico, político, cultural y social. Sin duda que el Derecho Agrario ha experimentado, desde su génesis y luego en su formación histórico-institucional, una evolución sin precedentes a través de un proceso radical y multifacético. En el campo del Derecho Agrario contemporáneo debe seguir desarrollándose con su carácter interdisciplinario atendiendo a la interdependencia entre las diferentes ramas del Derecho para que, en presencia de fenómenos como el medio ambiente o la nueva disciplina del comercio de productos agrícolas, esto es un elemento a tener en cuenta en la actualización de los

materiales de estudio en la carrera de Derecho en el actual Plan de estudios E del año 2018 del Ministerio de Educación Superior (PAVO ACOSTA, 2013).

3.1 La empresa agraria. Reconocimiento en el ordenamiento jurídico agrario cubano

El surgimiento histórico de la agricultura en Cuba tuvo lugar con la repartición de tierras, realizada por Diego Velázquez a partir de 1510 durante la conquista y colonización española, que a lo largo de cuatro siglos se caracterizó, por el aumento constante de la pequeña y mediana propiedad, lo que permitió forjar una gran masa de propietarios agrícolas instruidos en la teoría y la práctica de la agricultura. A partir de la trigésima década del siglo XIX las ciudades de La Habana y Santiago de Cuba, donde existía todo tipo de comercio, contaron con grandes plazas de mercados que concentraban los alimentos, ropa, complementos para el hogar y un sinfín de artículos destinados al consumo (RAMÍREZ SARMIENTO, 1989).

Con el triunfo de la Revolución, la Ley No. 3 del Ejército Rebelde del 10 de octubre de 1958 fue el antecedente que anunció la creación de un organismo dedicado a adquirir los productos agrícolas en las propias fincas de los productores, para su distribución y venta, evitando de esta forma que la actividad de acopio y comercialización continuara en manos privadas, quienes imponían precios de miseria y de explotación a los consumidores. En este período de la historia de Cuba la comercialización de la producción agropecuaria solía estar a cargo de un gran número de comerciantes intermediarios que constituían el vínculo entre los productores y la distribución económica (RAMÍREZ SARMIENTO, 1989).

Otra importante transformación durante la década de los 90 fue la reapertura del mercado libre interno de alimentos, en 1994 para las producciones del sector con destino a la alimentación. la comercialización de productos agropecuarios como parte del programa estatal para garantizar la alimentación del pueblo, en Cuba, incluye la introducción de diferentes tecnologías y nuevas alternativas para la producción, sufriendo variaciones conformes a cada momento histórico y legislativo, que ha vivido el país. El modelo agrícola cubano se ha caracterizado por el predominio de una empresa pública de grandes escalas de producción y elevada centralización. Este estaba basado en una agricultura industrial, altamente consumidora de insumos, con una importante dotación de inversión y equipamiento por hectárea, pero a la vez con una alta dependencia externa. El derrumbe del campo socialista en el pasado siglo constituyó el detonante que, ante un modelo agrícola agotado, propició la crisis económica del sector agropecuario cubano (INFANTE UGARTE, 2014).

Hay que reseñar que dentro de esta sistematización ejecutada la mayoría de las haciendas grandes de los años 50' del pasado siglo fueron convertidas en empresas estatales en los 60' con algo de tierra repartida a arrendatarios y aparceros. Luego, en la década de los 90' muchas de las empresas estatales fueron puestas bajo el control de sus trabajadores hasta lo que concurre en el siglo XXI en el reordenamiento de la tierra en la nación cubana. (Pavó Acosta, 2012). Por ello, hoy la industria agropecuaria nacional cuenta con cinco categorías principales de organización de la empresa agraria pública y la privada:

- Empresas Estatales (empresa agraria)
- Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC)
- Cooperativas de Producción Agropecuaria (CPA)
- Fincas individuales (campesinos)
- Cooperativas de Créditos y Servicios (CCS)

En el siglo XXI el gobierno cubano con otra visión señala la importancia de extender y tener dominio de la tecnología propia de la AP en los cultivos protegidos por las condiciones del clima tras los resultados analizados en el pasado siglo. Desde entonces se aprecia que se avanza en la AP y existen proyectos asesorados por el CITMA en la agricultura cañera, el cultivo de la papa, del frijol, del arroz, en la implementación de los sistemas de riego con pivot, en la visión artificial por cámaras digitales en drones, entre otros. De la misma manera, se desarrolló el sistema modular Agromatic, que facilita la detección de los campos sobre-fertilizados para racionalizar el empleo de estos nutrientes, en los cuales se gastaba unos 20 millones de dólares (VÁSQUEZ, 2004).

El Derecho Agrario cubano dista mucho de sus orígenes y la gama de disposiciones que se han dictado, así lo demuestran –llevado de la mano en el plano legislativo- los hechos económicos, políticos, sociales y la propia conciencia ambientalista que lo ha enriquecido, a merced de estar a salvo de las políticas neoliberales impuestas por el poder económico de las transnacionales que condicionan tratados, con cláusulas supraestatales imponiendo modelos económicos que han conllevado a la desregulación de las legislaciones nacionales de varios países en detrimento de su soberanía (NAVARRETE ACEVEDO, 1984; REY SANTOS & MC CORMACK, 1990; PHILIPPÓN, 2006; PAVÓ ACOSTA, 2009; MC CORMACK BÉCQUER, 2017).

Mc Cormak Bequer (2017) es del criterio que el Derecho Agrario cubano se caracteriza por la gran proliferación de normas jurídicas que regulan las relaciones que se dan en los procesos productivos agrícolas, estableciendo para los distintos sujetos del Derecho

Agrario la forma de actuación, entre los que se encuentran los agricultores pequeños, las cooperativas de producción agropecuaria, las cooperativas de créditos y servicios las Unidades Básicas de producción cooperativa.

Estos elementos abordados, han incidido en la creación de nuevos cuerpos jurídicos en la materia agraria, los que desarrollan una nueva estructura de propiedad, ello constituye el cambio de mayor trascendencia a los efectos del reajuste estructural en la agricultura nacional. Al promoverse la desestatización de la gran propiedad agrícola estatal en unidades productivas más pequeñas. Por lo que podemos señalar que los retos en torno a las aplicaciones de las Tic en el desarrollo rural en la agricultura nacional se centran en:

- El desarrollo de nuevos contenidos
- La información agroclimática
- La instalación de comunidades virtuales
- La formación digital del capital humano (La necesidad en primer lugar de elevar el nivel cultural, científico y técnico del agricultor, esto se debe a la manipulación de modernas técnicas altamente sensibles).
- Mejor cuidado del medio ambiente y por tanto un aumento de la calidad de vida en el campo.
- Falta de conocimientos técnicos (electrónicos) para operar o ajustar los equipos.
- Falta de experiencia informática. Excesiva complicación en los programas necesarios.
- No es fácil tomar decisiones sobre los datos obtenidos. El caso típico es que un mal mapa de rendimiento puede generar más preguntas que respuestas, mientras que un buen mapa de suelo es más fácil de interpretar.
- La AP requiere un tiempo adicional que en ocasiones no tiene el agricultor.

Se justiprecia con lo que hasta aquí se sistematiza que el mayor impacto social que se alcanzará con la AP será cuando su aplicación se generalice a los principales cultivos del país sembrados en grandes extensiones de tierra de la empresa pública agraria al ser la poseedora de mayor cantidad de tierra, los que requieren de labores mecanizadas, logrando ahorros importantes a la economía y reduciendo las afectaciones ambientales al controlar el uso de fertilizantes químicos y limitarlos solo a aquellas zonas en que por su carencia sea necesaria su aplicación, esto tendrá una repercusión positiva en todos los sectores de la sociedad cubana al otorgarles seguridad alimentaria en los productos que se reciben, incidentes en los

principios de seguridad y soberanía alimentaria que hoy se ponderan por parte de la Administración Pública, y que desde el Derecho Ambiental sean observados los principios de precaución, prevención, responsabilidad y legalidad, donde para su cumplimiento es necesaria la formación jurídica ambiental (ANTÚNEZ, 2018).

Por ello, frente al desafío que supone el logro del desarrollo sostenible para la Administración Pública en el siglo XXI en la nación cubana, es una necesidad transitar a que los operadores jurídicos sean especializados en temas agroambientales, que les permitan entre las acciones y herramientas básicas incentivar las técnicas preventivas ambientales en el desarrollo de la AP, a fin de garantizar el derecho a un medio ambiente sano, entendido éste entre los derechos de 3ra generación, lo que supone garantizar que las condiciones el medio ambiente no se deterioren al punto de afectar las condiciones de vida del ser humano en el desarrollo de la empresa pública agraria, donde partir del análisis constitucional es una premisa para la seguridad y soberanía alimentaria. Los derechos humanos no pueden ser garantizados en un medio ambiente contaminado o degradado. Es una necesidad realizar procesos formativos desde la educación ambiental (SUÑE LLINAS, 2016).

3.2 El ordenamiento jurídico en materia agraria. La implementación de la AP en el desarrollo de la empresa agraria en Cuba

El surgimiento de la agricultura en Cuba tuvo lugar con la repartición de tierras realizada por Diego Velázquez en 1510 durante la conquista y colonización española, la que lo largo de cuatro siglos se caracterizó por el aumento de la pequeña y mediana propiedad, permitió forjar una gran masa de propietarios agrícolas instruidos en la teoría y la práctica de la agricultura tradicional. Al finalizar la Guerra de Independencia y con la intervención norteamericana en Cuba se crearon condiciones propicias para la entrada del capital extranjero. Por ello, hay que significar que la situación agraria cubana en esta etapa registraba el predominio de la pequeña y mediana propiedad con relación a las haciendas de mayor tamaño (DORTA DUQUE, 1956; LE RIVEREND BRUSSONE, 1975; LE RIVEREND BRUSONE, 1992; TORRES-CUEVAS; LOYOLA VEGA, 2001).

Durante los cuatro siglos de la etapa colonial en Cuba y ya en el siglo XX en el período de la República, las regulaciones de la propiedad inmobiliaria rústica quedaron en los límites del Derecho Civil, por lo que no puede aseverarse la existencia del Derecho Agrario como rama jurídica autónoma. Ello permite ponderar que fueron las transformaciones económicas y jurídicas iniciadas a partir del año 1959 las que propiciaron el surgimiento del Derecho Agrario cubano, con el nacimiento de la legislación agraria (protectora de la tenencia

de la tierra, los traspasos de tierra, la actividad forestal, el registro y la tenencia de ganado, y a otras cuestiones agrarias), tuvo como precursora la actividad en su momento del Instituto Nacional de Recursos Agrarios (actual Ministerio de la Agricultura) dentro del entramado de la Administración Pública (MC CORMAK BEQUER, 2017).

Con el triunfo de la Revolución Cubana a partir de 1959 en el siglo XX se llevó a cabo por el gobierno revolucionario diversas medidas en beneficio de los sectores más desfavorecidos de la población. Entre estas medidas, la revolución agraria sentó tempranamente las bases de un nuevo modelo económico, político y jurídico. En año 1959 se promulga la 1ra Ley de Reforma Agraria y en octubre del 1963 la 2da Ley de Reforma Agraria, entregándosele la tierra al que la trabajaba. Cuba al triunfar la Revolución era un país de economía agraria atrasada caracterizada por el dominio del latifundio, el monocultivo, y sin una integración económica y técnica entre sus sectores. La 1ra Ley de Reforma Agraria puede calificarse como la más radical y revolucionaria cuyos preceptos dieron lugar a una profunda y acelerada transformación de la sociedad rural cubana, constituyó la base del cambio hacia una sociedad totalmente diferente, preámbulo de una nueva forma social en el hemisferio. Más adelante sobrevino la 2da Ley de Reforma Agraria. Ambos cuerpos jurídicos tienen como consecuencia de su aplicación un alcance muy superior que, se traduce en la recuperación de tierras del Estado, dotar a la nación de la verdadera soberanía, y lograr la autosuficiencia económica en el proceso de construcción del socialismo, no logrado y en la actualidad se encamina en las nuevas transformaciones agrarias que se ejecutan (FIGUEROA, 1995; VALDÉS GARCÍA, O., 2003; MC CORMACK BÉCQUER *et al*. 2007; MIR PÉREZ, 2008).

CONCLUSIÓN

El Derecho Agrario como rama autónoma de las ciencias jurídicas es de carácter obligatorio en los planes de estudio de la carrera de Derecho en Cuba en la formación de los juristas, renovado con el Plan de estudios E de 2018. Estudios que deberán potenciarse en las provincias con un desarrollo agropecuario mayor por la pertinencia de lograr alcanzar los principios de seguridad alimentaria, soberanía alimentaria, y desarrollo sostenible.

Las decisiones en cumplimiento del principio de legalidad en la legislación agroambiental cubana la convierten en una herramienta que va a coadyuvar en fomentar la educación ambiental y la formación de la cultura jurídica ambiental a los especialistas con relación jurídica laboral en las tareas agropecuarias, donde se necesita de un orden normativo

dirigido hacia el desarrollo sostenible como paradigma del siglo XXI en el desarrollo de la AP dentro de la empresa agraria.

El siglo XXI propende a la seguridad alimentaria, razón por la cual se está en la búsqueda de tecnologías modernas que ayuden a mitigar la falta de atención de los cultivos que generan gastos innecesarios en el monitoreo, la AP o agricultura inteligente como también se le conoce es una prioridad en la formulación de las políticas públicas y en la elaboración de cuerpos jurídicos dentro de los ordenamientos jurídicos para alcanzar el desarrollo sostenible.

La empresa agraria el siglo XXI como actor económico en su actividad principal en la obtención de productos agrarios, y en sus actividades complementarias realizadas en la explotación, la venta directa de productos agropecuarios, la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente o actividades turísticas y artesanales está obligada a ponderar los principios de prevención y precaución desde el Derecho Ambiental que le permita obtener la certificación de sus productos y servicios con eficiencia y eficacia a través de la implementación de la AP.

En el escenario agrario cubano dentro de los estudios de Derecho Agrario y en el ordenamiento jurídico agrario aún no hay un reconocimiento adecuado a la AP en el siglo XXI dentro de la empresa agraria; no obstante, las bondades que la misma aporta se aplican por el Ministerio de la Agricultura y por el Grupo empresarial dedicado al cultivo y producción de la azúcar (AZCUBA) en el desarrollo de cultivos de la caña de azúcar, del arroz, hortalizas, frijoles, y frutales, entre otros. No obstante, hay que reseñar que la AP ha sido objeto de estudio por la academia cubana en otras ciencias vinculadas a los procesos agrícolas que se desarrollan en la nación en pos de lograr la soberanía y la seguridad alimentaria por su transversalidad.

REFERENCIAS

AA. VV. (2014). *Adopción y desarrollo de tecnología en agricultura de precisión*, Editorial Valverde Hnos y Cia. Ltda, Chile.

ABREU BARROSO, L. *et al*. (2004). *Direito Agràrio comtemporàneo*. Belo Horizonte: Editorial Del Rey..

ACOSTA RAMOS, Z. *et. al* (2006). *El árbol, los bosques y su entorno*. Editorial Loynaz, Pinar del Rio.

AGÜERA VEGA, J.; PÉREZ RUIZ, M. (2013). Agricultura de precisión, hacia la integración de datos espaciales en la producción agraria. *Revista Ambienta*, n. 105, España, pp.16-27.

ALTIERI, M.; NICHOLLS, C. (2000). *Agroecología*: Teoría y práctica para una agricultura sustentable. PNUMA. México.

ÁLVAREZ CONDE, J. (1958). *Historia de la Botánica en Cuba*. Junta Nacional de Arqueología y Etnología, La Habana.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2015). El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales*. 18.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.; DÍAZ OCAMPO, E. (2018.) La responsabilidad social y medio ambiental de la empresa: una perspectiva desde Cuba. *Revista Responsabilidad Social Empresarial*, España.

AZQUETA OYARZUN, D. (1994). *Valoración económica de la calidad ambiental*, Editorial Mc Graw- Hill, Madrid.

BALLARÍN MARCIAL, A. (1978). *Derecho Agrario*, Editorial de Derecho Reunidas. 2. ed. Madrid.

BALLARÍN MARCIAL, A. (1990). *Del Derecho Agrario al Derecho Agroalimentario*. Revista Derecho Agrario y Alimentario. Editorial Ediasa. Madrid.

BALLESTERO, E. (2000). *Economía de la empresa agraria y alimentaria*. Editorial Mundi-Prensa. Madrid.

BERRÍO, V. *et al*. (2015). Uso de drones para el análisis de imágenes multiespectrales en agricultura de precisión. @limentech, *Ciencia y Tecnología Alimentaria*, n. 13, pp.28-40.

BONGIOVANNI R. *et al*. (2006). *Agricultura de Precisión*: Integrando conocimientos para una agricultura moderna y sustentable. Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.

BREBBIA, F. (1997). *Derecho Agrario*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

BREBBIA, F.; MALANOS, N. (2007). *Derecho Agrario*. Editorial Astrea, Argentina.

BROSETA PONT, M. (1983). *Manual de Derecho Mercantil*. 5. ed. Editorial Tecnos, Madrid.

CAFERRATA, N. (2009). Teoría de los principios del Derecho Ambiental, *Revista Abeledo Perrot*, Argentina.

CAMPOBASSO, G. (2004). *Manuale di Diritto Commerciale*. UTET, 3. ed. a cura di Mario Campobasso, Italia.

CARRERA, R. (1989). Teoría Agrobiológica del Derecho Agrario y sus perspectivas. *Revista del Instituto de Derecho Agrario*, n. 11, Mérida.

CARROZZA, A. (1970). *Problemi generali e profili di qualificazione del Diritto Agrario*. Gli istituti del Diritto agrario. Editore Giufré, v. I. Milano.

CARROZA A. (1972). Problemas de Teoría General del Derecho Agrario. *Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 19, pp. 245-267.

CARROZZA, A. (1982). *La autonomía del Derecho Agrario*. Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano. Editorial Fidac, Costa Rica.

CARROZZA, A. (1982). *La noción de lo agrario (agrarieta). Fundamento y extensión*, Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano, Editorial Internacional de Derecho Agrario y Comparado, Costa Rica. pp. 99-114.

CARROZZA, A. (1983). *Agricultura y tutela de la naturaleza*. Derecho Agrario y recursos naturales. Editorial Abeledo Perrot, Argentina.

CARROZA, A.; ZELEDÓN ZELEDÓN, R. (1990). *Teoría general e Institutos del Derecho Agrario*, Editorial Astrea, Buenos Aires.

CASANOVA, R. (1977). *Derecho Agrario*. Instituto Venezolano de Derecho Agrario. Caracas.

CAYADO, G. (2008). *Agricultura cubana*: Estructuras organizativas y programas de desarrollo (1959-2007). Editorial Agrinfor, La Habana.

CERRILLO, F. (1952). *Derecho Agrario*. Editorial Bosch. Barcelona.

COMPANIONI, N. (2001). *La agricultura urbana en Cuba*. *Transformando el campo cubano*. ACTAF-FOODFIRST-CEAS. Cuba.

COSTATO, L. (2003). Per una storia del Diritto agrario. *Rivista di Diritto agrario*. Agricoltura-Alimentazione-Ambiente, V. 1, Italia.

CUEVAS, J. & F. García. (1992). *Los recursos naturales y su conservación: en defensa del medio ambiente*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.

DELGADO MOYA, R. (2005). *Estudio del Derecho Agrario*, Editorial Sista, México.

DE SEMO, G. (1975). *Introducción al estudio del Derecho Agrario*. 3. ed. Editorial Porrúa, México.

DE SEMO, G. (1937). *Curso de Derecho Agrario.* Editorial Casa Poligráfica Universitaria, Florencia, p. 61.

DE ZULETA, M. (1955). *Derecho Agrario*. Editorial Salvat. Barcelona.

DI LEO, N. (2015). Drones: nueva dimensión de la teledetección agroambiental y nuevo paradigma para la agricultura de precisión. *Agromensajes*, n. 41, Universidad del Rosario, Argentina, pp.7-17.

DÍAZ FERNÁNDEZ, I. (2013). *La competitividad en la empresa cubana. Cuba*: la ruta necesaria del cambio económico. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

DOBERMANN, A. *et al*. (2004). *Precision Farming*: Challenges and Future Directions. Keynote Paper. 4th. Int Crop Science Congress. Brisbane, Disponible en: http:// www.cropscience. org. au/icsc 2004 /symposia /4/3/217_ dobermanna.htm

DORTA DUQUE, M. (1956). *Derecho Agrario y Proyecto de Código Cubano de Reforma Agraria*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

DUQUE CORREDOR, R. (1972). *Evolución del Derecho Agrario*, Instituto Agrario Nacional, Caracas.

ESTEVE PARDO, J. (2003). Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científic.a, *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 3, España, pp. 689-700.

ECHEMENDÍA M. (2010). *Sanidad Vegetal*, Editorial Félix Varela, La Habana.

ENKERLIN HOEFLICH, E. *et al*. (1997). *Ciencia ambiental y desarrollo sostenible*. Editorial International Thomson. México.

FERNÁNDEZ, D. (2017.) *La industria 4.0*: Una revisión de la literatura. Actas de Ingeniería, España.

FIGUEROA, V. (1995). *La reforma de la tenencia de la tierra en Cuba y formación de un modelo mixto de economía agraria*. Universidad Central de Las Villas, Cuba.

FLORE, E. (2008). Riflessioni su agrarietá e sul concetto di impresa agrícola. *Rivista di Diritto Agrario*. Agricoltura-Alimentazione-Ambiente, Milano.

FONTANARROSA, R. (1983). *Derecho Comercial Argentino*. Editorial ZVlí, Buenos Aires.

FONT I LLOVET, T. (1983). La Empresa Pública Agraria. *Revista de Administración Pública*, n.. 100-102, Madrid.

FOUNTAS, S. Tesis doctoral: *Systems Analysis of Precisión Agricultura*, Real Universidad de Agricultura y Veterinaria de Dinamarca (2004).

FUNES MONZOTE, R. (2003). *Conocimiento y explotación de los bosques cubanos por la Marina real española en el último tercio del siglo XVIII*. Expediciones, exploraciones y viajeros en el Caribe, Editorial Unión, La Habana.

FUNES MONZOTE, R. (2004). *El asiento de su riqueza. Los bosques y la ocupación del este de Cuba por el azúcar, 1898-1926*, Anuario IEHS, La Habana.

FUNES MONZOTE, R. (2004). *De bosque a sabana. Azúcar, deforestación y medio ambiente en Cuba: 1492-1926, premio Pensamiento Caribeño,* Editorial Siglo XXI, México.

FUNES MONZOTE, R. (2009). *Transgénicos*: ¿Qué se gana y qué se pierde? Textos para un debate en Cuba. Editorial Félix Varela, La Habana.

FUNES AGUILAR, F. (2009). La Agroecología en Cuba: su desarrollo y situación actual. *Revista Brasilera de Agroecología*, n. 2, Brasil.

GARCÍA, E.; FLEGO, F. (2014). *Agricultura de Precisión*. Universidad de Palermo, España.

GARCÍA, E. & FLEGO, F. (2004). *Tecnología Agrícola*. Universidad de Palermo, España.

GARCÍA RUIZ, J. *et. al*. (2007). *El mercado agropecuario de alimentos en la transición al socialismo en Cuba,* Editorial Feijoo, Las Villas.

GAREA ALONSO, J. (2001). *Ley Forestal de Cuba 1998: su importancia y repercusión para el Derecho Agrario*, Estudio Legislativo de la FAO, Nº 17. Disponible en: hptt://www.fao.org/Legal/prs-ol/lpo17.pdf

GALLARDO ZÚÑIGA, R. (2006). *Derecho Agrario Contemporáneo*, Editorial Porrúa, México.

GONZÁLEZ, E. (2015). *Sociología Agraria*: Orígenes, evolución y problemas actuales. Sociología Agraria. Transformaciones Agrarias en Cuba y América Latina. Universidad de La Habana.

GONZÁLEZ HINOJOSA, M. (1975). *Derecho Agrario*. Editorial Jus, México.

GONZÁLEZ NAVARRO, G. (2005). *Derecho Agrario*. Editorial Oxford, México.

GELSI BIDART, A. (1977). *Estudio del Derecho Agrario*. Editorial Acali, Uruguay.

GERMANÓ, A. (2007). *Corso di diritto agroalimentare*. Editore Giappichelli, Torino.

GUERRA DANERI, E. (2000). Aspectos jurídicos de la responsabilidad en la agricultura transgénica. *Rivista di Diritto agrario*, V. I, Italia, p. 207.

GROSSI, P. (1977). La nascita del Diritto agrario come scienza. *Rivista di Diritto Agrario*, Italia.

HEIMLICH, R. (1998). *Precision Agriculture*: information technology for improved resource use. Agricultural Outlook.

HEISER, C. (1990). *Seed to civilization*: the history of food. Harvard University Press, Cambridge.

HERNÁNDEZ MÁS, O. (s/f). *Lecciones de Derecho Agrario*. Universidad de La Habana, La Habana.

INFANTE UGARTE, J. (2014). La empresa estatal socialista cubana y su transformación competitiva. *Revista Cofín*, n. 4, La Habana, pp.84-94.

KREIMER, P. (2003). *Las Tic's en la Agricultura de Precisión*. CEDITEC, España.

LEÓN SICARD, E. (2009). *Agroecología*: desafíos de una ciencia ambiental en construcción. Instituto de Estudios Ambientales, Universidad Nacional de Colombia.

LE RIVEREND BRUSSONE, J. (1975). *Historia de Cuba*. Editorial Pueblo y Educación. La Habana.

LE RIVEREND BRUSONE, J. (1974). *Historia económica de Cuba*. Editorial Revolucionaria, La Habana.

LE RIVEREND BRUSONE, J. (1992). *Problemas de la formación agraria de Cuba. Siglos XVI-XVII*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

LÓPEZ ÁLVAREZ, L. (2014). *La normalización, la certificación y las marcas de conformidad para la gestión ecológica de las empresas*. Tratado de Derecho Ambiental, Editorial CEF, España, p.654

LÓPEZ TOLEDO, P. (2014). La protección del medio ambiente en el Derecho comunitario de contratos públicos: perspectiva y situación actual. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n. 7, España.

LOWENBERG-DE BOER J. (2010) .*La Agricultura de Precisión como Herramienta de Manejo Sitio Específico de Factores de Precisión*, INTA Manfredi. Universidad de Purdue.

LUNA SERRANO, A. (2002). El sentido de la evolución del Derecho Agrario. *Rivista di Diritto Agrario*, V. 1, Italia.

MACHADO, R. (2017). El sistema empresarial cubano como factor de supervivencia y sostenibilidad. *Revista Temas*, n. 89-90, La Habana, pp.111-118.

MARTÍNEZ PALLARÉS, P. (2003). Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medio ambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos. *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n. 18, España.

MC CORMACK BÉCQUER, M. *et al*. (2007). *Temas de Derecho Agrario*. Editorial Félix Varela, La Habana.

MC CORMACK BÉCQUER, M. (2017). Política Agraria y Desarrollo Rural en Cuba, el Sector Público de la Agricultura. *Florida Journal of International Law*, n. 29, EUA.

MEDINA CERVANTES, J. (1987) *Derecho Agrario*. Editorial Harla, México.

MENDIETA Y NÚÑEZ, L. (1985) *Introducción al estudio del Derecho Agrario*. Editorial Porrúa. México.

MIR PÉREZ J. (2008). *Aplicación de las Leyes Fundamentales de la Reforma Agraria Cubana*. Editorial ONBC, La Habana.

MORALES LAMBERTI, A. (1996). *Introducción al Derecho Agrario y Ambiental*. Editorial Horacio Elías, Argentina.

NAVARRETE ACEVEDO, C. (1984). *Apuntes para el Derecho Agrario, y Legislación y documentos para el Derecho Agrario cubano.* Universidad de La Habana.

NOVA GONZÁLEZ, A. (2006) *La agricultura en Cuba*: Evolución y trayectoria (1959-2005). Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

ORDUNA MORENO, F. (1997). *El Derecho Agrario*. Su marco jurídico y económico. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

OVALLES, V. A. (2006). Introducción a la Agricultura de Precisión. *Revista Digital Ceniap Hoy*, n. 12, Venezuela.

PAVO ACOSTA, R. (1997). Acerca de la Autonomía del Derecho Agrario. *Revista Barco de Papel*. Puerto Rico, pp. 127-136.

PAVO ACOSTA, R. (2002). *La codificación del derecho agrario cubano en el nuevo milenio: un debate necesario*. III Congreso Internacional de Derecho Agrario. Holguín.

PAVO ACOSTA, R. (2006). *Los dilemas procesales del derecho agrario en el contexto de su autonomía e interrelaciones con las demás ramas jurídicas*. Memorias Científico Metodológicas de Derecho Civil y Familia. Universidad de Oriente, Cuba.

PAVO ACOSTA, R. (2007). Tesis de Maestría: *El Derecho Agrario cubano*: Proposiciones para una reconstrucción sistémica. Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

PAVÓ ACOSTA, R. (2009) *Derecho Agrario. Teoría General. Su recepción y estado actual en Cuba*. Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

PAVÓ ACOSTA, R. (2012). *Los cambios recientes en el marco legal de la actividad agropecuaria en Cuba; nuevas normas sobre usufructo de tierras*. Editorial Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

PAVO ACOSTA, R. (2013). La enseñanza del Derecho Agrario en Cuba: nuevas reflexiones y propuestas de cambio, *Revista UFG*, n. 1, Brasil.

PÉREZ DE CIRIZA GAINZA, J. (2001) *Agricultura de precisión*, ITGA Navarra Agraria, España, pp. 9-13. Pérez Carrillo, J. Tesis doctoral: *Presupuestos teóricos para el reconocimiento normativo de las fuentes formales legisladas del Derecho Agrario en Cuba*, Universidad de La Habana (2013).

PIGRETTI, E. *et al*. (1983.). *Derecho Agrario y recursos naturales*. Editorial Abeledo Perrot, Argentina.

PIGRETTI, E. *et al*. (1995). *Contratos Agrarios*. Editorial Depalma, Argentina.

PORTER, M. & VAN DER LINDE, C. (2003). *Verdes y competitivos, en ser competitivo. Nuevas aportaciones y conclusiones*, Editorial Deusto, Barcelona.

PRIETO ROMANO, O. (2007). *Derecho Agrario comunitario e internacional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

PROCEDIA C. (2014). *Industry 4.0. The new industrial revolution*. How Europe will succeed. Hg V Roland Berg. Strategy Consult. GmbH, Münich.

QUEVEDO HERRERO, I. *et al*. (2006). La aplicación de la Agricultura de Precisión: Su impacto Social. *Revista Ciencias Técnicas Agropecuarias*, n. 3. Universidad Agraria de la Habana, pp. 24-26

RAMÍREZ SARMIENTO I. (1989). *Comercio de Alimentos en la Cuba del Siglo XIX*. Editorial Letras Cubanas, La Habana.

RAVENET, M.; HERNÁNDEZ, J. (1984). *Estructura social y transformaciones agrarias en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

REY SANTOS O.; CRUZ SARDIÑAS, T. (2017). *La Ley del Medio Ambiente*: 20 años después. Editorial UNIJURIS, La Habana.

REY SANTOS, O. & MC CORMACK, M. (1990). *Manual de Derecho Agrario*. Editorial ENPES, La Habana.

RÍOS HERNÁNDEZ, A. (2014). *La agricultura en Cuba*, Editorial INFOIIMA, La Habana.

RIVERA RODRÍGUEZ, I. (2014). *Derecho Agrario Integral*. 2. ed. Editorial Porrúa, México.

RODRÍGUEZ, C. (1983). *Cuatro años de Reforma Agraria*. Letra con Filo. Editorial Ciencias Sociales. La Habana.

ROJAS, I. *et al*. (1985). *Sociología y Desarrollo Rural en Cuba*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

RUIZ DUEÑAS, J. (1988). *Empresa pública.* Elementos para el examen comparado. Editorial Fondo de Cultura económica, México.

SÁENZ, O. (2007). *Las Ciencias Ambientales*: una nueva área de conocimiento. Red Colombiana de Formación Ambiental, Bogotá.

SANZ JARQUE, J. (1975). *Derecho Agrario*, Editorial Fudación Juan March, España.

SANZ RUBIALES, I. (2000). *Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica*. Editorial Marcial Pons, España, pp.7-19.

SERRANO MORENO, J. (2008.) *Principios de Derecho Ambiental y ecología jurídica*. Editorial Trotta, Madrid.

SOLDE VILLA VILLAR, A. (1982). *La Empresa Agraria (su regulación jurídica)*, Universidad de Valladolid. España.

SUÑE LLINAS, E. (2016). Derecho informático de las cosas o de segunda generación: El Derecho de la Informática en la 4ª Revolución Industrial o de la Productividad. *Revista Ambiente Jurídico*, n. 19, Colombia.

TABORDA CARO, M. (1979). *Derecho Agrario*. 2. ed. Editorial Plus Ultra, Argentina.

TORRES-CUEVAS E.; LOYOLA VEGA, O. (2001). *Historia de Cuba 1492-1898*. Editorial Pueblo y Educación, La Habana.

ULATE CHACÓN, E. (2006.) *Manual de Derecho Agrario*, Editorial Conamaj, Costa Rica.

ULATE CHACÓN, E.; VÁSQUEZ VÁSQUEZ, R. (2008). *Introducción al Derecho Agroalimentario*. Editorial Continental, Costa Rica.

URÍA, R. (2000). *Derecho Mercantil*. Editorial Marcial Pons, Madrid.

USATEGUI & LEZAMA, Á. (1938). *El colono cubano*. Ensayo de Derecho Agrario, Editorial Jesús Montero, La Habana.

VALDÉS PAZ, J. (2009). *Los procesos de organización agraria en Cuba 1959-2006.* FANJ, La Habana.

VALDÉS PAZ, J. (2015). *La revolución agraria cubana: logros y desafíos*. Sociología Agraria. Transformaciones Agrarias en Cuba y América Latina, Universidad de La Habana.

VALDÉS GARCÍA, O. (1990). *La socialización de la tierra en Cuba*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

VALDÉS GARCÍA, O. (2003). *Historia de la Reforma Agraria en Cuba*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

VALERO UBIERNA, C. (2013). *Agricultura de precisión*: concepto y situación actual. Universidad Politécnica de Madrid, España.

VÁSQUEZ VÁSQUEZ, R. (2008). *Introducción al Derecho Agroalimentario*. Editorial Continental, Costa Rica.

VÁZQUEZ VÁSQUEZ, R. (2012). *Teoría pura del Derecho agrario y su vertiente del agroalimentario*. Temas de Derecho Agrario contemporáneo. Editorial Isolma, Costa Rica.

VÁZQUEZ ALFARO, G. (2001). *Lecciones de Derecho Agrario*, Editorial PAC, México.

VIAMONTES GUILBEAUX, E. *et. al*. (2007). *Derecho Ambiental Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana.

VICTORIA, M. (1997). *Calidad de Frutos* Agrarios. Concepto. Alcance. Clasificación. Seguridad. Nueva Valoración Axiológica. Calidad de Frutos Agrarios en Mercados Comunes. Tutela Legal. Editorial Herca. Santiago del Estero. Argentina.

VICTORIA, M. (1999). *Calidad y seguridad agroalimentaria*. Aspectos jurídicos. Seminario Internacional de calidad ambiental, agroambiental, agroalimentaria y agroindustrial. Universidad Nacional de Santiago del Estero. Argentina.

VICTORIA, M. (2008). *De la seguridad alimentaria a los derechos de los consumidores*. Universidad de Santiago del Estero. Argentina.

VICENT CHULIÁ, F. (1996). *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. Editorial MES, España.

VIVANCO, A. (1977). *Teoría del Derecho Agrario*. Editorial Librería Jurídica, La Plata.

VOLPE PUTZOLU, G. (1995). *Diritto Commerciale.* L'Impresa, Monduzzi Editore. 2. ed. Bologna.

WITKER, J. (2012). *Introducción al Derecho Económico*. 9. ed. Editorial Grupo Hes, México.

ZANETTI, O. (2011). *Economía Azucarera cubana*. Estudios históricos. Editorial Ciencias Sociales. La Habana.

ZELEDÓN ZELEDÓN, R. (1982). *El origen del moderno Derecho Agrario,* Editorial Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, Costa Rica.

ZELEDÓN ZELEDÓN, R. (1984). Vicisitudes de la Teoría General del Derecho Agrario en América Latina. *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica.

ZELEDÓN ZELEDÓN, R. (1994). *Las grandes tendencias del Derecho Agrario moderno. Características entre tradición y modernidad*. Editorial Guayacán, Costa Rica.

ZELEDÓN ZELEDÓN, R. *et al* (2000). *Derecho Agrario del futuro*, Editorial Guayacán, Costa Rica.

ZELEDÓN ZELEDÓN, R. (2000) *Los desafíos del Derecho Agrario*. VI Congreso Mundial de Derecho Agrario. Almería.

ZELEDÓN ZELEDÓN, R. (2002). *Sistemática del Derecho Agrario*. Editorial Porvenir, Costa Rica.

ZELEDÓN ZELEDÓN, R. (2004). Estado del Derecho Agrario en el mundo contemporáneo. *Cuaderno Técnico de Desarrollo Rural*, n. 29, Costa Rica.

ZELEDÓN ZELEDÓN, R. (2007.) *Derecho Agrario, nuevas Dimensiones*. Editorial Investigaciones Jurídicas, Costa Rica.

LA FORMACIÓN JURÍDICO AMBIENTAL MEDIADA POR EL USO DE LAS TIC

THE JURIDICAL ENVIRONMENTAL FORMATION MEDIATED BY THE USE OF THE ICTs

Artigo recebido em 03/04/2019
Revisado em 24/04/2019
Aceito para publicação em 21/05/2019

Elena López
Dra. C. Pedagógicas. Vicedecana de Investigación y Posgrado. Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Profesora Titular. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: elopez@udg.co.cu

RESUMEN: El ensayo presenta una mirada a la formación ambiental mediada por las Tic, su adecuada ejecución incidirá en el conocimiento de la educación ambiental para alcanzar el desarrollo sostenible, donde el hombre-naturaleza y a fin de lograr la conservación de las condiciones ambientales que requiere para su hábitat sin perjuicio del desarrollo de las actividades económicas que lo impactan, necesita establecer los mecanismos, medidas y procedimientos que permitan una convivencia armónica de lo natural, de lo social y de lo económico. Se propone como objetivo, demostrar la necesidad de la formación ambiental mediada por el uso de las Tic, como la herramienta que incidirá en su irradiación para alcanzar el desarrollo sostenible como parte de las políticas públicas de los Estados como nuevo saber ambiental. Son utilizados los métodos de análisis síntesis, inducción deducción, y comparación jurídica.

PALABRAS CLAVES: Web 2.0. Educación ambiental. Calidad ambiental. Formación ambiental.

RESUMO: No presente ensaio aborda-se a formação ambiental mediada pela Tic, e sua adequada execução que irá incidir no conhecimento da Educação ambiental em face do desenvolvimento sustentável, onde o homem-natureza, com o intuito de lograr a conservação das condições ambientais necessária a seu hábitat sem prejuízo do desenvolvimento das atividades econômicas que o impactam, precisa estabelecer os mecanismos, medidas e procedimentos que permitam uma convivência harmônica do natural, do social e do econômico. Propõe-se, como objetivo, demonstrar a necessidade da formação ambiental mediada pelo uso das Tic, como ferramenta que irá incidir na sua irradiação para atingir o desenvolvimento sustentável como parte das políticas públicas dos Estados como novo saber

ambiental. São utilizados os métodos de análises, sínteses, indução, dedução e comparação jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: Web 2.0. Educação ambiental. Qualidade ambiental. Formação ambiental.

ABSTRACT: This essay deals with the environmental formation mediated by ICT and its appropriate execution that will focus on the knowledge of environmental education in face of sustainable development, in which the nature-man, with the intention of achieving the conservation of the environmental conditions necessary to his habitat without prejudice to the development of the economic activities that impact himself, needs to establish the mechanisms, measures and procedures that permit a harmonious coexistence of the natural, social and economic. It is proposed, as objective, demonstrating the necessity of environmental formation mediated by the use of the ICTs as tools that will focus on its irradiation to achieve sustainable development as part of the public policies of the State as a new environmental knowledge. The methods of analyses, syntheses, induction, deduction and juridical comparison are utilized.

KEYWORDS: Web 2.0, environmental education, environmental quality, environmental formation.

SUMARIO: Introducción. 1 La formación jurídica ambiental, criterios teóricos-jurídicos. 2 La formación jurídica ambiental mediada por el uso de las tic. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El proceso de formación de la cultura jurídico ambiental se considera como una dimensión de la formación integral de este profesional, como el proceso que parte de la consideración de que en una sociedad democrática, desde el sentido primogénito de ser la justicia, la equidad, la solidaridad y la tolerancia a la diversidad, que aspira a elevar su cultura ética de un nivel empírico, y de sentido común, a un nivel de reflexión argumentativa y justificativa; por lo que cobra especial relevancia en este contexto el abordaje de las causas de la crisis ambiental actual: *el modo de relación establecido por la sociedad industrial globalizada con el mundo natural y las consecuencias adversas que genera el cambio climático en el siglo XXI.*

Ello guarda relación con los documentos aprobados en la UNESCO, referidos a la década de la educación para el desarrollo sostenible, como el *Plan de Aplicación*

Internacional del Decenio de la Educación para el Desarrollo Sostenible; donde el subsistema de *reconocimiento ambiental profesional* condiciona la realización de la *educación en valores ambientales* profesionales, como el proceso práctico que materializa a partir de los subsistemas de valoración ambiental profesional y de actuación ambiental profesional las propuestas de prevención y/o mitigación de los problemas ambientales en la concepción "*pensar globalmente y actuar localmente*".

La UNESCO y el PNUMA registran en su haber la creación de la Comisión de Educación como los antecedentes del proceso a través del cual se fue construyendo a nivel internacional la percepción sobre la necesidad de incorporar la *dimensión ambiental* y su naturaleza de *carácter interdisciplinario* en las universidades como entes formadores.

El PNUMA, se estableció como el principal programa de la ONU encargado de los *temas ambientales*, con la misión de dirigir y alentar la participación en el cuidado del medio ambiente, para inspirar, informar y dar a las naciones y a los pueblos los medios de mejorar la *calidad de vida* sin poner en peligro la de las futuras generaciones. De aquí la necesidad que la *cuestión ambiental* sea un tema pertinente en las universidades en el proceso formativo, para ello reseñó las políticas de economía ambiental en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza deberán ser compatibles con el Derecho Internacional; respetar la soberanía nacional de cada país sobre sus recursos naturales, al tener en cuenta sus circunstancias, objetivos, responsabilidades, prioridades y margen de acción con respecto a las tres dimensiones del desarrollo sostenible

La *educación jurídico ambiental* debe desarrollarse permeando la misión de la universidad, sea para resguardar, divulgar y desarrollar la *cultura jurídico ambiental* y no quedarse el jurista solamente vinculado a las leyes, según se dispone en el Capítulo 36, de la Agenda 21:

> La educación es de importancia crítica para promover el desarrollo sostenible y aumentar la capacidad de las poblaciones para abordar cuestiones ambientales y de desarrollo, de acuerdo con los preceptos de la ONU, para ser eficaz, la educación en materia de medio ambiente y desarrollo debe ocuparse de la dinámica del medio físico y biológico, y del medio socioeconómico y el desarrollo humano (que podría comprender el desarrollo espiritual), integrarse a todas las disciplinas y utilizar métodos académicos y no académicos y medios efectivos de comunicación.

Explica por qué se puede distinguir un gran número de corrientes en el campo de la *educación ambiental,* enfocada al paradigma que asuma el concepto de sistema para comprender y proyectar de manera sostenible la relación hombre-naturaleza como reto que enfrenta la educación en lograr un *enfoque inter y transdisciplinario*. Por ello, la toma de conciencia que se advierte hoy en el mundo sobre la *cuestión ambiental* es la respuesta a lo

que el mundo se enfrenta, a causa del olvido centenario que hicimos como integrantes del todo. No se puede perder de vista el lugar que ocupamos como un componente más de medio ambiente, debido a los impactos que estamos en capacidad de efectuar en él.

Son analizados en este sentido, los aportes desde la academia de Leff (2002), centrados en la *epistemología ambiental* y la *ecología política*, dentro de los procesos institucionales y movimientos sociales en favor de la *educación ambiental* en América Latina y el Caribe, donde se hace un estudio de la *complejidad ambiental* desde una perspectiva crítica y analítica, rebasando los discursos políticos.

1 LA FORMACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL, CRITERIOS TEÓRICOS-JURÍDICOS

En el análisis de la posición de Celeiro (2012), quien considera que la moral y la ética no nacen con el hombre, como cristalizaciones y productos culturales no están encarnados en él, sino en el mundo que los rodea; de esta forma, sólo en el proceso de asimilación él adquiere los conocimientos, las capacidades, las habilidades y los convierte en propios, y esto es posible cuando entra en relación con el mundo a través de otras personas, lo cual, según Leontiev (1966) es un *proceso de educación*.

Díaz (2011), desde su posición considera el Derecho como totalidad compleja, se configura a partir de ramas independientes del Derecho, que se excluyen y se complementan, se excluyen en tanto cada una de esas ramas posee un objeto específico de protección y se complementan en tanto no pueden ser advertidas sino en relación con las otras ramas y contenidos vinculantes, que pueden encontrarse incluso fuera de las disciplinas jurídicas, evidenciando el carácter totalizador del Derecho y su estructura tridimensional, como ciencia, como rama y como atributo de la personalidad.

Por esta razón, Pérez-Jorge, Barragán-Medero & Molina-Fernández (2017), refieren que la *educación ambiental*, al ser básicamente una *cuestión actitudinal*, se enfrenta a uno de los más difíciles problemas didácticos; ¿cómo se aprenden los valores? ¿cómo se cambia de actitud? No se trata de adoctrinar, de imponer los valores, sino de situar al alumnado en condiciones de reflexionar y descubrir un sistema propio y adecuado.

Dentro del ordenamiento jurídico cubano, en relación con lo antes abordado, en el texto constitucional, artículo 27, se regula la protección ambiental, a partir de que:

> El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de

> las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza.

A tales efectos, es el CITMA, el organismo de la Administración Pública de Cuba que establece las coordinaciones correspondientes con el Ministerio de Educación, el Ministerio de Educación Superior, el Ministerio de Cultura, con los medios de difusión, otros órganos y organismos, en relación con el artículo 50, de la Ley No. 81 de 1997, donde se dispone que:

> el Ministerio de Educación Superior garantizará la introducción de la dimensión ambiental, a partir de los modelos del profesional y de los planes de estudios de pre y postgrado y de extensión y actividades docentes y extradocentes, dirigidas a la formación y el perfeccionamiento de los profesionales de todas las ramas.

En el ordenamiento jurídico cubano, en la Estrategia Ambiental Nacional (2016-2020), se recogen los principales problemas ambientales, relacionados con: *la degradación de los suelos, las afectaciones a la cobertura forestal, la pérdida de la biodiversidad biológica y de los ecosistemas, la contaminación, el uso del agua, y el cambio climático* (CITMA)[1].

Este acto administrativo interno toma como punto de partida los problemas ambientales presentes en las diferentes áreas como resultado del diagnóstico ambiental, las fortalezas y debilidades que le permiten insertarse a través de diferentes vías en la solución de los problemas ambientales, expresado en el enunciado de su misión. Para su contextualización, la Estrategia Nacional de Educación Ambiental, emerge como el documento público, donde se dispone: *en la Educación Superior también se vienen haciendo esfuerzos, sobre todo en las carreras cuyos perfiles están vinculados a los recursos naturales, y en particular en algunos centros de formación de docentes y se han obtenido significativos resultados en la investigación vinculada a la solución de problemas ambientales*.

La universidad cubana, tiene como *objeto de estudio*, incidir en los procesos de formación ambiental, teniendo en cuenta que para que realmente se propicie el cambio de paradigma hacia el desarrollo sostenible, no basta con que esta retome su papel de vanguardia en la generación de pensamiento y en la formación de profesionales abocados a la solución de los problemas de la sociedad, implica que se realicen transformaciones internas de *índole organizacional y de diseño institucional*.

[1] Este acto administrativo aún no ha sido publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, estando aun en vigencia la correspondiente al ciclo 2010-2015, elaborada por el CITMA.

En este sentido, la concepción que se presenta en el ensayo se sustenta en *fundamentos epistemológicos* de esencia *ética, sociológica, jurídica y psicopedagógica*, que resultan pertinentes y necesarios para el nuevo constructo que se argumenta.

Los referentes teóricos asumidos como fundamentos son:

Desde lo ético, los presupuestos de la *ética de orientación dialéctico materialista* concretados en los principios metodológicos de la unidad de la conciencia moral y la conducta, la correlación entre el deber ser y el ser como especificidad de la regulación moral[2], elementos que se significan y desarrollan en el ensayo.

La indisoluble unidad de lo objetivo y lo subjetivo, lo material y lo ideal, aparece visiblemente en el hombre en cuanto se le toma como sujeto de la actividad; o sea, en la actividad humana aparecen en unidad los componentes objetivos, materiales, sociales, por un lado y los espirituales, subjetivos, individuales, siendo primarios los primeros.

Un fundamento necesario lo constituye la noción teórica de la formación moral y la formación ética desde la postura de Celeiro (2012), que permiten reconocer el proceso de *formación ético-jurídica ambiental* como un proceso donde se entretejen armónicamente los rasgos y peculiaridades de la formación moral y la formación ética del futuro operador del Derecho desde su modo de actuación, posibilita la apropiación las lógicas conexiones y distinciones que entre estos aspectos existen y su vínculo esencial con una *cultura jurídica ambiental*, que a partir de estas relaciones se van construyendo.

En lo valorado, la comprensión teórica de la ética ecológica desde los estudios de Leopold (2004), quien concibe desde su posición *que la agricultura como cuidado de la tierra y en su "ética de la tierra"*, contribuye significativamente esclarecer el desafío de integrar la *ética ambiental* dentro la práctica científica y enseñanza de la ecología. La comprensión aportada, constituye una *filosofía ambiental* sobre la reconexión no solo con la diversidad de seres vivos, sino también con la diversidad de pueblos y sus saberes puesto que, tal como las ciencias ecológicas, estos expresan una íntima conexión entre las vidas e identidades humanas y la tierra donde cohabitamos (Rozzi, 2001).

Por consiguiente, de acuerdo con la posición de Leopold (2004), una ética de la tierra no puede evitar la alteración, el manejo y el empleo de los recursos naturales, pero sí afirma su derecho a su continua existencia y, por lo menos en ciertos lugares, a que su existencia

[2] Estos elementos son abordados en la tesis, donde la autora distingue y articula la formación ética y la formación moral en una propuesta que se sintetiza en la formación ético-axiológica del profesional. Celeiro Carbonell, A. (2012) La cultura ético-axiológica humanista del profesional de la educación desde la formación inicial. Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Pedagógicas.

continúe en un estado natural. En suma, una ética de la tierra cambia el papel del *homo sapiens:* de conquistador de la comunidad de la tierra al de simple miembro y ciudadano de ella. Esto implica el respeto por sus compañeros-miembros y también el respeto por la comunidad como tal.

Muchas de las decisiones respecto al uso de la tierra y la biodiversidad, están amparadas por intereses y razones económicas, algo que se pondera en los actores económicos en el Derecho Agrario cubano, aunque en materia como la del Derecho de la Propiedad Industrial no ponderen de manera adecuada el registro de patentes de invención, el uso de la marca y lema comercial, el uso de la ecoetiqueta, al no existir una formación jurídica por su transversalidad de la *cuestión ambiental*, incidentes en la comisión de los adversos ambientales.

Esta postura se fundamenta la pertinencia de *integrar la problemática ambiental*, abarcando lo transversal e intertransversal, son *retos educativos* presentes como realidades sociales en el contexto formativo desde la *dimensión ambiental* con la que los autores del ensayo se afilian, por ser más integradora con la *relación sociedad-naturaleza* y la conformación de una ética comprometida con la *preservación ambiental* incorporadas al individuo, agravada con el *cambio climático*. Donde son necesarios los aportes de la ciencia para su mitigación desde estudios integradores por la multidimensionalidad de la *cuestión ambiental*. Ello sigue constituyendo un reto aún sin soluciones para contribuir a su mitigación.

Novo (2009), refiere que los problemas como el *cambio climático* están siendo relegados a un segundo plano debido, entre otras causas, a la crisis económica, en una estrecha visión que oculta la gravedad del cambio global que está experimentando el planeta. Por ello las políticas públicas en este sentido van a potenciar el desarrollo, que primero se llamó *ecodesarrollo*, después *desarrollo endógeno* y más tarde *desarrollo sostenible*.

Desde lo jurídico se significa la pertinencia del *principio de prevención*, como principio rector del Derecho Ambiental, reforzado con el precautorio y el de legalidad, por cuya existencia se connota lo que se denomina como daño permisible, y se precisa a través de él hasta dónde se puede permitir el daño ambiental. Las bases jurídicas de la concepción pedagógica que se presenta, se erigen sobre los fundamentos del Derecho Ambiental y constituyen un llamado a la toma de conciencia, sobre la *emergencia ecológica*, en la articulación de un proceso normativo e institucional que desde un aparato legislativo establece como requisito desde el *control público ambiental* con la *inspección y la auditoría*. (RAMÍREZ; ANTÚNEZ, 2017; 2018) .

Por ello, comprender las bases jurídicas en el contexto de la *educación ambiental*, significa reconocer la necesidad de la implementación de las *herramientas de gestión* como materialización del principio de prevención con el objetivo de incorporar a los proyectos de formación desde su ejercicio profesional. El *principio de prevención* es el más importante dentro de los principios ambientales en los ordenamientos jurídicos (CAFERRATA, 2005; ANTÚNEZ 2016; 2017).

Para Berriz (1999), la *educación ambiental* se considera un tema transversal asociado a todas las áreas del conocimiento y requiere un enfoque globalizador e interdisciplinario, es un movimiento innovador cuyos principios afectan a todos los componentes del proceso pedagógico, se refiere a problemas que rebasan el ámbito del sistema educativo y que afectan a toda la sociedad y es esencial en la formación de valores requeridos para la conducta ciudadana.

Se justiprecia que, el sustento jurídico ambiental de la formación favorece la interpretación de la *educación jurídico ambiental* como la herramienta que tributa a la preparación de los operadores del Derecho en la protección del entorno desde su modo de su actuación.

La *educación jurídico ambiental* como dimensión de la educación ambiental, es un proceso continuo y permanente orientado al conocimiento generalizado de los derechos y de las obligaciones que, en el proceso de construcción y producción de conocimientos, de desarrollo de hábitos, habilidades, y actitudes, como en la *formación de valores jurídicos*, armoniza las relaciones entre los seres humanos, y de ellos con el resto de la sociedad y la naturaleza, sobre la base de las categorías de lo justo y lo injusto, lo legal e ilegal, lo legítimo o no que pueden ser estas relaciones en un contexto histórico determinado, para propiciar la orientación de los procesos económicos, sociales y culturales hacia el desarrollo sostenible (MUÑOZ, 2008).

La *educación jurídico ambiental* busca la formación de una cultura jurídico ambiental, sin embargo, las ciencias de la educación no se han ocupado de este aspecto en profundidad de manera adecuada; no obstante, sobre *cultura jurídica* o *cultura de la legalidad* se ha particularizado el conocimiento de los derechos y de las obligaciones, de las prácticas y costumbres a las que se les atribuyen en algunos sistemas de derecho una función razonable y relevante en la vida colectiva, que permita dar cumplimiento al *principio de legalidad* (ESCASENA, 1990).

La *educación jurídico ambiental*, sobre el Derecho Ambiental en el contexto de Latinoamérica, se reconoce como un entramado complejo de doctrinas, que se va

constituyendo como un conjunto de derechos que atraviesa a todo el sistema jurídico, tanto en su racionalidad formal como en sus bases materiales, en sus principios axiológicos y en sus instrumentos normativos. Demanda una transformación profunda del *régimen jurídico* que sostiene a la racionalidad económica dominante; implica una movilización de la verdad que fragua en nuevos fundamentos y formas jurídicas. Zeledón (2001). Posición a la que nos afiliamos por ser pertinente en el desarrollo del objetivo del ensayo.

Se coincide con la postura de Cafferatta (2004), al considerar que el Derecho Ambiental *reclama nuevos métodos, nuevas formas, nuevos criterios de justicia, nuevas leyes, para resolver la problemática que afrontamos; estos criterios saldrán de una interdisciplinariedad científica que permita definir el quantum desde el punto de vista de las ciencias exactas y naturales, para que el jurista pueda-inmerso en esa realidad-resolver lo justo de cada uno*.

Es preciso sentar entonces posición que, la incorporación de la *dimensión ambiental* constituye un recurso metodológico que permita la integración al *proceso formativo*, un sistema de elementos ambientales (conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes y valores), conscientemente diseñados y contextualizados, que en el caso particular de la formación de profesionales, debe efectuarse sobre la base de los objetivos generales del modelo del profesional y concretarse en los objetivos de cada año, componentes y disciplinas así como en las diferentes actividades, para contribuir a la formación de un profesional capaz de transformar su entorno.

En este sentido se pondera que en la *formación ambiental* podría ser a través del *turismo histórico de naturaleza*, en la interacción en la *sala de lo económico* del Tribunal Popular Provincial, en *proyectos de investigación de corte agroambiental*, con una visión desde la teoría-praxis en la formación jurídico ambiental.

La sistematización de las normas legales que articulan los diferentes instrumentos jurídico-ambientales, favorecen el conocimiento general de los derechos y de las obligaciones que, en el proceso de construcción y producción de conocimientos, de desarrollo de hábitos, habilidades, y actitudes, así como en la *formación de valores jurídicos*, armonizan las relaciones entre los seres humanos, y con el resto de la sociedad y la naturaleza, sobre la base de las categorías de lo justo y lo injusto, lo legal e ilegal, lo legítimo o no, para propiciar la orientación hacia el desarrollo sostenible a partir de valores como *la justicia, responsabilidad, solidaridad, disciplina y rigor profesional, humanismo, y honestidad* en el proceso de formación del estudiante de Derecho.

Se valora, que la *educación jurídico ambiental* debe ser vista como un proceso educativo que integra el contenido de las *categorías jurídicas* relacionadas con el medio ambiente, donde se establece una dialéctica entre deberes y derechos que generen un conocimiento jurídico del estudiante de Derecho, le permite sensibilizarse ante los problemas ambientales y adoptar las herramientas para cumplir y hacer cumplir lo regulado en el ordenamiento jurídico como un *profesional con competencias*, cuyos modos de actuación se correspondan con el desarrollo de la *educación científica* del siglo XXI (ANTÚNEZ, 2016).

En consecuencia, la *formación por competencias* en el campo de lo ambiental deberá, necesariamente, partir de *aspectos teóricos conceptuales y terminológicos específicos*, sobre la base de *programas multidisciplinarios integrados* para estar en condiciones de participar en manera activa en las decisiones profesionales, por lo que es necesario tener: algo que decir, voluntad de hacerlo, medios necesarios, información adecuada, conocimientos sólidos y profunda responsabilidad. Estas condiciones y decisiones deben ser integrales, y estar ajustadas a diferentes niveles, es lo que se espera fomentar en la empresa pública cubana en el sector agropecuario, a partir de los principios de seguridad alimentaria y agricultura sostenible con la empresa de alta tecnología en el Derecho Ambiental (ANTÚNEZ, 2017; 2018).

Aunque en el siglo XXI pueda afirmarse que hay un Derecho Ambiental Latinoamericano, con diferencias al Derecho Ambiental de otros contextos, el que lo distingue a partir de su reconocimiento en los textos constitucionales, en la *concesión de los derechos* que se le dio a la naturaleza en las cartas magnas de Bolivia y Ecuador como sujeto. Garantizan a los pueblos indígenas la conservación y el desarrollo de sus formas tradicionales de convivencia y organización social, ello constituye una expresión de la *interculturalidad* (ANTÚNEZ; DÍAZ, 2017; 2018).

Peña (2017), significa desde sus estudios que la constante en los sistemas jurídicos, es que todavía no hay un reconocimiento expreso del estatus de *sujeto de derecho a la naturaleza*, es que cualquier persona pueda ejercer su representación adecuada a través de esquemas de legitimación procesal amplia en defensa de intereses supraindividuales, y a la vez, pueda solicitar a través de la pretensión procesal, la conservación y recomposición del ambiente. Desde una óptica estrictamente jurídica, los *derechos de la naturaleza* no representan un avance sustantivo ni procesal, para la evolución del Derecho Ambiental contemporáneo.

A partir de la postura anterior, se razona que otro elemento a ponderar estará en la clave del éxito del Acuerdo tomado en París en el 2017, residirá en la implicación de toda la comunidad internacional como un ejemplo de *gobernanza mundial* y en el fomento de

concienciación de la sociedad hacia la necesidad de avanzar hacia un desarrollo sostenible con nuevos modelos de comportamiento y convivencia, para ello será necesario seguir profundizando en la *educación ambiental*. Cuestión con la que se coincide en seguir realizando acciones vinculadas a la *formación ambiental*.

A nivel global y regional, como novedad socio-jurídica hay una revolución en materia de *derechos humanos ambientales* y de *derechos de la naturaleza*. En consecuencia, Emmanuel Macron, presentó a la Asamblea General de las Naciones Unidas el borrador del Pacto Mundial por el Medio Ambiente (2017), este documento tiene como meta convertirse en el tercer *Pacto Internacional de Naciones Unidas*, y complementar el de los Derechos civiles y políticos, y el de los Derechos económicos, sociales y culturales. Algo pertinente para las acciones de *educación ambiental* en los procesos de *formación jurídico ambiental*.

Desde la educación ambiental se parte del reconocimiento que la *educación ambiental* como proceso formativo e integrador y la dimensión del proceso docente educativo. Se estructura en una organicidad interna y en una dirección coherente en la que participan todos los sujetos implicados en el proceso de *formación jurídico ambiental* y en el que las influencias educativas solo adquieren verdadero significado cuando son asumidas por él, cuando alcanzan un auténtico sentido y valor individual, y se incorporan como rasgos y/o cualidades de su personalidad que regulan su comportamiento y posibilitan que este pueda operar con los saberes adquiridos, por lo que su resultado se concreta en la formación ambiental del futuro jurista en su modo de actuación en el escenario que interactúe.

La *educación ambiental* constituye un aspecto de la *formación integral* del alumno, de ahí su carácter de dimensión, sus contenidos están de manera implícita o explícita en contenidos de los diferentes aspectos que conforman la formación integral, por ello, además, se considera que tiene un *carácter multidimensional*.

Se asumen los postulados de Parada (2007) referidos a la *formación ambiental* como resultado de un proceso de adquisición de conocimientos, desarrollo de habilidades, hábitos de conductas y apropiación de valores, comprende la formación de *actitudes ambientales*, y se expresan en el comportamiento social del alumno en los diferentes espacios de la vida cotidiana.

Se toma, la noción de *formación ambientalista* de Pérez (2008), al reconocer desde su posición que la educación ambiental como un problema social, de naturaleza cognitiva que, por tanto, remite a la apropiación de lo ambientalista por los estudiantes desde su proceso formativo, y transversalizado por la sostenibilidad del desarrollo desde una visión ética que

implica, compromiso y responsabilidad social en relación con la naturaleza, con su explotación solidaria.

Está claro, que en la visión para el año 2020, recogida en el documento "*Educación Superior en el Siglo XXI: Líneas estratégicas de desarrollo*", señala que las IES deben haber:

> incorporado a los programas docentes elementos formativos orientados a fortalecer la comprensión del entorno social y natural, el desarrollo sustentable, los derechos humanos, la educación para la democracia, la cultura para la paz y la tolerancia.

La *cultura ambiental*, como expresión concentrada de la actividad humana en relación al medio ambiente natural o construido, constituye una preocupación de la Educación Superior aun y cuando no necesariamente encauce sus procesos formativos con la intencionalidad de predeterminar al sujeto con una *educación en valores* de respeto al medio ambiente, aunque de forma espontánea ha venido cimentándose este valor a partir de la formación de habilidades y procedimientos interpretativos con relación al medio ambiente.

En la educación ambiental, la noción de "incompletud" que se aporta desde la *ecología de saberes* es sumamente relevante, e implica asumir que la educación ambiental nace de las entrañas mismas de la crisis ambiental y se deberá "mover", en el sentido de construir conocimiento, en un contexto cultural caracterizado por el fin de las certidumbres y la aceleración de los tiempos de duración del conocimiento. Lo digital es el entorno por excelencia donde el conocimiento actual se crea y se distribuye, permite un crecimiento exponencial de información.

Desde lo sociológico**,** son asumidos los fundamentos de la *Sociología de la Educación* en la que se explica la educación como función de la sociedad[3], donde se enmarca el papel de la educación como institución social donde tiene lugar la formación del profesional. Los postulados de esta naturaleza, desarrollados en sus estudios por Blanco (2002), ubican a la universidad como la institución escolar en un lugar central en los procesos de educación socialmente institucionalizados como un *sistema de influencias* sobre los procesos de asimilación con *carácter intencional, sistemático y especializado*. De manera particular la concepción de las funciones formativas del educador, enfocadas desde la perspectiva de sus

[3] La educación en su sentido amplio es el conjunto de las influencias recíprocas que se establecen entre el individuo y la sociedad con la finalidad de su inserción plena en ella (la socialización del sujeto), orientada a la transmisión y apropiación de la herencia cultural. La socialización es el proceso mediante el cual el hombre aprende e interioriza los elementos socio-culturales de su medio y los integra a la estructura de su personalidad como condición indispensable para su formación y desarrollo; incluye dos aspectos: la influencia de la sociedad en el hombre (socialización) y la subjetivación activa de la misma (individualización). (BLANCO A., 2002).

tareas básicas, están centralizadas en dos grandes campos: *la instrucción y la educación*, en tanto el proceso de formación que se concibe en el contexto universitario parte de la dialéctica de lo instructivo y lo educativo mediado por lo orientador, tal y como se concibe en esta investigación.

Desde lo psicopedagógico**,** son refrendados los postulados del *enfoque socio-histórico cultural* de Vigotsky (1987), y sus continuadores, al reconocer que las funciones psíquicas superiores son un producto de la apropiación de la experiencia histórico-social y se encuentran en los objetos y fenómenos que, a su vez, constituyen síntesis del decursar histórico de la humanidad; o sea, la *apropiación* constituye el mecanismo fundamental por el cual se produce el desarrollo psíquico humano.

Según esta teoría, las estructuras formales de la mente se forman como producto de la apropiación del *bagaje cultural* producido por la evolución histórica de la humanidad que se transmite en la relación educativa; estas se comunican de generación en generación e implican contenidos, conocimientos, junto a formas, estrategias, modelos de conocimiento, que el individuo capta, comprende, asimila y practica; por esto se resalta el valor de la instrucción y se le da gran peso a la actividad tutorada.

Del modelo de orientación educativa (SUÁREZ & DEL TORO, 1999) se asumen los postulados que refrendan la orientación desde su *función preventiva*, como una relación de ayuda que implica el desarrollo de las potencialidades de cada sujeto a través del diálogo y de un amplio proceso interactivo.

Desde el reconocimiento de estas autoras consultadas, sobre la orientación educativa como un proceso con carácter estratégico, sistémico, metodológico y educativo se significa su sentido potenciador en el desarrollo de la subjetividad del futuro operador del Derecho y particularmente en la apropiación de los contenidos jurídico ambiental, a través del proceso interactivo que tiene lugar en el contexto de su formación inicial.

Se reconoce, que el proceso de *formación jurídico ambiental* como un tipo especial de *orientación educativa* encaminada a desarrollar los recursos personales del sujeto como herramientas para la comprensión del sentido jurídico ambiental del ejercicio profesional del jurista desde su modo de actuación como juez, fiscal, abogado, asesor, o consultor jurídico.

El enfoque desarrollador del aprendizaje elaborado y desarrollado por Castellanos, *et al*. (2002), el aprendizaje lo concibe como un proceso que ocurre a lo largo de toda la vida y que se da en diferentes espacios, en él se cristaliza la dialéctica entre lo histórico-social y lo individual-personal y supone el tránsito de lo externo a lo interno, de lo inter a lo intra

psicológico, de la regulación externa a la autorregulación, posee un carácter intelectual y emocional y es un proceso de participación, colaboración e interacción.

Se pondera que estos fundamentos son pertinentes y permiten en la concepción que se presenta cualificar y caracterizar el *aprendizaje jurídico ambiental* del profesional como desarrollador desde su modo de actuación. Este fundamento pedagógico general se concreta en la postura de Álvarez (2001) que refrenda a la pedagogía como ciencia que estudia la formación, en general, y que, por tanto, permite dirigir científicamente este proceso para alcanzar altos niveles de calidad y excelencia.

En consecuencia, la concepción pedagógica de la *formación jurídica ambiental* se estructura como un todo, cada componente se interrelaciona con el otro en la expresión dialéctica de lo general y lo singular a través de lo particular y de las relaciones entre el todo y las partes, ello permitirá conformar el modelo pedagógico de formación ambiental de los estudiantes de Derecho.

2 LA FORMACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL MEDIADA POR EL USO DE LAS TIC

Una propuesta de enseñanza innovadora es la implementación de las herramientas tecnológicas de la Web 2.0, para fortalecer con ello la *educación ambiental* y su mejor comprensión, donde a través de estos recursos, se pretende mejorar el aprendizaje en los educandos con la utilización de las Tic en los *nuevos escenarios educativos*. Su incorporación, son sinónimo de modernización, calidad, productividad, mejores servicios y apoyo a los procesos educativos; en la educación surge la necesidad cada vez mayor del uso de la información en las instituciones de la educación superior.

Las Tic forman parte fundamental de la sociedad del conocimiento. Su uso ha propiciado cambios en el modo en que las personas trabajan, se relacionan y aprenden. Conforman entornos de aprendizaje novedosos que brindan nuevas formas de leer y escribir, de aprender y de enseñar en los actuales escenarios educativos universitarios *mediados por las tecnologías* (PÉREZ; TELLERÍA, 2012; TREJO; MARCANO, 2013).

Al respecto, Jonassen (2000), señala la fortaleza que tiene integrar a la *educación ambiental* a las Tic, indica que estas herramientas nos ofrecen nuevas formas en desarrollar el aprendizaje, lo que permitirá que el alumno posea experiencias y escenarios que le faciliten su propia construcción del conocimiento, *usarlas como medio de búsqueda, comunicación, participación y expresión.*

Lozano (2011), considera que las Tic pueden ser utilizadas como *herramientas didácticas* al servicio del aprendizaje, se convierten en recursos del aprendizaje y del conocimiento para el estudiante. En este sentido la implementación de las Tic en la enseñanza de la *educación ambiental*, tienen un papel primordial en los escenarios educativos, implica la incorporación de estas tecnologías al proceso del mismo de enseñar el conocimiento complejo. Pero en tanto la complejidad es esencia y condición constitutiva de las interacciones recíprocas entre la *naturaleza y la sociedad*, los entornos virtuales, lejos de extrañarnos o alejarnos de esa realidad, deben servirnos para volver a ver "el lugar donde habitamos" con otros ojos (CORBETTA, *et al*. 2012).

La *educación ambiental* y las Tic, complementan los elementos teórico-práctico y desarrollan en el educando habilidades, destrezas y conductas que propician el alumno haga suyos los conocimientos sobre el medio ambiente, la sustentabilidad, su uso en beneficio del ambiente, descubra nuevas herramientas que le permitirán contribuir al mejoramiento de la relación hombre-naturaleza; lo que consecuentemente formará ciudadanos más responsables y conscientes del *cuidado de la naturaleza*. Para lograr una *educación ambiental sustentable* con el uso de las Tic, será necesario conocerlas, para usarlas en beneficio y alcanzar mayor *cultura ambiental*.

En este orden, en la actual sociedad del conocimiento, el sistema educativo debe favorecer la *formación continua y permanente* de los docentes de la educación superior, a fin de responder a las necesidades, los intereses y retos del estudiante. Pero para lograrlo, será necesario facilitar el acceso a Internet en cualquier sitio, a fin de promover el aprendizaje y la *formación mediada por tecnologías*. Será necesario para su consecución fortalecer un aprendizaje continuo a lo largo de la vida del profesorado y profesionales, para potenciar *competencias cognitivas, procedimentales y actitudinales* ante los avances tecnológicos.

Cabero & Llorente (2005), informan que entre las palabras que han prevalecido a finales del siglo XX y los comienzos del XXI, se encuentra la del "medio ambiente" y "tecnologías de la información". El cuidado y respecto por el medio ambiente se ha convertido en un valor significativo en la sociedad**,** impregnando sus sistemas educativos, y ello posiblemente como consecuencia del aumento demográfico, del imparable consumismo, del agotamiento de recursos que parecían inagotables, del aumento exponencial de los residuos, de la imparable contaminación, y de las transformaciones en los valores que se está produciendo en la esfera humana. Ya en la carta de Belgrado formulada en 1975, se hablaba que el individuo debería ser formado en un mínimo de competencias y capacidades ambientales.

Murga *et al*. (2011), afirman que dentro de las investigaciones que se han realizado en el campo de las *Tic y la educación ambiental* se encuentra la de "Mapas conceptuales con Cmap Tools" en la enseñanza universitaria de la *educación ambiental*, se notifica una experiencia exitosa en la UNED (España), en dos materias de la Licenciatura de Pedagogía que imparte la Facultad de Educación: "Educación Ambiental" y "Desarrollo Sostenible, sus implicaciones sociales y educativas".

Salinas, *et al*. (2016), afirman la necesidad de la formación de las nuevas generaciones en lo referente al *cuidado de medio ambiente*, recomiendan la inclusión de ésta temática en el currículo. Plantean que es necesario formar individuos responsables y conscientes del cuidado del medio ambiente en pro de una explotación racional de los recursos naturales, es indispensable para que la sociedad futura pueda encontrar el equilibrio natural y entonces sí poder hablar de sociedades sustentables que vivan en armonía con la naturaleza y sus recursos. Los autores señalan que el uso de tecnología favorece y es de ayuda para gestionar las actividades académicas, lo cual requiere de un adiestramiento y capacitación docente.

Se aprecia que algunos de los recursos tecnológicos que pueden ser utilizados en la *formación ambiental* son *el video educativo, la multimedia, los blogs, las wikis, las bibliotecas virtuales, internet*. En la Web 2.0, podemos también encontrar *aplicaciones* que pueden contribuir a la irradiación de la *educación ambiental* con el uso de plataformas como Facebook, Twitter, Linkedin, YouTube, entre otras; estas *abren canales interesantes* en relación a la cuestión ambiental, que pueden ser con sucesos acontecidos en el propio territorio, en la palestra nacional o en otros contextos foráneos. Se reflexiona que será necesario dar paso a modelos pedagógicos innovadores, con la fortaleza de la utilización de las redes sociales en los escenarios educativos, para crear, organizar y compartir contenidos en el tema relacionado con la *educación ambiental*, para gestionar su propio aprendizaje por los estudiantes (ANTÚNEZ; SOLER, 2017).

CONCLUSIÓN

La incorporación de las Tic es un fenómeno social heterogéneo, provoca cambios en el acceso al conocimiento, lo que repercute en el quehacer humano en su cultura. El hecho de no tener acceso a las mismas dificulta la igualdad de oportunidades y genera una importante brecha cultural, económica y social, en contradicción con el derecho de acceso a la información como un derecho humano, en especial la protección ambiental.

Las Tic son herramientas que irradian las actividades formativas en la educación ambiental, favoreciendo con ello la formación ambiental en atención a los nuevos escenarios educativos mediados por las Tic, para potenciar competencias cognitivas, procedimentales y actitudinales ante los avances tecnológicos, ello genera valores agregados.

Los recursos tecnológicos que pueden ser utilizados en la formación ambiental son el video educativo, la multimedia, los blogs, las wikis, las bibliotecas virtuales, internet. En la Web 2.0, como aplicaciones que pueden contribuir a la irradiación de la educación ambiental con el uso de plataformas como Facebook, Twitter, Linkedin, YouTube, entre otras; estas abren canales interesantes en relación a la cuestión ambiental.

REFERENCIAS

ANTHOINE, G. (2011). *Las redes sociales*: ¿Las nuevas tecnologías de Comunicación para la educación y sensibilización ambiental del mañana? Centro Nacional de Educación Ambiental, pp.1-14. Recuperado de https://www.mapama.gob.es/es/ceneam/articulos-de-opinion/2011-07 geoffreytcm30-163590.pdf

ARNOLD, N.; DUCATE, L.; KOST, C. (2012). Collaboration or cooperation? Analyzing group dynamics and revision processes in wikis. *CALICO Journal*, 29(3), 431-448. Recuperado de https://journals.equinoxpub.com/index.php/CALICO/article/viewFile/23719/19724

ARTERO, B. (2011). *Interacción como aprendizaje en las redes sociales*. Web educaweb Recuperado de: http://www.educaweb.com/noticia/2011/01/31/interaccioncomoejeaprendizaje-redes-sociales-14570.html

BADILLO, M. (2012). *Propuesta de comunicación y educación Ambiental a través del Facebook y el uso de narrativas digitales*. Recuperado de: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4045735.

BONK, C. (2008). *YouTube anchors and enders*: The use of shared online video content asmacrocontext of learning. Trabajo presentado en el Encuentro Anula 2008 de la Asociación Americana de Investigación Educativa (AERA), New York.

BURKE, S.; SNYDE, S. (2008). YouTube: An Innovative Learning Resource for College Health Education Courses. *International Electronic Journal of HealthEducation*, 11, pp. 39-46. Recuperado de https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1227&context=ijahsp/

BUSTOS, A. (2005). *Estrategias didácticas para el uso de TIC`s en la docencia universitaria presencial*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 187.

CABERO, J. (1998) Impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas. En Lorenzo, M. y otros (Coordinadores): *Enfoques en la*

organización y dirección de instituciones educativas formales y no formales. Grupo Editorial Universitario, Granada.

CABERO, J. (2000). *La utilización educativa de la televisión y el vídeo*. Nuevas tecnologías aplicadas a la educación, Editorial Síntesis, España, pp. 39-70.

CABERO, J. (2001). *Tecnología Educativa*: Diseño, producción y evaluación de medios, Editorial Paidós, Barcelona.

CABERO, J. (2004). *Formación del profesorado en TIC*. El gran caballo de batalla. Comunicación y Pedagogía, n. 195, España, pp. 27-31.

CABERO, J.; LLORENTE, María del Carmen (2005). Las TIC y la Educación Ambiental. *Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa*, n. 4, España, pp. 9-26. Recuperado de http://www.unex.es/didactica/RELATEC/sumario_4_2.htm

CABERO, J. (2006). Formación del profesorado universitario en estrategias metodológicas para la incorporación del aprendizaje en red en el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES)", Píxel-Bit, *Revista de Medios y Educación*, No.27, España, pp.11-19. Recuperado de http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2125193

CARABANTES D.; CARRASCO, A; ALVES, D. (2005). La innovación a través de entornos virtuales de enseñanza y aprendizaje. *Revista RIED*, v. 8, n.1 y 2, España, pp. 105-126.

CASTAÑEDA, L. (2010). *Aprendizaje con redes sociales*: Tejidos educativos para los nuevos entornos. MAD-Eduforma, Sevilla.

CEBRIÁN de la SERNA, M. (2011). Las TIC en la enseñanza universitaria: Estudio, análisis y tendencias. Editorial Profesorado. *Revista de Currículum y Formación de Profesorado*, v. 15, n. 1, España, pp. 5-8. Recuperado de http://www.redalyc.org/pdf/567/56717469001.pdf

CHENG, X.; CAMERON, D.; LIU, J. (2007). *Understanding the Characteristics of Internet Short Video Sharing*: YouTube as a Case Study. arXiv. Recuperado de http://arxiv.org/pdf/0707.3670.pdf

COBO, C.; PARDO, H. (2007.) *Planeta Web 2.0. Inteligencia colectiva o medios fastfood*. Recuperado de http://www.planetaweb2.net/

COLINA, LESBIA. (2007). Las TIC en los procesos de enseñanza-aprendizaje en la educación a distancia. *Revista Laurus*, v. 14, n. 28, España, pp. 295-314.Recuperado de http://www.redalyc.org/pdf/61/76111716015.pdf

CORBETA, Silvia; SESSANO, P.; KRASMANSKI, M. (2012). Educación ambiental, formación
docente y TIC, el desafío complejo de una triple articulación. Hacia la definición de un espacio transversal. *Revista de la Escuela de Ciencias de la Educación*, n. 7, España. Recuperado de http://www.revistacseducacion.unr.edu.ar/ojs/index.php/educacion/article/viewFile/17/17

DOMINGO, A. (2016). *Educación Ambiental y TIC*. Orientaciones para la enseñanza. 1ra editorial Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ANSES.

DUART, J.; SANGRÁ (2000). *Impacto de las TIC en la Universidad*: La Perspectiva de los Docentes del centro universitario del sur. Recuperado de http://www.ateneonline.net/cognicion/files/lopezdelamadridlopezdelamadrid.pdf.

DUARTE, P. (2015). The Use of a Group Blog to Actively Support Learning Activities. *Active Learning in Higher Education*, n. 16, pp. 103-117. Recuperado de https://doi.org/10.1177/1469787415574051

DUFFY, P. & BRUNS, A. (2006) *The Use of Blogs, Wikis and RSS in Education*: A Conversation of Possibilities. In Proceedings Online Learning and Teaching Conference pp. 31-38, Brisbane.

GALINDO, Leticia (2015). La educación ambiental en la virtualidad: un acercamiento al estado del arte RIDE *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, v. 5, No. 10. México. Recuperado de http://www.ride.org.mx/index.php/RIDE/article/view/195

GARCÍA, R.; GONZÁLEZ, S.; GUERRA, N. (2010). Utilización de las TIC por el profesorado universitario como recurso didáctico. *Revista Comunicar*, n. 35, pp.141-148. Recuperado de http://www.revistacomunicar.com/index.php?contenidodetalles&numero35&articulo35-2010-17

GARCÍA-VALCÁRCEL, A. (2016). *Recursos digitales para la mejora de la enseñanza y el aprendizaje*. Recuperado de https://hdl.handle.net/10366/131421

GODWIN-JONES, R. (2003). Blogs and wikis: Environments for on-line collaboration. *Language Learning &Technology*, n. 7, pp. 12-16. Recuperado de https://scholarspace.manoa.hawaii.edu/bitstream/10125/25195/1/07_02_emerging.pdf

GONZÁLEZ, K., PADILLA, J. ; ARIAS, N. (2011). Análisis de los estilos de aprendizaje en la implementación de actividades a través de una Wiki. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, No. 32, Colombia, pp. 9-33. Recuperado de http://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php/RevistaUCN/article/download/24/52

GONZÁLEZ- SANMAMED, M. (2007). Las TIC como factor de innovación y mejora de la calidad de la enseñanza, en Julio Cabero (coord.). *Tecnología educativa*. Madrid, McGraw-Hill, pp. 219-232.

HERNÁNDEZ, Sandra; Flavia, ZACCONI. (2013). La Tierra está Enferma: La Educación Ambiental y el uso de las TIC. *Rev. Electrónica Iberoamericana de Educación en Ciencias y Tecnología*. v. 4, n. 2, Argentina, p.74. Recuperado de http://www.exactas.unca.edu.ar/riecyt/VOL%204%20NUM%202/TEXTO%204.pdf

JONASSEN, D. (2000). *El Diseño de entornos constructivistas de aprendizaje en Ch Reigeluth, ed. Diseño en la Instrucción*: teoría y modelos, Madrid, Santillana.

KARASAVVIDIS, I. (2010) Wiki uses in higher education: exploring barriers to successful implementation. *Interactive Learning Environments*, n. 18(3), pp. 219-231. Recuperado de https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10494820.2010.500514

LÓPEZ de la MADRID, M. (2007). Uso de las TIC en la educación superior de México. Un estudio de caso. *Revista Apertura*, n. 7, pp. 63-81. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=68800706

LOZANO, R. (2011). De las TIC a las TAC: Tecnologías del aprendizaje y del conocimiento. *Anuario Think EPI*, n. 5, pp. 45-47.

MELO, G. (2011). Apropiación de la masificación de la información y las comunicaciones (TIC) en las cadenas productivas como determinante para competitividad de las mypyme. *Revista Criterio Libre*, n. 9(15), pp. 214-230.

MURGA, M. BAUTISTA J. ; M. NOVO (2011). *Mapas conceptuales con Cmao Tools en la enseñanza universitaria de la educación ambiental*: estudio de caso en la UNED. Recuperado de http://www.raco.cat/index.php/Ensenanza/article/view/243822

OCDE-Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2002). *Recomendación del consejo de la OCDE relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico*. En: Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. México.

OSORNO, Viviana (2012). Las redes sociales como herramienta para la educación ambiental. *Revista de Tecnología Journal Technology*, v. 12, pp. 55-65. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6041549

OZKAN, B.; MCKENZIE, B. (2008). *Social Networking Tools for Teaching Educaction*: de Proceedings of Society for Information Technology & Teacher Education International Conference 2008, Las Vegas, Nevada, USA.

PACHÓN, N. (2015). Uso de las TIC en educación superior: Educación Ambiental y Desarrollo sostenible en la UPTC. Recuperado de http://reposital.cuaed.unam.mx:8080/jspui/bitstream/123456789/4048/1/VE14.386. pdf

PALMA, Carmen; PIÑEIRO, Milagro (2009). La implementación del blog en la Educación Superior: El caso del curso tecnología educativa y recursos para el aprendizaje InterSedes: *Revista de las Sedes Regionales*, v. X, n. 18, pp. 142-153. Recuperado de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66618385005

PAREDES LABRAC, J. (2010). *Usos educativos de la telemática*. Departamento de Didáctica y Teoría de la Educación, Universidad Autónoma de Madrid.

PASTOR SÁNCHEZ, J. (2000). *La gestión del conocimiento en las universidades*. El nuevo documento electrónico de la tabla al hiperdocumento, Scire, n. 2, España.

PÉREZ LUÑO, A. (2006) La tercera generación de derechos humanos, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona.

PÉREZ, J. (2006). Blogs: un espacio para comunicar. *Revista Istmo*, n. 287, pp. 62-64, Recuperado de https://www.infosol.com.mx/espacio/Articulos/Desde_los_Medios/Blogs-Nueva-Forma-Comunicar.html#.W1fLG4PhDs0

PÉREZ, María del Carmen; TELLERIA, M. (2012). Las TIC en la educación: nuevos ambientes de aprendizaje para la interacción educativa. *Revista de Teoría y Didáctica de las Ciencias Sociales*, n. 18, pp. 83-112. Recuperado de http://www.redalyc.org/pdf/652/65226271002.pdf

PEZA, G. (2015). *La educación ambiental y las TIC como herramienta pedagógica en la escuela normal*. Ponencia presentada en el 1er Congreso Nacional de Educación Ambiental para la Sustentabilidad, México. Recuperado de http://www.anea.org.mx/CongresoEAS/Docs/306PINSTPezaHerna%CC%81ndezV2(corr).pdf

PHILLIPSON, M. (2008). Wikis in the Classroom: A Taxonomy. En: R. E. CUMMINGS; M. BARTON (Eds.). *Wiki Writing*: Collaborative Learning in the College Classroom. pp. 19-43. Ann Arbor: University of Michigan Press.

PRETTY, J., & WARD, H. (2001). Social capital and the environment. *World Development,* n. 29(2), pp. 209-227.

PRIETO, Ana.; CHROBAK, R.; PLAZA, María (2012). *Integración de TIC´s, investigación y Herramientas meta cognitivas en la educación de ciencias y ambiental*. Estudio de caso: Cambio climático y eventos extremos en Patagonia norte. Ponencia en el Congreso de Mapas Conceptuales. Argentina. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/270893413_Integracion_de_TICs_investigacion_y_herramientas_metacognitivas_en_la_educacion_de_ciencias_y_ambiental_Estudio_de_caso_Cambio_climatico_y_eventos_extremos_en_Patagonia_Norte

ROS, M. (2009). Evolución de los servicios de redes sociales en Internet. *Revista el Profesional de la Información*, n. 18(5), pp. 552-557. Recuperado de http://www.elprofesionaldelainformacion.com/contenidos/2009/septiembre/09.pdf

RUIZ, Mónica; GARCÍA, V. (2011). Creación de un blog educativo como herramienta TIC e instrumento TAC en el ámbito universitario Teoría de la Educación. *Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, v. 12, n. 4, pp. 53-70. Recuperado de http://www.redalyc.org/pdf/2010/201022649005.pdf

SALINAS, Heidi; ÁLVAREZ, C.; HERRERA, Santa del Carmen; MÁRQUEZ, Ana María del Carmen (2016). Sustentabilidad y educación ambiental con el uso de las TIC´S y currículo. *Revista Vinculatégica*, n. 1. Recuperado de http://www.web.facpya.uanl.mx/vinculategica/Revistas/R2/2997-3007%20%20Sustentabilidad%20Y%20Educacion%20Ambiental%20Con%20El%20Uso%20De%20Las%20Tics%20Y%20Curriculo.pdf

SALINAS, J. (1998). El rol del profesor universitario ante los cambios de la era digital. *Revista Agenda Académica,* 5(1), pp.131-141.

SALINAS, J (2003). Comunidades virtuales y aprendizaje digital. *Edutec*, n. 54(2), pp.1-21.

SALINAS, J. (2004.) Innovación docente y uso de las TIC en la enseñanza universitaria. *Revista de Universidad y Sociedad del Conocimiento*, n. 1, España.

SÁNCHEZ, C. Bárbara Susana; VARGAS VILLAFUERTE, Manuela Marina (2006) . Bibliotecas virtuales adaptables: Un desafío de la sociedad de la información. *Revista ACIMED*, n. 14(4). Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?scriptsciarttext&pidS102494352006000400010&lnges&tlnges.

SANGRÀ, A. (1996). Enseñar y aprender en la virtualidad. *Revista Educar*, España.

SILVERIO, F. (2005). Las TIC: influencia y perspectivas para la educación en el siglo XXI, *Revista Pixel Bit*, España.

SUREDA, J. (1990). *Guía de la Eduación Ambiental*: Fuentes documentales y conceptos básicos. Barcelona: Antropos.

SNELSON, C.; ELISON-BOWERS, P. (2009). Using YouTube videos to engage the affective
domain in e-learning. *Research, Reflections and Innovations in Integrating ICT in Education*, v. 3, 1481-1485.

TREJO, J. y Marcano, Noris (2013). *Propuesta de innovación educativa mediante el uso delas TIC para la promoción de valores ambientales en la zona educación primaria Venezolana*. Recuperado de http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S101029142013000200003&script=sci_arttext

UNESCO. (2013). *Enfoques Estratégicos sobre las TICS en América Latina y el Caribe*. Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe (OREALC/UNESCO Santiago).

VALERO TORRIJOS, J. (2004). *Régimen Jurídico de la e-Administración*. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo, Editorial Comares, Granada.

VEGA, M. (2013). Aspectos y avances en ciencia, tecnología e innovación, *Revista Polis*, n. 33, Ecuador.

VILLALOBOS, Eury (2015). Uso del Blog educativo en procesos de aprendizaje de Educación Ambiental. *Revista de Investigación*, v. 39, n. 85, pp. 115-137. Recuperado de http://www.redalyc.org/pdf/3761/376143541007.pdf

VILLAR PALASÍ, J. (2000). Implicaciones jurídicas de Internet. *Revista Saberes de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, n. 1, España.

LA VENTANILLA ÚNICA DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL EN EL E-GOVERMENT

THE "ONE-STOP SHOP" OF ENVIRONMENTAL CERTIFICATION IN THE E-GOVERMENT

Artigo recebido em 03/04/2019
Revisado em 20/05/2019
Aceito para publicação em 21/05/2019

Lucas Guanoquiza Tello
Licenciado en Derecho. Doctor en Jurisprudencia. Director Jurídico en la Universidad Técnica de Cotopaxi. República del Ecuador. Email: lucasguanoquiza@yahoo.es

RESUMEN: Desde principios del siglo XXI, surgió un frente de modernización del sector público impulsado por las Tic. La transformación de la Administración Pública causada especialmente por la inclusión de las Tic ha desencadenado una serie de aspectos positivos y negativos para los ciudadanos; entre las reformas más innovadoras que ha sufrido el ambiente gubernamental se encuentra su inmersión en los procesos electrónicos a través de Internet, dando como resultado la aparición del gobierno electrónico (e-government). Con el apoyo de las Tic se busca reformar algunos de los procesos de la gestión pública y vincular más activamente a los ciudadanos con la administración. Se pretende que internet se convierta en una herramienta para disminuir la carga burocrática en los trámites, promover la participación ciudadana, fortalecer la confianza en el Estado y viabilizar e incrementar la transparencia y la rendición de cuentas. La transparencia, la rendición de cuentas y el gobierno electrónico, se incorporan en las expectativas sociales y en las exigencias de los ciudadanos a los gestores públicos. La incursión del gobierno electrónico ha traído la modificación de modelos y políticas de gobierno por los Estados, aspecto que es razonable considerando que muchas de las actividades que los ciudadanos deberían realizar con la Administración Pública se efectúan de forma electrónica desde finales del siglo XX, lo cual modifica la estructura del pensamiento y exigencia del pueblo hacia sus gobernantes, suceso que ha avanzado en el siglo XXI con las ciudades inteligentes en los países que han avanzado en su fomento.

PALABRAS CLAVES: Gobierno electrónico. Transparencia. Eficacia. Celeridad. Tic, Ciudadanía.

ABSTRACT: From the beginning of the 21st century, a front of modernization of the public sector encouraged by the ICT appeared. The transformation of Public Administration caused by the inclusion of the ICT has specially triggered a series of positive and negative aspects for the citizens; Among the most innovative reforms that the governmental environment has

suffered, it is found the immersion in the electronic processes through the Internet, giving as a result the appearance of the Electronic Government (e-government). It is attempted to correct some of the processes of public step with the support of the ICT and to link citizens with administration more actively. It is pretended that internet become a tool to decrease the bureaucratic load in the steps, promoting the civic participation, strengthening the confidence in the State and enabling and incrementing transparency and accountability. Transparency, accountability and the Electronic Government incorporate the social expectations and the requirements of citizens to public managers. The incursion of the Electronic Government has brought the modification of governmental models and policies by the States, aspect that is reasonable considering that many of the activities that citizens should accomplish with Public Administration are carried out of electronic form since the end of the 20th century, what modifies the structure of the people's thought and requirement from their governors, what has advanced in the 21st century with the intelligent cities in the countries that have advanced in their fomentation.

KEY WORDS: Electronic Government. Transparency. Efficacy. Celerity. ICT. Citizenship.

SUMARIO: Introducción. 1 La ventanilla única en el e-goverment. Concepto, orígenes, función, evolución y regulación normativa. 2 La ventanilla única de certificación ambiental en el gobierno digital en cuba. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad vivimos en una época de auge de las tecnologías digitales, caracterizadas por constantes cambios e innovaciones científicas y tecnológicas, lo que las hacen evolucionar de manera vertiginosa, siendo necesario apropiarse y actualizarse de sus conocimientos. En el mundo digital en que vivimos, dentro de la denominada Sociedad de la Información y el Conocimiento, como concepto difundido se ha discutido mucho pero no se ha establecido los consensos suficientes para hasta donde se quiere llegar con el uso de las Tic. Por consiguiente, la incursión del gobierno electrónico ha traído la modificación de modelos y políticas de gobierno por los Estados, aspecto que es razonable considerando que muchas de las actividades que los ciudadanos deberían realizar con la Administración Pública se efectúan de forma electrónica desde finales del siglo XX, lo cual modifica la estructura del pensamiento y exigencia del pueblo hacia sus gobernantes, suceso que ha avanzado en el siglo XXI con las ciudades inteligentes en los países que han avanzado en su construcción.

Por ello, se puede apreciar que con la implementación de la estrategia del E-government es uno de los elementos fundamentales en la modernización del sector público en el siglo XXI, no solamente porque permite el abastecimiento de información, sino que también optimiza los procesos comerciales y facilita la comunicación entre los diferentes niveles del gobierno; es decir, el gobierno electrónico facilita el desarrollo de actividades de la Administración Pública relacionada con los ciudadanos y las diferentes empresas como actores económicos, al potenciar los servicios públicos. En estas estrategias al fomentar las herramientas de las Tic, los gobiernos han encontrado en el siglo XXI nuevas maniobras que propician la participación más activa de sus ciudadanos y por tanto ayudan a cumplir con los mandatos constitucionales de cada país y apoyan la democracia de las comunidades con mayor transparencia; una de las estrategias más innovadoras es el uso de internet en la realización de diferentes procesos de comunicación e impulsar de esta manera el gobierno electrónico.

Por ende, las ventajas que proporciona el fomento del E-government al vincularse al gobierno tradicional son la accesibilidad a la información, el conocimiento de la realidad del país, de la comunidad, de la provincia, del municipio y del ciudadano; ahora bien, la eficacia para el logro de los objetivos propuestos está vinculada a la solidez y la evolución en los procesos que se ejecutan por los servidores públicos, además de la eficiencia en el manejo de recursos. Por ello en estos procesos que se ejecutan entre el E-Goverment y los ciudadanos, y entre las empresas se promueve el uso de la Ventanilla Única en el siglo XXI, lo que permitirá analizar su concepto, evolución y reconocimiento jurídico en los Estados que la han implementado dentro de sus ordenamientos jurídicos.

En el desarrollo del artículo se propone como objetivo caracterizar la Ventanilla Única de Certificación Ambiental dentro de los procesos que se ejecutan vinculados al Derecho Administrativo Ambiental dentro del ordenamiento jurídico cubano por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente como el organismo que tiene su encargo público con los ciudadanos y las personas jurídicas como parte de las políticas públicas en el gobierno digital. Para ello se han utilizado como materiales y métodos: el histórico lógico, el de inducción deducción, el de análisis síntesis, y el de comparación jurídica. El estudio de esta herramienta de información ambiental está vinculada al proyecto que se ejecuta por el Departamento de Derecho en la Universidad de Granma con la editorial Jurismestre en Brasil. Como su socialización dentro de la Sociedad Científica de Derecho e Informática y la de Derecho Administrativo en la sección Ecoiure en la Unión de Juristas de Cuba por su vínculo con el Derecho Ambiental cubano.

1 LA VENTANILLA ÚNICA EN EL E-GOVERMENT. CONCEPTO, ORÍGENES, FUNCIÓN, EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN NORMATIVA

Las Tic han tenido un desarrollo vertiginoso en los últimos años. De hecho, la innovación de las tecnologías ha estado creciendo y evolucionando exponencialmente. Hoy las tecnologías que se implementan no solo tienen más capacidad de almacenamiento, mayor radio de alcance, mayor velocidad de transmisión, mayores aplicaciones o mayor grado de interactividad, sino también son en general más sofisticadas y han aumentado para una variedad de propósitos que antes no se preveían. Es más, la tecnología evoluciona y cambia tan rápidamente que siempre hay nuevas tecnologías, actualizaciones y aplicaciones con las que el ciudadano y los servidores públicos interactúan. Por ello, hoy una sociedad tecnológicamente avanzada se le ha dado en llamar, tanto por especialistas como por instituciones internacionales, Sociedad de la Información o Sociedad del Conocimiento; Castell (2009) desde sus estudios la identifica como la Sociedad en Red en coincidencia con Pérez Luño (2014) quien reconoce además la existencia del ciberespacio como un área para la comunicación, del comercio y la participación ciudadana en donde también se evocan nexos con la Ética y el Derecho.

Entonces, puede aseverarse que el desarrollo y crecimiento de las Tic ha impactado prácticamente todas las áreas de la actividad humana. Inciden su utilización en todos los órdenes de la vida de las personas, como individuos y como sociedad, en los ámbitos económico, político, social, cultural, educativo, etc., reconfigurando la forma de percibir el mundo, los comportamientos y la forma de interrelacionarse con las personas. En este sentido, la ciudadanía digital está comprendida en el modelo de la sociedad del conocimiento y la información (Robles, 2009).

En el cuerpo del artículo se aprecia el impulso que ha recibido el principio de simplificación en los últimos años desde el siglo XX de los actos de la Administración Pública, este tiene tras de sí una estrategia que ha acertado a aislar con una inédita determinación el instrumento de simplificación con la introducción de medios electrónicos en la gestión administrativa a través de las herramientas que aporta las Tic. En esta misma línea de ideas, se analiza la Ventanilla Única en la batalla contra la complejidad de la tramitación administrativa que concurre entre la Administración Pública y sus administrados. Este elemento constituye a criterio de los autores el reto de la modernización administrativa con el uso e implementación de las Tic contra la burocracia de la Administración Pública en el siglo XXI. Su origen como mecanismo de la Administración Pública se aprecia que se desarrolla en

el ámbito del comercio exterior entre los países. Por ende, el término Ventanilla Única se valora cómo ha cobrado actualidad en facilitar la actividad del comercio desde los finales del siglo XX.

Por consiguiente, la comunidad comercial en el siglo XXI con la adopción de la Ventanilla Única le ha permitido simplificar la interacción con los organismos de control en frontera al rediseñarse todo el aparato de gobierno que interviene en los movimientos transfronterizos de mercancías y pasajeros, con el fin de satisfacer las necesidades específicas de las empresas públicas y privadas, como de los ciudadanos en esta actividad mercantil en los servicios en las Aduanas. Por ende, las demoras, trabas o sobrecostos en el proceso de comercialización de mercancías a nivel internacional pueden conllevar a rezagos en el mercado o incluso la pérdida total del mismo. Por ello, resulta de vital importancia que los países trabajen por mejorar la denominada "facilitación del comercio", ello es una realidad con la implementación de la Ventanilla Única ponderándose su uso en un gobierno abierto. He aquí a criterio de los articulistas su nexo con el Derecho Mercantil desde la integración de contenidos en la materialización de contratos mercantiles, los cobros y pagos, la certificación ambiental, la calidad ambiental, la protección a los consumidores, entre otras actividades a resaltar con el uso de las Tic.

Como concepto se constata como fue introducido por primera vez a nivel internacional en el programa de trabajo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en la Declaración Ministerial de Singapur de 1996. Es un concepto central en la gran mayoría de los acuerdos comerciales que busca como finalidad que los exportadores e importadores se beneficien de procedimientos más ágiles, transparentes y simplificados y que estos no sustituyan en ninguna medida a los aranceles y tarifas que se eliminan, aquí es donde se implementa la contratación electrónica y los pagos con el uso de las Tic, así como las acciones del marketing comercial, donde como se constata se siguen integrando contenidos. La División de Economía y Administración Pública de las Naciones Unidas (2002), señala que "*el gobierno electrónico es un compromiso permanente del gobierno para mejorar la relación entre los ciudadanos y la administración pública, mediante el intercambio eficaz y eficiente de servicios, información y conocimiento*".

Entonces, se justiprecia que por medio de la Ventanilla Única de Comercio Exterior las entidades adscritas comparten la información pertinente y los usuarios realizan el trámite electrónico de la tramitación para la obtención de permisos, autorizaciones, certificaciones exigidos por las respectivas entidades del Estado para las operaciones de comercio exterior, así como el acceso a consultar información sobre los procedimientos previos a la importación

y exportación. Concepto que se ha construido sobre la Recomendación Nº. 33 de Naciones Unidas del 2005. (Organización Mundial de Aduanas, 2012). La importancia que para los países de América Latina y Caribe tiene el desarrollo de iniciativas de Ventanilla Única se refleja en el informe del estudio del año 2010, patrocinado por el SELA (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe); "*Ventanillas Únicas de Comercio Exterior (VUCE) en América Latina y el Caribe: avances y retos pendientes*".

En el propio año 2005, el Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y las Transacciones Electrónicas emitió una Recomendación y Directrices para el establecimiento de las Ventanillas Únicas de Comercio Exterior. En este, se partió de reconocer que en el comercio internacional existe una gran cantidad de requisitos y de costos asociados, donde para cumplirlos pueden constituir un obstáculo para el desarrollo del comercio internacional. Una forma de abordar este problema en la materia del comercio era el establecimiento de una Ventanilla Única que permitiera que la información y/o los documentos de carácter comercial se presenten solo una vez y en único lugar en el E-goverment. Un servicio de este tipo busca mejorar el principio de la eficacia y la rentabilidad de los controles oficiales y permite reducir los costos de las Administraciones Públicas y de los operadores comerciales debido a una mejor utilización de los recursos, es el caso de las Ventanillas Únicas en su aplicación en los trámites aduanales como ya citáramos.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su informe mundial denominado "*Hacia las Sociedades del Conocimiento*" en el 2005, señala como concepto tiene dimensiones sociales, éticas y políticas mucho más vastas que la Sociedad de la Información; además se refiere a ella en plural debido a que hay una intención de rechazar la unicidad del modelo "listo para su uso" que no tenga suficientemente en cuenta la diversidad cultural y lingüística, elemento que le permite al mundo reconocerse en los cambios que están ocurriendo de modo vertiginoso en el siglo XXI. No cabe dudas entonces que el impacto tecnológico que está desarrollando la economía digital son las nuevas capacidades de la infraestructura de Internet, y las potencialidades de las tecnologías emergentes como son el Cloud, Big Data, Internet de todas las Cosas (IoE), Smart Cities, Industria 4.0. Estos elementos se articulan con estudios desde un enfoque interdisciplinario, articulados desde la combinación de las Ciencias Empresariales y de la Educación, a su vez integrándose contenidos desde las Ciencias Jurídicas y Sociales con otros saberes (Antúnez, 2018).

Siguiendo el análisis de su evolución, la Organización de las Naciones Unidas en el 2012 sostuvo en documento de trabajo donde se sustentó que el gobierno electrónico (E-

Goverment) es un pilar en la construcción de un marco estratégico de desarrollo sostenible para los Estados. Se enunció que el uso de la gobernanza electrónica dentro de las naciones puede ser la clave para alcanzar la integración de las metas económicas, sociales y ambientales en la planificación del desarrollo del siglo XXI para seguir ponderando el desarrollo sostenible como un principio del Derecho Ambiental Internacional ponderado en textos constitucionales. (Organización de Naciones Unidas, 2012). Por ello, en la medida que el sector público continúe reformando las instituciones y los procesos estructurales para aumentar la eficacia y mejorar la prestación de servicios dentro del E-Goverment, con ello se creará un ambiente propicio para los negocios y ofrecerá más oportunidades de participación a la ciudadanía. El gobierno electrónico se convertirá gradualmente en el ente activador clave del desarrollo sostenible (Organización de Naciones Unidas, 2012).

En este contexto sistematizado hasta aquí el Sistema de las Naciones Unidas significa que el objetivo del gobierno electrónico es establecer mejores procesos y sistemas para lograr una mayor eficacia, efectividad, inclusión y sostenibilidad por parte de las Administraciones Públicas en su relación con la ciudadanía (ONU, 2012). También, la UNESCO le ha reclamado a los Estados miembros a que se le preste especial interés en lograr un mayor acceso a la información de dominio público en un contexto mundial; para ello es necesario concebir estrategias para superar los obstáculos económicos al acceso, potenciar el derecho a la comunicación y el reconocimiento de uso legítimo de la información, así como la utilización eficaz de las telecomunicaciones y de la circulación de la información en la educación, la ciencia y la cultura. El gobierno electrónico, para la Organización de las Naciones Unidas se refiere al uso de las Tic por parte de las instituciones de gobierno para mejorar cualitativamente los servicios e información que se ofrecen a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y eficacia de la gestión pública dentro de sus principios de actuación, así como para incrementar de forma sustantiva la transparencia del sector público y la participación ciudadana (Secretaría Nacional de la Administración Pública, 2014)

A partir de este enfoque evolutivo analizado, se corrobora que las capacidades del sector público para promover la interacción entre el gobierno y la ciudadanía a través de medios virtuales se modifican y están en constate evolución. De esta manera, el desarrollo del E-gobierno o gobierno electrónico como también se le conoce, constituye otra forma de entender el cambio institucional, donde las capacidades estatales conforman los recursos necesarios para llevar adelante una administración gubernamental del tipo electrónica-relacional con los ciudadanos. Permite considerar que la interoperabilidad en la Administración Pública se manifiesta en los diferentes enfoques de relaciones del gobierno

electrónico con los administrados, como son el G2G: gobierno a gobierno, G2C: gobierno a ciudadano y G2B: gobierno a empresa. Para ello son analizados las diversas posturas de autores como Vacas (2007) quien al ponderar "*Las tecnologías de la información son el último eslabón de la cadena de inventos humanos que va desde el lenguaje hablado, la escritura y la imprenta, hasta nuestros días. El ser humano inventa una tecnología, sea un instrumento material, sea conceptual, y está de vuelta, lo transforma a él*".

Al someter al análisis de las diversas posturas de autores que aportan sobre el uso e implementación por los Estados en su actuación al fomentar el E-goverment, se aprecia en este sentido que Suñe Linas (2000) desde su análisis considera que el Derecho Informático tiene una vertiente de aplicaciones teleinformáticas de directa relevancia para las organizaciones jurídicas (Informática Jurídica) y otra dimensión de Derecho que recae tanto sobre objetos teleinformáticos, como de las cuestiones sociales características de la sociedad de la información. El E-Goverment tiene un marco interdisciplinar, donde se abordan de forma conjunta e integrada cuestiones que son tanto de Informática jurídica (aplicaciones) como de Derecho de la Informática (Derecho).

Gordillo (2003) en su postura considera que la Administración Pública es la actividad que busca servir a los habitantes del Estado de forma directa e inmediata para poder satisfacer el bien común, dentro del orden jurídico, planificación, organización, liderazgo, decisión y control, con la constante que se ejerza de forma eficaz, eficiente y transparente, siendo lo más accesible a la población, brindando una calidad de los servicios prestados.

Esteves (2005) define desde su postura que el E-Goverment es "*La aplicación de tecnologías basadas en Internet para actividades comerciales y no comerciales en el seno de las Administraciones Públicas"*.

González Vara-Ibañez (2007) desde sus estudios considera al "*E-Goverment como la utilización de las tecnologías en las Administraciones Publicas asociadas a cambios en la organización y nuevas actitudes del personal*". Aspecto con el que se concuerda, hay que incidir en modificar la mentalidad e los servidores públicos en su actuación con los ciudadanos, a través de un gobierno abierto con un interactuar activo.

Galván Ruiz & García López (2007) desde sus análisis consideran que la Administración Electrónica es tan antigua como la informática misma. Refieren estos autores que se evidencia con la primera mecanización preinformática, la de máquinas mecánicas que tabulaban tarjetas perforadas, se desarrolló para la elaboración del censo USA de 1890 para la actividad administrativa de estadística pública. La tecnología informática se desarrolló inicialmente al servicio de la Administración Militar en la década de los 60' del siglo pasado.

Delpiazzo (2009) pondera que el gobierno electrónico es un aspecto genérico que comprende la administración electrónica (e-A) y la democracia electrónica (e-D), siendo aquella básicamente la prestación de servicios públicos y el acceso a los mismos a través de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (Tic).

Amoroso (2011) preconiza desde su criterio que para alcanzar un modelo sistémico de gobierno electrónico con rostro social, debemos ver este tema vinculado también a la reforma y la modernización del Estado. La estrategia de modernización tiene que tener tres características: ser gradual, generar redes de colaboración, crear las condiciones de interoperabilidad y transformar la cultura organizacional con el apoyo transformador del gobierno electrónico.

La posición asumida por la CEPAL (2013), como organismo regional en relación al uso de las Tic, considera que ha favorecido la comunicación instantánea y la globalización. Estar dentro de la red significa estar vinculado desde cualquier lugar del mundo con todos los otros. La diferencia de latitudes y longitudes se anula en el tiempo de la comunicación. Las Tic y los bienes que de ella se derivan son considerados elementos claves para el desarrollo de un país, donde la economía a nivel mundial es digital.

Como se aprecia pervive la diversidad de conceptos en materia de qué es lo que se debe entenderse por gobierno electrónico y donde se debe aplicar para avanzar hacia la democracia digital. Sin embargo, podemos afirmar que todos estos conceptos hacen referencia a una nueva relación, transformada en positivo, entre el Estado y los ciudadanos siendo el gobierno electrónico quien rediseña la gestión pública con miras a mejorar la prestación de servicios al ciudadano como mediador en el uso de las tecnologías.

En esta nueva relación, se constata que hay tres tipos de E-Goverment reconocidos, estos se identifican como: -Goverment to Citizen- Gobierno a Ciudadano. -Goverment to Business- Gobierno a Empresa- -Goverment to Goverment- Gobierno a Gobierno. No cabe dudas entonces que la revolución de las TIC y las evoluciones demográficas, en especial la urbanización, están descentralizando las estructuras burocráticas de los Estados soberanos. Habrá una mayor participación en la gobernanza de los asuntos públicos (Organización de Naciones Unidas, 2012).

Por consiguiente, como hecho jurídico dentro de los ordenamientos jurídicos los Estados han regulado esta relación jurídica a través de una la Ley de Acceso a la Información Pública, cuerpo jurídico que se ha convertido en la piedra angular de la democracia digital y además garantiza un mínimo control de los ciudadanos sobre la acción de sus gobernantes,

mediante el acceso a la información que el poder político maneja, lo cual guarda relación con el Bid Data, regulado también por los Estados en una Ley de Datos.

Lleva a reconocer a los autores del artículo la interacción que existe entre las Tic y la gestión pública de las Administraciones Públicas, así como al proceso de las políticas públicas que ejecutan, las mismas constituyen uno de los pilares básicos en el campo de acción del E-gobierno. En ella aspectos como el liderazgo, la gestión del capital humano, el diseño y cambio organizativo, las relaciones interadministrativas e intergubernamentales, la comunicación y el marketing de los servicios, así como la transparencia no se pueden ni se deben entender de la misma manera en un entorno en el que las Administraciones Públicas son usuarias intensivas de las Tic. Con ello se aprecia en el tratamiento del artículo el cumplimiento del principio de información con la aplicación de las Tic y estamos en presencia de los tópicos de la descarga burocrática y la simplificación, ante las intervenciones administrativas sobre la actividad de los particulares y personas jurídicas con el fin de agilizar la actuación de las Administraciones Públicas, la cual necesita para cumplir con el principio de legalidad a través de una Ley de Datos dentro del ordenamiento jurídico.

En la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007) firmada en Chile se dispone: *El uso de las Tic en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orienta la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementa sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos* (Piana, 2010).

En el análisis de cómo ha sido su tratamiento en la Unión Europea, se valora que su asidero jurídico aparece en la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (2007) en particular en la nación de España. Por lo que, en el Derecho Autonómico, importantes sustentos en el orden jurídico han sido añadidos a favor de la consolidación del principio de simplificación como un principio transversal de la actuación administrativa de la Administración Pública con los ciudadanos.

En los Estados Unidos de América, en relación a la implementación del E-Government Act (USA, 2002) se aprecia que establece: Uso por la Administración de aplicaciones basadas en sistemas Web e Internet y otras tecnologías de la información, de forma combinada con procesos para implementar esas tecnologías para permitir el acceso y entrega de información y prestación de servicios al público, a otras agencias y a otras entidades de gobierno; o producir mejoras en las actividades gubernamentales con el objetivo de que puedan aumentar la eficacia, la calidad de los servicios o su transformación.

En la región del Caribe, en la Declaración de Santo Domingo sobre Gobernabilidad y Desarrollo en la Sociedad del Conocimiento de la Organización de Estados Americanos (OEA) celebrada en 2006 subrayó la importancia que desempeñan las Tic como herramienta transversal para el logro del desarrollo equitativo y sostenible y el fortalecimiento de la gobernabilidad. En este documento de reconocimiento de la políticas públicas se estableció el compromiso de los Estados miembros de incorporar las Tic en sus planes nacionales de desarrollo, particularmente en los procesos de modernización de las instituciones públicas, para, entre otros temas, propiciar la eficiencia en la gestión y la provisión de servicios en el sector público, así como dedicar especial énfasis a la modernización del Estado a través del diseño e implementación de estrategias de gobierno electrónico con el fin de mejorar la provisión de servicios e información a la población en su conjunto (E-Government Act USA, 2002).

Por lo que, la digitalización de la información está permitiendo crear nuevas formas de codificación, representación y construcción de la cultura en las que las experiencias analógicas a menudo se confunden con las virtuales, propiciando un ida y vuelta entre estos dos escenarios de interacción sociocultural, y evidenciando que, en las últimas décadas, la influencia de los medios de comunicación no ha ido a la par del fomento de la alfabetización mediática (García-Ruiz *et al*. 2014).

El gobierno electrónico proyecta impactar en la transparencia de la gestión pública, supone mejoras en la información divulgada por la Administración Pública. "*Transparencia, en términos generales, significa conducir las actividades de una manera en que las decisiones, las reglas y otra información se hacen visibles desde el exterior"* (Hood, 2010). En la sociedad contemporánea ningún agente se muestra contario, a priori, a la transparencia (Hood, 2010). Por ello, para hacerlo operativo y contrastable se plantea que: "…*la transparencia en la sociedad de nuestros días significa información fácilmente accesible, fiable, que sea relevante para las decisiones, que resulte comparable y que se presente de forma clara y oportuna. En definitiva, que cumpla los requisitos y características cualitativas del marco conceptual de la contabilidad, con un especial énfasis en la accesibilidad, derivado del papel revolucionario del internet*…" (MONTESINOS, 2009).

Por consiguiente, se justiprecia que el uso por la Administración Pública de aplicaciones basadas en los sistemas web e Internet y otras tecnologías de la información de forma combinada con procesos para implementar esas tecnologías permiten el acceso y entrega de información y prestación de servicios al público, a otras agencias y a otras entidades de gobierno; y producen mejoras en las actividades gubernamentales con el objetivo

de que puedan aumentar la eficacia, la calidad de los servicios o su transformación. El empleo de las Tic ofrece la oportunidad de dar nueva vitalidad a los gobiernos, pero también es necesario favorecer la participación del ciudadano en la gestación de políticas públicas y en los procesos de gobernanza.

Ello exige a la Administración Pública que la implementación del E-Goverment de una serie de requisitos que tienen que ponderar la seguridad técnica y la jurídica, su reconocimiento jurídico se aprecia en una Ley de Procedimiento de la Administración Pública, en la Ley para el reconocimiento de la Firma Electrónica, esta última destinada a regular la firma digital. Estos cuerpos jurídicos dan lugar a una relación jurídica telemática con la Administración Pública con una Ley de Datos incidente en el tratamiento de los datos de los ciudadanos. También se constata como guarda relación al Derecho Laboral, puede corroborarse con el reconocimiento del Teletrabajo en diferentes áreas de la Administración Pública. Otro de sus usos es en la Votación Electrónica (E-vote). Ello es el primer escalón de la Democracia-E (ARENA, 2004; CRUZ RIVERO, 2005; COTINO HUESO, 2006; BARRIUSO RUIZ, 2007; BLASCO DÍAZ, 2008).

También, otros de los usos que en el siglo XXI se fomenta por los Estados es el de dinero electrónico, pasa por el Bitcoin por algunos Estados de tal tipo de moneda, esto cambia las relaciones comerciales y necesita de una regulación jurídica: es un hecho nuevo en las relaciones monetario mercantiles (MARTINO, 2015). Nos lleva a considerar que el paradigma papel hoy convive con el paradigma digital, pudiendo ser gestionado en sistemas híbridos de información como sigue concurriendo. La documentación soportada en papel puede ser convertida con facilidad en objetos digitales derivados y ser gestionados para su preservación y consecuentemente su acceso como mismo sucede con los objetos digitales originarios, unos y otros integran al Patrimonio Digital, el cual dentro de las políticas públicas de los Estados ira sustituyendo al papel, en correspondencia con la preservación del medio ambiente.

La instauración de soluciones mediadas por el fomento del gobierno electrónico por la Administración Pública lleva implícito superar la visión de clientes digitales a ciudadanos, en áreas como la política, la económica y la social desde la impronta digital. Estas soluciones tienen que estar destinadas a facilitar la vida de la comunidad al constituir ahorros en los gastos públicos y permitir el aumento de la eficiencia y la transparencia en la gestión de la Administración Pública. Es necesario entonces, atender en el desarrollo del artículo las dos dimensiones del E-gobierno (demanda y oferta) de cara a tener una aproximación más nítida sobre su nivel de desarrollo en un país. El lado de la oferta se refiere a los contenidos digitales

ofrecidos por las administraciones públicas en Internet, sobre todo, mediante páginas y portales web. La vertiente de la demanda potencial de E-gobierno (acceso a Internet). el acceso a la telefonía celular. La banda ancha para el uso del comercio electrónico, videos y música en *streaming* o las interacciones transaccionales con las agencias gubernamentales.

Aquí también se ha evidenciado que las respuestas no siempre han sido integrales, por lo que se genera brechas que favorecen prácticas inescrupulosas que atentan contra valores de la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia y la responsabilidad compartida. Aumenta la desconfianza y crece la sensación de inseguridad (PÉREZ LUÑO, 2014). De aquí la necesidad de ponderar en los procesos que se ejecutan entre la Administración Pública y los ciudadanos el fomento de la Ventanilla Única, para ello será analizado *up supra* su definición, función, contenido, aplicación y clasificación.

2 LA VENTANILLA ÚNICA DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL EN EL GOBIERNO DIGITAL EN CUBA

Amoroso (2014) desde sus estudios sobre el tema que se aborda en el artículo señala que la utilización de las Tic en Cuba por parte de la Administración Pública se remonta al final de la década del 20' del pasado siglo, se corrobora con la introducción de los primeros equipos destinados al procesamiento de datos para desarrollar el censo de población ejecutado en el año 1930. Después al decursar del tiempo la Compañía IBM instala en La Habana una sucursal con rango de oficina central para el Caribe y la América Central. Desde entonces, puede afirmarse que la utilización de equipos informáticos aumentó considerablemente, de modo especial en las empresas con capital norteamericano radicadas en Cuba. Cabe recordar que en este tiempo el potencial informático se concentraba en La Habana, capital de la República de Cuba.

Sigue esta autora estudiada al señalar que esta etapa se caracteriza por el predominio de la introducción de equipos electromecánicos de procesamiento de información en tarjetas perforadas, además del establecimiento de un monopolio que consistía no sólo en la producción y venia de los equipos que se introducían, sino también de la reparación y el mantenimiento de los mismos, así como de los servicios de diseño e implantación de los sistemas que se aplicaban, e incluso los especialistas. Con el triunfo de la Revolución cubana en 1959, la situación cambió. El gobierno revolucionario introdujo en el país máquinas computadoras electrónicas de la primera generación. Luego, en 1965 adquirió computadoras de la segunda generación para el cálculo científico y la formación de especialistas informáticos.

Con el proceso de institucionalización en el análisis del tracto histórico, en la nación cubana se constata como se previó el desarrollo de instituciones en las funciones de dirección y aplicación de las políticas trazadas. Así, dentro del ordenamiento jurídico cubano con la promulgación de la Ley No. 1323 de 1976, se crea el Instituto de Sistemas Automatizados y Técnicas de Computación (INSAC) de conformidad con lo establecido en el artículo 86 del Decreto Ley N. 67 de 1983 dentro del entramado de la Administración Pública. Ahora, con la inminente entrada de Cuba a Internet se había llegado a consenso gubernamental de cuál debía ser la estrategia cubana de acceso y transmisión de datos, para impedir que la isla se convirtiera en consumidora pasiva de conocimientos en pos garantizar su seguridad informática y la veracidad de la información que se difundiera. El Decreto Ley No. 209 de 1996, priorizaba el enlace de las personas jurídicas y las instituciones de mayor relevancia en el país y establece el ordenamiento al acceso pleno a Internet en la República de Cuba.

En este tracto jurídico le sustituyó en el año 2000 el Ministerio de la Informática y las Comunicaciones (MIC) por la Administración Publica con la misión fundamental de fomentar el uso masivo de las Tic en la economía nacional, la sociedad y al servicio del ciudadano mediante la estrategia nacional de informatización contenida en el Programa Rector de la Informatización de la Sociedad en Cuba. "*Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en general, ofrecen oportunidades para que las personas, las organizaciones y las comunidades puedan desarrollar su pleno potencial, promover su desarrollo sostenible y mejorar su calidad de vida*." (DÍAZ-CANEL, 2015).

Es ETECSA, la sociedad mercantil en la nación cubana quien provee un servicio concesionado de administrar la nube gubernamental, lo hace a través de un Centro de Datos habilitado para tales fines, sociedad mercantil encargada de prestar los servicios públicos a la ciudadanía y a las personas jurídicas. Lo cual está en correspondencia con los lineamientos de la Política Económica y Social aprobados en el 7mo Congreso del PCC de 2017, los mismos apuntan hacia una dirección que implica racionalizar el sistema de trámites en sectores como la vivienda y planificación física (lineamientos 97, 236). En el propio lineamiento 272 se menciona que el país debe avanzar hacia el mayor nivel de informatización posible de acuerdo a los recursos financieros que se destinen con tales propósitos (LINEAMIENTOS PCC, 2017).

En el entramado de la Administración Pública en Cuba los estudios del E-goverment se aprecian desde las ciencias jurídicas y en especial desde el Derecho Administrativo, se señala que para implementar exitosamente una plataforma de gobierno electrónico; primeramente, se debe entender completamente la realidad del contenido del gobierno

electrónico. Otros aspectos que se deben examinar, con relación a los beneficios que ofrece el gobierno electrónico, son: analizar si existe una infraestructura tecnológica apropiada disponible; estudiar si la Administración Pública está preparada para servir a los ciudadanos en la era de las Tic; y analizar si existe un marco legislativo que apoye al Gobierno Electrónico (AMOROSO, 2014).

El gobierno cubano ha tomado como sustento para la definición de la visión del "Gobierno Electrónico", los cuatro pilares fundamentales del proceso revolucionario cubano: la educación, la salud, la seguridad social y la cultura. Los cuales se trabajan a través del "Programa Rector para la Informatización de la Sociedad Cubana", estrategia que tiene al ciudadano en el centro de sus objetivos, buscando elevar su calidad de vida a través del uso de las Tic. Empero, los usuarios necesitan saber que sus comunicaciones con el Gobierno son seguras, y que sus documentos y transacciones electrónicas están reconocidos y protegidos por la ley. También es importante que todo proyecto se desarrolle basada en una filosofía de Open Data a modo de favorecer la interoperabilidad y la reutilización adecuada de los datos (AMOROSO, 2014).

En la Agenda digital de América Latina y el Caribe, como resultado de la 6ta Conferencia Ministerial de la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe (eLAC,2020) celebrada en abril 2018 en Cartagena de Indias, Cuba participa oficialmente, se declara el objetivo 10: "*impulsar el gobierno electrónico centrado en el ciudadano, masificando la disponibilidad de trámites y servicios y la información pública, por múltiples canales y en todos los niveles de gobierno*".

En este análisis realizado se aprecia la definición dada por la consultora internacional Gartner (2017), quien señala que gobierno digital es aquel gobierno diseñado y operado para aprovechar los datos digitales en la optimización, transformación y creación de servicios del gobierno. Se hace el énfasis principal en cuan crítico es el uso de datos con calidad -en tiempo real y offline- para apoyar el trabajo del gobierno y la transformación de mejores procesos y servicios. En contraste, gobierno electrónico está más enfocado en servicios de gobierno tradicionales disponibles a través de los canales en línea para aumentar la eficiencia y eficacia operacional del gobierno. Para entender la evolución del concepto gobierno electrónico hacia gobierno inteligente o centrado en la innovación de cara al ciudadano, se analiza el modelo de niveles de madurez ofrecido por esta propia consultora. Señala que el E-goverment es el optimizado y caracteriza a un gobierno inteligente. Con todos esos datos, con todos esos análisis, no sólo se anticipa el gobierno a las necesidades del ciudadano, sino que pudiera predecir lo que podría necesitar en determinados escenarios. Se pueden mejorar las políticas

públicas a partir de los cambios que se van a producir. Por lo tanto, es más predictible. El foco de valor ahora es la sostenibilidad. Se provee resiliencia a las comunidades ante la incertidumbre. Se desarrollan políticas de servicio sostenibles. La plataforma, en este nivel de madurez, se propone centrada en ecosistemas flexibles y cambiantes, para enfrentar los cambios que se producen con una vertiginosidad extraordinaria. El ecosistema mismo está en evolución.

Por ejemplo, hoy se aprecia que la inteligencia artificial tiene más capacidad de ser aplicada que nunca antes, a partir de la interacción de los algoritmos con los datos provenientes de la llamada Internet de las Cosas y de las redes sociales, en función de predecir procesos sociales o económicos. Otro ejemplo está dado en los cambios de paradigma que están ocurriendo con la aparición de las criptomonedas, basadas en la tecnología de cadenas de bloque (blockchain), que se emplean también en los denominados contratos inteligentes, lo que está dando lugar a la Internet de la confianza. El foco tecnológico es en la inteligencia, para transformar los datos en información, en conocimiento y revertirlo en una mejora de calidad de vida de ese ciudadano. El liderazgo de este nivel de madurez lo tiene la innovación.

Entonces, para avanzar en el tema de Ventanilla Única se necesita la gobernanza de interoperabilidad de gobierno electrónico/digital, entendida esta como el conjunto de acuerdos (gobernados por políticas) entre los gobiernos y los actores que participan en los procesos de interoperabilidad y a la forma de alcanzarlos. Para progresar en la Ventanilla única es la necesaria gobernanza para una efectiva interoperabilidad organizacional, legal, informacional y semántica. Las plataformas digitales basadas en la nube constituyen un pilar clave para minimizar el costo de despliegue de soluciones de ventanilla única y para la sostenibilidad de los servicios en línea (AMOROSO, *et al*. 2018).

Cuba presenta las condiciones para adoptar e implementar un efectivo gobierno digital con servicios sostenibles y centrado en la innovación, para lo cual hay que seguir procesos y actividades que se integren en un programa holístico estratégico que permita conducir paso a paso estas iniciativas, en un entorno de gobernanza regida por las disposiciones jurídicas (DELGADO RAMÍREZ; AMOROSO, 2018).

El cuerpo jurídico que reconoce el Sistema de Información del Gobierno es el Decreto No. 281 de 2011, en su implementación este cuerpo jurídico de conjunto con otros instrumentos legales que se diseñen luego de las tareas pendientes del legislador, deberán desarrollar las políticas de interoperabilidad de datos, basadas en estándares, de todos los ámbitos que posibilite satisfacer integralmente los trámites que realiza la población. Su implementación a nivel de todos los productores-proveedores de la Administración Pública en

el país, debe conllevar a la generación de nuevas políticas para la publicación, uso, acceso, licenciamiento, distribución y/o comercialización de datos y servicios de datos, incluyendo la privacidad ciudadana. Siguiendo esta línea de análisis, se aprecia como el Consejo de Ministros de la nación cubana en el 2017, estableció la política integral para el perfeccionamiento de la informatización de la sociedad en Cuba, junto a un grupo de instrumentos legales derivados de la misma, los que a consideración de los autores del artículo constituyen el principal marco legal del gobierno electrónico en el país, el cual está identificado como uno de los proyectos priorizados en el Programa Nacional asociado a esta política. Por ello se reconoce por la Administración Pública que uno de los retos por alcanzar con el gobierno digital será el de avanzar en el ordenamiento de los Registros Públicos del país (lineamiento 273), tarea encomendada al Ministerio de Justicia, acompañado de la normativa legal recogida en el Decreto Ley No 335 de 2015 para que se conforme en el 2019 esta plataforma dentro del E-goverment, ya en ello algunos de los Ministerios de la Administración Pública han conformado sus páginas digitales interactivas.

CONCLUSIÓN

Las Tic -computadores interconectados a través de la red Internet- han abierto un campo de posibilidades casi ilimitadas para comunicar y compartir la información. La versatilidad de la información digitalizada para su procesamiento (codificación, almacenaje, selección y recuperación) y la posibilidad de su distribución a través de Internet, facilitan enormemente los usos de la información y el conocimiento y, por tanto, las posibilidades de socialización y apropiación cognitiva del acervo informacional y cultural.

El gobierno electrónico (e-goverment) constituye como una herramienta eficaz para la Administración Pública en búsqueda de propiciar la participación ciudadana y promover de esta manera la colaboración de la comunidad en función del progreso de un país en beneficio de todos. Es fundamental considerar que la participación ciudadana estipulada desde las constituciones se establece como un derecho de los ciudadanos para mantener las actividades de control, colaboración e información sobre el Estado actual de su país.

La Ventanilla Única de Certificación Ambiental es un novedoso mecanismo a ser implementado en la gestión ambiental. Su fin es simplificar la materialización de una demanda de los diferentes actores involucrados en la emisión de permisos ambientales, con el propósito de buscar una mayor racionalización de trámites y simplificación de procedimientos que permita asegurar el objetivo de protección ambiental sin que ello signifique demoras innecesarias o duplicidad de intervenciones de entidades estatales en el proceso requerido

para obtener la aprobación de los estudios ambientales u otros permisos ambientales requeridos para el desarrollo de actividades económicas. Es una herramienta de las Tic, entendida como un mecanismo de gobierno electrónico que busca la transformación positiva de la relación entre el Estado y los titulares de proyectos de inversión, la relación entre entidades de gobierno, así como la relación entre el Estado y toda la sociedad civil que se involucra en los procesos de autorización ambiental que se desarrollan dentro de la gestión ambiental rectorada por el CITMA en la modernización del Estado con el gobierno electrónico/digital.

Dentro del Derecho Ambiental la Ventanilla Única de Certificación Ambiental en el E-Goverment se vincula a la protección del medio ambiente en la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992; desde el Derecho Ambiental Internacional se pondera la información ambiental como un principio destinado a los ciudadanos deber-derecho. La Ley No. 81 de 1997 aunque no establece un reconocimiento expreso a la Ventanilla Única de Certificación Ambiental, lo hace a través de la Resolución No. 224 de 2014 del CITMA a tenor del Decreto No. 327 de 2014, donde se establece el procedimiento para la evaluación de los estudios de factibilidad de las inversiones vinculadas a las esferas de la ciencia, la tecnología y el medio ambiente a través de la EIA.

REFERENCIAS

AA. VV. (2003). *Firma digital y Administración Pública*, INAP, Madrid.

AA. VV. (2004). *Administración electrónica y procedimiento administrativo*. Ministerio de Economía, Madrid, 2004.

AA. VV. (2011) *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*. Editorial Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

AA.VV. (2011). Las Tic promotoras de inclusión social. *Revista Española de Pedagogía*, n. 249, España.

AA.VV. (2014). Gobierno electrónico: inclusión digital y poder popular. *Revista Venezolana de Gerencia*, Venezuela.

ÁLAMO GONZÁLEZ, N. (2007). La utilización de las nuevas tecnologías entre las Administraciones públicas y los ciudadanos. *REDA*, n. 133, España.

ALLÍ ARANGUREN, J. (1989). Régimen Jurídico de la evaluación de impacto ambiental (EIA). *Revista Jurídica de Navarra*. n. ,. Navarra.

ALDANA, M. (2016). Caminando hacia la ventanilla única de certificación ambiental. *Revista Circulo de Derecho Administrativo*, Perú.

ÁLVAREZ, G. *et al*. (2011). *Seguridad Informática para empresas y particulares*. Editorial McGraw-Hill, España.

AMOROSO FERNÁNDEZ, Y. (2000). Gobierno electrónico. El reto de la gestión y conservación permanente de la información digital. *Revista UNAM*, México.

AMOROSO FERNÁNDEZ, Y. (2008). *Aspectos éticos y legales de la información digital*. Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, España.

AMOROSO FERNÁNDEZ, Y. (2014). *Gobierno Electrónico*: propuesta metodológica de desarrollo y evaluación. UNAM, México.

AMOROSO FERNÁNDEZ, Y. *et al*. (2016). Big Data: una herramienta para la Administración Pública. *Revista Ciencias de la Información*, n. 8, Cuba.

AMOROSO FERNÁNDEZ, Y. (2017*). Un acercamiento a la socio-cibernética y la infoética en las Tic: valores éticos y derecho. Revista Argumentos de Razón Técnica*, n. 20, España, pp.119-148.

AMOROSO Y. *et al*. (2018). *Gobierno electrónico*: reflexiones desde la UIC. Cibersociedad - soñando y actuando. Editorial Futuro, La Habana, pp.155-171.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2015). El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales*, 18.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2016). La gestión ambiental. Incidencia en el comercio. *Revista Veredas Do Direito Ambiental e Desenvolvimiento Sustentavel*, n. 26, Brasil.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.; LÓPEZ ESPINOSA, E. (2018). La educación ambiental. Su reconocimiento desde el Derecho internacional. *Revista de Derecho Ambiental, Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, n. 56, Argentina.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2018). La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental. *Revista Murmullos del Sur*, Argentina.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2018). La formación jurídico ambiental mediada por el uso de las Tic. *Revista Iberoamericana de bioeconomía y cambio climático*, n. 8, Nicaragua.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2018). El desarrollo sostenible como nuevo saber ambiental. *Revista ciencias sociales y económicas UTEQ*, n. 2, Ecuador.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2018). La inspección ambiental. La evaluación de impacto ambiental. La autorización ambiental y la auditoría ambiental. *Revista Excelencia Administrativa*, n. 38, México.

ARAUJO JUÁREZ, J. (2010). *Derecho Administrativo General. Servicios Públicos*. Editorial Paredes, Caracas.

ARENA, G. (2004). E-Government y Nuevos Modelos de Administración. *Revista de Administración Pública*, n. 163, España.

ASTORGA, J. (2000). *Sistema de evaluación de impacto ambiental, régimen jurídico, en especial aplicado a la actividad minera*. Editorial Jurídica Cono Sur. Argentina.

AZQUETA OYARZÚM, D. (1994). *La valoración económica de la calidad ambiental*. Editorial Mc Graw Hill, Madrid.

BAUZÁ MARTORELL, F. (2002). *Procedimiento administrativo electrónico*. Editorial Comares, Granada.

BARRIUSO RUIZ, C. (2002). *La contratación electrónica*. Editorial Dykinson, Madrid.

BARRIUSO RUIZ, C. (2007). *Administración electrónica*. Editorial Dykinson, Madrid.

BELLORIO CLABOT, D. (2004). *Tratado de Derecho Ambiental*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

BERNADÍ GIL, X. (2005). Derecho público y Administración electrónica: una visión panorámica, Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las *Administraciones públicas*, n. 1, España.

BESTANI, A. (2012). *El principio de precaución*. Editorial Astrea. Argentina.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2001). *Instituciones de Derecho Ambiental*. Editorial La Ley, Madrid.

BEXKER, M. (2002). *Las transacciones electrónicas y sus influencias en el Derecho civil y administrativo y la posición de los notaries alemanes y holandeses*. La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas, Editorial Civitas, Madrid.

BLASCO DÍAZ, J. (2008). *Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración*. Derechos fundamentales y otros estudios. Editorial Justicia de Aragón, Zaragoza.

BOAVENTURA DE SOUSA, S. (2010) *Para descolonizar Occidente: más allá del pensamiento abismal*. CLACSO-Prometeo Libros, Argentina.

BRAÑES BALLESTEROS, R. (2001). *Tres décadas de evolución del Derecho Ambiental y su aplicación en América Latina.* Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Chile.

CABANELLAS G.; PALAZZI P. (2004). *Derecho de Internet*. Editorial Heliasta S.R.L., Argentina.

CAFFERATTA, N. (2012). Lo que nos dejó Río + 20. *Revista de Derecho Ambiental*. n. 32. Abeledo Perrot, Argentina.

CAMACHO, G. (2000). *Los principios de eficacia y eficiencia administrativas*. Editorial Conosur, Argentina.

CANALS AMETLLER, D. (2012). *Simplificación administrativa y directiva de servicios*: objetivos, medios e incidencias, el procedimiento administrativo: descarga burocrática. INAP, España.

CASTELLS, M. (2005). *La era de la información*. La sociedad red. Editorial Alianza, Madrid.

CASTILLO Y.A. (2016). *Ventanilla única de trámites* - Una aproximación conceptual. Monografías-Administración y finanzas. Disponible en: https://www.monografias.com/docs113/ventanilla-unica-tramites-aproximacion-conceptual/ventanilla-unica-tramites-aproximacion-conceptual2.shtml.

CASTOLDI, P. (2002). El Gobierno Electrónico como un nuevo paradigma de Administración. *Revista Prudentia Juris*, n. 55. Buenos Aires.

CEFACT/ONU (2005). *Recomendaciones y Directrices para el Establecimiento de una ventanilla única*. United Nations Publications; Ginebra.

CELAYA, J. (2008). *La empresa en la web 2.0*. Editorial Gestión 2000, Barcelona.

CEPAL (2007). *Libro blanco de interoperabilidad de gobierno electrónico para América Latina y el Caribe*. Chile.

CEPAL (2018). *6ta Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe*: Agenda Digital para América Latina y el Caribe (eLAC2020).

CEPAL/ONU (2007). *Libro Blanco de Interoperabilidad de Gobierno Electrónico para América Latina y el Caribe*. Versión 3.0. United Nations Publications. Ginebra.

CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2007). *La Administración Electrónica*. Editorial Cizur Menor, Aranzadi.

CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2012). La contribución de las Tic a la mejora de la transparencia administrativa. *Revista Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, v. 188, España.

CIERCO SEIRA, C. (2009). Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica. *Revista General de Derecho Administrativo,* n. 19, España.

CLAD (2007). *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*. Chile.

CÓDIGO DE COMERCIO de 1885 vigente en Cuba (actualizado). 1998. Editorial Félix Varela, La Habana.

COTINO HUESO, L. (2006). *El Voto Electrónico o la Casa por el Tejado*. La Necesidad de Construir la Democracia y Participación Electrónicas por los Cimientos. Libertades, Democracia y Gobierno Electrónicos. Editorial Comares, Granada.

CRIADO, J. (2009). Gobierno electrónico en Latinoamérica: Aproximación desde una perspectiva intergubernamental. Estado, Gobierno, Gestión Pública. *Revista Chilena de Administración Pública*, n. 14, Chile.

CRUZ RIVERO, D. (2005). Análisis de los Antecedentes del Concepto de Firma Electrónica como Equivalente a la Firma Manuscrita. *Revista de Contratación Electrónica*, n. 60, España.

CRUZ RIVERO, D. (2006). El DNI Electrónico y el Mercado de las Entidades de Certificación. *Revista de Contratación Electrónica*, n. 69, España.

CUYAS PALAZÓN, M. (2005). Tesis Doctoral: *Urbanismo Ambiental y Evaluación Estratégica*. Universidad de Girona. Barcelona.

DELPIAZZO C. (2001). *Adecuación del Derecho a la necesidad de la firma electrónica*. Informática y Derecho: Aportes de doctrina internacional, Editorial Depalma, Buenos Aires.

DELPIAZZO, C. (2002). *Oportunidades y obstáculos del e-commerc*e. Anuario Derecho Informático, F.C.U. Montevideo.

DELPIAZZO, C. (2003). *El principio de seguridad jurídica en el mundo virtual*. Anuario Derecho Informático, FCU Montevideo.

DELPIAZZO, C. (2005). *Derecho y nuevas tecnologías de la información en los umbrales del siglo XXI*. Anuario Derecho Informático, F.C.U. Montevideo.

DELGADO T. RAMÍREZ Z. & AMOROSO Y. (2018). *Hacia un gobierno abierto*: necesidad de una política nacional de datos. Cibersociedad - Soñando y Actuando. Editorial Futuro; La Habana, pp. 172-188.

DELGADO, T.; SÁNCHEZ DÍAZ, A. (2018). Repensando el gobierno electrónico: ventanilla única, servicios sostenibles y gobierno digital centrado en la innovación. *Revista cubana de Administración Publica y Empresarial*, n. 3, La Habana.

DÍAZ-CANEL M. (2018) *Clausura de la Primera Conferencia Nacional de la Unión de Informáticos de Cuba.* Palacio de las Convenciones. La Habana. Disponible en: http://www.cubadebate.cu/noticias/2018/10/03/miguel-diaz-canel-clausura-conferencia-de-union-de-informaticos-de-cuba/#.XEcs4jS73IU

DIÉGUEZ, G. *et a*l. (2015). *Escenarios y perspectivas del gobierno electrónico en América Latina y el Caribe*, CIPECC, Buenos Aires.

DOPAZO FRAGIO, P. (2001) *El régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental.* Etiqueta ecológica y tutela ambiental. Editorial Exlibris, Madrid, pp. 80-297.

DRNAS DE CLEMENT, Z. (2008). *El Principio de Precaución Ambiental*. Editorial Lerner. Argentina.

EMBID IRUJO, A. (1994). *El ciudadano y la Administración*. Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid.

EMBID IRUJO, A. (2012). La Evaluación de impacto ambiental en la Unión Europea. *Revista de Justicia Administrativa*., n. 57. España.

EMBID TELLO, E. (2015). *Reflexiones sobre el uso del principio de precaución como principio del Derecho de nuevo paradigma*. Estudios. Agua, energía, cambio climático y otros estudios de derecho ambiental. Editorial Aranzadi – Thomson Reuters. Pamplona.

ESTEVE, J. (2009). *El Desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las Inceridumbre de la Ciencia*. Editorial Marcial Pons, España.

FERNÁNDEZ ALLER, C. (2012). Algunos retos de la protección de Datos en la sociedad del conocimiento. Especial detenimiento en la computación en nube (cloud computing). *Revista de Derecho UNED*, n. 10, España.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2004). Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental. *Boletín Económico ICE*, n. 2824, España.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2008). *Las auditorías ambientales*, Editorial Tirant lo Blanch, España.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2012). La inspección ambiental. *Revista Medio Ambiente y Administración Local*, España, pp.1-26.

FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, A. (1999). *Ley No. 81 de 1997*. En más de 150 preguntas y respuestas. Editorial Ministerio de Justicia, La Habana.

FONT LLOVET, T. (1994). Instrumentos jurídicos en la protección del medio ambiente. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 5, España, p. 50.

FROSINI, V. (1978) *Cibernética, Derecho y Sociedad*. Editorial Tecnos, Madrid.

FUNDACIÓN TELEFÓNICA (2015). *La Sociedad de la Información en España 2014*. Ariel-Fundación Telefónica, España.

GALINDO, F. (2006). *Gobierno, Derecho y Tecnología*: Las actividades de los Poderes Públicos. Editorial Thomson Civitas, España.

GALVÁN RUIZ, J.; GARCÍA LÓPEZ, P. (2007). *La Administración Electrónica en España*. Editorial Ariel, España.

GAMERO CASADO, E. (2008). *El procedimiento administrativo electrónico en las entidades locales, con especial referencia al uso de la firma electrónica*. Informe sobre la administración electrónica local, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona.

GAMERO CASADO, E. (2009). *Ventanilla única y administración electrónica en la transposición de la directiva de servicios.* Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

GARCÍA MACHO, R. (2008). *Procedimiento administrativo y sociedad de la información y el conocimiento.* La transformación del procedimiento administrativo, Editorial Derecho Global, Sevilla.

GARCÍA RUBIO, F. (2003). *Las nuevas tecnologías ante el Derecho y la organización administrativa.* Un estudio sobre las repercusiones en la Administración Local. INAP, España.

GARCÍA URETA, A. (1994). *Marco jurídico del Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental,* IVAP. Editorial Oñati. España.

GARCÍA URETA, A. (2006). *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 35-36.

GÓMEZ PUENTE, M. (2007). *La Administración electrónica.* La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy, Editorial Aranzadi, Navarra.

GÓMEZ OREA, D. (2002). *Evaluación de Impacto Ambiental*. Editorial Mundi Prensa. Madrid.

GÓMEZ PAIDÓS, V. (2006). *Sobre las aportaciones y límites de la Red y las redes sociales, para vertebrar nuevas formas de participación cívica en el espacio público*. Barcelona.

GONZÁLEZ, C. (2013). *Realidad Aumentada*. Bubok Publising. United State.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. (2008). *Voto Electrónico por Internet, Constitución y Riesgos para la Democracia*. Editorial Edisofer. España.

GONZÁLEZ, P. (2014). *Informe 2014 de Naciones Unidas sobre Gobierno Electrónico*. Disponible en: http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/file/1443/1/agesic_agendadigitl_2011_2015.pdf.

GUARDIÁN HORTA, C. (2010). *¿Transparencia?* Open Government: Gobierno abierto, Editorial Algón, España.

HOLMES, D. (2001). *E-Gov, e-Business Strategies for Government*. Nicholas Brealy Publisihing, Londres.

HOOD, C. (2010). Accountability and Transparency: Siamese Twins, Matching Parts, Awkward Couple? *West European Politics*, n. 5, pp. 989-1009.

JINESTA LOBO, E. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III procedimiento administrativo, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica.

JORDANO FRAGA, J. (1995). La evaluación de impacto ambiental: naturaleza, impugnabilidad y perspectivas. *Revista de derecho urbanístico*, n. 143, España.

JUNCEDA MORENO, J. (2016). Obligaciones sobre transparencia. Protección de datos. Sobre los límites de la transparencia en el ámbito local. *La Administración Práctica*, n. 8, España. pp. 55-61.

LAGARES, D. (2000). *Internet y el Derecho*. Editorial Carena, Barcelona.

LATHROP, D.; RUMA, L. (2010). *Open Government. Collaboration, Transparency, and Participation in Practice,* Sebastopol, Editorial O'Reilly Media.

LEAL, B. (2016) *Planificación, colaboración y autocontrol: nuevos instrumentos normativos para la administración fiscalizadora*. Revista de Derecho Público, Nº. 83, Chile, pp. 105-122.

LOPERENA ROTA, D. (1998). *Los principios del Derecho Ambiental*. Editorial Civitas. España.

LÓPEZ MENUDO, F. (1992). Los principios generales del procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, n. 129, España.

LOZANO CUTANDA, B. (2004). *Derecho Ambiental Administrativo*. 5. ed. Editorial Dykinson, España.

LOZANO CUTANDA, B.; SÁNCHEZ LAMELAS, A.; PERNAS GARCÍA, J. (2012). *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada*. Editorial La Ley. Madrid.

LUZ CLARA, B. (2001) *Manual de Derecho Informático*, Editorial Jurídica Nova Tesis, Argentina.

LAGUNA DE PAZ, J. (2006) *La Autorización Administrativa*. Editorial Civitas, Madrid.
Pérez Luño, A. (2000) *La seguridad jurídica*. Boletín de la Facultad de Derecho Nº. 15, UNED, España.

MANCHADO, A. (2010). *Gobierno abierto: una aproximación desde el Estado*. Open Government: Gobierno abierto, Editorial Algón, España.

MARTÍN MATEO, R. (1997). *Derecho Administrativo Ambiental*. 6. ed. Editorial Trivium, España.

MARTÍN DELGADO, I. (2009). Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada, *RAP*, n. 180, España.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2009.) *Administración Pública electrónica*, Editorial Civitas, Cizur Menor.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2010). *Identificación y Autenticación*: DNI Electrónico. Administración Electrónica y Ciudadanos. Editorial Civitas Thomson. España.

MARTÍNEZ-VILLALVA, J. (2014). La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, México.

MARTINO, A. (2015). *Sociocibérnetica, Informática Jurídica e Infoética.* Buenas prácticas y Lecciones aprendidas. Editorial UNIJURIS, Cuba.

MATTELART, A. (2007). *Historia de la sociedad de la información*. Editorial Paidós, España.

MENESES ROCHA, M. (2015). *Ciberutopías. Democracia, redes sociales y movimientos-red*. Editorial Porrúa, México.

MIRA ROS, C. (2010). *El expediente judicial electrónico*. Editorial Dykinson, Madrid.

MONTESINOS, V. (2009). Transparencia y responsabilidad en el sector público: el papel de la información en tiempos de crisis. *Revista AECA*, n. 87, España, pp. 26-28.

MORALES LAMBERTI, A. (1999). *Derecho Ambiental. Instrumentos de Política y Gestión Ambiental*. Editorial Alveroni. Córdoba.

MORA RUIZ, M. (2012). Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general. *Revista Derecho y Conocimiento*, España.

MORCILLO MORENO, J. (2005). *La Identidad Digital, mediante el documento nacional de identidad electrónico*. Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías. Editorial Lex Nova. España.

NACIONES UNIDAS (2012). *Estudio sobre Gobierno Electrónico*. Departamento de Economía y Asuntos Sociales. New York.

NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2000). Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial. *Revista Indret*, España, pp. 5-47.

OCHOA MONZÓN, J. (200). *¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento*? El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Editorial Tirant lo Blanch-Generalitat Valenciana, España.

OJEDA BELLO, Z. *et al*. (2017). Cuba ante el desafío de asegurar la información personal, *Revista Dike*, n.. 21, Universidad de Puebla, México.

OLIVER CUELLO, R. (2009). *La regulación de la administración electrónica tributaria*. Administración Electrónica Tributaria, Editorial Bosch, Barcelona.

OLIVERA, N. (2010). Estado de la cuestión de la relación entre Derecho e Informática. *Anales, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, n. 40, Argentina.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS (2012). *Cómo construir un entorno de ventanilla única*. Guía Ejecutiva. OMC. v. 1.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2003). *Tratado de Derecho Ambiental*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2013). *El control jurídico del medio ambiente a través del ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Toledo, España.

ORTIZ CHAPARRO, F. (1995). *El Teletrabajo*. Una Nueva Sociedad Laboral en la Era de la Tecnología. Editorial McGraw & Hill. España.

PAETAU, M. (2006). *Niklas Luhmann y la Cibernética*. Socio-cibernética. Lineamientos de un paradigma, España, pp. 161-192.

PALOMAR OLMEDA, A. (2007). *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*. Navarra.

PALOMAR OLMEDA, A. (2008). *Gestión electrónica de los procedimientos.* La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.

PAREJO ALFONSO, L.; DROMI, R. (2001); *Seguridad pública y Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (2012). *Lecciones de Derecho Administrativo*. 5. ed. rev. e atual. Editorial Tirad lo Blanch, Valencia.

PAREJO ALFONSO, L.; ALFONSO D. (2012). *Autorizaciones y Licencias, Hoy*. Editorial Tirant lo Blanch, España.

PEINADO, M.; SOBRINI, I. (1997). *Avances en evaluación de impacto ambiental y ecoauditoría*. Editorial Trotta. Madrid.

PÉREZ LUÑO, A. (2004.) *¿Ciberciudadaní@ o Ciudadaní@.Com*? Editorial Gedisa, Barcelona.

PÉREZ LUÑO, A. (2006). *La tercera generación de derechos humanos*. Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona.

PÉREZ LUÑO, A. (2011). Nuevas tecnologías, informática y derechos. *Revista Lex*, España.

PÉREZ LUÑO, A. (2014). *Los Derechos Humanos ante las Nuevas Tecnologías*. El Tiempo de los Derechos, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ LUÑO, A. (2014). Teledemocracia, ciberciudadania y derechos humanos. *Revista Brasilera de Políticas Públicas*, n.. 2, Brasil.

PIANA, R. (2010). *La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico. Orientaciones y buenas prácticas*. Democracia Electrónica. Universidad de Zaragoza. España.

PIÑAR MAÑAS, J. (2007). *Revolución tecnológica, Derecho administrativo y Administración pública, La autorización administrativa*. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy, Navarra.

PINTO, M. (2011). El procedimiento de evaluación de impacto ambiental y la prevención del daño ecosistémico. *Revista de derecho ambiental, n.* 28. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.

PINTOS, C. (2012). *Open Data, reutilización de la información pública para crear una nueva empresa*. Editorial Netbiblo, España.

PRENSKI, M. (2010). *Nativos e Inmigrantes Digitales*. Editorial SEK, España.

PULGAR VIDAL, M. (2000). *Evaluación de Impacto Ambiental. Bases para un necesario consenso*. Sociedad Nacional del Ambiente. Perú.

PUNZÓN MORALEDA, J. *et al*. (2009). *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del Sector Públic.,* La Ley, Editorial Las Rozas, España.

QUINTANA LÓPEZ, T. (2009). *Aproximación a la Evolución del Marco Normativo de la Evaluación de Impacto Ambiental*. Evaluación de Impacto Ambiental. Evolución Normativo-Jurisprudencial, Cuestiones Procedimentales y Aplicación Sectorial, Editorial Atelier, Barcelona.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. (1998). La naturaleza jurídica de la declaración de impacto ambiental. *Revista Jurídica de Navarra,* n. 26. Navarra.

REBOLLO PUIG, M. (2011). *La actividad inspectora*. Editorial Iustel, España.

RÍOS, D. (2008). *Democracia Electrónica*. Editorial LID, Madrid.

RIVERO ORTEGA, R. (2007). *El Expediente Administrativo. De los Legajos a los Soportes Electrónicos.* Editorial Thomson-Aranzadi. Navarra.

RIVERO ORTEGA, R. (2010). *Principio de celeridad*. Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Madrid.

RIVERO ORTEGA, R. (2010). *Simplificación administrativa y administración electrónica*: objetivos pendientes en la transposición de la directiva de servicios. Universidad de Salamanca, España.

ROBLES MORALES, J. (2009). *Ciudadanía digital: una introducción a un nuevo concepto de ciudadano*. Editorial UOC, Barcelona.

RODRÍGUEZ FONT, M. (2003). *Régimen de comunicación e intervención ambiental.* Entre la simplificación administrativa y la autorregulación. Editorial Atelier, Barcelona.

ROMANO, S. (1963). *El ordenamiento jurídico*. Instituto de Estudios políticos, España.

ROJAS AMANDI, V. (2000). *El Uso de Internet en el Derecho*. Oxford University Press, México.

ROS, M. (2009). Evolución de los servicios de redes sociales en Internet. *Revista el Profesional de la Información*, n. 18, España. Disponible en: http://www.elprofesionaldelainformacion.com/contenidos/2009/septiembre/09.pdf

ROSA MORENO, J. (1993). *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*. Editorial Trivium, Madrid. España.

ROSSEL, P. *et al*. (2006). Mobile' E-government Options: Between Technology-driven and User-centric. *The Electronic Journal of E-government*, n. 2, pp. 79-86.

RUIZ DE APOCADA ESPINOZA, Á. (2012). *Régimen Jurídico de la Evaluación Ambiental*. Editorial Thomson Reuters, España.

SÁEZ VACAS, F. (2006). Más allá de la Internet. *Revista Isegoría*, n. 34, España.

SALAZAR SOLÍS, L. (2006). *Ventanilla única de gobierno electrónico*. Colección documentos de trabajo sobre e-Gobierno. Red de Líderes de Gobierno Electrónico de América Latina y El Caribe.

SALINAS, J. (2003). Comunidades virtuales y aprendizaje digital. *Revista Edutec*, n. 54, España.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1980). *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Editorial CEC, Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1995). El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente. *Revista de Administración Pública*, n. 137, España, pp. 31-55.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2010). *Derecho Administrativo*. 6. ed. Editorial Tecnos, España.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z. (2009). *Administración electrónica y Directiva de Servicios*: ¿al servicio del mercado o paradigma de buena administración? Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España, Editorial Civitas, Navarra.

SANCHO ROYO, D. (2005). *Sociedad de la información y gobierno*. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.

SANTAMARÍA PASTOR, J. (2009). *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial Iustel, España.

SORIANO GARCÍA, J. (2011). *El Derecho Administrativo y los desafíos del siglo XXI*. Editorial Aranzadi, España. pp. 1-29.

SUÑE LLINAS, E. (2000). *Tratado de Derecho Informático. Introducción y Protección de datos personales*. Editorial Universidad Complutense de Madrid, España.

SUÑÉ LLINÁS, E. (2004). *La Ventanilla Única Electrónica*. ACTAS DEL Xº CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA. Centro de Estudios en Derecho Informático, Chile.

SUÑE LLINAS, E. (2016). Derecho informático de las cosas o de segunda generación: El Derecho de la Informática en la 4ª Revolución Industrial o de la Productividad. *Revista Ambiente Jurídico*, n. 19, Colombia.

SUÑÉ LLINÁS, E. (2016). *¿Tres o cuatro generaciones de Derechos Humanos?* Aporte de claridad conceptual a una feliz ocurrencia. Los Derechos Humanos en el siglo XXI. Editorial Porrúa, México.

SUÑÉ LLINÁS, E. (2016). *Prólogo de la publicación Bancos de Datos*: pasado, presente y futuro. Universidad Complutense de Madrid, España.

STIGLLTZ, G. (1990). *Protección jurídica del consumidor*. Editorial Depalma, Buenos Aires.

TASCÓN, M. (2013). *Big Data*: Pasado, presente y futuro. Editorial Telos. España.

UGALDE, V. (2004). Sobre la digitalización de trámites en la transición al e-gobierno. *Revista Gestión y Política Pública*, n. 1, España, pp. 41-80.

UNESCO (2013). *Enfoques Estratégicos sobre las TICS en América Latina y el Caribe*. Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile.

VALERO TORRIJOS, J. (2000). *Administración Pública, ciudadanos y nuevas tecnologías. El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

VALERO TORRIJOS, J. (2007). *Régimen Jurídico de la e-Administración*. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo. Editorial Comares, Granada.

VALENZUELA RIVERA, M. (2007). Firma digital. Consideraciones jurídicas. *Revista Jurídica*, Universidad San carlos, Guatemala.

VARGAS, F. (2016). La nueva economía digital. *Tribuna del Abogado*, n. 197, Montevideo, p. 24 y ss.

VÁZQUEZ, J. (2000). Una reflexión introductoria sobre el Derecho administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 40, España.

VILLAR PALASÍ, J. (2000). Implicaciones jurídicas de Internet. *Revista Saberes de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, n. 1, España.

VILLAREJO GALENDE, H. (2008). La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 14, España.

VID RICO, M. (2003). *Comercio Electrónico, Internet y Derecho*. Editorial Legis, Caracas, pp. 58 y ss.

WELP, Y. (2008). América Latina en la era del gobierno electrónico. Análisis de la introducción de nuevas tecnologías para la mejora de la democracia y el gobierno. *Revista Reforma y Democracia*, n. 41. España.

ZAVALA RODRÍGUEZ, C. (1971). *Derecho de la Empresa*. Editorial Depalma, Buenos Aires.