

ISSN 1984-7858 - Digital
ISSN 1516-8964 - Impresso

UNIVEM

Centro Universitário Eurípides de Marília
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”

EM TEMPO

Revista da área de Direito do UNIVEM

| | | | | |
|----------|---------|------|-----------|------|
| EM TEMPO | Marília | v.17 | P. 1- 490 | 2018 |
|----------|---------|------|-----------|------|

EM TEMPO

Revista da área de Direito do UNIVEM

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski (UEL-PR)
Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski (UEL-PR)
Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges (UFU)
Prof. Dr. Antonio Marchionni (PUC-SP)
Prof. Dr. Baldomero Oliver León (Universidad de Granada – Espanha)
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado (UNIVEM-SP)
Prof. Dr. Fernando Borges Correia de Araújo (FDUL-Lisboa)
Prof. Dr. Gilberto Giacóia (UENP-PR)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa (UENP-PR)
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim (UCAM)
Prof. Dr. José Geraldo Alberto Bertoncini Poker (UNESP-Marília-SP)
Prof. Dr. Miguel Teixeira de Souza (FDUL-Lisboa)
Prof. Dr. Nelson Finotti Silva (UNIVEM-SP)
Prof.ª Dr.ª Norma Sueli Padilha (UNISANTOS-SP)
Prof. Dr. Olney Queiroz Assis (DAMASIO-SP)
Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira (FGV-SP)
Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Junior (UNIVEM / UNICAMP-SP)
Prof. Dr. Pedro Romano Martínez (FDUL-Lisboa)
Prof. Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón (ITE / PUC-SP)
Prof. Dr. Renato Bernardi (UENP-PR)
Prof. Dr. Ricardo Sanin Restrepo (Universidad Javeriana Bogota – Colombia)
Prof. Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU)

Coordenação Geral:

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

Vice-Coordenação Geral:

Prof.ª Dr.ª Raquel Cristina Ferraroni Sanches

Coordenação Editorial:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Supervisão Editorial:

Prof. Dr. Luis Henrique Barbante Franzé

Editoria Científica:

Prof.ª Dr.ª Vivianne Rigoldi

Editoria Técnica: NAPEX

Prof. Dr. Fábio Dacêncio Pereira
Esp. Livia Mariana Camargo Sad

Jornalista Responsável

Ivan Evangelista Júnior (MTB 43686/SP)

Revisão Bibliográfica

Aline Correa Maldonado (CRB. 8ºR/6365)

Capa e Projeto Gráfico:

Bahiji Hajé

Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM Mantenedora: Fundação de “Ensino Eurípides Soares da Rocha” (Entidade espírita sem fins lucrativos)

Luiz Carlos de Macedo Soares
Reitor

Luiz Fernando Cardoso
Vice-Reitor

Prof.ª. Dra. Raquel C. Ferraroni Sanches
Pró-Reitora de Graduação

Prof.ª. Dra. Marlene de Fátima Campos Souza
Pró-Reitora Administrativa e Coordenadora do Curso de Ciências Contábeis

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão
Coordenador do Mestrado em Direito

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado
Coordenador do Curso de Direito

Profa. Ma. Vânia Érica Herrera
Coordenadora dos Cursos de Administração e de Engenharia de Produção

Prof. Esp. Ivan Evangelista Júnior
Coordenador do Instituto Superior de Tecnologia (IST)

Prof. Dr. Elvis Fusco
Coordenador dos Cursos de Ciência da Computação e de Sistemas de Informação

Prof. Dr. Fábio Dacêncio Pereira
Responsável pelo Núcleo de Apoio à Pesquisa e Extensão (NAPEX)

Joviro Gati Magnani
Secretário Geral

Aline Correa Maldonado
Bibliotecária

Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

DIRETORIA EXECUTIVA
(Triênio 2016/2017/2018)

Presidente: Luiz Carlos de Macedo Soares

Vice-Presidente: Arnaldo Mas Rosa

1º Secretário: Luiz Florisval Rosa

2º Secretário: Terêncio Bertolini

1º Tesoureiro: Hildebrando Tenório Gomes

2º Tesoureiro: João Roberto

1º Procurador: Amauri Rosa

2º Procurador: Massateru Arashiro

CONSELHO DE CURADORES Titulares

Antônio Braojos Dantas
Aldo Hélio Carmelo
Arlindo Ferreira Júnior
Suplentes
Sérgio Gomide
Cesar Donizeti Pillon
Luiz Carlos Laraya

CONSELHO FISCAL Titulares

Willian Eleazar Nemer
Nelson Cezário Motta
Antonio Beiro
Suplentes
Kenji Shimbo

Vicente Armentano Júnior
João Paulo Baptista Mattos

ENDEREÇO:

Av. Hygino Muzzi Filho, 529 .
Cx. Postal 2041, CEP 17.525-901.
Tel: (14) 2105-0800. Marília – SP

E-mail: emtempo@univem.edu.br
Disponível em www.univem.edu.br

Todos os direitos são reservados. ©UNIVEM. (copyright Univem)

Permuta:

Aceita-se permuta com revistas congêneres do Brasil e do exterior (biblioteca@univem.edu.br).

Citação da fonte: Permite-se a reprodução total ou parcial dos textos com citação expressa da fonte.

Responsabilidade: Os trabalhos expressam conceitos da responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da Revista EM TEMPO.
Revista impressa em novembro de 2018.

REVISTA EM TEMPO / Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Revista da área de Direito do UNIVEM
Marília: Letras Jurídicas, v.17, 2018, 490 p.

Anual

ISSN 1516-8964 - Impresso

ISSN 1984-7858 - Digital

1. Construção do Saber Jurídico. 2. Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica. 3. Dignidade da Pessoa Humana. 4. Fraternidade
I. Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM

Sumário

Summary

APRESENTAÇÃO..... 7

ARTIGOS

SINAIS DE DIREITO FUNDAMENTAL A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO NO BRASIL

SIGNS OF FUNDAMENTAL LAW TO A GOOD ADMINISTRATION IN BRAZIL

SIGNOS DE DERECHO FUNDAMENTAL A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN BRASIL

Renee do O. Souza, Valter Foletto Santin, Antonio Sergio Cordeiro Piedade..... 11

O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

THE RIGHT TO HEALTH AS HUMAN AND FUNDAMENTAL LAW

Marcelo Lamy, Rosilma Roldan, Milton Marcelo Hahn.....37

A SEGURANÇA ALIMENTAR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À ALIMENTAÇÃO

FOOD SECURITY IN CONSUMER RELATIONS: PUBLIC POLICIES FOR THE
CONCERTATION OF FUNDAMENTAL SOCIAL FOOD LAW

Daniilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld.....61

EPISTEMOLOGIAS DO SUL APLICADAS NO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

EPISTEMOLOGIES OF THE SOUTH APPLIED IN THE BRAZILIAN CONTROL OF
CONSTITUTIONALITY

Wagner Vinicius de Oliveira.....88

CRISE CONSTITUINTE: AS REFORMAS ADMINISTRATIVAS E OS AJUSTES FISCAIS
NO CONTEXTO DO ESTADO DE EXCEÇÃO ECONÔMICO

CONSTITUENT CRISIS: THE ADMINISTRATIVE REFORMS AND THE FISCAL
ADJUSTMENTS IN A STATE OF ECONOMIC EXCEPTION

Daniel Allan Miranda Borba.....116

A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E NORMATIVA NO CONTEXTO DA OBRIGATORIEDADE DE RESERVA DE VAGAS DE TRABALHO NA INICIATIVA PRIVADA E A ALTERNATIVA DE INCENTIVOS PARA CONTRATAÇÃO

THE POSITION OF THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE CONSTITUTIONAL AND REGULATORY PERSPECTIVE IN THE CONTEXT OF THE REQUIREMENT FOR THE RESERVATION OF WORKING STAYS IN THE PRIVATE INITIATIVE AND THE ALTERNATIVE OF CONTRACTING INCENTIVES

Roberto Carlos Ferreira Soares, Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira.....145

O PROCESSO AUTOPOIÉTICO E A CONSTRUÇÃO DA EDUCAÇÃO CIDADÃ NAS ESCOLAS DE ENSINO FUNDAMENTAL A PARTIR DE NIKLAS LUHMANN

THE AUTOPOIETIC PROCESS AND THE CONSTRUCTION OF CITIZEN EDUCATION IN ELEMENTARY SCHOOLS FROM NIKLAS LUHMANN

Melissa Zani Gimenez.....171

DANO MORAL REFLEXO À MORTE E INDENIZAÇÃO

REFLEX MORAL DAMAGE BY DEATH AND INDEMNIFICATION

Roberta Salvático Vaz de Mello, Jéssica Rodrigues Godinho.....200

A FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO ORIENTADOR NOS CASOS DE BULLYING

THE FRATERNITY AS GUIDING PRINCIPLE IN THE CASES OF BULLYING

Ricardo Bispo Razaboni Junior, Lafayette Pozzoli.....225

MIGRAÇÕES: FRATERNIDADE E XENOFOBIA NA SOCIEDADE COSMOPOLITA

MIGRATIONS: FRATERNITY AND XENOPHOBIA IN COSMOPOLITAN SOCIETY

Bárbara Bruna de Oliveira Simões, Dani Rudnicki, Grazielle Silva Costanza, Sandra Regina Martini.....248

DISCURSOS ACERCA DA PENITENCIÁRIA JUIZ PLÁCIDO DE SOUZA (CARUARU-PE): ANÁLISE DA IMPRENSA E DAS MEMÓRIAS DE SEUS ATORES SOCIAIS

DISCUSSIONS ABOUT THE PENITENTIARY JUIZ PLÁCIDO DE SOUZA (CARUARU-PE): ANALYSIS OF THE PRESS AND MEMORIES OF ITS SOCIAL ACTORS

Flavio de Sá Cavalcanti de Albuquerque Neto.....270

RÓTULOS NO SAMBA: CRIME E ETIQUETAMENTO NA CULTURA POP CARIOCA DO SÉCULO XX

LABELLING WITHIN SAMBA: CRIME AND LABEL IN THE TWENTIETH CENTURY RIO'S POP CULTURE

Rafaela Cardoso Bezerra Cunha, Ricardo Augusto de Araújo Teixeira.....296

ENSINO TECNÓLOGO JURÍDICO E O AGRAVAMENTO DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO

LEGAL TECHNOLOGIST EDUCATION AND THE AGGRESSION OF THE CRISIS OF LEGAL EDUCATION

Karyna Batista Sposato, João Victor Pinto Santana.....320

HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891 E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

HISTORY OF BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW: CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF THE UNITED STATES OF BRAZIL OF 1891 AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY

Matheus Felipe de Castro, Orídes Mezzaroba.....347

A COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA COMO FORMA DE EFETIVAR O DIREITO FUNDAMENTAL AOS SERVIÇOS PÚBLICOS NUM CENÁRIO DE ESCASSEZ DE RECURSOS

PUBLIC-PRIVATE COLLABORATION AS A WAY TO ENFORCE THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PUBLIC SERVICES IN A RESOURCE COST SCENARIO

Carolina Dias Machado, Viviane Coelho de Sellos-Knoerr.....370

GUERRA FISCAL ENTRE OS ESTADOS, A GLOSA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A AFRONTA AO FUNDAMENTO DA LIVRE INICIATIVA TRACEJADO NA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988

FISCAL WAR BETWEEN THE STATES, THE GLOSSARY OF TAX CREDIT AND THE ADOPTION OF THE FOUNDATION OF THE FREE INITIATIVE TRAFFICKED IN THE 1988 CONSTITUTIONAL CHARTER

Daniela Ramos Marinho Gomes, Roberto da Freiria Estevão.....398

ARTIGOS INTERNACIONAIS

JACQUES MARITAIN Y EL CAMINO HACIA LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Agustín Máximo Garay.....427

LAS CONFERENCIAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO – COP: COMPROMISO DE ESTADOS, EMPRESAS Y COMUNIDAD

Elsa Inés Dalmasso.....448

RESUMOS

A EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NOS MUNICÍPIOS

Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho.....467

A TUTELA DA DIGNIDADE DO CONSUMIDOR SOB A ÓTICA DOS PROJETOS DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: O SUPERINDIVIDAMENTO NO AMBIENTE DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Gabriela Cristina Bezen.....469

A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA: UMA VIOLAÇÃO EXPRESSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO RETROCESSO SOCIAL

Thiago Medeiros Caron.....471

PARECERES JURÍDICOS

ELES, OS JUÍZES, VISTOS POR UM ADVOGADO

Me. Jefferson Antonione Rodrigues, João Victor Coelho de Campo.....475

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO E DISPOSIÇÕES GERAIS.....481

CHAMADA DE ARTIGOS PARA A EDIÇÃO 2019.....488

Apresentação

O periódico mantido pelo UNIVEM, **Revista EM TEMPO**, trabalha o princípio da interdisciplinaridade. Trata-se de um periódico do Curso de Direito e dos Programas de Pós-Graduação *Stricto* e *Lato Sensu* em Direito do UNIVEM. Busca sempre uma melhor posição no Qualis Periódico CAPES e, por isto, segue os critérios estabelecidos pela área, notadamente quanto à indexação em bases de dados, já que isto faz com que a **Revista Em Tempo** possa ser amplamente difundida no meio acadêmico e social. É aberta à publicação de artigos da área de conhecimento do Direito, com atenção e cuidado especial com as linhas de pesquisa do Programa de Mestrado do UNIVEM: Construção do Saber Jurídico e Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

O Univem é um centro universitário do interior paulista que também aposta na pesquisa e na extensão, sempre associado ao ensino. Está preparando um ambiente para a construção de um Parque Tecnológico para Marília. Podemos afirmar tratar-se de um forte relacionamento do UNIVEM com a sociedade. O Univem inaugurou recentemente um ambiente de empreendedorismo e inovação, o *InnovaSpaceCoworking* (<http://www.innovaspace.com.br/>) no Centro de Inovação Tecnológica de Marília – CITec-Marília, no *campus* do UNIVEM. O CITec-Marília conta, também, com o Centro Incubador de Empresas de Marília – Ciem (<http://ciem.univem.edu.br/>). Ambos mantêm mais de 40 empresas de base tecnológica residentes nos modelos de incubação, pós-incubação e centros privados de inovação.

O UNIVEM tem intensificado esforços para um trabalho dentro do princípio constitucional da indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão. Dentro deste contexto, algo que deve ser considerado é o fato do projeto de desenvolvimento econômico e social que o Brasil está incrementando. Isto exige um posicionamento seguro das universidades. É nesta direção que o UNIVEM tem se posicionado para dar sua contribuição na pesquisa científ-

fica, já que é uma maneira de produzir conhecimento para estar a serviço do desenvolvimento.

Para ilustrar, a implantação da plataforma EaD – Educação à Distância – está propiciando ao UNIVEM a oportunidade de levar sua pedagogia de ensino, pesquisa e extensão para outras praças acadêmicas do país. Também, nesta mesma linha, os alunos de pós-graduação – *lato sensu* - terminam seus cursos – no trabalho de conclusão - com a participação em uma startup, que é uma ideia inovadora, alguma coisa nunca criada ou pouco explorada, ou seja, a criação de um negócio que mudará a experiência do aluno quanto ao seu estudo, fazendo-o ter uma relação teoria prática simultânea. O mercado de trabalho está exigindo cada vez mais do profissional, que já não basta este ter conhecimentos teóricos e sim na realização de uma prática que busca a produção de novas ideias e conhecimentos. E o UNIVEM aponta neste rumo.

Por derradeiro, o trabalho desenvolvido pela **Em Tempo** está conectado à expectativa que o Univem tem na relação do direito e inovação, valendo-se do universo da tecnologia para melhor caracterizar o momento que vivemos na academia, ou seja, um olhar voltado para a chamada educação 4.0.

Boa leitura a você leitor e pesquisador e que os artigos aqui presentes possam ser instrumentos de crescimento da sua pesquisa.

Luiz Carlos de Macedo Soares

Reitor do Univem

Foi Promotor de Justiça Estadual no Estado de São Paulo

SINAIS DE DIREITO FUNDAMENTAL A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO NO BRASIL

SIGNS OF FUNDAMENTAL LAW TO A GOOD ADMINISTRATION IN BRAZIL

SIGNOS DE DERECHO FUNDAMENTAL A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN BRASIL

Renee do Ó SOUZA¹

Valter Foletto SANTIN²

Antonio Sergio Cordeiro PIEDADE³

Data de Recebimento: 03/03/2018

Data de aprovação: 23/07/2018

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Pós-graduado em Direito Civil e Interesses Difusos, Processo Civil, e Direito Constitucional, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Membro do Grupo de pesquisa Tutela Penal dos Bens Jurídicos Difusos da UFMT, Campus de Cuiabá, Mato Grosso, e de Política criminal, da UNICEUB. Promotor de Justiça em Mato Grosso. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. E-mail: reneesouza@hotmail.com.

² Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho).

Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no lus Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP).

Promotor de Justiça em São Paulo.

E-mail: santin@uenp.edu.br.

³ Professor do programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT, Campus Cuiabá).

Professor de Direito da UFMT. Doutor e Mestre em Direito Penal (PUC – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brasil).

Líder do Grupo de pesquisa Tutela Penal dos Bens Jurídicos Difusos da UFMT. Promotor de Justiça em Mato Grosso.

E-mail: as.piedade@uol.com.br.

RESUMO

O presente artigo visa apresentar reflexões sobre o direito fundamental à boa administração, contemplado pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Propõe-se a adoção deste direito fundamental no Brasil para, ante a incidência da dimensão objetiva e perspectiva horizontal dos direitos fundamentais, tornar mais eficaz o combate à corrupção, considerada, atualmente, uma das maiores preocupações da sociedade brasileira. Referido direito fundamental pode ser reconhecido no Brasil por meio da teoria do transplante e da mutação constitucional, observadas as adaptações necessárias à cultura brasileira. O Supremo Tribunal Federal já proclamou o direito a um governo honesto que, dada a similitude ontológica, pode ser identificado como o direito fundamental a uma boa administração. Foi utilizado o método bibliográfico dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE

Direito fundamental a uma Boa Administração. Teoria do Transplante. Mutação constitucional. Direito fundamental a um governo honesto.

ABSTRACT

This article aims to present reflections on the fundamental right to good administration, expressly contemplated by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. It is proposed the adoption of this fundamental right for Brazil, compared the incidence of the objective dimension and horizontal perspective of fundamental rights, more effective fighting corruption, currently considered one of the biggest concerns of Brazilian society. That fundamental right may be recognized in Brazil through the theory of transplantation and constitutional mutation, subject to the necessary adaptations to the Brazilian culture. The Supreme Court has already proclaimed the right to honest government, given the ontological similarity, can be identified as the fundamental right to good administration. The deductive bibliographic method was used.

KEYWORDS

Fundamental Right to Good Administration. Theory of transplantation. Constitutional mutation. Fundamental Right to honest government.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto presentar reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración, contemplado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se propone la adopción de este derecho fundamental en Brasil para, ante la incidencia de la dimensión objetiva y perspectiva horizontal de los derechos fundamentales, hacer más eficaz el combate a la corrupción, considerada actualmente una de las mayores preocupaciones de la sociedad brasileña. El derecho fundamental puede ser reconocido en Brasil por medio de la teoría del trasplante y de la mutación constitucional, observadas las adaptaciones necesarias a la cultura brasileña. El Supremo Tribunal Federal ya proclamó el derecho a un gobierno honesto que, dada la similitud ontológica, puede ser identificado como el derecho fundamental a una buena administración. Se utilizó el método bibliográfico deductivo.

PALABRAS CLAVE

Derecho fundamental a una buena administración. Teoría del Trasplante. Mutación constitucional. Derecho fundamental a un gobierno honesto.

1. INTRODUÇÃO

A boa administração é algo muito importante para a população, que merece consideração como direito fundamental do cidadão, ligado à dimensão política e democrática do indivíduo e sua participação nas decisões do Estado.

A caracterização como direito fundamental permite o maior questionamento de atos e normas que atentem contra o esperado desenvolvimento de uma relação escorreita entre administradores públicos e administrados, duma relação de cidadania, inclusive para acesso à Justiça.

No sistema brasileiro há possibilidade de questionamento individual de ato administrativo que causa prejuízo ao erário, por meio de ação popular, de legitimidade individual do cidadão, e também por ação coletiva, ação civil pública e ação civil por improbidade administrativa, da esfera de legitimidade do Ministério Público, outros órgãos estatais e associações, estas restritas à ação civil pública.

A defesa da boa administração, proba e honesta, e da coisa pública deve ser priorizada pela sociedade, para que o Estado possa cumprir com a sua obrigação e finalidade de promover o bem-estar social e fornecer serviços públicos de boa qualidade e adequação, combatendo os desvios administrativos e a corrupção.

O presente trabalho busca indicar sinais da presença do direito fundamental a boa administração, diante da expressividade do direito europeu, em especial a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e a posição da Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, latino-americano. É adotado o método hipotético-dedutivo e foram estudados autores nacionais e internacionais, por meio da pesquisa bibliográfica em livros e periódicos.

2. DEFINIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO

No sistema brasileiro, não há expressamente direito fundamental a uma boa administração, mas pode ser extraído implicitamente da Constituição Federal, dos princípios da Administração Pública (art. 37, da Constituição Fe-

deral) e de outras normas da mesma Carta Magna.

A boa administração pode ser detectada pela ação administrativa decorrente dos princípios da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), da participação popular do usuário nos serviços públicos (art. 37, §3º, CF), da resolução de conflitos administrativos por processo administrativo, obedecido o devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF), da necessária atuação proba dos governantes (art. 37, §4º, CF) e sujeição a controle interno e externo (art. 70, da CF), e também pelo desenvolvimento sustentável (arts. 3º, 21, IX, 43, 174, §1º, 225 e outros dispositivos constitucionais).

No direito ibero-americano, o direito à boa administração faz parte da Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprovada pelo Conselho Directivo do CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo), que teria sido adotada na XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, que, em resumo, prevê o direito fundamental à boa administração pelos cidadãos, consistente em tratamento com equidade, justiça, objetividade, imparcialidade, em prazo razoável, a serviço da dignidade humana (art. 25)⁴.

Com base na Carta Iberoamericana, Jaime Rodriguez-Arana destaca a importância do ser humano como centro e raiz do Estado e da Administração Pública, lembrando que os direitos do cidadão a uma boa administração, como direitos fundamentais, também exigem a contrapartida dele, pelo cumprimento dos seus deveres⁵.

Porém, de forma mais objetiva e expressiva, o direito fundamental a uma boa administração foi positivado na Carta dos Direitos Fundamentais proclamada pela União Europeia no ano de 2000, na cidade de Nice, pelo que ficou popularmente conhecida como Carta de Nice⁶.

⁴ CLAD - Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Disponível em: http://intercoconnecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf. Acesso em: 29 set. 2017.

⁵ Sobre la Carta Iberoamericana de Derechos para una buena Administración Pública, El Mercurio. Disponível em: <http://www.elmercurio.com>. Acesso em: 28 set. 2017

⁶ Salomão Ismail Filho relata que a Carta Portuguesa, no artigo 266.2, também faz menção expressa à boa conduta administrativa. (ISMAIL FILHO, 2015, p. 105-128).

O artigo 41 da Carta de Nice prevê como “direito a uma boa administração” o direito das pessoas de tratamento pelas instituições de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável (1), direito da pessoa ser ouvida antes da decisão, de acesso aos processos, de respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões (2), de obtenção de reparação de danos causados pelas instituições ou seus agentes (3) e de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua (4).

Tal dispositivo europeu normatiza a relação entre indivíduos e administração de modo a assegurar tratamento imparcial, justo e permeado pelo contraditório, postulados que se identificam, respectivamente, em certa medida, no Brasil, com os princípios constitucionais da administração pública da impessoalidade, moralidade e legalidade, inseridos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal Brasileira.

Há também relação entre o dispositivo acima com o princípio da eficiência, responsabilidade da administração pública, transparência e acesso à informação.

Juarez Freitas vê a boa administração como plexo de direitos, regras e princípios, num “somatório de direitos subjetivos públicos”, como o direito à administração pública transparente, sustentável, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada, preventiva, precavida e eficaz (2015, p. 198).

A identificação do direito a boa administração como público subjetivo representa uma importante evolução visto que a partir disso pode ser exigido mediante o acionamento judicial, seja na forma de uma prestação de serviço público de qualidade, seja na necessária relação de probidade que esses serviços devem ser prestados. É que o defende Valter Foletto Santin quanto a sindicabilidade da política de segurança pública, que, em razão de sua característica de direito ou interesse difuso, é exigível mediante tutela jurisdicional via controle por meio de ação civil pública (2013, p. 208-216).

Mas a identificação da proximidade entre direito fundamental a uma boa administração e princípio da eficiência, responsabilidade da administração pública, transparência e acesso à informação dá contornos amplos ao novo

instituto. Na verdade, alguns desses conceitos abertos possibilitam que a administração da coisa pública seja permeada por valores éticos de modo a evitar que, em nome do frio cumprimento da lei, sejam praticados atos administrativos incompatíveis com os ideais de uma vida moderna virtuosa.

A adoção de conceitos abertos é fruto da superação do formalismo e do positivismo jurídico, o que resultou na cultura jurídica pós-positivista, caracterizada, segundo Luís Roberto Barroso, pela aproximação do Direito à filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia (BARROSO, 2016, p. 346).

Assim por exemplo, em nome do princípio da moralidade e da eficiência, o Supremo Tribunal Federal validou a Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça e vedou a prática do nepotismo em todo o Poder Judiciário brasileiro, o que, mais tarde, levou à edição da súmula Vinculante n.º 13 da Suprema Corte para por cabo a essa prática centenária em toda administração pública nacional⁷.

Já em respeito ao princípio da eficiência da administração pública, o Supremo Tribunal decidiu, por exemplo, que a imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar aquele princípio (RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 9-4-2014, Plenário, DJE de 31-10-2014, com repercussão geral. Vide: ADI 2.229, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 9-6-2004, Plenário, DJ de 25-6-2004).

Os princípios da moralidade e da eficiência constituem conceitos abertos que sofrem visivelmente os influxos preconizados pelo neoconstitucionalismo, termo que identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica (BARROSO, 2016, p. 300).

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC-MC n.º 12. Rel. Carlos Ayres Britto. Publicado DJU em 1º nov. 2006. Versão integral do acórdão disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acessado em: 20 set. 2017. V. tb. Luís Roberto Barroso, Petição inicial da ADC n. 12: constitucionalidade da Resolução n. 7, do Conselho Nacional de Justiça, Revista de Direito do Estado, 1:349, 2006.

A mesma textura aberta pode ser emprestada ao direito fundamental a uma boa administração, e pelas mesmas razões, sob os influxos do pós-positivismo, a reaproximação do direito com a ética e a justiça.

Vislumbra-se deste modo que o direito fundamental a uma boa administração poderá ser utilizado como baliza para a discricionariedade abusiva da administração pública, para o aprofundamento da sindicabilidade e da motivação dos atos administrativos, da responsabilidade do Estado, releitura do poder de polícia e dos serviços públicos prestados pelo Estado em favor dos usuários em geral, etc. (FREITAS, 2009).

A propósito, o constituinte previu a participação do usuário de serviço público na administração pública (art. 37, §3º, CF) e os direitos do usuário (art. 175, parágrafo único, II, CF), como mecanismos cogentes de respeito ao cidadão e de prestígio ao usuário dos serviços públicos. Anote-se a regulamentação desses mecanismos por meio da recente Lei Federal n. 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispôs sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

A correlação e essa certa proximidade conceitual entre o direito fundamental a uma boa administração e os princípios constitucionais da administração poderia levar a conclusão de que a importação daquela ideia europeia para o Brasil é desnecessária.

Todavia, pensamos que a caracterização desses conceitos como direito fundamental é capaz de reposicionar a lente de estudo dos seus efeitos de modo revolucionário, dada as repercussões e natureza inerente à teoria dos direitos fundamentais.

Na verdade, a conformação jurídica que será apresentada ao direito fundamental a uma boa administração é capaz de identifica-lo como um novo direito, apto a promover novas formas de sociabilidade nas relações entre a sociedade moderna e o Estado, capaz de promover a emancipação dos seres humanos, a transformação qualitativa da sociedade e o aperfeiçoamento das instituições.

3. REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICADO AO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO

Como bem sintetizado por José Afonso da Silva, os direitos fundamentais se prestam a garantir uma vida digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA, 2014, p.180).

Sua proteção é característica imanente ao Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana ocupa o epicentro do sistema político, seu objetivo último, e todas as demais instituições, inclusive os direitos fundamentais, gravitam em seu entorno e em razão dela.

Os direitos fundamentais inserem-se nesta engenharia e encontram-se em posição mais próxima à dignidade humana. São instrumentos diretos de proteção daquele princípio.

Verifica-se deste modo, em face do natural curso da história da humanidade, que a concepção dos direitos fundamentais ganhou, ao longo do tempo, novas perspectivas, naquilo que caracteriza a sua historicidade. Os direitos fundamentais surgem e multiplicam-se para atender novas expectativas e necessidades, o que levou à superação da existência de direitos humanos ligados exclusiva e essencialmente à dignidade humana até o surgimento de direitos que criassem mecanismos necessários para assegurar aquele primeiro grupo de direitos fundamentais. Diante da necessidade de novo amparo à dignidade da pessoa humana e em razão de novas ameaças admite-se a criação de novos direitos fundamentais.

Nessa quadra verifica-se a conveniência na criação e adoção do novo direito fundamental a uma boa administração que, senão está ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, irradia efeitos a uma gama de outros tantos direitos fundamentais clássicos.

O *status* negativo dos direitos fundamentais, fruto da teoria dos quatro *status* dos direitos Fundamentais de Georg Jellinek, segundo o qual o indivíduo pode resistir a atuação do Estado, não se mostra suficiente para combater atos antieconômicos, autoritários, ímprobos, injustos e ineficientes. Estes atos, muitas vezes praticados por entes não estatais, ultrapassam a relação jurídica com o Estado, embora tenham reflexos na relação entre indivíduos e Estado.

Atos desta natureza têm provocado reações que reclamam um reposicionamento do cidadão frente ao Estado. O sistema jurídico ressentido de direito fundamental revestido de *status* positivo e ativo, em que o indivíduo pode exigir do Estado uma prestação e/ou deter decisivo poder de influência em suas determinações políticas, apto a protegê-lo daquele tipo de ataque⁸.

Ora, como visto, os direitos fundamentais evoluem para garantir a liberdade não apenas em face das ameaças perpetradas pelo Estado, mas também pelos poderes não estatais, como o poder econômico. Na precisa lição de Bucci, essa evolução se dá na ampliação do seu sentido, que agrega às liberdades fundamentais os direitos de participação e de prestação (BUCCI, 2006, p. 8).

O direito fundamental a uma boa administração habilita-se neste sentido.

Na ordinária perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, compreendida como faculdade de agir, a compreensão da boa administração como direito fundamental legitima o cidadão a postular, inclusive no Judiciário, a realização de uma administração pública imparcial e justa, o que não é pouca coisa, notadamente se considerarmos o atual estágio de protagonismo em que se encontra o Poder Judiciário na modernidade.

A judicialização da política, fenômeno atual que ocorre em todo o mundo, caracterizado pela atuação do Poder Judiciário em questões antes consideradas da alçada exclusiva da política, é a demonstração deste protagonismo. As causas da judicialização da política são variáveis, mas a constitucionalização de direitos, notadamente do rol dos direitos fundamentais, é apontada como uma das principais.

Inegavelmente a adoção do direito fundamental a uma boa administração fornecerá ao Judiciário e ao sistema jurídico o embasamento normativo capaz de construir novas relações jurídicas permeadas pelo elemento ético e de respeito a coisa pública.

⁸ Sobre o status positivo ou status civitatis, ensina Robert Alexy: O indivíduo está inserido nesse status sempre que o Estado a ele "reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, quando garante ao indivíduo pretensões positivas. (...) o cerne do status positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, as ações estatais. Quanto ao status ativo, ensina o mestre alemão que "para que o indivíduo seja inserido nesse status, a ele devem ser outorgadas capacidades que estejam além de sua liberdade natural, como por exemplo, o direito de votar. (ALEXY, 2015, p. 263 e 265).

Deste modo, é na reconhecida perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que se verificam os maiores avanços na constituição desse direito fundamental. Segundo essa vertente, os direitos fundamentais não só são valores como constituem-se nos valores mais importantes de uma dada sociedade⁹.

Sob os auspícios da perspectiva objetiva, qualquer interpretação jurídica deverá ser feita à luz dos direitos fundamentais, que se transformam no fundamento axiológico de todo o sistema normativo. Nas palavras de Marmelstein:

Imagine, a título meramente ilustrativo, que os direitos fundamentais funcionem como uma norma jurídica-constitucional ou infraconstitucional-, (o intérprete) deverá colocar esses óculos para conseguir captar o sentido da norma à luz dos valores constitucionais de modo que a solução buscada seja sempre compatível com esses valores (MARMELSTEIN, 2015, p. 332).

Ora, a corrupção e a improbidade são ilícitos que ensejam este tipo de proteção, na medida em que o desvio e desperdício de recursos públicos não apenas drenam e impossibilitam a implantação das políticas públicas e precarizam o Estado como também corroem e degradam sentimentos gregários e éticos salutares para o desenvolvimento da sociedade democrática. Elas solapam a legitimidade das instituições públicas e atentam contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos¹⁰.

A corrupção e a improbidade são práticas que corrompem o tecido social de forma a tornar todas as relações entre Estado e sociedade permeados de um sentimento intolerável de desconfiança e descrédito. Essa suspeita depõe contra os maiores valores humanos da sociedade moderna como a democracia, a república, a pacificação dos conflitos sociais¹¹.

⁹ A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konhad Hesse, 'as bases da ordem jurídica da coletividade' (SARMENTO, 2003, p. 251-314).

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 537176. DJU: 25 de jan 1999.

¹¹ A corrupção "se manifesta como um atentado contra as regras de convivência estabelecidas, no nível de funcionamento do Estado, das relações deste com os administrados, ou das relações destes últimos entre si, em certas ocasiões que devem ser reguladas pelo Estado. Em todos os casos, está em jogo a ordem política". (SIMONETTI, 1995, p. 180).

O direito fundamental a uma boa e proba administração, na perspectiva objetiva e no plano horizontal, irradia efeitos e tem projeção nas relações entre particulares, seja entre indivíduos que tem relação jurídica com o Estado, seja entre cidadãos usuários dos serviços estatais. Seu feixe irradiante estabelece, mesmo nas relações privadas, verdadeiro dever cívico de todos os cidadãos em combater os desmandos administrativos uma vez que a proteção a esse novo direito fundamental passa constituir-se em incumbência e responsabilidade de todos.

Como se vê, seja na perspectiva objetiva, seja na dimensão horizontal, o direito fundamental a uma boa administração fornece amparo tanto ao cidadão como ao operador do direito para tutelar interesses públicos primários e combater a má gestão da coisa pública.

O direito a uma boa administração, na positivação original feita pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia contém características que buscam a proteção ao patrimônio público pelo que parece inserir-se, em certa medida, na 3.^a Geração dos direitos fundamentais, marcados pela necessidade do Estado solidário, muito embora a participação do cidadão nas decisões políticas do Estado tenha, inegavelmente, ligação com direitos considerados como de 2.^a geração.

Particularmente, devido a íntima relação com a defesa da democracia e ao direito a informação, o direito fundamental a uma boa administração pode ser inserido na classe de direito fundamental de 4.^a dimensão, que compreende, na classificação de Paulo Bonavides, os direitos à democracia, informação e pluralismo, compendiando o futuro da cidadania (BONAVIDES, 1998, p. 524-525).

Como se sabe, a classificação em gerações dos direitos fundamentais vem sofrendo críticas uma vez que um mesmo direito fundamental pode irradiar, simultaneamente, efeitos ligados a diferentes gerações, o que afasta a ideia de sucessão entre gerações de direitos fundamentais e revela ser mais apropriado falar-se em efeitos acumulativos entre as suas dimensões (MAR-MELSTEINS, 2015, p. 57).

É exatamente o que verificamos com o direito fundamental a uma boa administração. A identificação de efeitos que permitem classificá-lo como direito fundamental de diferentes gerações confirma a pertinência da crítica.

Os direitos fundamentais, devido a eficácia irradiante multidirecional e em função do multiplicado mundo das necessidades, podem comportarem-se, cumulativa e simultaneamente, em todas suas gerações.

4. MUDANÇA DA PERCEPÇÃO BRASILEIRA DO DESVALOR DA CORRUPÇÃO

As informações prestadas pela liberdade de imprensa, o fortalecimento de instituições como o Ministério Público e Poder Judiciário, além do amadurecimento da própria democracia provocaram uma verdadeira revolução na percepção do povo brasileiro acerca da corrupção e da improbidade administrativa. Embora ainda haja uma cumplicidade da população com atos de desonestidade envolvendo a coisa pública¹², pesquisas recentes realizadas por diferentes meios de comunicação revelam um crescente repúdio e preocupação do povo brasileiro com atos de corrupção.

Em pesquisa de abril de 2014 feita pelo IBOPE Inteligência em parceria com a *Worldwide Independent Network of Market Research* (WIN), realizada em 65 países, com 66.806 entrevistados, mostra que 21% citam a corrupção como o principal problema do mundo. No Brasil, esse índice é ainda maior: 29% consideram a corrupção como o problema mundial mais grave¹³. Em novembro de 2015, pela primeira, a Corrupção foi vista como maior problema do Brasil em pesquisa realizada pelo instituto Datafolha. A corrupção liderou o rol das preocupações do brasileiro Corrupção com 34% seguido da Saúde com 16%, Desemprego com 10%, Educação com 8%, Violência/segurança com 8% e Economia com 5%¹⁴. Em janeiro de 2016, outra pesquisa do Instituto Ibope,

¹² Pesquisa realizada pelo Data Popular no início deste ano revela que 3% dos entrevistados se consideram corruptos, e 70% admitem já ter cometido ao menos um tipo de infração. E, enquanto 22% dos brasileiros dizem conhecer uma pessoa corrupta, 80% afirmam conhecer alguém que já cometeu alguma ilegalidade. Em outro estudo realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), a percepção dos entrevistados em relação a forma de agir do brasileiro reflete como tratamos as pessoas, mesmo as que nos são mais próximas: 82% acham que a maioria quer tirar vantagem, e só 16% dizem que as pessoas agem de maneira correta. In <<http://oglobo.globo.com/brasil/corrupto-o-outro-18961820#ixzz4DNyoXGdO>>, acessado em 10 fev. 2018.

¹³ In <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/corruptao-e-o-principal-problema-mundial-aponta-pesquisa/>>. Acessado em 10 fev. 2018.

¹⁴ In <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/corruptao-e-vista-como-o-maior-problema-do-pais-diz-datafolha.html>>. Acessado em 10 fev. 2018.

encomendada pela Confederação Nacional da Indústria, revelou que 65% dos entrevistados consideram a corrupção o problema número um do Brasil. A categoria havia ficado em terceiro lugar em 2014¹⁵.

Em verdade, não há como dissociar o resultado dessas pesquisas dos movimentos e protestos ocorridos em maio e junho de 2013 em várias cidades do Brasil em que cerca de 03 milhões de brasileiros foram às ruas para, de uma maneira geral, protestar contra a corrupção.

É este sentimento nacional que deve ser cooptado pelo Estado¹⁶, a fim de resguardar o lastro democrático e prestigiar a soberania popular.

A alteração da percepção social quanto ao problema da corrupção não só pode como deve ser a pedra angular de uma mutação constitucional com a culminação e reconhecimento deste novo direito fundamental a uma boa administração.

A leitura institucional das novas aspirações da sociedade, além de re-reatualizar a democracia que tem na soberania popular um de seus principais pilares de sustentação, é capaz de legitimar a mudança de rumo do país. Ainda que em outro sentido, é o que ocorre quando o Poder Judiciário profere decisões em alinhamento com a opinião pública naquilo que se denominou de *public backlash*.

A fina sintonia da jurisprudência com a opinião pública provê à Corte instrumento valiosíssimo para a garantia da implementação das suas decisões mesmo diante de forte resistência dos poderes políticos. A não implantação de decisão lastreada na opinião pública tem alto custo político, especialmente quando o público consegue percebê-la (BRANDÃO, 2012, p. 284). A sincronização da sua jurisprudência com a opinião pública tende a aumentar o apoio popular difuso da Suprema Corte, o que contribui decisivamente para a expansão da sua influência política (BRANDÃO, 2012, p. 285).

Mas essa sincronia com a opinião pública é via de mão dupla. O Poder

¹⁵ In <<http://noticias.band.uol.com.br/brasil/noticia/100000791488/corruptao-e-apontada-como-o-maior-problema-do-brasil.html>>. Acessado em 10 fev. 2018.

¹⁶ Cabe à sociedade – dispersa, desorganizada, pouco informada, cheia de coisas para fazer além de prestar atenção na política, pressionar os atores da política a aproveitar essas janelas para fazer mudanças institucionais que diminuam a corrupção (FILHO; PRAÇA, 2014. p. 108).

Judiciário, como instituição democrática que é, pode canalizar a energia da opinião pública para imprimir-lhe feitos normativos, ainda que alvissareiros.

No julgamento da ADC n 29/ADC 30/ADI 4578 que referendou a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, popularmente conhecida como Lei Ficha Limpa, O Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal identificou a influência do fenômeno do *Backlash* na ocasião. Constou no voto:

(...) a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões. Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão¹⁷.

A identificação de um direito fundamental capaz de debelar os atos de improbidade ou de corrupção, como já analisado antes, produziria uma revolução no enfrentamento do problema, principalmente ante aplicação da dimensão objetiva e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Isso sem falar no fornecimento de novo amparo jurídico para tornar todo o sistema de combate à corrupção mais rígido e eficaz, situação absolutamente necessária em um país que tem como objetivos expressos na Constituição a erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Luiz Fux. Data da Publicação: DJ XXXX. Versão integral do acórdão disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf> Acesso em 10 fev. 2018.

5. O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO NO BRASIL

No Brasil não há menção expressa do direito fundamental a uma boa administração na Constituição Federal.

A carta de Nice não foi internalizada no Brasil, mesmo porque o sistema internacional de direitos humanos na qual está inserida é o europeu e não o interamericano.

Contudo, a anomia legal pode ser suprida ante o crescente diálogo constitucional transnacional decorrente, por exemplo da teoria do transplante jurídico, preconizada por Alan Watson que defende o manejo de normas, instituições e teorias de outros países nas soluções de questões domésticas. O autor descreve transplante jurídico “como o movimento de uma norma ou um sistema jurídico de um país para outro, de um povo para outro” (WATSON, 1974. p. 21).

O fenômeno é recorrente na história do direito, mas devido a intensa globalização vivida atualmente, principalmente face a permeabilidade das informações digitais da pós-modernidade, tende a ser reproduzido em cada vez maior escala.

Como bem demonstra o trabalho desenvolvido por Francisco Lisboa Rodrigues, a técnica já vem sendo utilizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal como no caso da STA 223/PE, de relatoria da Ministra Ellen Gracie em que foi aplicado o princípio da busca da felicidade, princípio este que inexistente de forma expressa no sistema constitucional pátrio. (RODRIGUES, p. 6-7).

O caso não poderia encaixar-se melhor ao presente estudo, afinal, o direito à busca pela felicidade está positivado na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776. Na seção primeira daquele diploma está cunhado:

SECTION I. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing

property, and pursuing and obtaining happiness and safety¹⁸.

A busca da felicidade, contudo, tanto quanto o direito fundamental a uma boa administração, não está positivada no Brasil, mas foi identificada no voto do Ministro Celso Mello como princípio implícito decorrente da dignidade humana, previsto no artigo 1.º, III, da Carta da República.

A importação de normas jurídicas previstas em determinados países para outros também foi identificado pelo longo estudo do professor Luís Roberto Barroso sobre a dignidade humana. O constitucionalista demonstra, por exemplo, como Cortes Constitucionais de todo o planeta tem dialogado entre si citando e fundamentando suas decisões em outros precedentes decididos em diferentes países em temas como aborto, pena de morte, suicídio assistido, direito das mulheres à igualdade, etc (BARROSO, 2012, p. 127-196).

Cumprir registrar que a identificação de direitos fundamentais implícitos é admissível pela própria Constituição Federal vigente, conforme se verifica do § 2.º do artigo 5.º. Trata-se de norma de salutar importância porque permite o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente escrito na Lei Maior, ampliando e muitas vezes, atualizando, as novas ameaças eventuais em face da dignidade humana.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu direitos fundamentais implícitos como o direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte ao princípio da anterioridade tributária alicerçado no artigo 150, III, b, da CF¹⁹, direito ao ambiente sadio e a preservação da integridade ambiental como direito fundamental de terceira geração²⁰, direito ao nome e a indisponibilidade do estado de filiação e de personalidade²¹, direito a autonomia universitária²², di-

¹⁸ Tradução livre: Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 939-7/DF. DJ: 18 março de 1994.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 3540/DF. DJ: 01 set 2005.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 248.869-1. DJ: 07 de ago de 2003.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3324/DF. DJ: 05 ago de 2005.

reito ao sigilo bancário²³, direito à oposição parlamentar²⁴, entre outros.

O mesmo sucede nos Estados Unidos da América, por exemplo, em que, embora não haja menção expressa no texto da Carta Magna, conceitos como democracia, Estado de direito e controle de constitucionalidade são onipresentes na teoria jurídica e na jurisprudência americanas (BARROSO, 2012, p. 127-196).

De outro lado, as naturais alterações dos valores culturais, prioridades da nação e conformação social são capazes de reclamar a ressignificação das normas editadas pelo Estado, inclusive direitos fundamentais e normas constitucionais em geral, naquilo que se convencionou chamar de mutação constitucional.

Trata-se de fenômeno que impede que os mortos governem os vivos, pois assegura a atualização do sistema operacional jurídico face às alterações comportamentais, culturais e sociais experimentadas pela sociedade que procura sistematizar.

A proibição do Nepotismo acima citada é exemplo paradigmático acerca da aplicação da mutação constitucional em face de uma nova valoração e significado dos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Mas será possível verificar se o sistema jurídico se ressentido de mutação constitucional para exteriorizar o novel direito fundamental a uma boa administração? Nesse caso, quais normas podem conter, ainda que implicitamente ou ressignificadas, o direito fundamental a uma boa administração?

Já foi mencionada a proximidade conceitual e finalística entre os postulados do direito fundamental a uma boa administração, tal qual editado pela Carta de Direitos Fundamentais Europeia, com os princípios constitucionais setoriais da administração pública, descritos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal do Brasil.

Outras normas, contudo, irradiam efeitos que podem nutrir a existência deste direito fundamental.

O artigo 1.º, II, da Lei Maior prevê a cidadania como fundamento do

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.851/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJU: 26 set 2001.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.831/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJU: 22 jun de 2005.

país, o que enseja o direito de qualquer pessoa de participar das decisões políticas do Estado de modo que essas decisões sejam, presumidamente, tomadas em benefício de todos.

A definição de cidadania já foi objeto de progressiva evolução social (CARVALHO, 2001), pois, grosso modo, já foi entendida como o simples direito de votar e ser votado.

No contexto atual, embora haja dissenso, a cidadania é direito de status positivo capaz de dotar o cidadão de prerrogativas de influência nas decisões políticas e obrigando-o a seguir o que fora decidido pelas instâncias legais (AGRA, 2013).

Mas é flagrante que a era da informação digital concedeu a qualquer pessoa uma possibilidade amplificada de participar dessas decisões políticas, além de acessar toda e qualquer movimentação do estado e dos demais cidadãos que compõe a nação.

A possibilidade de visualização e percepção de atos de corrupção, somado ao disseminado sentimento de reprovação dessa conduta, levam a necessidade de releitura da cidadania para permitir que qualquer pessoa possa, arvorando-se na condição de *ombudsman*, questionar atos estatais ilegais.

Foi neste sentido que, por exemplo, a Constituição Portuguesa, em seu artigo 23, 1, assegurou aos cidadãos em geral o poder de apresentar queixas por ações ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.

O direito à cidadania, face seus valores e ideais, tem o condão de conter, ainda que implicitamente, o direito fundamental a uma boa a administração de modo a garantir a toda pessoa as armas necessárias para enfrentar e combater a corrupção no Brasil.

Segundo Kiyoshi Harada trata da reversão da cultura do favorecimento pela atuação da cidade, observando que “é o exercício da cidadania a última instância para reverter a cultura do favorecimento que tende a ser aceita com normalidade na vida administrativa da Nação” (HARADA, 2004).

Vislumbramos outras normas constitucionais, que em menor dimensão podem servir de fonte para a identificação do direito fundamental a uma

boa administração, como os mecanismos de participação direta do cidadão nas deliberações coletivas, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis (art. 14 e 61, § 2.º), a possibilidade do cidadão de fiscalizar a gestão da coisa pública, por meio de instrumentos como direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse geral ou coletivo (art. 5º, XXXIII), de peticionar aos poderes públicos contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, “a”), e de defender em juízo o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, por meio da ação popular (art. 5º, LXXIII)²⁵.

Aliás, a ação popular, instituto timidamente utilizado no Brasil, à luz do direito fundamental a uma boa administração recebe feixe protetivo capaz de encorajar o cidadão a utilizá-lo como instrumento de defesa de interesses próprios e difusos.

Incorporado ao Brasil, o novo direito fundamental a uma boa administração, ante as aspirações e realidade locais, inevitavelmente, experimentará adaptações. Sob a influência da realidade brasileira, seja em face da conjectura social e cultural, seja mesmo da composição jurídica existente, restará intimamente relacionada ao combate à corrupção.

Este fenômeno é comum a teoria do transplante que admite ao instituto jurídico transferido de um local para outro experimente adaptações no novo corpo social em que passa a operar.

Temos que foi exatamente o que ocorreu quando o ministro Celso de Mello, na Ação Penal 470, mencionou que os graves atos de corrupção que estavam sendo julgados naquela ocasião feriam o direito fundamental a um governo honesto ou a uma proba administração.

As características ontológicas desse direito fundamental invocado são semelhantes às contidas no direito fundamental a uma boa administração proclamado pela Carta de Nice. O reconhecimento deste direito fundamental num emblemático julgamento do Supremo Tribunal Federal confirma ao menos três efeitos: que o país necessita desta categorização de norma, que este direito fun-

²⁵ O constitucionalismo democrático também fornece base para prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisões, de modo a propiciar governos eficientes e probos (BARROSO, 2016, p. 115).

damental está implícito na Carta Magna vigente e que ele possui características singulares à realidade brasileira.

Recentemente o mesmo Ministro da Suprema Corte brasileira, em voto proferido em decisão que recebia denúncia criminal contra o Deputado Federal Eduardo Cunha, referindo-se ao voto original da ação penal 470, reafirmou a existência do direito do cidadão ao governo honesto, quando:

Acentuava que o ato de corrupção constitui um gesto de perversão da ética do poder e da ordem jurídica, cabendo ressaltar que o dever de probidade traduz obrigação cuja observância se impõe a todos os cidadãos desta República que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper. Daí a corretíssima advertência do eminente Professor CELSO LAFER, para quem nenhum cidadão poderá viver com dignidade numa comunidade política corrompida: “Numa República, como diz Bobbio num diálogo com Viroli, o primeiro dever do governante é o senso de Estado, vale dizer, o dever de buscar o bem comum, e não o individual, ou de grupos; e o primeiro dever do cidadão é respeitar os outros e se dar conta, sem egoísmo, de que não se vive em isolamento, mas sim em meio aos outros.

É por essa razão que a República se vê comprometida quando prevalece, no âmbito dos governantes, em detrimento do senso de Estado, o espírito de facção voltado não para a utilidade comum, mas para assegurar vantagens e privilégios para grupos, partidos e lideranças. (...). Numa República, as boas leis devem ser conjugadas com os bons costumes de governantes e governados, que a elas dão vigência e eficácia. A ausência de bons costumes leva à corrupção (...), que significa destruição e vai além dos delitos tipificados no Código Penal. (...). A corrupção, num regime político (...), é um agente de decomposição da substância das instituições públicas. O espírito público da postura republicana é o antídoto para esse efeito deletério da corrupção. É o que permite afastar a mentira e a simulação, inclusive a ideológica, que mina a confiança recíproca entre governantes e governados, necessária para o bom funcionamento das instituições democráticas e republicanas. (...)”²⁶.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. voto Min Celso Mello no inquérito n.º 3983/DF. disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq3983CM.pdf>>. Acessado em 10 fev. 2018.

Por meio deste julgado da Suprema Corte, seguindo a doutrina de Carlos Bernal Pulido, restam satisfeitas as propriedades formal e material para definição do caráter fundamental desse direito (PULIDO, 2010, p. 27). A propriedade formal consiste no reconhecimento, pela Suprema Corte Constitucional, do caráter fundamental da norma.

De outro lado, ao relacionar o direito a um governo honesto com os postulados da república, cidadania e dignidade humana, a Suprema Corte identifica propriedades materiais suficientes para caracterizá-lo como direito fundamental.

Segundo Bernal Polido, os direitos fundamentais buscam proteger (1) a liberdade da pessoa frente as intervenções do Estado, (2) a participação do indivíduo nos procedimentos democráticos e (3) a igualdade jurídica real. Esses interesses constituem um conceito tríplice de pessoa jurídica que possui três dimensões: dimensão liberal, dimensão democrática e dimensão de pessoa atinente ao Estado Social.

Frente a decisão acima proferida, o direito a um governo honesto repercute na concepção de pessoa liberal, caracterizados por normas que, dentre outras, buscam proteger o exercício da liberdade e da participação consciente nos procedimentos democráticos. Além disso, o direito a um governo honesto, ao criar dever de respeito mútuo entre os cidadãos, também têm características da dimensão da pessoa democrática, caracterizado pelas normas que defendem capacidade humana de participar ativa e solidariamente do bem comum.

Democracia, direitos fundamentais, desenvolvimento econômico, justiça social e boa administração são algumas das principais promessas da modernidade (BARROSO, 206, p. 116). A maior parte desses objetivos está tutelado por alguma norma jurídica, que, não obstante, ainda sofrem violações em atos ilícitos de corrupção em geral.

Ora, nos dizeres de Jaime Rodriguez-Arana Muñoz, “O bom governo e a boa administração dos tempos em que vivemos hão de estar comprometidos radicalmente com a melhora das condições de vida das pessoas, devem estar orientados a fomentar a liberdade solidária dos cidadãos.” (MUÑOZ, 2012, p. 16).

A identificação dessas características indica que o direito ao governo

honesto reúne propriedades materiais suficientes para ter status de direito fundamental.

A similitude entre o direito fundamental tupiniquim a um governo honesto e direito fundamental europeu a uma boa administração é ontológica, não sendo exagero concluir tratar-se da mesma norma protetiva dos mesmos interesses básicos da pessoa política com diferentes nomenclaturas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental a uma boa administração previsto na União Europeia, transplantado, incorporado e adaptado à realidade brasileira tem, no reconhecido direito a um governo honesto, aptidão para modernizar nosso ordenamento jurídico, seja para aplacar o sentimento nacional de repúdio à corrupção, seja para compor um novo paradigma jurídico eficaz no combate dessa chaga brasileira.

A boa administração pode ser detectada pela ação administrativa de acordo com os princípios da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), participação popular do usuário nos serviços públicos (art. 37, §3º, CF), resolução de conflitos administrativos por processo administrativo, de acordo com devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF), atuação proba dos governantes (art. 37, §4º, CF) e sujeição a controle interno e externo (art. 70, da CF). Também pelo desenvolvimento sustentável (arts. 3º, 21, IX, 43, 174, §1º, 225 e outros dispositivos constitucionais).

O reconhecimento deste direito fundamental está, entre outras possibilidades, na sua utilização na dimensão objetiva e na perspectiva horizontal de modo a instrumentalizar o cidadão, o Judiciário, o Ministério Público e outras instituições para combater de forma mais eficaz a corrupção.

Aspira-se por uma democracia e coisa pública melhoradas, fundadas menos pela busca do autointeresse individual e mais orientada pela busca do bem comum, valores albergados pelo direito fundamental a um governo honesto. O direito fundamental a um governo honesto poderá ser utilizado eficazmente para o fomento da vida justa e virtuosa a que desejamos, adicio-

nando importantes páginas ao romance brasileiro de combate à corrupção e à improbidade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. In: MENDES, Gilmar Ferreira. STRECK, Lênio Luiz. SARLET, Ingo Wolfgang. LEONCY, Léo Ferreira. CANOTILHO, J. J. Gomes. Comentários à Constituição do Brasil. Série IDP. São Paulo: Saraiva. 2013, Comentários ao artigo 1º, inciso II.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá, e em todo lugar”: A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, v. 919, p. 127-196, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 7 ed. 1998.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

BRASIL. Lei 13.460 de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília: DF, 27 jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva. 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CLAD - Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Disponível em: <http://interconecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf>. Acesso em 10 fev. 2018.

FILHO, Clovis de Barros. PRAÇA, Sérgio. *Corrupção, parceria degenerativa*. Campinas: editora Papirus 7 Mares. 2014.

FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade Administrativa e Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros. 2 ed. 2009.

_____. *As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração*. Nomos: Revista do programa de Pós-graduação em Direito da UFC. v. 35.1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 5. ed. 2014.

GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 7. ed. 2015.

HARADA, Kiyoshi. *Administração Pública: relação direta entre carga tributária elevada e mau administrador*. *Revista Jurídica Consulex* n. 183/45, 2004.

ISMAIL FILHO, Salomão. *A importância da atuação preventiva do Ministério Público ombudsman em prol da boa administração, no combate à improbidade administrativa*. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa*. Brasília: CNMP. n. 5, 2015. p. 105-128.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas. 5ª ed. 2015.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. *Direito Fundamental à boa administração pública*. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

_____ Sobre la Carta Iberoamericana de Derechos para una buena Administración Pública, *El Mercurio*. Disponível em: <<http://www.elmercurio.com>>. Acesso em: 28 set. 2017

PULIDO, Carlos Bernal. O Caráter fundamental dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direito do Estado*. ano 05, n. 19-20: jul/dez 2010.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. *Pragmatismo Jurídico, Migração Constitucional e Legal Transplants na Experiência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em [academia.edu](http://academia.edu/documents/43071667/Legal_Transplants_e_Migracao_Constitucional_no_STF.pdf). documents/43071667/Legal_Transplants_e_Migracao_Constitucional_no_STF.pdf. Acessado em 10 fev. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTIN, Valter Foletto. *Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública*. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 208-216, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*, In: *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 38ª ed.. 2014.

SIMONETTI, José Maria. *Notas sobre a corrupcion. Pena y Estado*, ano 1, n 1, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1995.

WATSON, Alan. *Legal transplants: An approach to comparative law*. University of Georgia Press, 1974.

O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

THE RIGHT TO HEALTH AS HUMAN AND FUNDAMENTAL LAW

*Marcelo Lamy¹
Rosilma Roldan²
Milton Marcelo Hahn³*

Data de recebimento: 26/04/2018

Data de Aprovação: 02/08/2018

RESUMO

Este trabalho visa a contribuir para uma visão mais ampla sobre o direito à saúde, como direito humano e fundamental, indissolavelmente ligado ao direito à vida e ao direito à integridade física. Este estudo, realizado por meio

¹ Professor Permanente e Vice Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade Santa Cecília. Coordenador do Projeto Respirando Vida (Universidade Santa Cecília). Advogado. Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Mestre em Direito Administrativo (USP). Bacharel em Direito (UFPR). Instituição de origem: Universidade Santa Cecília.
E-mail: marcelolamy@unisanta.br

² Pesquisadora. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável". Mestranda em Direito da Saúde (Universidade Santa Cecília). Membro do Projeto Respirando Vida (Universidade Santa Cecília). Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito da Saúde da OAB/Santos-SP. Especialista em Direito Penal e Direito Público (ESM-PESP). Instituição de origem: Universidade Santa Cecília. Instituição financiadora: CAPES.
E-mail: rosilmaroldan@gmail.com

³ Advogado. Mestrando em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília. Pós-Graduando em Economia e Gestão de Saúde pela Faculdade de Saúde Pública (USP). Secretário do Conselho Municipal de Saúde de Santos. Presidente da Comissão de Direito da Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil Subseção de Santos. Membro Titular da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável" (Unisanta). Assessor da Presidência do Tribunal de Ética e Disciplina XIV Turma da OAB/SP.
E-mail: mmhahn@gmail.com

de pesquisa bibliográfica, procurou conceituar e distinguir direitos humanos, direitos fundamentais, para, em seguida, buscar o direito à saúde como direito humano e fundamental, como corolário do direito à vida e integrado ao meio ambiente equilibrado e à sustentabilidade. Este artigo traz, também, legislação específica e a visão internacional sobre o direito à saúde, como direito social, a exigir atuação protetiva estatal.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Direito à Vida; Direito à Saúde. Direito à Integridade Física.

ABSTRACT

This paper aims to contribute to a broader view on the right to health, as a human and fundamental right, indissolubly linked to the right to life and the right to physical integrity. This study, carried out through bibliographical research, sought to conceptualize and distinguish human rights, fundamental rights, and then seek the right to health as a human right and fundamental, as a corollary of the right to life and integrated into the balanced environment and the sustainability. This article also brings specific legislation and the international vision on the right to health, as a social right, to require state protective action.

KEYWORDS

Human rights; Fundamental rights; Right to life; Right to Health. Right to Physical Integrity.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos atingiram seu ápice no período republicano, no Brasil, quando a maior preocupação era com a intromissão estatal no exercício dos direitos individuais e civis. Propugnava-se pelo afastamento do Estado para que, com suas ações arbitrárias, não interferisse na vida do cidadão, prejudicando-lhe a liberdade e a iniciativa.

Com o incremento das relações comerciais, sociais e culturais, os direitos evoluíram e adaptaram-se às novas necessidades do cidadão – aos direitos individuais e civis, agregaram-se os direitos sociais, culturais e econômicos, sendo considerado o direito à saúde um dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico do país, preferencialmente contemplados na Constituição Nacional. O direito à saúde, corolário do direito à vida e do direito à integridade física, tem sido contemplado em quase todas as Constituições dos países e na maioria dos tratados e pactos internacionais.

O objetivo dessa pesquisa é o de investigar o que há em matéria de doutrina e legislação nacional, assim como firmar conceitos, baseados na visão nacional e internacional, no que diz respeito ao direito à saúde, à integridade física e ao direito à vida, como direitos humanos e fundamentais.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com consulta a juristas, doutrinadores, autores especializados, e pesquisa à legislação nacional, aos pactos e aos tratados internacionais.

1 OS DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E À VIDA

Os direitos humanos, como nos ensina Ramos (2017), consistem em um conjunto de direitos considerados indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.

Sarlet (2017) nos alerta para o fato de que, em vários contextos, são utilizadas, indistintamente, as expressões como direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais,

liberdades fundamentais, que seriam categorias mais limitadas do que o amplo universo abrangido pelo que chamamos de direitos fundamentais:

(...) ao passo que, no âmbito da filosofia política e das ciências sociais de um modo geral, bem como no plano do direito internacional, a expressão mais utilizada siga sendo a de direitos humanos, no domínio do direito constitucional (...) a opção terminológica pelos direitos fundamentais acaba sendo a mais afinada com o significado e conteúdo de tais direitos na Constituição, para além do fato, já referido, de que se cuida da terminologia adotada pelo próprio constituinte brasileiro (SARLET, 2017, p. 302-303).

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são, muitas vezes, empregadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado, podemos defini-las assim: direitos do homem, como aqueles direitos válidos para todos os povos, em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); e direitos fundamentais, como os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.

Os direitos do homem viriam da própria natureza humana e, por isso, seriam invioláveis, atemporais e universais; e os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes, numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1991, p. 529).

No início da República, em que a preocupação com os direitos do ser humano começou a ampliar-se significativamente, a ênfase era sobre os direitos individuais e civis e a limitação da atividade estatal, os chamados direitos de resistência, frente às possíveis arbitrariedades que pudessem ser cometidas pelo Estado, no exercício desses direitos.

Com o desenvolvimento das relações econômico-sociais, a preocupação com os direitos humanos também evoluiu para um novo patamar, que envolvia direitos sociais, culturais e econômicos, a não exigir a ausência, o afastamento do Estado, mas, pelo contrário, sua presença e proteção em tais relações, direitos esses que se vieram acumular aos direitos individuais e civis.

A evolução das tecnologias, os conflitos internacionais, as crises econômicas levaram os direitos humanos a uma nova evolução, agregando, aos

direitos já existentes, os direitos da fraternidade ou de solidariedade. David Araújo e Serrano Nunes Júnior (2017) nos lembram de que:

A denominação Direitos do Homem ou Direitos Humanos acumularam, ao longo da história, um significado próprio e distinto do que se pretende apontar. A locução indica predicados inerentes à natureza humana e, enquanto tais, independentes de um sistema jurídico específico, mas de uma dimensão ingênita e universalista (DAVID ARAÚJO; SERRANO NUNES JÚNIOR, 2017, p. 150).

Não há dúvida de que os direitos fundamentais são direitos humanos, pois sua titularidade é sempre do ser humano, mesmo que representado por coletividades ou grupos, mas a distinção deve ser feita, considerando o contexto do direito constitucional positivo.

O desejo mais importante da humanidade, o primeiro, o maior, o que, realmente, define seu caráter de ser humano, é a liberdade. Todos a querem, precisam dela, tanto a pessoal, como a de espírito, assim também a liberdade econômica e a liberdade de política. É por meio dela que os seres humanos confirmam sua humanidade, porque podem escolher, na medida em que criam ideias e comportamentos novos, sem limitar-se a imitar ou obedecer a ideias e comportamentos dos demais.

Sendo assim a liberdade uma necessidade básica e pressuposto da humanização, as normas que devem garanti-la são chamadas de direitos fundamentais, ou fundantes, assim chamados porque nenhum outro direito existe sem eles. Uma sociedade civilizada parte da liberdade de seus cidadãos. A garantia de liberdade é um dos pressupostos de legitimidade de toda a ordem jurídica, na lição de Michael e Morlok (2016, p. 47), que colocam os direitos fundamentais entre os elementos nucleares de uma Constituição.

Os autores confirmam que o direito à justiça implica a igualdade da garantia desse mesmo direito e que “liberdade igual para todos os seres humanos é a essência do significado dos direitos fundamentais” (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 48).

Os direitos fundamentais não são contra qualquer pessoa, mas contra o

Estado e contra os obstáculos à liberdade controlados pelo Estado. O entendimento clássico dos direitos fundamentais está na prevenção, ou na limitação, da interferência do Estado na vida de cada cidadão.

Como o ser humano é um ser social, os direitos fundamentais nunca podem ser considerados isoladamente, mas sempre relativizados aos demais direitos. Por essa razão, a liberdade de um tem limite na liberdade dos outros e nos interesses da sociedade. O direito à liberdade, por mais importante que seja para a humanização, e, talvez, até por isso mesmo, nunca pode ser absoluto: é um direito relativo e, muitas vezes, podem-se observar conflitos de direitos, envolvendo também a liberdade.

Luiz David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior definem o que vêm a ser os direitos fundamentais:

(...) afigura-se como o único apto a exprimir a realidade jurídica precitada, pois que, cogitando-se de direitos, alude-se a posições subjetivas do indivíduo, reconhecidas em determinado sistema jurídico e, desta feita, passíveis de reivindicação judicial. O adjetivo “*fundamentais*” traduz, por outro ponto, a inerência desses direitos à condição humana, exteriorizando, por conseguinte, o acúmulo evolutivo dos níveis de alforria do ser humano (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2017, p. 152).

Os autores nos ensinam, também, que os direitos fundamentais pertencem a uma categoria jurídica construída, constitucionalmente, para a proteção da dignidade humana, em todas as suas dimensões. São multifacetados e protegem o ser humano em sua liberdade – direitos civis e garantias individuais -, em suas necessidades – direitos econômicos, sociais e culturais - e na preservação da espécie - direitos à fraternidade e à solidariedade - (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2017, p. 153).

Muitos doutrinadores sustentam que o direito à vida, do qual o direito à saúde é derivado, é um pressuposto inafastável para o pleno e digno desenvolvimento da personalidade. Müller (2014) quando ressalta que “o direito à saúde é o umbral do direito à vida e, sem dúvida, um dos pressupostos básicos da dignidade e do desenvolvimento da pessoa. É um direito natural, porque tem sua origem nas leis universais da natureza, como a conservação das espécies”.

A autora ainda reitera que a defesa da saúde “é uma consequência da proteção do direito à vida, valor supremo num Estado de Direito, que, dentre as prerrogativas humanas, ocupa o primeiro posto” (MÜLLER, 2014).

A autora ressalta, ainda, que “o direito fundamental que protege a vida digna é o direito à vida, que compreende um sem-número de facetas, como o direito à saúde e o direito a uma vida decente”. A mesma completa, ao afirmar que: “o direito à saúde é um direito derivado do direito personalíssimo à vida, a saúde é uma situação, estado e uma dinâmica que permite ao ser humano estar ótimo com seu corpo, mente e espírito, e o desenvolvimento de seu projeto de vida individual e social” (MÜLLER, 2014).

2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

O direito à saúde, como bem jurídico indissolúvelmente ligado à vida, pode ser considerado como direito coletivo ou direito de incidência coletiva, no rol dos chamados direitos de terceira dimensão ou geração. Esses direitos abrangem desde pequenos grupos, até toda a sociedade. Pode-se falar em direito de solidariedade, uma visão mais ampla e profunda do direito à proteção e promoção da saúde integral dos cidadãos e, ainda, o direito à atenção sanitária, em condições de real igualdade.

Assim, pode-se falar em direitos sociais e, também, direitos de solidariedade, que implicam o exercício pleno dos direitos de interesse comum, que seria mais do que a somatória de vários direitos individuais, os chamados de interesses difusos, que inclui o direito a um meio ambiente são, equilibrado, apto ao desenvolvimento do ser humano e o direito à paz. No prefácio do Relatório sobre Desenvolvimento Humano 2000 do PNUD, encontramos o alerta:

[...] não basta que os países outorguem direitos econômicos e sociais somente na teoria. Não se pode criar, por meio da legislação, boa saúde e emprego. É necessária uma economia suficientemente sólida para oferecê-los [...] os direitos humanos não são, como se tem sustentado, por vezes, uma recompensa do desenvolvimento, mas fundamentais para alcançá-lo (MÜLLER, 2014).

O direito à saúde, hoje, apresenta um conceito muito mais amplo, que se traduz pelo direito a uma melhor qualidade de vida (MÜLLER, 2014), e não somente o fato de não estar doente, e é considerado um direito de natureza prestacional, um direito ao acesso da população a serviços e produtos de saúde, com qualidade e quantidade suficientes, para uma proteção e preservação da saúde adequadas (MÜLLER, 2014). Pode-se incluir, no conceito a uma melhor qualidade de vida, o direito à felicidade, fundamento recorrente em várias decisões judiciais contemporâneas.

Alguns autores consideram o direito à saúde como direito humano fundamental individual, o bem jurídico é a saúde individual, relação médico/paciente, direito de primeira geração ou dimensão; outros, como direito humano fundamental social, direito de segunda geração ou dimensão; outros, direito à solidariedade, direito de terceira geração ou dimensão; outros ainda, de quarta geração, como direito de proteção do futuro, como nos mostra Müller (2014).

O conceito de saúde, antes com foco apenas na ausência de enfermidade, um conceito negativo, evoluiu para um bem-estar físico, psíquico, social e cultural, assim considerado pelos próprios documentos e tratados internacionais e pela própria OMS, ainda conforme Müller (2014).

A autora resume que se pode responder à pergunta inicial sobre se a saúde seria um direito de quarta geração, afirmando que, na atualidade, existe um direito da saúde - como direito individual, como direito social, como direito solidário, e como direito à saúde das pessoas futuras, que coexistem e não se anulam, a saber:

Direito da saúde individual - bem jurídico é a saúde individual, marco da relação médico/paciente (primeira geração).

Direito da saúde social - bem jurídico social, marco das prestações assistenciais, sanitárias e farmacológicas por parte do Estado, de natureza prestacional (segunda geração).

Direito da saúde solidário - bem jurídico coletivo, marco das políticas nacionais da saúde pública de curto e médio prazo, que impõe ao Estado a instrumentalização de políticas e ações concretas (terceira geração).

Direito da saúde das pessoas futuras - bem jurídico coletivo, marco das políticas de médio e longo prazo, que im-

põe ao Estado políticas e ações concretas (quarta geração) (MÜLLER, 2014).

Para Müller (2014), portanto, o direito à saúde é um direito multidimensional, já que seu pleno exercício implica a realização de vários níveis (de direitos) relacionados à qualidade de vida física, mental, etc. Por isso, é um direito que se tende a ampliar, pois a evolução tecnocientífica vem elevando os patamares mínimos de exigibilidade para o que se deva considerar uma vida digna para todo cidadão. O direito à saúde, segundo a autora, também abrange a saúde individual e a coletiva e, por essa razão, deva ser considerada como bem social, bem de toda a humanidade, direito constitucional fundante e personalíssimo, na medida em que possibilita a existência de todos os demais direitos, além de prestacional, já que é uma prestação exigível em face do Estado.

No Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação geral n.º 14, de 2000, pode-se destacar o conceito do direito à saúde, conforme aquele documento:

A saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício dos demais direitos humanos. Todo ser humano tem direito a desfrutar do mais alto nível possível de saúde que lhe permita viver dignamente. A efetividade do direito à saúde pode ser alcançada mediante numerosos procedimentos complementares, como a formulação de políticas em matéria de saúde, a aplicação dos programas de saúde elaborados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) ou a adoção de instrumentos jurídicos concretos. Além disso, o direito à saúde inclui determinados componentes, aplicáveis em virtude da lei (OMS, 2014).

No preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), os Estados partes declaram que, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, os princípios elencados naquele documento são básicos para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos, além de definirem a saúde como:

(...) um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de afecções ou enfermidades. O gozo do grau máximo de saúde que se possa alcançar é um dos direitos fundamentais de todo ser humano sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é uma condição fundamental para atingir a paz e a segurança, e depende da mais ampla cooperação das pessoas e dos Estados. Os resultados alcançados pelo Estado no fomento e proteção da saúde são valiosos para todos. A desigualdade dos diversos países, relativa ao fomento da saúde e ao controle das enfermidades, sobretudo as transmissíveis, constitui um perigo comum. O desenvolvimento saudável da criança é de importância fundamental; a capacidade de viver em harmonia num mundo que muda constantemente é indispensável para esse desenvolvimento. A extensão dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins a todos os povos é essencial para alcançar o mais alto grau de saúde. Uma opinião pública bem informada e uma cooperação ativa por parte do público são de importância capital para o aperfeiçoamento da saúde do povo. Os governos têm responsabilidade pela saúde de seus povos, que só pode ser cumprida mediante a adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas (OMS, 2014).

A Constituição (OMS) foi adotada pela Conferência Sanitária Internacional, celebrada em Nova York, de 19 de junho a 22 de julho de 1946, assinada em 22 de julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados (Off. Rec. WldHlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), e entrou em vigor em 7 de abril de 1948. As reformas adotadas pela 26.a, 29.a, 39.a e 51.a Assembleias Mundiais da Saúde (resoluções WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraram em vigor em 3 de fevereiro de 1977, em 20 de janeiro de 1984, em 11 de julho de 1994 e em 15 de setembro de 2005, respectivamente, incorporaram-se ao texto. A finalidade (Capítulo I - art. 1) da Organização Mundial da Saúde (OMS) é alcançar o mais alto grau possível de saúde para todos os povos (OMS, 2014).

3 O DIREITO À SAÚDE NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA E INTERNACIONAL

No Brasil, a Constituição vigente contempla o direito à saúde como direito humano fundamental social, no art. 6.º, que assim dispõe:

Artigo 6 da Constituição Federal de 1988: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (VADE MECUM, 2017).

No mesmo diploma legal, no Título VIII – Da Ordem Social, no Capítulo II, Da Seguridade Social, definida, no art. 194, como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, temos, do art. 196 ao art. 200, diretrizes e princípios sobre a saúde. Convém destacar o art. 193, que afirma que a ordem social tem, como base, o primado do trabalho, e, como objetivos, o bem-estar e a justiça sociais (Brasil, 1988)

O art. 196 determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, mesma redação, *ipsis literis*, do art. 2º § 1º da Lei 8.080/90 (BRASIL, 1990).

Ainda no Título VIII – Da Ordem Social, no Capítulo VI, Do Meio Ambiente, no art. 225, fica clara a ligação inexorável entre a saúde e a qualidade do meio ambiente:

Artigo 225 da Constituição Federal de 1988: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo a preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988)

Outro documento legal, a supramencionada Lei 8.080/90, que surgiu a partir da norma constitucional, define, logo no Título I, art. 2º: “saúde é um

direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Cabe ressaltar que o dever do Estado não exclui o das pessoas, seja da família, seja das empresas, seja da sociedade (BRASIL, 1990).

No art. 3º, a Lei 8.080/90 dispõe que os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, o que mostra a relevância de todos esses fatores para a sadia qualidade da saúde e para o bem-estar físico e mental do cidadão (BRASIL, 1990). É o que se reafirma no parágrafo único do artigo em apreço:

Art. 3 - Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (BRASIL, 1990).

O grau de desenvolvimento social, cultural e econômico do Brasil passa, necessariamente, pelo nível de atendimento à saúde e ao bem-estar físico e mental de seus cidadãos, assim também a imagem do País, no cenário internacional.

Na Introdução do Folheto Informativo nº 31, dedicado ao direito à saúde, editado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em parceria com o Alto Comissariado para os Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), já há clareza sobre a alta relevância do tema, segundo o entendimento dos organismos internacionais (OMS, 2014b).

Esse documento considera que a saúde deve ser motivo de preocupação cotidiana. Independentemente da idade, gênero, condição socioeconômica ou origem étnica, a saúde é o bem mais fundante e precioso que possuímos.

A falta de saúde pode impedir a ida à escola ou ao trabalho, levar a deixar de cumprir-se as responsabilidades familiares ou de participar-se plenamente das atividades da comunidade. Por isso mesmo, todos sempre estão dispostos a fazer muitos sacrifícios, para garantir uma vida melhor e mais saudável. Quando falamos de bem-estar, pensa-se em saúde. O direito à saúde

de, segundo a OMS e a ONU, é parte fundamental dos direitos humanos e do que se entende por dignidade humana.

O direito a desfrutar do nível mais alto possível de saúde física e mental não é novidade. No plano internacional, proclamou-se, pela primeira vez, na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 1946, em cujo preâmbulo se define a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de afecções e enfermidades”, complementando que “o gozo do grau máximo de saúde que se possa alcançar é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição econômica ou social”, como já citado anteriormente (OMS, 2014).

Na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, também se menciona a saúde como parte do direito a um nível de vida adequado (art. 25). O direito à saúde também foi reconhecido como direito humano pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, supracitado (ONU, 1948).

Desde então, reconheceu-se o direito à saúde ou os direitos correlatos, como, por exemplo, o direito à atenção médica, em outros tratados internacionais de direitos humanos. O direito à saúde é importante para todos os Estados, que ratificaram ao menos um tratado em que se reconhece esse direito. Além disso, os Estados se comprometeram a protegê-lo, no marco de declarações internacionais, leis e políticas nacionais e conferências internacionais.

Para a OMS e a ONU, segundo o Folheto Informativo nº 31, o direito à saúde é um direito inclusivo, pois, além de estar relacionado ao acesso à atenção sanitária e a construção de hospitais, compreende um amplo conjunto de fatores que podem contribuir para uma vida saudável (OMS, 2014b).

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que é o órgão encarregado de fazer cumprir o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denomina-os de fatores determinantes básicos da saúde: água potável e condições sanitárias adequadas; alimentos aptos para o consumo; nutrição e moradia adequadas; condições de trabalho e meio ambiente saudáveis; educação e informação sobre questões relacionadas com a saúde; igualdade de gênero.

Segundo a OMS e a ONU, o direito à saúde abrange, também, o direito de não ser submetido a tratamento médico sem o próprio consentimento, experimentos e investigações médicas ou esterilização forçada, e de não ser submetido a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Ainda segundo tais documentos, o direito à saúde ainda inclui outros direitos implícitos: o direito a um sistema de proteção da saúde, que dê a todos iguais oportunidades para desfrutar do mais alto nível possível de saúde; o direito à prevenção e ao tratamento das enfermidades e a luta contra elas; o acesso a medicamentos essenciais; a saúde materna, infantil e reprodutiva; o acesso igualitário e oportuno (tempestivo) aos serviços de saúde básicos; o acesso à educação e à informação sobre questões relacionadas com a saúde; a participação da população, no processo de adoção de decisões sobre questões relacionadas com a saúde, no âmbito comunitário e nacional.

A OMS e a ONU destacam, ainda, no Folheto Informativo n° 31, que se devem facilitar o acesso de todos a serviços, bens e instalações de saúde, sem discriminação. Todos os serviços, bens e instalações devem estar disponíveis e ser acessíveis, aceitáveis e de boa qualidade.

Completam OMS e ONU que o direito à saúde não é o mesmo que direito a estar saudável. O Estado não tem o dever de garantir boa saúde, pois ela depende de vários fatores que não estão sob seu controle, como, por exemplo, a estrutura biológica e a situação socioeconômica das pessoas.

O direito à saúde, garantido pelo Estado, deve ser considerado como o desfrutar de um conjunto de bens, instalações, serviços e condições necessários para alcançá-la. Por isso, é mais preciso defini-lo como o direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental, do que como o direito incondicional de estar saudável.

O direito à saúde, também, não é só um objetivo programático a longo prazo. Apesar das limitações de recursos, algumas obrigações têm efeito imediato, como garantir o direito à saúde sem qualquer discriminação e elaborar leis e planos de ação específicos, ou outras medidas análogas.

A OMS e a ONU ressaltam que as dificuldades econômicas de um país não o eximem da obrigação de adotar medidas que garantam o desfrute do di-

reito à saúde. Os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis e estão relacionados entre si, o que significa que o não reconhecimento do direito à saúde pode impedir o exercício de outros direitos humanos, como, por exemplo, o direito à educação e ao trabalho, e vice-versa.

A OMS e a ONU, no folheto informativo n° 31 (OMS, 2014b), alertam para os vínculos entre o direito à saúde e o direito à água, pois a má saúde está associada com a ingestão de água não potável ou o contato com ela, a falta de água limpa (o que está relacionado com uma higiene inadequada), a falta de serviços de saneamento, e uma má gestão dos recursos e os sistemas hídricos, em particular na agricultura.

A maioria das enfermidades diarreicas que se registram no mundo pode atribuir-se à água insalubre e a um saneamento e higiene inadequados. Em 2002, enfermidades diarreicas atribuíveis a esses três fatores foram a causa de 2,7%, aproximadamente, das mortes em todo o mundo - 1,5 milhões (OMS, 2007).

4 TRATADOS, PACTOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM QUE SE RECONHECE O DIREITO À SAÚDE

A Convenção Americana de Direitos Humanos, subscrita em 22.11.69, em San José de Costa Rica, vigente desde 18.07.78, em seu art. 26, estabelece o princípio da progressividade e proíbe o retrocesso, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à saúde.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura, em seu art. 25.1, o direito de toda pessoa à saúde e ao bem-estar.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, 1965, no art. 5, e) IV), também prevê o direito à saúde como direito humano e social.

O PIDESC, no Parágrafo 2° do artigo 10, dispõe que se deve conceder especial proteção às mães durante certo período de tempo razoável, antes e depois do parto. Durante esse período, às mães que trabalhem fora deve-se conceder licença remunerada com prestações adequadas, pela seguridade social.

Cabe acrescentar que a Assembleia Geral da OEA elaborou um estudo intitulado “Indicadores do Progresso para Medição de Direitos Contemplados no Protocolo de San Salvador”, cujo objetivo principal é medir o cumprimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, contidos no Protocolo de San Salvador.

Na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, 1979, nos arts. 11, 1) f), 12 e 14, 2) b)

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966, no art. 12, garante o direito à saúde, como direito humano, dentre os direitos sociais.

Artigo 12:

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera da atenção médica, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços de atenção médica, inclusive os que se referem ao planejamento familiar.

2. Sem prejuízo ao disposto no parágrafo 1º supra, os Estados Partes garantirão à mulher serviços apropriados em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando serviços gratuitos quando for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada, durante a gravidez e o aleitamento.

A violência contra a mulher está relacionada com os direitos da mulher e com o direito à saúde, e é a causa do maior número de danos físicos e psicológicos ou de sofrimento entre as mulheres, assim como a violação de seu direito à saúde.

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher requer que os Estados promulguem e apliquem leis e políticas que protejam as mulheres e as meninas da violência e dos maus tratos e habilitem serviços de saúde física e mental apropriados. Também deve capacitar o pessoal de saúde para que saiba detectar e enfrentar as consequências que a violência contra a mulher tem sobre a sua saúde, ao mesmo tempo que proibir a mutilação genital feminina.

Os Estados devem atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e judicializar atos de violência desse tipo, perpetrados por agentes estatais

ou por particulares. As mulheres que hajam sofrido qualquer forma de violência têm direito a reparação e reabilitação adequadas que abranjam sua saúde física e mental.

Na Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989, no art. 24, há previsão da garantia ao direito à saúde.

Na Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migratórios e de seus familiares, 1990, nos arts. 28, 43 e) e 45 c), podemos também encontrar a garantia do direito humano social à saúde.

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, 2006, no art. 25, dispõe sobre a proteção do direito à saúde.

Na Declaração Final da Conferência Internacional de Assistência Primária à Saúde, realizada na cidade de Alma-Ata (atual Cazaquistão), em 1978, promovida pela OMS, confirma-se a função decisiva da atenção primária de saúde, que se orienta para os principais problemas de saúde da comunidade e presta serviços de promoção, prevenção, tratamento e reabilitação necessários para resolver esses problemas (art. VII). Nela se destaca que o acesso à atenção primária de saúde é a chave para alcançar um nível de saúde que permita a todas as pessoas levar uma vida social e economicamente produtiva (art. V) e contribuir para o desfrute do mais alto nível possível de saúde.

Nas Constituições Nacionais, também são diversos os exemplos de acolhimento da saúde como direito fundamental. A Constituição Sul Africana (1996) dispõe, no Capítulo II, art. 27: atenção sanitária, alimentos, água e seguridade social -

- 1) Todas as pessoas têm direito a:
 - a) Serviços de saúde, incluída a saúde reprodutiva;
 - b) Alimentos e água suficientes;[...]
- 2) O Estado deve adotar medidas legislativas e outras razoáveis, dentro dos limites dos recursos disponíveis, para alcançar a progressiva realização de cada um desses direitos.
- 3) Não se poderá negar a ninguém tratamento médico de urgência.

A Constituição da Índia (1950), na Parte IV, art. 47, prevê o dever do Estado de elevar o nível de nutrição, o nível de vida e melhorar a saúde

pública: “O Estado considerará a elevação do nível de nutrição, o nível de vida de sua população e a melhoria da saúde pública uma de suas obrigações primordiais...”

A Constituição do Equador (1998), na Seção IV: Direitos econômicos, sociais e culturais, art. 32, dispõe que “o Estado garantirá o direito à saúde, sua promoção e proteção, por meio do desenvolvimento da segurança alimentar, a provisão de água potável e saneamento básico, o fomento de ambientes saudáveis no âmbito familiar, laboral e comunitário, e a possibilidade de acesso permanente e ininterrupto a serviços de saúde, conforme os princípios de equidade, universalidade, solidariedade, qualidade e eficiência”.

A Constituição da Argentina consagrou o direito à saúde no art. 42, que dispõe “os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, na relação de consumo, à proteção de sua saúde, seguridade e interesses econômicos; a uma informação adequada e verdadeira; à liberdade de escolha e a condições de trato equitativo e digno (...)”.

A Constituição da Bolívia prevê o direito à saúde no art. 35, que expressa “o Estado, em todos os níveis, protegerá o direito à saúde, promovendo políticas públicas orientadas a melhorar a qualidade de vida, o bem-estar coletivo e o acesso gratuito da população aos serviços de saúde. O sistema de saúde é único e inclui a medicina tradicional das nações e povos indígenas originários e camponeses”.

Ainda mencionamos as seguintes Constituições, que preveem, em seus textos, a garantia do direito à saúde, como direito humano e fundamental – a Constituição da Colômbia, no art. 49; a Constituição da Costa Rica, no art. 46; a Constituição do Chile, no art.19, inc. IX; a Constituição de Salvador, no art. 65; a Constituição da Guatemala, nos arts. 93 e 94; a Constituição do Haiti, no art. 19; a Constituição de Honduras, no art. 145; a Constituição do México, no art. 40; a Constituição da Nicarágua, no art. 59; a Constituição do Panamá, no art. 109; a Constituição do Paraguai, no art. 68; a Constituição do Peru, no art. 70; a Constituição da República Dominicana, no art. 61; a Constituição do Uruguai, no art. 44; a Constituição da Venezuela, no art. 83.

Os padrões do Direito Internacional de Proteção dos Direitos Humanos constituem elementos, a partir dos quais é possível delimitar o conteúdo essen-

cial dos direitos, que são fundamentais para compreender o direito à saúde. Esse marco constitui o ponto de partida para o delineio, seguimento e avaliação das políticas públicas e permite demonstrar até que ponto se cumprem as obrigações que emergem dos tratados internacionais.

5 INTERPRETAÇÃO E CASOS CONCRETOS

A Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) estabeleceu a proeminência dos tratados sobre as leis (caso “Ekmekdjian”). A interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos deve guiar-se pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (causa “Mazzeo”).

No caso “Carranza Latrubesse”, o Alto Tribunal enfatizou que, em virtude do princípio da boa-fé, princípio do direito internacional público, se um Estado assina e ratifica um tratado internacional, especialmente se tratar-se de direitos humanos, como é o caso da CADH, tem obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações do órgão de proteção.

5.1 Paradigma interpretativo da OEA

Convém ressaltar que a OMS não possui mecanismos de proteção diretamente relacionados à responsabilização por danos à saúde. Hoje, somente a OEA e a ONU têm soluções práticas para os problemas públicos da saúde, chamados de mecanismos de constrangimento. A OMS só possui mecanismos de cooperação internacional.

No âmbito da OEA, ganham destaque os casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, entre os quais destacamos os seguintes.

5.2 O caso Ximenes Lopes X Brasil (2006)

Demanda da CIDH ante a Corte IDH por suposta violação dos direitos à vida, integridade pessoal, garantias judiciais e proteção judicial (obrigação geral de respeitar os direitos) – arts. 1.1, 4, 5, 8, 25, do citado instrumento inter-

nacional – em prejuízo do Sr. Ximenes Lopes, deficiente mental, hospitalizado em condições desumanas e degradantes, com violação à sua integridade física pelos trabalhadores da casa de repouso em que habitava e por sua posterior morte dentro da instituição, onde se realizava seu tratamento psiquiátrico, três dias depois de sua internação.

Na demanda, a Comissão solicitou à Corte IDH que declarasse a responsabilidade do Estado brasileiro pelos atos praticados e pela particular situação de vulnerabilidade em que se encontram as pessoas deficientes mentais, em relação à especial obrigação do Estado de proteger as pessoas que se encontram sob os cuidados de centros de saúde que funcionam dentro do Sistema Único de Saúde – SUS.

A Corte IDH concluiu que o Brasil havia violado o direito à vida e à integridade pessoal, em prejuízo de Ximenes Lopes e, entre outras medidas, determinou ao Estado desenvolver um programa de formação e de capacitação para o pessoal médico sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas que padecem de incapacidade mental, conforme os padrões internacionais relativos à matéria.

O caso Albán Cornejo e outros X Equador (2007). Demanda ante a Corte por parte da CIDH contra o Equador. Laura Susana Albán Cornejo deu entrada no Hospital Metropolitano, instituição de saúde privada em Quito, com quadro clínico de meningite bacteriana. Com fortes dores, foi-lhe ministrada, pelo médico residente, uma injeção de morfina. A paciente veio a falecer, supostamente devido à aplicação da injeção.

A Corte resolveu declarar, internacionalmente, o Estado como responsável pela violação do direito à integridade pessoal, em prejuízo dos pais de Laura, e determinou ao Equador que realizasse um programa para a formação e a capacitação dos operadores de justiça e profissionais da saúde, sobre os normativos que o Equador implementou relativos aos direitos dos pacientes e a punir os responsáveis por seu descumprimento.

O caso Suárez Peralta X Equador (2013). Melba del Carmen Suárez Peralta – falta de proteção judicial no processo penal contra os supostos responsáveis da má prática médica que afetou a vítima.

CIDH submeteu o caso ante a Corte IDH – a Corte considerou o Estado

responsável, internacionalmente, por violação do dever de garantia ao direito à integridade pessoal, reconhecido no art. 5.1 da Convenção, em relação com o art. 1.1 do citado instrumento, em prejuízo de Melba, sem declarar a violação específica do direito à saúde.

Os casos supracitados contribuíram para o reconhecimento do direito à saúde, por declarar, indiretamente, a responsabilidade do Estado, internacionalmente, pelo descumprimento dos deveres estatais, por omissão na fiscalização e na supervisão estatais das instituições de saúde, públicas ou privadas, onde as vítimas receberam tratamento médico prejudicial.

Para Furfaro (2014), os três pronunciamentos relativos a esses casos apresentam falha, por não haver sido declarada a violação específica do direito à saúde, de maneira individualizada e autônoma. Embora esse direito esteja transversal, nos três precedentes, e que, de fato, tenha sido afetado o direito à saúde, a Corte IDH decidiu não enfrentar análise específica sobre este direito. O autor vê essa atitude como miopia da Corte.

A posição do Comitê DESC do Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos é diferente da posição da Corte, segundo Furfaro (2014), posicionando-se claramente sobre a “atenção primária de saúde essencial, obrigação em virtude do Pacto” (FURFARO, 2014).

Desde seu primeiro pronunciamento indireto sobre o direito à saúde, no caso *Ximenes Lopes X Brasil*, até sua mais recente jurisprudência sobre a matéria, no caso *Suárez Peralta X Equador*, a própria Corte IDH tem explicado a estreita relação do dever de garantia do art. 1.1 com o art. 5.1 da CADH. A Corte tem enfatizado, reiteradamente, que “(...) o direito à integridade pessoal está direta e imediatamente vinculado com a atenção à saúde humana”. Por isso, o Tribunal tem destacado que a falta de atenção médica adequada pode levar à violação do art. 5.1 da CADH (FURFARO, 2014).

Segundo Furfaro (2014), a Corte IDH tem determinado reiteradamente que “ (...) a proteção do direito à integridade pessoal supõe a regulação dos serviços de saúde no âmbito interno, assim também a implementação de mecanismos para tutelar a efetividade de tal regulação”, como uma das implicações do padrão de proteção do direito à saúde, em conexão com o direito à integridade pessoal.

Na visão do autor, o Tribunal Interamericano tem decidido que, para cumprir a obrigação de garantir o direito à integridade pessoal em relação com o direito à saúde, os Estados devem estabelecer um marco normativo adequado, que regule a prestação de serviços de saúde, implementando-se padrões de qualidade para as instituições públicas e privadas, que permitam prevenir ameaças de violação à integridade pessoal.

O Estado deve prever mecanismos de supervisão e fiscalização estatal das instituições de saúde, como procedimentos de tutela administrativa e judicial para o prejudicado, cuja efetividade dependerá das ações da administração competente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho se propôs a conceituar direitos humanos, direitos fundamentais, direito à saúde, como direito humano e fundamental, e sua relação com o direito à vida, direito à integridade física e a um meio ambiente equilibrado e à sustentabilidade.

Os direitos fundamentais fazem parte das necessidades humanas básicas, a partir dos quais advêm todos os demais direitos. Uma sociedade desenvolvida e civilizada só pode existir a partir do pleno exercício dos direitos humanos fundamentais.

O direito à vida é o principal direito humano fundamental e dele é corolário direto o direito à saúde, o direito à integridade física e a um meio ambiente equilibrado e à sustentabilidade.

Não se pode sobrepor o direito à integridade física ao direito à saúde, como ocorreu nos pronunciamentos da Corte, em relação aos três casos emblemáticos citados nesse trabalho, em que a instituição evitou enfrentar, individualizadamente, o direito à saúde.

Se a própria Corte Interamericana admite a falta de hierarquia entre os direitos humanos fundamentais civis e políticos, em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, não há que se falar em minimizar a importância do direito à saúde, nem que se precise valer-se de algum direito civil para embasar pronunciamentos sobre lesões ao direito à saúde, dentro do marco dos direitos

econômicos, sociais e culturais.

Uma vez que o princípio da progressividade e a proibição de regressividade regem os direitos humanos fundamentais econômicos, sociais e culturais, incluído aí o direito à saúde, um direito social, é imprescindível considerar o direito à saúde, individualizada e autonomamente, assim também sua exigibilidade ou judicialidade, no âmbito nacional e internacional.

O Estado deve prever mecanismos de supervisão e fiscalização estatal das instituições de saúde, tanto públicas como privadas, e procedimentos de tutela administrativa e judicial, pois somente com esse controle efetivo, o direito à saúde, direito humano e fundamental, passará a ser levado a sério, de fato e de direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 21.^a edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 29 set 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm Acesso em 29 set 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livr. Almedina, 1991.

FURFARO, Lautaro. Capítulo 2. **El derecho a la salud em el Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos**. 2014.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016 (Série IDP: Linha direito comparado).

MÜLLER, Águeda. Capítulo 2. **La salud, um derecho humano. El derecho de la salud e los derechos humanos**. 2014.

OMS. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Documentos Básicos**. 48.^a edición. 2014.

_____. Office de las Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos. **El derecho a la Salud**. Folheto informativo n° 31. 2014b.

_____. Organización Mundial de la Salud, Water, sanitation and hygiene: Quantifying the health impact at nacional and local levels in countries with incomplete water supply and sanitation coverage, Environmental Burden of Disease Series, N° 15 - Ginebra, 2007.

ONU. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 26 jun. 2017.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**, 4.^a edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais** in Curso de Direito Constitucional, 6.^a edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

A SEGURANÇA ALIMENTAR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À ALIMENTAÇÃO

FOOD SECURITY IN CONSUMER RELATIONS: PUBLIC POLICIES FOR THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL SOCIAL FOOD LAW

*Danilo Henrique Nunes
Lucas de Souza Lehfeld*

*Data e Recebimento: 14/02/2018
Data de Aprovação: 10/08/2018*

RESUMO

Uma das grandes preocupações relacionadas à dignidade da pessoa humana em âmbito global consiste na alimentação dos indivíduos, aspecto considerado indispensável para o seu desenvolvimento, bem-estar, qualidade de vida, manutenção da saúde e da própria vida. O presente estudo busca analisar as políticas públicas de segurança alimentar nas relações de consumo como condição indispensável para a promoção do direito fundamental social à alimentação e concreção da cidadania, que é também condição para uma vida

Danilo Henrique Nunes, DHN; Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp, curso com conceito 4 no CAPES/MEC e professor universitário do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/SP e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP. Advogado.

Lucas de Souza Lehfeld, LSH; Professor-doutor orientador do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp, curso com conceito 4 no CAPES/MEC. Advogado.

saudável e digna. Respalhada em autores que já analisaram essa temática, o estudo consiste em uma abordagem da questão alimentar com base nos preceitos jurídicos e sociais, buscando analisar os parâmetros atuais envolvendo a Segurança Alimentar e o Direito Humano à Alimentação Adequada, bem como as ações realizadas pelo Estado com o intuito de efetivar tais direitos. A pesquisa orientou-se pelo método dedutivo, com fulcro em livros, artigos científicos e publicações especializadas, resultando, por fim, na necessidade imperiosa do desenvolvimento e aperfeiçoamento de políticas públicas de segurança alimentar com vistas à concreção de direitos de cidadania.

PALAVRAS-CHAVE

Segurança Alimentar; Relações de Consumo; Direito Humano à Alimentação Adequada; Políticas Públicas. Cidadania.

ABSTRACT

One of the major concerns related to the dignity of the human person at a global level is the feeding of individuals, an aspect considered indispensable for their development, well-being, quality of life, maintenance of health and life itself. The present study seeks to analyze public policies on food safety in consumer relations as an indispensable condition for the promotion of the fundamental social right to food and concretion of citizenship, which is also a condition for a healthy and dignified life. Backed by authors who have already analyzed this theme, the study consists of an approach to the food question based on legal and social precepts, seeking to analyze the current parameters involving Food Security and the Human Right to Adequate Food, as well as the actions carried out by the State with the purpose of effecting such rights. The research was guided by the deductive method, with a focus on books, scientific articles and specialized publications, resulting, finally, in the imperative need to develop and improve public food security policies with a view to realizing citizenship rights.

KEYWORDS

Food Security; Consumer Relations; Human Right to Adequate Food; Public policy. Citizenship.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos são amplamente valorizados na contemporaneidade, visto que os mesmos são contemplados pela perspectiva de oferecimento das condições básicas de vida a todos os seres humanos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Dentro dos Direitos Humanos, encontram-se o direito à vida, liberdade, saúde, educação, moradia e, evidentemente, um direito amplamente relacionado à qualidade de vida e ao bem-estar, bem como à própria saúde e segurança do indivíduo humano: O direito à alimentação.

A alimentação é uma atividade indispensável para a sobrevivência do ser humano, sendo responsável pelo desenvolvimento do indivíduo. Dentro desse contexto, além de ser considerada um direito humano, a alimentação é considerada um direito fundamental social. Todavia, não basta que os indivíduos tenham acesso aos alimentos, mas também que os alimentos sejam adequados para a manutenção da vida humana.

A partir de tais entendimentos, são fundamentadas perspectivas envolvendo a Segurança Alimentar e o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA), preceitos de ampla preocupação internacional no âmbito alimentar, social e jurídico para toda a humanidade. Conforme apontado na Política Nacional de Segurança Alimentar brasileira, todos os indivíduos que vivem no território nacional devem ser beneficiados pelos esforços públicos realizados no sentido de assegurar uma alimentação de qualidade.

O presente estudo busca analisar a Segurança Alimentar e o Direito Humano à Alimentação Adequada dentro de diferentes contextos, sendo que o principal contexto diz respeito à segurança alimentar nas relações de consumo, sobretudo diante dos elementos dispostos no Código de Defesa do Consumidor (CDC) nas relações de consumo. Ademais, destacam-se ainda outras políticas públicas concentradas no âmbito do oferecimento da segurança alimentar e do acesso ao direito de alimentação adequada a todos os indivíduos, como os programas que buscam o oferecimento de alimentos adequados para os indivíduos, bem como a Política Nacional de Segurança Alimentar como um todo.

2 O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA) SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

A necessidade alimentar é certamente a necessidade humana prioritária no que tange ao cuidado com o corpo e à sobrevivência, sendo imperativo que tal necessidade seja suprida, como condição de um mínimo existencial exigível para o desenvolvimento da vida com dignidade, o que requer que tal necessidade seja tratada como um direito do indivíduo e um dever da sociedade e do Estado, de sorte que a pessoa humana seja tratada com dignidade.

2.1. A fome e a questão alimentar no mundo

A fome, ao longo da história humana, foi sempre um problema a ser enfrentado. A luta pela sobrevivência exige em primeiro lugar a satisfação das necessidades mais básicas, sendo que a necessidade de alimentação está em primeiro lugar nesta escala.

Não obstante nunca se tenha produzido tantos alimentos, em razão do avanço científico e tecnológico, o problema da fome no mundo continua a ser uma realidade.

A Organização das Nações Unidas divulgou em 2017 um relatório da situação da fome no mundo até o ano de 2016. A seguir a transcrição de parte do conteúdo do relatório:

El hambre en aumento

Tras un descenso prolongado durante más de una década, el hambre en el mundo parece estar aumentando de nuevo, afectando a un 11% de la población mundial.

El hambre en el mundo aumenta: se estima que el número de personas subalimentadas pasó de 777 millones a 815 millones en 2016

Junto con el aumento de la proporción de la población mundial que padece hambre crónica (prevalencia de la subalimentación), el número de personas subalimentadas en el mundo

también aumentó hasta los 815 millones con respecto a los 777 millones de 2015. ¹

Dentre as causas do aumento da fome são apontados os conflitos armados, que tem gerado um alto número de refugiados, além da escassez de alimentos para aqueles que permanecem nas zonas de conflito, as mudanças climáticas que afetam a produção de alimentos, atingindo de forma mais drástica as regiões mais pobres e com menos recursos tecnológicos para o desenvolvimento de uma agricultura capaz de enfrentar estas mudanças na natureza, e crise econômica.

Dentre os principais dados do relatório podemos destacar os seguintes:

Fome e segurança alimentar

O número total de pessoas com fome no mundo é de 815 milhões:

Na Ásia: 520 milhões

Na África: 243 milhões

Na América Latina e no Caribe: 42 milhões

Porcentagem da população mundial vítima da fome: 11%

Ásia: 11,7%

África: 20% (Na África Ocidental: 33,9%)

América Latina e Caribe: 6,6%

Má nutrição em todas as suas formas

Crianças menores de 5 anos que sofrem com atraso no crescimento (estatura baixa para idade): 155 milhões;
Desses, os que vivem em países afetados por distintos níveis de conflitos: 122 milhões;

Crianças menores de 5 anos que estão com o peso abaixo do ideal para a estatura: 52 milhões;

Número de adultos obesos: 641 milhões (13% do total de adultos do planeta);

¹ FAO – Organización de Las Naciones Unidas para la alimentación e La Agricultura. **Cuánto nos falta para alcanzar el Hambre Cero? El estado de La seguridad alimentaria y La nutrición em el mundo 2017**. Acesso em 25 de abril de 2.018. Disponível em <http://www.fao.org/state-of-food-security-nutrition/es/>. Acesso em 10.10.2018.

Crianças menores de 5 anos com sobrepeso: 41 milhões;
Mulheres em idade reprodutiva afetadas por anemia: 613 milhões (cerca de 33% do total).²

2.2. A fome e a questão alimentar no Brasil

No caso do Brasil, como observa Patrícia Piacentini, apud Belik, “segundo o documento da ONU, o Brasil reduziu em 82,1% o número pessoas subalimentadas no período de 2002 a 2014. A queda é superior à média da América Latina, que foi de 43,1%, apresentando ainda um total de 3,4 milhões de pessoas subalimentadas.”³

Ainda, segundo Piagentini

Uma parte das pessoas que teria dificuldade de acesso aos alimentos se beneficia de programas públicos, como o programa nacional de merenda escolar, que atende 42 milhões de crianças todos os dias. Pelos dados teóricos, pode ser que essas crianças estivessem passando fome, mas na prática não estão”, completa.

Para a ActionAid, o Brasil é o melhor exemplo de disposição para o enfrentamento da fome e da pobreza. “A vontade política foi fundamental, mas já havia mobilização em parte da sociedade que se recusava a aceitar a fome como um fenômeno natural, como determinados setores queriam fazer crer. E, na década de 1990, isso eclodiu com muita força com a Campanha contra a Fome”, afirma Menezes.

A determinação em aplicar políticas públicas para enfrentar o problema foi o elemento que faltava para o país obter os resultados agora reconhecidos por organismos internacionais, inclusive a ONU, que indicou que o Brasil saiu do Mapa da Fome Mundial.⁴

² ONUBR – Nações Unidas no Brasil. **ONU – após uma década de queda, fome volta a crescer no mundo**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/onu-apos-uma-decada-de-queda-fome-volta-a-crescer-no-mundo/>. Acesso em 25 de abril de 2018.

³ PIACENTINI, Patrícia. A fome no mundo. Apesar do avanço na produção de alimentos, 795 milhões de pessoas ainda passam fome segundo a ONU. In: **Revista Pré-Univesp**, n. 61, dez. 2016/jan. 2017. Disponível em <http://pre.univesp.br/a-fome-no-mundo#.WuDD9n9G2Uk>. Acesso em 25 de abril de 2018.

⁴ PIACENTINI, Patrícia. Op. cit.

Assim, não obstante avanços significativos nas duas últimas décadas no Brasil, o fato é que ainda temos um significativo déficit de pessoas em condição de subalimentação, enquanto o problema é gravíssimo em muitas outras áreas do mundo, e exige uma ação por parte dos estados constituídos e dos organismos internacionais no sentido de combater a fome e possibilitar uma adequada alimentação às pessoas.

2.3. O direito humano à alimentação adequada

O Direito Humano à Alimentação Adequada, conforme apontado por Conti e Piovesan (2007) é um direito assegurado a todo o ser humano na condição de sua própria existência, sendo considerados direitos inalienáveis e independentes de qualquer legislação específica em âmbito nacional, estadual, municipal ou distrital, estando associado ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos próprios Direitos Humanos, a partir da organização da humanidade no planeta Terra.

Considerando a história da humanidade, são diversas as transformações sofridas pela sociedade, pela política, pela economia, dentre outras áreas, que de uma ou outra forma afetam e impactam as atividades e vidas humanas. É primordial compreender o percorrer da história para entender a necessidade de estabelecimento dos direitos humanos. Apesar de se tratarem de direitos que supostamente deveriam ser naturais ao homem, o determinar de proteção aos direitos humanos foi incorporado e desenvolvido com o passar do tempo, resultado de conflitos e estudos teóricos, fortalecidos pela resistência a práticas abusivas regulares. Bobbio reconhece:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p.5)

O próprio termo 'direitos humanos' já foi e ainda é alvo de discussões fomentadas pela falsa sensação de obviedade acerca de seu significado

literal. Estas falsas deduções, porém, podem ser culpadas por obstaculizar a compreensão acerca do real objetivo da garantia destes direitos. Pode-se compreender que direitos humanos sejam aqueles indiscriminadamente oferecidos ao ser humano pelo simples fato de fazer parte da espécie. Em tese os preceitos são estes, contudo há de se considerar as diversas particularidades existentes nas relações humanas, responsáveis pela exclusão e afastamento de diversos indivíduos por conta de socialização, divergências políticas, contextos históricos, entre outros (CHAUÍ, 1989).

Não é correto afirmar que a sociedade nasceu já possuidora/detentora destes ditos direitos humanos, muito pelo contrário: a percepção de necessidade de consolidação manifestou-se em consonância com a decorrência de alguns acontecimentos marcantes na história da humanidade, como revoluções, situações econômicas, aspectos políticos e demais outros agentes de perturbação em grandes níveis (ANTUNES, 2005). E, ainda que os direitos fossem claros desde o princípio, é evidente a indispensabilidade de um cuidado maior relativo a estas questões; não fosse indispensável as reivindicações sequer teriam motivos para serem requeridas primeiramente.

Os direitos fundamentais, por sua vez, surgem como consequência da sequência de aprovação dos direitos humanos, legisladores daqueles direitos julgados como naturalmente pertencentes ao ser humano. Canotilho (1998) esclarece os conceitos:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1998, p. 259).

Conti e Piovesan (2007) apontam que o Direito Humano à Alimentação

Adequada (DHAA) é contemplado em uma perspectiva que envolve tanto os Direitos Humanos quanto os Direitos Fundamentais e Sociais em um contexto verdadeiramente aplicável. Os autores apontam que os Direitos Humanos devem abranger todos os pressupostos básicos para que os homens vivam dignamente, como o acesso à saúde, educação, moradia e o próprio direito à alimentação, os quais são contemplados de modo universal, inalienável, interdependentes e inter-relacionados.

Gamba e Montal (2010), no mesmo sentido, apontam que o direito humano à alimentação não é concebido tão somente como uma responsabilidade local, sendo considerado uma responsabilidade global, justamente por tratar de um direito humano. Assim, devem ser empregados esforços em âmbito internacional para que se cumpram os preceitos fundamentais que asseguram que todos os indivíduos possam ter acesso à uma alimentação adequada e de qualidade.

Piovesan (2007), no mesmo sentido, contempla que a proteção dos direitos humanos não deve ser dependente do domínio estatal, uma vez que os mesmos são concebidos como interesses, necessidades e responsabilidades internacionais. A proteção de direitos como o Direito à Alimentação Adequada, de tal forma, advém de tratados internacionais que versam sobre a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, invocando um consenso internacional acerca dos temas centrais aos direitos humanos, buscando salvaguardá-los.

Conforme apontado anteriormente, os direitos humanos são conquistas históricas da humanidade. O Direito à Alimentação Adequada, no mesmo sentido, é enquadrado como um componente dos direitos humanos, no sentido que:

As necessidades humanas relacionadas à alimentação e à nutrição começaram a ser percebidas como direito do ser humano dentro do direito humanitário (Convenção de Genebra de 1864), quando se identificou o poder sobre o alimento como forma de dominação de um ser humano sobre outro, de um Estado sobre outro, enfim, como arma de guerra. O direito humanitário tem suas raízes na “consciência do mundo”, também chamada “consciência pública” ou, mais especificamente, “consciência de identidade” (GAMBA; MONTAL, 2010, p. 66).

Siqueira (2011) também ressalta que o acesso a alimentos adequados, não padecer de fome e desnutrição é um direito humano, sendo considerado direito prioritário pela Organização das Nações Unidas (ONU). A ausência de uma boa alimentação, composta pelas calorias mínimas necessárias para a manutenção da vida humana pode ser desencadeada por inúmeros fatores, sobretudo devido às questões econômicas e ao fornecimento de alimentos contaminados nos países mais pobres. O Direito à Alimentação Adequada, assim, é indispensável para a sobrevivência, crescimento físico, desenvolvimento mental, desempenho, produtividade, saúde e bem-estar.

Nesse sentido:

Como desdobramento da forma de tratamento primordial dada à preservação da vida e da dignidade humana pela Constituição Federal de 1988 pode-se afirmar a necessária tutela da saúde e, desta, é que se pode afirmar a existência de um direito fundamental à alimentação, seja de forma explícita como muitas vezes aparece no ordenamento jurídico brasileiro ou implícito nos textos legais pátrios (SIQUEIRA, 2011, p. 52).

O direito fundamental/humano a uma alimentação adequada é reconhecido em diversos instrumentos internacionais a partir de sua previsão original do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde é avaliado a partir do fomento ao direito a um padrão de vida, sendo reafirmado pelo artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CARVALHO, 2012).

Em sua segunda dimensão, o direito fundamental à alimentação constitui-se como um direito social, de modo que:

O direito fundamental à alimentação constitui um direito de segunda dimensão, denominado de direito social. A nota distintiva deste direito é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar um direito de participar do bem-estar social. O que caracteriza este direito é a sua dimensão positiva, dado que objetiva não mais obstar

as ingerências do Estado no âmbito das liberdades individuais, mas exigir do Estado a sua intervenção para atender as crescentes necessidades do indivíduo. São direitos de crédito porque, por meio deles, o ser humano, passa a ser credor das prestações sociais estatais (CARVALHO, 2012, p. 182).

Esse é um dos elementos fundamentais sob o qual é concebido o presente estudo, uma vez que, ainda que o Direito à Alimentação Adequada independa de legislações nacionais, municipais, distritais e estaduais, é dever do Estado promover ações para objetivar o alcance de tal direito humano, fundamental e social.

Dentro desse contexto, Gamba e Montal (2010) apontam que o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais não se dá tão somente nos documentos internacionais, mas também nas numerosas constituições, de modo que as garantias envolvendo esses direitos não se esgotam no plano interno estatal, diante da existência do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e seu órgão de monitoramento (Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas – CDESC), o qual afirma que o direito a uma alimentação adequada está indissociavelmente vinculado à dignidade da pessoa humana e da própria justiça social, dado que requer a adoção de políticas econômicas, ambientais e sociais adequadas nos planos nacional e internacional, direcionadas para a erradicação da pobreza e o alcance de todos os direitos humanos aplicáveis a todos os indivíduos.

De acordo com Carvalho (2012), não basta simplesmente que o indivíduo tenha acesso ao alimento para que tal direito seja efetivado, uma vez que a formulação do direito fundamental é concebida de maneira inseparável ao direito humano à nutrição, de modo que o alimento só atinge aos objetivos para a efetivação de tal direito quando o ser humano se encontra nutrido, saudável, digno e cidadão. Por isso, o direito à alimentação é condicionado aos direitos fundamentais sociais e humanos, ou seja, concebido tal direito como o “Direito à Alimentação Adequada.

Assim:

O Estado tem um vasto campo em que deve atuar para a concretização do direito a alimentação adequada das pessoas

com deficiência. Seja realizando campanhas de conscientização e instrução, seja fiscalizando o cumprimento das normas, aqui se destacando entre outras as de direito do consumidor, bem como, se necessário, no fornecimento de alimentos especiais, o que importa é que o Estado não pode ser omisso nesses casos, mas sim deve envidar esforços para facilitar o acesso dessas pessoas à alimentação necessária e da forma adequada, com o fim precípua de garantir a elas uma existência digna. O texto constitucional de 1988 cuidou de trazer expressamente a previsão quanto ao direito fundamental à alimentação, e o fez no artigo 6º daquele diploma (SIQUEIRA, 2011, p. 53).

A partir de tal contextualização, torna-se possível aprofundar a Segurança Alimentar nas relações de consumo, sob a perspectiva do entendimento do Direito à Alimentação Adequada como um direito humano e fundamental social.

3 A SEGURANÇA ALIMENTAR: CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A Segurança Alimentar pode ser caracterizada pela garantia de todos ao acesso de alimentos de qualidade, em quantidade suficiente e de modo permanente, com base em práticas saudáveis e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais e nem comprometer o sistema alimentar futuro (BERALDO, 2009). A concepção de segurança alimentar está intimamente relacionada à construção do bem-estar social e equidade em relação ao acesso ao alimento. O conceito, de tal forma, está relacionado ao próprio conceito de sustentabilidade, que diz respeito às satisfações da geração presente sem comprometer as necessidades de gerações futuras.

Para Manglia (2009) a segurança alimentar era compreendida como uma política consistente na armazenagem estratégica, segura e adequada de alimentos, e não como um direito de todo o ser humano a ter acesso a uma alimentação saudável, de modo que seu foco tradicional estava no alimento e não no ser humano propriamente dito. Entretanto, a autora ressalta que o con-

ceito passou a ganhar um novo corpo a partir de 1983, quando a Organização de Alimentos e Agricultura das Nações Unidas (FAO) apresentou um conceito de segurança alimentar baseado em três objetivos: (1) oferta adequada de alimentos; (2) estabilidade da oferta e dos mercados de alimentos; (3) segurança no acesso aos alimentos ofertados.

A autora supramencionada destaca ainda que a sustentabilidade passou a ser incorporada no conceito da segurança alimentar a partir da década de 1990, em meio às constantes discussões acerca do meio ambiente, englobando em seu conceito as noções de alimento seguro, qualidade do alimento, balanceamento da dieta, informações sobre os alimentos e opções de hábitos alimentares em modos de vida. O conceito de segurança alimentar, assim, passou a ser inserido no contexto do direito à vida, à dignidade, à autodeterminação e à satisfação de outras necessidades básicas, sendo estimulada a partir da assistência ao uso adequado de água, saneamento, saúde pública, aleitamento e cuidado no preparo dos alimentos.

É neste sentido que nos remete o último relatório das Nações Unidas sobre a segurança alimentar no mundo.

La seguridad alimentaria es solo un factor determinante de los resultados nutricionales, especialmente en lo referente a los niños. Hay otros factores que influyen a este respecto. Entre ellos, cabe citar los siguientes: el nivel de educación de las mujeres; los recursos asignados a las políticas y programas nacionales de nutrición de madres, lactantes y niños pequeños; el acceso a agua limpia, saneamiento básico y servicios de salud de calidad; el modo de vida; el entorno alimentario; y la cultura⁵.

Santos (2011) aponta que a regulamentação da segurança alimentar em âmbito nacional é promovida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), legislação que visa a organização do mercado, preservação e fiscalização das relações consumeristas, além da organização de órgãos e entidades que tratam

⁵FAO – Organización de Las Naciones Unidas para la alimentación e La Agricultura. *¿Cuánto nos falta para alcanzar el Hambre Cero? El estado de La seguridad alimentaria y La nutrición em el mundo 2017*. Op. cit.

do monitoramento das exigências para a segurança alimentar e segurança dos direitos do consumidor de alimentos, como o Ministério da Saúde, a Anvisa e o Ministério da Agricultura.

O parágrafo 6º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) faz valer da segurança alimentar, considerando que:

Art. 18. [...]

§ 6º São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

O artigo 9º do referido diploma legislativo, ademais, impõe sanção aos fornecedores que tem conhecimentos acerca dos danos que podem ser provocados por um determinado produto à saúde e ainda assim disponibilizam tal produto no mercado sem a prestação de esclarecimento ao consumidor:

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

De acordo com Santos (2011) é indispensável que sejam contempladas também as condições sob as quais o comerciante armazena ou expõe a venda de um produto, com embalagens que não possam ser danificadas e com o produto alimentar não sendo exposto a qualquer risco de contaminação ou deterioração. Para reforçar as medidas de segurança alimentar, assim, o fornecedor imediato de produtos *in natura*, tem responsabilidade direta perante o consumidor quanto à devida qualidade do produto. De tal modo, o CDC promove em âmbito nacional a formalização da segurança alimentar no âmbito legal, protegendo os indivíduos de abusos e de alimentos que possam colocar em risco sua saúde, segurança e bem-estar, atendendo aos preceitos do Direito à Alimentação

Adequada. O autor, entretanto, levanta uma questão importante:

A ação em conjunto dessas atividades com a ANVISA oferece maior proteção aos consumidores que possuem informações necessárias para acautelar seus direitos e adquirem maior proximidade com os órgãos de proteção. Ocorre que, na conjuntura atual deparamos com a falta de interação entre o poder público, sociedade civil, projetos específicos voltados para a educação da comunidade e fiscalização dos gêneros alimentícios (SANTOS, 2011, p. 343).

Diante de tal constatação, é importante destacar os ensinamentos de Bobbio (1992), o qual contempla que é característica do Estado Democrático de Direito atender à vontade geral, uma vez que a vontade de todos comanda cada um, sendo necessário colocar o Estado de modo permanentemente proativo em função de toda sociedade como um todo. Dentro desse contexto, o Estado deve empregar esforços para assegurar a Segurança Alimentar e o direito fundamental social e humano à uma alimentação de qualidade. Tais ações podem ser traduzidas através das políticas públicas, conforme será apresentado no capítulo seguinte.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA ALIMENTAR E DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

A formulação e execução de políticas públicas de segurança alimentar e garantidoras do direito à alimentação é de fundamental importância para a concretização do direito fundamental a alimentos e, por consequência, dos direitos de cidadania, tendo em vista que estar bem alimentado é condição *sine qua non* para que o indivíduo possa se desenvolver, lutar por seus direitos, e se ver de forma efetiva como cidadão.

4.1 Caracterização de Políticas Públicas

Para que possa ser analisada a ação estatal para a concretização da segurança alimentar e do direito à alimentação adequada, é indispensável que se-

jam analisadas as políticas públicas em caráter geral. Apesar de em sua sintaxe o significado ser claro, existe mais de uma compreensão acerca do significado de Políticas Públicas. Por conseguinte, é difícil apontar qual seria o significado correto. Noções de certo e errado divergem conforme autoria e de acordo com pontos de vista. Mead (1995), por exemplo, clarifica as políticas públicas como sendo aquelas implantadas pelos governos para promover ações que influenciarão diretamente no cotidiano do povo.

Já Souza (2006) aponta outro ponto de vista, onde coloca como ponto principal das políticas públicas a necessidade de ofertar resposta para questionamentos acerca de quem sai ganhando com elas, por qual motivo e qual diferença de fato fará para a sociedade. Esta aproximação bota em um pedestal o racionalismo acerca dos procedimentos empenhados pelas políticas públicas e por vezes sofre retaliação por parte de demais teóricos, defendendo estes que assim perde-se o âmago das políticas públicas e todas as ideias que a permeiam. A abordagem em questão foca no governo, diminuindo a importância do agente principal impactado pelo resultado das políticas públicas: o povo.

O autor supramencionado ainda discorre sobre os teóricos que explicam as políticas públicas como um solucionador de problemas que aparecem dentro da sociedade. A política pública nada mais é, então, do que uma implementação para amenizar ou findar problemas públicos. Lowi (1964) foi o responsável por denominar um dos mais famigerados conceitos de políticas públicas, considerando que a política pública faz a política. A frase em questão traz como significado que determinadas políticas públicas terão ou não apoio de maneiras diferenciadas e as deliberações acerca delas caberão a diferentes setores, conforme suas necessidades. O autor ainda revela que, para ele, a política pública dispõe de quatro modelos, sendo que o primeiro deles diz respeito às políticas públicas distributivas, aquelas geridas pelos governos, onde a contenção de recursos não é considerada em primórdio e os impactados por seu resultado são mais um certo grupo de indivíduos e menos um coletivo inteiro.

Ainda de acordo com o autor supramencionado, sequencialmente existem as políticas regulatórias, estas sim mais plenas aos olhos da população, geridas por grupos de interesse, políticos e processos burocráticos. Em terceiro lugar aparecem as políticas redistributivas, sendo as maiores responsáveis por

um impacto geral em um número considerável de cidadãos. As políticas redistributivas podem significar o motivo de perdas concretas ou ganhos futuros para determinados círculos, sendo representadas pelas políticas sociais universais, o sistema previdenciário e tributário, sendo elas, por sua complexidade e proporção, as que possuem o andamento em maior nível de dificuldade. Por fim existem as políticas constitutivas, aquelas responsáveis por desempenhar processos ligados aos procedimentos. Estes quatro modelos de política reunidos estabelecem conjuntos divergentes que se posicionam de acordo ou contra e se desenvolvem dentro do sistema político de acordo com isto.

Concebe-se, então, que o Estado é um agente responsável por realizar ações para entregar ao civil aquilo que previamente foi decidido pelos poderes pertinentes. Boneti (2007) expõe sua opinião sobre as definições de políticas públicas ao elaborar que:

Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil. Tais relações determinam um conjunto de ações atribuídas à instituição estatal, que provocam o direcionamento (e/ou o redirecionamento) dos rumos de ações de intervenção administrativa do Estado na realidade social e/ou de investimentos (BONETI, 2007, p.74).

As políticas públicas são elaboradas para sanar as necessidades do povo e oferecer aos menos abastados condições para se tornar membro ativo da sociedade, entretanto os interesses que correm por de trás da formulação destas políticas também visam beneficiar os que possuem maior parcela de poder.

Guareschi (2004, p. 180) apresenta em sua obra outra maneira de denominar as políticas públicas, como “O conjunto de ações coletivas voltadas para a garantia dos direitos sociais, configurando um compromisso público que visa dar conta de determinada demanda, em diversas áreas. Expressa a transformação daquilo que é do âmbito privado em ações coletivas no espaço público”. O autor defende que as políticas públicas tratam de transformar o que é assunto privado de cada cidadão em um aspecto de preocupação coletiva e pública,

promovendo ações que garantirão os direitos dos indivíduos perante a sociedade geral.

Em sentido estrito, podemos compreender as políticas públicas como uma área do conhecimento que visa exclusivamente analisar a ação governamental e demandar que o governo exerça alguma ação acerca de determinada matéria pertinente a sociedade, além de propor alterações para tais ações de modo que elas possam ser mais produtivas de acordo com o clamor público. O processo de formulação de política pública é uma forma através do qual os governos traduzem seus propósitos em programas e ações, produzindo resultados ou mudanças desejadas na sociedade (SOUZA, 2003). Política Pública, assim, pode ser compreendida como tudo aquilo que o governo faz ou deixa de fazer.

4.2 As Políticas Públicas para a Segurança Alimentar em Âmbito Nacional

Santos et al. (2007) analisaram o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) (instituído pela lei nº. 6.231/76 e do DL nº. 5/91), priorizando o atendimento aos trabalhadores de baixa renda (que usufruem de uma renda de 5 salários mínimos ao mês). O PAT tem dentre seus objetivos melhorar as condições nutricionais e qualidade de vida dos trabalhadores, oferecendo benefícios para a Pessoa Jurídica optante pelo mesmo. Entretanto, os autores, ao analisarem tal política pública identificaram que:

O PAT em sua origem não contemplou a educação alimentar nas suas diretrizes básicas. Essa lacuna só foi preenchida recentemente. Uma cartilha sobre educação alimentar elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego foi distribuída. Fruto das discussões do Grupo Temático de Educação Alimentar, constituído no âmbito da Comissão Tripartite, a cartilha tem como pano de fundo o quadro nutricional atual da população brasileira. A inserção da educação alimentar reflete uma tentativa de deslocar a alimentação do trabalhador do foco genuinamente energético para um enfoque de promoção à saúde e/ou prevenção de enfermidades (SANTOS et al., 2007, p. 1942-1943).

De acordo com o diagnóstico promovido pelos autores supramencionados, ainda que mudanças importantes tenham sido introduzidas no programa, é indispensável que a avaliação do PAT se constitua como uma atividade básica e contínua por parte do governo buscando assegurar a Segurança Alimentar dos trabalhadores beneficiados pela política pública, permitindo uma reorientação a partir das falhas evidenciadas na formulação de tal política, sobretudo conscientizando os trabalhadores quanto às concepções envolvidas no direito à alimentação adequada.

Já Gonçalves et al. (2011) buscaram analisar as políticas públicas de segurança alimentar no Brasil a partir do Programa Restaurantes Populares, introduzido no Brasil a partir da década de 1990 através da implantação de unidades de alimentação em centros urbanos e em locais onde há a ampla circulação de indivíduos sob risco de integração alimentar, assegurando o fornecimento de alimentos de qualidade para a população de baixa renda, oferecendo refeições prontas, balanceadas no quesito nutricional, com cardápios variados constituídos de processos seguros de manuseios a preços acessíveis, agregando dignidade ao ato de se alimentar. Em sua análise, os autores evidenciaram que:

A implementação de uma política pública de segurança alimentar demanda um conjunto de programas articulado com outras ações de garantia da segurança alimentar e nutricional, como projetos e ações de inclusão social e assistência, merenda escolar e distribuição de alimentos à população carente, de forma a potencializar efetividade e eficácia dos programas. Embora a cobertura dos restaurantes populares ainda seja baixa em relação à população em situação de insegurança alimentar no país, os dados permitiram uma avaliação preliminar da efetividade da política pública (GONÇALVES et al., 2011, p. 109).

De tal modo, embora sejam evidenciados fatores que condicionam à uma necessidade de melhoria do Programa Restaurantes Populares (sobretudo devido à sua cobertura e alcance do público-alvo), tal política pública é considerada uma das principais em âmbito nacional, devendo sua implementação ser constante para que resultados mais positivos sejam alcançados.

Diante da análise de tais políticas públicas, cumpre-se, por fim, analisar ainda o DL nº. 7.272, que cria o Sistema Nacional de Segurança Nutricional (SISAN), buscando assegurar o direito humano à alimentação adequada, além de instituir a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN). Conforme disposto no artigo 5º da referida legislação, a PNSAN deve contemplar todas as pessoas que vivem no território nacional. Abaixo, são apresentados seus principais objetivos:

Art. 4º. Constituem objetivos específicos da PNSAN: I - identificar, analisar, divulgar e atuar sobre os fatores condicionantes da insegurança alimentar e nutricional no Brasil; II - articular programas e ações de diversos setores que respeitem, protejam, promovam e provejam o direito humano à alimentação adequada, observando as diversidades social, cultural, ambiental, étnico-racial, a equidade de gênero e a orientação sexual, bem como disponibilizar instrumentos para sua exigibilidade; III - promover sistemas sustentáveis de base agroecológica, de produção e distribuição de alimentos que respeitem a biodiversidade e fortaleçam a agricultura familiar, os povos indígenas e as comunidades tradicionais e que assegurem o consumo e o acesso à alimentação adequada e saudável, respeitada a diversidade da cultura alimentar nacional; e IV - incorporar à política de Estado o respeito à soberania alimentar e a garantia do direito humano à alimentação adequada, inclusive o acesso à água, e promovê-los no âmbito das negociações e cooperações internacionais.

De tal modo, a promoção de políticas públicas que visam a segurança alimentar e o acesso aos alimentos adequados é uma das prioridades do Estado brasileiro. Essas políticas públicas sempre devem contemplar as pessoas em situação de vulnerabilidade ou as que não encontram situações favoráveis para a obtenção dos alimentos adequados à manutenção de suas vidas. O Estado, assim, se posiciona dentro do contexto das políticas públicas em Segurança Alimentar, visando a tomada de ações concretas que traduzem o direito a uma alimentação adequada como direito fundamental social e direito humano.

5 CIDADANIA E SEGURANÇA ALIMENTAR NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Uma característica destacada de nossa sociedade é ser uma sociedade de consumo.

Como bem observa Zigmunt Bauman, enfrenta-se na sociedade líquido-moderna um embate entre o *indivíduo* e o *cidadão*. Segundo ele a “individualização” na sociedade líquido-moderna alcançou um significado diferente do sentido semântico que o termo adquiriu no início do pensamento liberal, pois a “individualização” consiste em transformar a “identidade” humana de um “dado” em uma “tarefa e encarregar os atores da responsabilidade de realizar essa tarefa e das consequências de sua realização. (BAUMAN, 2014).

Assim afirmar Bauman que a individualização “consiste no estabelecimento de uma autonomia *de jure* (independentemente de a autonomia de *fato* também ter sido estabelecida)⁶.

Para Bauman esta potencialização do indivíduo traz graves consequências para a cidadania.

Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público. O “público” é colonizado pelo “privado”; o “interesse público” é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As “questões públicas” que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis.

Não obstante a grande facilidade de interação através de inúmeros processos comunicativos, de fato, tem ocorrido um esvaziamento da participação efetiva nas questões de ordem pública, sendo que alguns instrumentos

⁶ BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 44.

de comunicação como WhatsApp e Facebook acabam sendo instrumentos de manipulação, de difusão de *fake news*, de difusão de intimidades de pessoas públicas e privadas, mas pouco utilizados de forma inteligente e reflexiva para a discussão das questões relativas à vida pública, sendo em alguns momentos instrumentos de imbecilização das pessoas.

A colonização do espaço público pelo privado é constante, e os programas governamentais de reforma trabalhista e da previdência, por exemplo, não foram objeto de debate público na mídia, antes, esta foi usada tão somente como meio propagandístico, uma vez que os programas que trataram desta temática convidavam participantes que necessariamente concordavam com o proposto, sem que houvesse a possibilidade do contraditório, o que acabava em grande medida repercutindo no Facebook e WhatsApp, o mesmo ocorrendo com outras matérias afetas às questões políticas e jurídicas.

Entretanto, Bauman é categórico ao afirmar que

O indivíduo *de jure* não pode se tornar indivíduo *de facto* sem antes tornar-se *cidadão*. Não há indivíduos autônomos sem uma sociedade autônoma, e a autonomia da sociedade requer uma auto constituição deliberada e perpétua, algo que só pode ser uma realização compartilhada de seus membros.⁷

Ou seja, a construção da autonomia passa necessariamente pela participação política, pela cidadania, não podendo ser uma construção individualizada, mas exigindo o entrelaçamento de vontades e de propósitos, enfim, uma realização compartilhada.

Conclui Bauman que “indivíduos que reaprenderam capacidades esquecidas e reapropriaram ferramentas perdidas da cidadania são os únicos construtores à altura da tarefa de erigir essa ponte em particular”.⁸

Para Bauman, numa sociedade de consumidores, “Consumir, portanto, significa investir na afiliação social de si próprio, o que , numa sociedade de

⁷ BAUMAN, Zigmunt. Op. Cit. p. 55.

⁸ BAUMAM, Zigmunt. Idem, Ibidem, p. 56.

consumidores, traduz-se em “vendabilidade”.⁹

Para Bauman, na sociedade de consumo todos são transformados em mercadoria, que devem se fazer vendáveis para que possam ser consumidores, sendo que aqueles que não conseguirem se vender e, por via de consequência, consumir, devem ser considerados “inválidos”, marcados para a exclusão, e isto de forma irrevogável, sem apelação, sendo denominados de “consumidores falhos”. Ou seja, todo o ônus recai sobre o consumidor.

Bauman é bastante incisivo ao afirmar que o objetivo principal do consumo numa sociedade de consumidores “não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas a comodificação ou recomodificação do consumidor: *eleva a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis*”¹⁰.

Bauman é bastante cético em relação à cidadania numa sociedade de consumidores, uma vez que sua análise leva-nos a perceber que está havendo um aprofundamento das exclusões sociais e uma valorização cada vez maior do capital, do mercado e suas regras.

No contexto de uma sociedade de consumo como a considerada por Bauman, em que os valores do mercado exercem um papel dominante, mister se faz que o Estado atue no sentido de realizar políticas públicas com vistas a assegurar as condições necessárias para uma vida digna, mormente no que se refere à alimentação, para que as pessoas experimentem minimamente a condição de cidadãos.

A atuação do Estado no que tange à segurança alimentar, no sentido de viabilizar as condições alimentares dignas a todos os membros da sociedade é condição indispensável de concreção da cidadania.

Em boa hora o legislador constituinte fez constar dos direitos sociais fundamentais o direito à alimentação através da Emenda Constitucional 64 de 4 de fevereiro de 2010.

O direito à alimentação é o mais básico de todos os direitos sociais, essencial para garantir a sobrevivência, vida, saúde e demais direitos dele decorrentes.

⁹ BAUMAN, Zigmunt. *Vida para Consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 75.

¹⁰ BAUMAN, Zigmunt. *Vida para Consumo*. Op. Cit. p. 76.

Vê-se que, numa sociedade de consumo, na qual o lucro é o valor exponencial, o direito a uma alimentação saudável e contínua é totalmente necessária, sob pena de se estabelecer processos de exclusão e desumanização.

Não há cidadania que não pressuponha a satisfação desta necessidade básica do ser humano: alimentação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo realizou uma ampla abordagem acerca da Segurança Alimentar e do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA), sob a perspectiva de consolidação de tais direitos enquanto direito fundamental social e direito humano. Mesmo diante da realização de uma série de avanços, programas e mudanças em âmbito internacional, a fome continua sendo um grave problema enfrentado pela humanidade, no mesmo sentido que determinados pontos envolvendo a insegurança alimentar e o oferecimento de alimentos impróprios e inadequados ao consumo humano (como aqueles que podem ter sido expostos ao risco de contaminação, por exemplo) constituem-se como um desafio para a efetivação do DHAA.

Ainda que a Segurança Alimentar e o DHAA se caracterizem como preocupações de responsabilidade internacional e independam de legislações municipais, estaduais e nacionais, as políticas públicas se traduzem em ações concretas com o intuito de assegurar tais direitos, sobretudo diante das pessoas que se encontram em estado de vulnerabilidade ou que não contam com recursos suficientes para a obtenção de alimentos nutritivos tão necessários para a manutenção de sua saúde e sobrevivência. As políticas públicas voltadas para a concreção dos direitos humanos e fundamentais a alimentos são contempladas como as ações realizadas pelo Estado com o intuito de assegurar tais direitos fundamentais sociais e humanos.

Um dos principais pontos analisados no presente estudo deu-se na análise da Segurança Alimentar sob a perspectiva das relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) determina quais são os alimentos impróprios para o consumo, bem como impõe sanção ao fornecedor que, sabendo que o alimento ofertado no mercado promove a insegurança alimentar. Órgãos

como a ANVISA, o Ministério da Saúde e o Ministério da Agricultura realizam o trabalho de fiscalização e monitoramento do cumprimento dos preceitos estabelecidos para a Segurança Alimentar.

Dentre as políticas públicas analisadas, deu-se destaque ao Programa Restaurantes Populares, que possibilita em áreas estratégicas um cardápio nutritivo a um preço baixo. Essa política permite que pessoas em condição de vulnerabilidade, como por exemplo os desabrigados, possam ter acesso à uma alimentação adequada. Embora o programa tenha muito a evoluir, os resultados alcançados pelo mesmo são relativamente satisfatórios.

É indispensável que sejam implantadas novas políticas públicas e que sejam implementadas as políticas públicas já existentes para que seja assegurado o Direito Humano à Alimentação Adequada e à Segurança Alimentar para todos os indivíduos que vivem no território brasileiro. Essa é uma das perspectivas globais para que tais direitos humanos, fundamentais e sociais sejam devidamente cumpridos e assegurados pelas autoridades estatais.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, R.B. **Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: a questão relacional.** Rev. Esc. Direito, Pelotas, v. 6, n. 1, 2005.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida para Consumo.** Rio de Janeiro: Zahar, 2007

BERALDO, N.A.S. **Agricultores quilombolas, mediadores sociais e segurança alimentar: uma análise a partir das condições e estratégias de acesso aos alimentos da comunidade Moçambique/RS.** Dissertação (Mestrado). Porto Alegre: Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Rural – UFRGS, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONETTI, L. W. **Políticas públicas por dentro.** Ijuí: Unijuí, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira. **O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico-internacional**. Revista De Direito Público, Londrina, v. 7, n. 2, p. 181-224, maio/ago. 2012. Disponível em . <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11174/11280>. Acesso em 10.10.2018.

CHAUÍ, M. **Direitos humanos e medo**. In: FESTER, A.C.R. (Org.). Direitos humanos e medo. 1 ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CONTI, Irio Luiz.; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) **Direito Humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

FAO – Organización de Las Naciones Unidas para la alimentación e La Agricultura.? **Cuánto nos falta para alcanzar el Hambre Cero? El estado de La seguridad alimentaria y La nutrición em el mundo 2017**. Acesso em 25 de abril de 2.018. Disponível em <http://www.fao.org/state-of-food-security-nutrition/es/>. Acesso em 10.10.2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAMBA, Juliana Caravieri Martins, MONTAL, Zélia Maria Cardoso. **O direito humano à alimentação adequada: revisitando o pensamento de Josué de Castro**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 11, n. 95, out. 2009/jan. 2010. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/226>. Acesso em 20.01.2018.

GONÇALVES, Maetê Pedroso; CAMPOS, Silvana Terezinha de, SARTI, Flávia Mori. **Políticas públicas de segurança alimentar no Brasil: Uma análise do Programa de Restaurantes Populares**. Revista Gestão & Políticas Públicas, v. 1, n. 1, p. 92-111, 2011. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rgpp/article/view/97826>. Acesso em 15.01.2018.

GUARESCHI, Neuza et. al. **Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência**. In: STREY, Marlene Neves, AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer e JAEGER, Fernanda Pires. (Orgs.). Violência, gênero e políticas públicas. Coleção Gênero e Contemporaneidade, 2. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. Disponível em https://books.google.com.br/books?id=VSEPqowQz0QC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em 18.01.2018.

LOWI, Theodore J. **American Business, Public Policy, Case Studies and Political Theory**. World Politics, v. 16, 1964.

MANIGLIA, E. **As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar**. São Paulo: Editora UNESP/Cultura Acadêmica, 2009.

MEAD, L. M. **Public Policy: Vision, Potential, Limits**. Policy Currents, fev. 1995.

ONUBR – Nações Unidas no Brasil. **ONU – após uma década de queda, fome volta a crescer no mundo**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/onu-apos-uma-decada-de-queda-fome-volta-a-crescer-no-mundo/>. Acesso em 25 de abril de 2018.

PIACENTINI, Patrícia. **A fome no mundo. Apesar do avanço na produção de alimentos, 795 milhões de pessoas ainda passam fome segundo a ONU**. In: Revista Pré-Univesp, n. 61, dez. 2016/jan. 2017. Disponível em <http://pre.univesp.br/a-fome-no-mundo#.WuDD9n9G2Uk>. Acesso em 25 de abril de 2018.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, C. M. B. **Segurança Alimentar e Rotulagem de Alimentos sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro**. Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 327-346, jul./dez. 2011.

SANTOS, Leonor Maria Pacheco et al. **Avaliação de políticas públicas de segurança alimentar e combate à fome no período 1995-2002**. 2 – Programa de Alimentação do Trabalhador. Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, n. 8, p. 1931-1945, ago. 2007. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-0102-311X2007001100016. Acesso em 15 de fevereiro de 2018.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. P. **O Direito Fundamental à alimentação adequada e suas consequências na ordem jurídica brasileira: uma interpretação sob o viés da efetividade**. Revista Argumenta, Jacarezinho, UENP, n. 14, p. 41-57, 2011.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, Ano 8, n. 6, jul./dez 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

_____. **Políticas públicas: questões temáticas e de pesquisa**. Caderno CRH, Salvador, n. 39, jul./dez. 2003. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/359019/mod_resource/content/1/T2%20Celina%20Souza%20Politic%20publicas%20RCRH-2006-273.pdf. Aceso em 25.02.2018.

EPISTEMOLOGIAS DO SUL APLICADAS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO^{1,2}

EPISTEMOLOGIES OF THE SOUTH APPLIED IN THE BRAZILIAN CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Wagner Vinicius de Oliveira³

Data de recebimento: 21/02/2018

Data de Aprovação: 15/09/2018

RESUMO

Nesse artigo, traça-se as linhas iniciais para a possível alteração do estado de coisas conhecido como “colonialidade do saber” aplicado no controle de constitucionalidade brasileiro. O primeiro passo é compreender que o fenômeno jurídico na contemporaneidade exige as participações sociais, nesse sentido o foco recai sobre a aproximação entre o pensamento decolo-

1 Este artigo é um dos produtos da pesquisa de mestrado acadêmico em direito desenvolvida junto à Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2017-2018), na qualidade de bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Trata-se de uma versão inédita completa, atualizada e revisitada da apresentação homônima (comunicação oral e resumo publicado em anais de congressos) realizada durante o III Congresso de Direito Constitucional e Filosofia Política: a desigualdade e a reconstrução da democracia social, realizado no período de 24 a 27 de outubro de 2017, na cidade de Curitiba/PR. Cf. OLIVEIRA, Wagner Vinicius de; SOUSA, Jaqueline Aparecida Fernandes. Epistemologias do sul aplicada ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. et al. (Coord.). Anais do III Congresso de Direito Constitucional e Filosofia Política: a desigualdade e a reconstrução da democracia social. [Caderno de resumos]. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 177-179.

2 Agradece-se ao Prof. Dr. André Fabiano Voigt, a época integrante do Instituto de História da UFU, pelas reflexões e indicações bibliográficas realizadas durante as aulas na disciplina História, Hermenêutica e Estética, ministradas no Programa de Pós-Graduação em História (mestrado/doutorado) da UFU, durante o segundo semestre de 2017. Igualmente, agradece-se aos(as) dois(duas) avaliadores(as) anônimos(as).

3 Mestre em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2018), bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado. E-mail: wagner.vinicius@sga.pucminas.br

nial e o sentido material da Constituição. Para tanto, essa pesquisa bibliográfica serve-se do método de análise documental com o objetivo de investigar as condições de possibilidades oferecidas pelas epistemologias do Sul para o controle de constitucionalidade brasileiro. Os resultados obtidos apontam para uma inclusão epistemológica de saberes outros numa outra racionalidade, democrática e inclusiva, bem por isso, sugere-se a virada de compreensão anunciada no título do presente artigo. Em conclusão, vê-se que o hemisfério Sul, do lado ocidental do mundo, se encontra permeado (dependente) das interpretações que, de outra sorte, deveriam ser suas.

PALAVRAS-CHAVE

América Latina. Jurisdição constitucional. Pensamento decolonial. Virada epistemológica.

ABSTRACT

In this article, we have designed the initial lines for the possible alteration of the state of things known as “coloniality of knowledge” applied in the Brazilian control of constitutionality. The first step is to understand that the juridical phenomenon in the contemporaneity demands by the social participations, in this sense the focus falls to approach between on decolonial thinking and the material sense of the Constitution. For this, we used in this bibliographic research the method of documentary analysis with the objective of investigating the conditions of possibilities offered by the epistemologies of the South for the Brazilian constitutionality control. The results obtained point to an epistemological inclusion of other knowledge for a rationality other, democratic and inclusive, well for that reason; we suggest the understanding turn in the title of the present article. In conclusion, we have that the south hemisphere, of the western side of the world, is permeated (dependent) on interpretations that, otherwise, should be its own.

KEYWORDS

Latin America. Constitutional jurisdiction. Decolonial thinking. Epistemological turning.

1 INTRODUÇÃO

Nesse ensaio busca-se articular algumas propostas para a democratização do controle de constitucionalidade a partir da dicotomia teleológica existente no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. A dita clivagem finalística encontra-se presente na distinção entre a prevalência na salvaguarda das “razões do Estado”⁴ ou da tutela dos direitos e garantias fundamentais, que, em alguma medida, deve ser creditada na conta das orientações epistemológicas de interpretação e aplicação do direito. Mas, por certo, como diria Gadamer (2015), não deve haver diferenciação entre as instâncias da interpretação ou compreensão e da aplicação.

Concretamente se investiga as possibilidades oferecidas pelas epistemologias do Sul para a inserção das participações sociais no controle de constitucionalidade brasileiro. Tal incursão teórica justifica-se, basicamente, por dois motivos: primeiro, por ser dotada de relevância social, na medida em que amplia a argumentação substancial com eventual aprimoramento do controle de constitucionalidade; segundo, porque pretende contribuir com a tarefa acadêmica de desvelar o mito de que a simples transposição de ideias estrangeiras *per se* forneçam as soluções adequadas (acertadas e factíveis) para o sistema jurídico brasileiro.

Portanto, as redefinições proposta pela diversidade epistemológica justificam a inclusão de diálogos multiculturais. Para essa empreitada, elege-se como abordagem teórico-metodológica a análise documental implicada com as reflexões da colonialidade, isto é, o “[...] padrão de poder que opera através da naturalização de hierarquias territoriais, raciais, culturais e epistêmicas, possibilitando a reprodução de relações de dominação;” (RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 15, tradução nossa).⁵

Deste modo, estabelece-se como hipótese a ser trabalhada que as con-

⁴ Cf. BORGES, Alexandre Walmott; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro; VILLAROEL, Ivette Esis. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: entre a tutela de direitos e a tutela do ordenamento. In: Robl Filho, Ilton Norberto; Scheleder, Adriana Fasolo Pilati. (Org.). *Jurisdição constitucional e democracia*. Itajaí: Univali, 2016, p. 138-164.

⁵ No original: “[...] *patrón de poder que opera a través de la naturalización de jerarquías territoriales, raciales, culturales y epistémicas, possibilitando la re-producción de relaciones de dominación;*” (RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 15).

dições de emergência, existência e transformação da atualidade encontram-se indissociavelmente interligadas à tese da colonialidade como uma exterioridade constitutiva. O nexos que se pretende estabelecer é a compatibilidade entre o objeto de análise (controle de constitucionalidade brasileiro) e as matrizes epistemológicas latino-americanas, com vistas a analisar o provável impacto na (re)orientação de uma nova “engenharia constitucional” brasileira (CERQUEIRA NETO; SALGADO, 2016, p. 116).

Algumas coisas precisam ser ditas. Nem de longe, se cogita a ingênua resposta de unidade do “pensamento latino-americano” ou de uma “panaceia capaz de curar, sozinha e definitivamente, todos os males”. Ao contrário, o ambiente latino-americano é uma zona instável de constantes avanços e retrocessos, que, no mínimo, merece análises mais detidas. Considerações análogas podem ser levantadas para os ditos “pensamentos hegemônicos”.

Feitas as apresentações, este artigo será composto por seis partes. Afora as partes introdutória, de considerações finais e de bibliografia esse artigo desenvolve-se em três eixos. No primeiro tópico constata-se a existência de um fenômeno que possui distintas nomenclaturas, tais como: “eurocentrismo”, “zona colonial”, “monoculturalismo autoritário”, dentre outras possibilidades, que na essência representam a atualização da dicotomia entre a metrópole e a colônia. A par disso, em sequência esboça-se uma racionalidade democrática e inclusiva de saberes outros para fundamentar a possível superação dessa estrutura binária.

Por fim, no terceiro tópico, faz-se um recorte específico sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, com o objetivo de (re)orientar-se pelo sentido material da Constituição que, por sua vez, observa e orienta o modo de ser de um povo em determinado tempo e território. Tal inserção também será realizada pelas participações sociais ao possibilitar diálogos frontais com a tutela dos direitos e das garantias fundamentais, pela sobredita espécie de jurisdição constitucional, a partir do intercâmbio de algumas ideias existentes na América Latina.

No entanto, isto não significa que este artigo não contará com as reflexões teóricas de matrizes norte-americanas ou europeias, mas, de outra sorte, devem ser contrastadas com as realidades vivenciadas no contexto brasileiro.

Longe de representar uma espécie de “purismo” latino-americano, sob pena de incorrer no “sectarismo teórico” (DUSSEL, [1977], p. 211), mas, traçar as linhas iniciais de um estudo comparativo sobre teorias cujos contextos e realidades sociais aproximem-se das realidades enfrentada pelo controle de constitucionalidade brasileiro.

2 PENSAMENTOS LATINO-AMERICANOS COMO POSSÍVEL PARADIGMA DE DESCONSTRUÇÃO HISTÓRICA

De saída, afirma-se que o colonial não permanece circunscrito a um período histórico pretérito, no sentido cronológico-temporal do termo, mas, de outra sorte, se revela como uma questão que permanece atual.⁶ O pensamento colonial, emerge enquanto um dos produtos do processo binário fincado em argumentos de autoridade eurocêntricos, é capaz de condicionar as variadas relações sociais (humanas) dentro dos eixos do “desenvolvimento” ou do “subdesenvolvimento”. No entanto, essas categorias são primariamente reflexos das questões geopolíticas que reverberam na contemporaneidade.

Esse movimento global, entendido a partir de uma série de pensamentos que operam por distintas maneiras; notadamente nos aspectos acadêmicos, científicos, econômicos, militares, políticos, religiosos, tecnológicos, dentre outros. De certa forma, os traços de uma teoria política etnocêntrica ultrapassam as sobreditas características e, ante a insuficiência de espaço para desenvolvê-las aqui, muito embora sejam trabalhadas de modo transversal, elege-se a feição epistemológica para o exame nas páginas que se seguem.

Constata-se, portanto, que a “colonialidade do poder” (FIGUEIREDO, 2017, p. 91) produz a “colonialidade do saber” (RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 26). Por outras palavras, existem hegemonias políticas e econômicas que desembocam numa hegemonia científica, “Ora, a equação é simples:”, conforme demonstra Magalhães (2016, p. 14), “se eu posso dizer o que é a

⁶ Ainda hoje a França possui 10 (dez) Departamentos e Regiões de Outros Mares (Départements et Régions d’Outre-Mer - DROM), quais sejam: la Polynésie française Tahiti, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin Saint-Barthélemy, la Guadeloupe, le Guyane, la Martinique, Mayotte, la Réunion, Wallis-et-Futuna e la Nouvelle-Calédonie (BERTHET, et. al. 2012, p. 120).

ciência, logo, ciência, será aquilo o faço, e não ciência o que o outro 'eles' subalternizados fazem."

Antes, porém, fala-se em um helenocentrismo originário como fonte histórico-filosófica de produção daquilo que Pazello (2016, p. 212) chama de eurocentrismo; que por sua vez, se manifesta pela imposição - as vezes velada, outras nem tanto - das chamadas "realidades geopoliticamente universalizadas". De fato, tem-se desníveis nas oportunidades de produção e divulgação do conhecimento científico, que somados as pretensões, sabidamente falsas, de universalidade dos pensamentos hegemônicos colaboram para a produção do mencionado fenômeno. Isto é, a partir de pressupostos não verificáveis, ou constatados apenas à luz das matrizes dominantes, se estabelecem relações de causalidade que menosprezam ou anulam os conhecimentos disseminados fora das supostas "zonas de excelência" mundial.

Dentro dessa visão politicamente orientada, as origens históricas das forças produtivas ditas mundiais impõem o fato de que uns poucos Estados subjuguem outros. E, como consequência, se há uma diminuta parcela dominante deve existir uma vasta "zona colonial" (SANTOS, 2009, p. 26), até mesmo como forma de perpetuar a força dessa tradição que se renova em diferentes tempos e espaços. Cambi (2009, p. 75, grifo do autor), retrata essa mesma situação sob outro aspecto:

[...] o *monoculturalismo autoritário* que não reconhece a existência de outras culturas senão a dos povos colonizadores, ignorando ou colocando em um lugar de inferioridade a cultura dos povos colonizados (v.g. o conhecimento indígena e afrodescendente na América Latina e o camponês da África).

Segundo Dussel ([1977], p. 76), "[...] podemos descobrir que há um sistema mundial cujo centro é os Estados Unidos, e com interdependência relativa a Europa, o Japão e o Canadá. O resto é periferia [...]". Nessa perspectiva, reporta-se ao tema presente não apenas na América Latina, mas, de alguma forma, nos países não pertencentes ao seletto grupo hegemônico, ou seja, parcela do continente europeu e os Estados Unidos da América, ou pela junção de ambos, como diria Bonavides (2001, p. 33), os "Estados Unidos da Europa".

Em sentido contrário, tem-se uma “ética de intersubjetividade crítica”, que implica conhecimento e reconhecimento da existência e da necessidade de entrecruzar distintos saberes e ignorâncias não originários das fontes tradicionais. Sob o mesmo ponto de vista, Pazello (2016, p. 212, tradução nossa),⁷ define esse movimento como sendo:

A descolonialidade do poder e do saber através do protagonismo dos movimentos populares, como classe popular organizada, inspira a crítica jurídica que com eles se solidariza, especialmente sobre a práxis das assessorias jurídicas populares, sejam acadêmicas, de advogados, políticas e pedagógicas junto a tais movimentos.

Junto as linhas acima transcritas faz-se a leitura de que a necessidade social dos povos da América Latina reclama uma abordagem diferenciada e aproximativa de suas realidades materiais emergentes. Daí a necessidade de compreensão do conceito substantivo de Constituição, que será trabalhado mais a frente, até mesmo como forma aproximativa dessa realidade que subjaz ignorada em sua esmagadora maioria pelos(as) teóricos(as) e por suas teorias.

A reiteração da história hegemônica provoca, simultaneamente, a incorporação acrítica de conceitos importados e a leitura deficitária da realidade na qual se encontra inserido(a), além de reforçar a invisibilidade dos saberes que destoam daqueles produzidos nos centros dominantes. Contudo, a tarefa ora empreendida não se trata de “descobrir ou inventar” o autêntico conhecimento latino uma vez que a própria ideia de América foi uma invenção europeia concebida à revelia dos povos e nações originários. Ao contrário, mediante o ecletismo teórico “[...] assumir uma postura descolonial na produção do conhecimento” (FIGUEIREDO, 2017, p. 79), para passar e ultrapassar as fronteiras Norte e Sul - imagens demasiadamente abstratas - tornando possível que as produções intelectuais não permaneçam restritas a determinados territórios.

⁷ No original: “La descolonialidad del poder y del saber a través del protagonismo de los movimientos populares, como clase popular organizada, inspira a la crítica jurídica que con ellos se hermana, especialmente si sopla en la praxis de las asesorías jurídicas populares, ya sean académicas, de abogados, políticas y pedagógicas junto a tales movimientos.” (PAZELLO, 2016, p. 212).

Esse paradigma forjado por séculos a fio, para além da negativa de reconhecimento de outras maneiras de conhecer, de certa forma, condiciona a esquecer ou desconsiderar, por completo, a existência do Sul. Nesse cenário,

Em linhas gerais, exploração e dominação sempre foram a razão do “ser latino-americano”. Tanto que habita no senso comum uma velada crença de que as ideias do exterior necessitam ser copiadas, reproduzidas e aqui aplicadas, fruto dos longos anos de cabresto cultural e econômico imposto principalmente pelo mundo europeu. (CAMARGO; GABIATTI; MELLO, 2013, p. 423-424).

Essa tensa e conflituosa relação é reforçada pelo período de reestruturação da Segunda Guerra Mundial, embora nem tão mundial tenha sido, uma vez que um evento de proporção mundial, com efeito, ultrapassa os agentes envolvidos nesse conflito armado. Seria, então, adequado pensar em uma guerra (ou guerras: primeira e segunda) com repercussões por todo o mundo, mas não mundial. De acordo com os sobreditos autores, persiste a ideia do “[...] centro irradiador de conhecimento, até mesmo porque, após o processo de reestruturação do pós-guerra, manteve no europeu a sua identidade e consciência de sua capacidade - e necessidade - de impor sua cultura e seu modo de pensar ao resto do mundo.” (CAMARGO; GABIATTI; MELLO, 2013, p. 429).

Dessa maneira, torna-se conflituosa a desvalorização do “restante” do mundo. Com isso não se furta em reconhecer as contribuições que o “antigo continente” proporcionou, proporciona e, certamente, proporcionará ao mundo, todavia, cumpre também desvelar os pensamentos autênticos produzidos em outros eixos epistemológicos, notadamente na América Latina. Do contrário, prevalecerá a “[...] posição de inferioridade com relação à produção de conhecimento eurocêntrica, que contribui para a manutenção do poder nas mãos de poucos em detrimento de expressiva parcela da população que fica a (*sic*) mercê da própria sorte.” (CAMARGO; GABIATTI; MELLO, 2013, p. 432).

Segundo indicado por Pazello (2016, p. 208-209), uma tentativa de superação do paradigma procedimental, ainda prevalente no direito, é fornecida pelas críticas no que toca à sua historicidade; pela compreensão do direito en-

quanto espécie do gênero de organização política; também pela superação do formalismo jurídico e, por fim, mediante a afirmação histórica de um direito insurgente.

A proposta apresentada será um “mergulho” nos pensamentos latino-americanos para que se alcance a tonalidade adequada para as questões que lhes são peculiares. O primeiro passo é a compreensão daquilo que “[...] habita no senso comum uma velada crença de que as ideias do exterior necessitam ser copiadas, reproduzidas e aplicadas aqui, no Brasil. [...] mas é notória a escassez de teorias jurídicas de base criadas a partir do efetivo contexto social brasileiro.” (CAMARGO; GABIATTI; MELLO, 2013, p. 432-433).

Pela absorção acrítica de teorias estrangeiras que, voluntária ou involuntariamente, ignoram os conhecimentos não produzidos nas “metrópoles” do mundo, produzem uma espécie de aculturação social. Ao que tudo indica, conforme apontam Camargo, Gabiatti e Mello (2013, p. 432), “São obras produzidas a ritmo industrial, plastificadas, que por nascerem nessa redomada nada mais conseguem fazer do que a reproduzir, recontando-a mimeticamente.” Por outro lado, teorias estrangeiras são pensadas e elaboradas para uma dada realidade social, cultural, institucional que encontrará dificuldades de reprodução fora de seu contexto original. Evidentemente, não se trata apenas de uma questão política ou ideológica.

Frise-se que “Essa concentração intelectual cumpre um duplo papel: manter o poder, por um lado, e reconstruir os mecanismos de dominação, por outro.” (CAMARGO; GABIATTI; MELLO, 2013, p. 434). Os autores afirmam ainda que para além do propósito da aparente incorporação epistêmica “[...] auxilia na manutenção da barreira ao nascimento de um pensar jurídico autêntico na América Latina.” (CAMARGO; GABIATTI; MELLO, 2013, p. 436).

Em contraposição, “[...] um direito mais aproximado da realidade latino-americana. [...] oferecendo condições para propor pontos de transformação mais eficazes e adequados às reais condições dos processos sociais na América Latina.” (CAMARGO; GABIATTI; MELLO, 2013, p. 440). Deve-se demonstrar que as concepções jurídicas centradas nas análises formais, tanto dos textos normativos, quanto das formas de conhecê-lo (epistemologias), implica conjugar as análises de ordem material e formal.

Importa ressaltar a desnecessidade entre a “[...] disputa epistemológica moderna entre as formas científicas e não-científicas de verdade” (SANTOS, 2009, p. 25). Pois, do contrário ter-se-ia a continuidade da mentalidade hegemônica demarcada pela dicotomia metrópole *versus* colônia. Com isso, quer-se colocar em movimento uma tentativa de demonstrar que para a superação maniqueísta importa reconhecer e valorizar noções epistêmicas que se encontram deslocadas do eixo geográfico tradicional.

Determinados setores particulares do conhecimento tradicional, cuja pretensão ou interpretação de universalidade e de atemporalidade que fazem de si próprios tendem a impor, conforme Santos (2009, p. 31), as “[...] linhas abissais [que] continuam a estruturar o conhecimento e o direito modernos e que são constitutivas das relações e interações (*sic*) políticas e culturais que o Ocidente protagoniza no interior do sistema mundial.”

Antes, porém, deve-se distinguir, em termos de conhecimento e de reconhecimento, “o metropolitano do colonial” (SANTOS, 2009, p. 41). Isso se deve não apenas em termos dicotômicos dos muitos já existentes, mas, para que outras vozes possam ecoar deve-se compreender a existência de “vozes majoritárias” que ecoam livre e soberanamente silenciando todas as demais.⁸ Mesmo porque, não há como propor a paridade de discursos argumentativos uma vez que se desconhece as epistemologias não albergadas no eixo comum. Portanto, “É preciso um novo pensamento”, afirma Santos (2009, p. 41), “um pensamento pós-abissal.”

Para Santos (2009, p. 33), há de existir um movimento de cognição e de consideração do Sul, ou simplesmente epistemologias do Sul, como uma resposta viável e necessária, contudo, insuficiente para assegurar o movimento chamado pelo autor de “cosmopolitismo subalterno”, segundo suas palavras:

O cosmopolitismo subalterno manifesta-se através das iniciativas e movimentos que constituem a globalização contra-hegemonica (*sic*). Consiste num vasto conjunto de redes,

⁸ Sobre o tema, entre outros conferir: FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binbenjoni e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Resenha. FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binbenjoni e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. *Revista da Faculdade de Direito (UFU)*, v. 44, 2016, p. 01-05.

iniciativas, organizações e movimentos que lutam contra a exclusão econômica, social, política e cultural [...] (SANTOS, 2009, p. 42).

Ao seguir o rearranjo proposto, tem-se que “A ecologia de saberes baseia-se na ideia de que o conhecimento é interconhecimento” (SANTOS, 2009, p. 45). Ainda sobre o tema, as múltiplas formas de compreensão tocante as relações entre os seres humanos no meio cultural, econômico, ético-social, jurídico, dentre outros, Santos (2009, p. 57) esclarece também que “A ecologia de saberes capacita-nos para uma visão mais abrangente daquilo que conhecemos, bem como do que desconhecemos, e também nos previne para que aquilo que não sabemos é ignorância nossa, não ignorância em geral.”

Como resultado do conhecimento de saberes outros, não somente os de matriz hegemônica, tem-se a possibilidade de criação de espaços teóricos de várias localidades geográficas do globo terrestre, aproximando de algo que possa receber a substantivação de comunidade, de forma mais elaborada Santos (2009, p. 47), esclarece que a:

[...] vinculação da ciência moderna aos desígnios da dominação colonial e imperial, e onde outros conhecimentos não científicos e não-ocidentais prevalecem nas práticas cotidianas das populações. [...] A utopia do interconhecimento é aprender outros conhecimentos sem esquecer os próprios.

A constatação de que os eixos tradicionalmente hegemônicos possuam melhores condições, em termos tecnológicos e recursos financeiros, não deve, contudo, justificar a totalização das concepções epistemológicas pela flagrante evidência de que, como qualquer outra parte, possuem apenas parcela do conhecimento. Assim, “[...] deve dar-se preferência às formas de conhecimento que garantam a maior participação dos grupos sociais envolvidos na concepção, na execução, no controle (*sic*) e na fruição da intervenção” (SANTOS, 2009, p. 51).

Então, resta, por fim, três orientações, a saber: “[...] aprender que existe o Sul; aprender a ir para o Sul; aprender a partir do Sul e com o Sul [...]” (SAN-

TOS, 2010, p. 242), cujo desafio central é construir as condições para realizar a virada epistemológica ou giro decolonial⁹ nos pensamentos latino-americanos para a transposição do perpétuo caminhar atrás da vanguarda hegemônica.

3 POR UMA RACIONALIDADE DEMOCRÁTICA E INCLUSIVA DAS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS

Ao se propor outra racionalidade duplamente qualificada de democrática e inclusiva não se ignora as contundentes críticas que recaem sobre o projeto de uma suposta “democracia” como forma de colonização global, sob contornos políticos e intelectuais.¹⁰ Por outro lado, as articulações entre epistemologias e realidades revelam-se necessárias para que as instituições (jurídicas, políticas e sociais), que se reivindicam democráticas, possam acomodar as diversidades existentes a partir das bases teóricas adequadas. Deve-se, contudo, esclarecer os fundamentos contidos na proposta do presente tópico.

Racionalidade democrática quer expressar a qualidade daquilo que pode ser coerente e racionalmente defensável, diverge, portanto, do mero extrato subjetivo, ao contrário, caracteriza-se como intersubjetivamente partilhável. Segundo o qual decorra suficiente explicação - lógica e substancial - relevante para a compreensão do “como” e principalmente do “porquê” os argumentos utilizados tenham chegado ao ponto em que são apresentados.

Igualmente, reclama que seus argumentos se coadunem com o Estado democrático de direito, ou seja, possam ser construídos ou refeitos por outros(as) atores(as). Conforme afirmam Godoy e Kozicki (2014, p. 1.112) “A argumentação é um procedimento intrinsecamente conectado à razão, a qual deve revelar-se desapaixonada e desinteressada.”

Em que pese a clareza do adjetivo utilizado (inclusivo), corresponde a ideia de que para a mencionada tarefa devem concorrer as diversas linhagens

⁹ Assim conforme afirmam Restrepo e Rojas (2010, p. 37), entende-se que os termos “decolonial” e “descolonial” são intercambiáveis.

¹⁰ Sobre o tema, por todos, consultar: GÜVEN, Ferit. *Decolonizing democracy: intersections of philosophy and postcolonial theory*. London: Lexington Books, 2015.

de pensamentos, sob pena de não fazer jus a imagem democrática. Na senda teórica, ao (re)visitar criticamente destacados conceitos do modelo de Estado democrático de direito, não com uma imposição do lado ocidental do mundo,¹¹ mas porque “Dessa forma, evita-se a discricionariedade ou imposição das vontades/decisões dos governantes e abre-se espaço para poder-se eleger coletivamente a melhor decisão, sobretudo por aqueles que serão diretamente afetados por ela” (GODOY; KOZICKI, 2014, p. 1.117).

Destarte, ao se conhecer e reconhecer as diversidades, num primeiro momento epistemológico, pretende formar comunidades de distintos(as) intérpretes e, democraticamente minorar as possibilidades para não prevalecer que “O sábio é clarividente: vê com absoluta claridade.” (DUSSEL, [1977], p. 56), sobre os espaços dos pensamentos originários do Sul. Logo, a tessitura do mundo com os fios do pensamento europeu implica apartar “os(as) não-esclarecidos(as)”, relegando-os(as), portanto, ao ostracismo.

Numa perspectiva epistemológica inclusiva, insere-se a proposta de se conectar a América Latina, para o processo de difusão das outras concepções de mundo na compreensão política do real. Essa capacidade de leitura fornece o tom das realidades latentes nem sempre contempladas pelas análises hegemônicas. O conhecimento inclusivo possibilita formar outras visões de mundo, mediante a consciência de formas culturais diversas de uma ideologia dominante, pois, certos problemas somente se apresentam como tal em determinados contextos sociais.

Em certo sentido, trazem os reflexos de uma “missão civilizatória” que fornece um importante inventário sobre o espaço que determinadas culturas ocupam no mundo, produto, também, de um processo histórico composto pela Europa e pelos Estados Unidos da América, supostamente, pensantes e proprietários do pensamento moderno. Ao contrário, a tese ora esboçada é de que outras histórias precisam ser visibilizadas. Para se tornar compreensivas as dimensões com as quais se pretende estabelecer diálogos frontais, fala-se em tomar contato com as epistemologias produzidas na América Latina, América

¹¹ Conforme afirma Dussel (1980, p. 38-39): “Todavia, aceitam ingenuamente que sua cultura, seu poder político, o domínio de seus exércitos é justo; expande por toda a terra a democracia e a liberdade. Todo esse sistema de ideologias é parte de uma cotidianidade ingênua que manipula instrumentos.”

Central, Caribe, África, Ásia, dentre outras regiões.

Expressivamente, deve-se considerar a seguinte indagação: “É possível uma filosofia latino-americana, africana, asiática: do mundo periférico? [...] Tal discurso, para ser outro radicalmente, deve ter outro ponto de partida, deve pensar outros temas, deve chegar a diferentes conclusões e com método diferente” (DUSSEL, [1977], p. 176-177).

Ao demarcar os espaços de inserção destes pensamentos, geralmente obliterados, busca-se produzir locais de fala e de ação que transpareçam seus locais de origem, ao final proporcionar uma espécie de “justaposição dos saberes”,¹² isto é, a coexistência das múltiplas formas de conhecer não alicerçadas sectariamente no pensamento hegemônico. Mesmo porque, os povos latino-americanos possuem demandas específicas como, por exemplo, o processo de paz e transição com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia - FARC, as questões indígenas, os conflitos agrários, as ditaduras civis-militares etc., quase sempre negligenciadas por leituras uniformizantes que desconsideram a multiplicidade impressa nas adjacências latino-americanas.

Tais cenários, permitem identificar que os centros hegemônicos pensam apenas parcela do mundo. Logo, ao volver outras interpretações possíveis para as formas de conceber os sentidos e as histórias acrescentar práticas distintas dos processos históricos realizados pela Europa e pelos EUA. Orientar a reprodução dos pensamentos conforme critérios de centralidade dos supostos centros de excelência, encerrada na ideia de que a França, na vanguarda dos processos políticos, a Inglaterra, na vanguarda industrial (econômica) e os EUA enquanto fusão de ambas. Produzem, como dito, um universalismo de partida que possui diferentes significações e reflexos.

Dimana do conjunto das reflexões até agora apresentadas a necessidade de compreensão sob distintos pontos de vista, por isso mesmo, não é defensável a manutenção de discursos hegemônicos que se renovam pela força de uma tradição que é repetida acriticamente. Equivale a dizer, que no para-

¹² Conforme conclusão apresentada por Dolores Cristina Gomes Galindo e Liliانا Parra Valencia durante o minicurso: “Práticas intelectuales indígenas, afrodiaspóricas y campesinas: decolonialidad del ser, del saber y del poder”, em 01/11/2017, durante o XIX Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social - ABRAPSO, Democracia Participativa, Estado e Laicidade: Psicologia Social e enfrentamentos em tempos de exceção, realizado na Universidade Federal de Uberlândia - UFU, campus Santa Mônica, em Uberlândia, Minas Gerais, Brasil.

digma democrático de direito não há espaço legítimo para as interpretações que potencialmente excluam outras formas ou sistemas de conhecer. De viva voz, lê-se em Bonavides (2001, p. 26), que na “Democracia onde o baixíssimo grau de legitimidade participativa certifica a farsa do sistema, assinalando o máximo divórcio entre o povo e as suas instituições de Governo.”

Busca-se estabelecer interlocuções com outros estatutos epistemológicos para repensar o constitucionalismo brasileiro contemporâneo como uma tarefa epistemológica a ser realizada no contexto do “novo constitucionalismo democrático latino-americano (ou melhor, indo-afro-latino-americano)” (MAGALHÃES, 2016, p. 14). De fato, o chamado movimento pós-colonial ou decolonial procura tornar visíveis os sistemas de postulados e axiomas existentes nas outras partes do mundo, bem como suas tensões.

Contudo, ao se denunciar o projeto unilateral, não há como conjecturar um pensamento único extra europeu sob pena de reproduzir os mesmos equívocos que se quer evitar, ou seja, na dicotomia global/local perde-se de vista as agendas sociais emergentes ao propor uma transição única. Em verdade, nada mais são que idênticos resquícios de uma colonização cultural, política, filosoficamente construída. Talvez pelas mesmas razões, Martins, Morello e Tybusch (2017, p. 98), afirmam que as

[...] divergências históricas de suas realidades e inadequações suprime a capacidade desse modelo em satisfazer os anseios sociais, e, sobretudo, de efetivar os direitos humanos dos povos tradicionais, visto que, sufoca a diversidade, nega sujeitos em prol de uma identidade uníssona e uma igualdade formal forjada.

Estudar a associação entre uma “profilaxia epistemológica [...] permitindo que se construam novas categorias analíticas do pensar e agir” (LEAL, 2014, p. 242), e seus reflexos nos planos social e jurídico. Paradoxalmente esse discurso reivindicatório latino-americano é também encampado pelo lado europeu do mundo, a exemplo da “transição paradigmática” (SANTOS, 2001, p. 283).

Ao que tudo indica, não basta apenas ser produzido fora dos centros hegemônicos, pois, ainda, sim poderia simplesmente repetir o protocolo. De

outra sorte, deve-se privilegiar as questões e pensamentos peculiares da América Latina, mesmo porque, “[...] um problema para um alemão do século XX ou um grego do século V a.C. pode, perfeitamente, não ser um problema para mim” (GOMES, 1994, p. 23).

De forma complementar, a possibilidade de se apresentar argumentos e contra-argumentos que dialoguem com a “diversidade teórico-filosófica” (DUSSEL, [1977], p. 212), certamente romperá com a linearidade histórica fundada na colonização do pensamento. Ao considerar a tarefa e responsabilidade do filósofo no processo de mudança, Dussel ([1977], p. 231), afirma que a “Compreensão da educação, da filosofia e da arte como instrumentos que aceleram, aprofundam e consolidam o processo de constituição de uma cultura popular autônoma.”

Visto como condição para materializar o exercício da soberania popular positivada no parágrafo único, art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88. Distinta, portanto, da mera reprodução do pensamento hegemônico. Ao se estabelecer relações capazes de incluir pensamentos não hegemônicos, cria-se diferentes graus de complexidades cujas manifestações são encaixadas nas categorias pré-existentes, sobretudo na paradoxal relação entre metrópole e colônia.

Toma-se de empréstimo as ideias de Santos (2010, p. 144), o qual sustenta que “[...] a diversidade e a pluralidade não tem ainda hoje uma expressão epistemológica adequada.” Há, portanto, um “colonialismo intelectual” (RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 198), que redonda no já mencionado efeito silenciador (avassalador) produzido e reproduzidos pelos discursos hegemônicos. Uma vez constatada essa problemática, apresenta-se como hipótese que “O lugar do crítico pós-colonial tem de ser construído de modo a que se possa interromper eficazmente os discursos hegemônicos ocidentais [...]” (SANTOS, 2010, p. 235).

Enquanto uma das várias respostas possíveis, Magalhães (2016, p. 18) sugere o “pluralismo epistemológico” como instrumento teórico. Por seu turno, Restrepo e Rojas (2010, p. 178, tradução nossa)¹³ afirmam que “A intercultural

¹³ No original: “La interculturalidad sería entonces un proyecto político y epistémico que supone una participación activa de los sectores subalternos en las disputas por el poder [...]” (RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 178).

turalidade seria, então, um projeto político e epistemológico que supõe uma participação ativa dos setores subalternos em disputa pelo poder [...]”. Muito embora sejam relevantes, essas categorias abstratamente consideradas não são capazes de formar um estatuto que permita o adequado tratamento das questões apreciadas pelo controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Por isso, far-se-á uma incursão no sentido material da Constituição, manifestado pelas participações sociais, que emergem do giro epistemológico decolonial proposto.

4 DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Dos tópicos pretéritos resta assentado o entendimento de que “O direito, como expressão cultural, não deve estar alheio as transformações sociais, devendo refletir os valores e princípios éticos indispensáveis à promoção da civilização mundial” (CAMBI, 2009, p. 78). E, o conceito material ou substantivo de Constituição possibilita conhecer os valores, culturas e modos de ser do povo, no sentido jurídico dos termos. Decerto, os pontos de vista são influenciáveis pelo local de fala de seus(suas) interlocutores(as).

Em que pese a Constituição da República de 1988 ser o atual repositório dos “valores materiais compartilhados pela sociedade” brasileira, conforme aduz Barroso (2012, p. 33) e, estar alicerçada na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III); estudos realizados por Oliveira (2016, p. 114), apontam para a prevalência do “estamento burocrático”. Diante disso, o desafio que se impõe é manejar um arcabouço teórico capaz de fundamentar perspectivas democráticas com vistas a fortalecer as *praxis* latino-americanas.

Conforme se sabe, o controle de constitucionalidade é o conjunto de instrumentos jurídicos de aferição da conformidade de determinada lei ou ato normativo, que possui como parâmetro a Constituição vigente. Cujas matrizes sociológicas de formação foram a norte-americana, na espécie difusa e concreta; austríaca, na vertente concentrada e abstrata, ambas pela via repressiva judicial. Também existe o controle francês na modalidade política

e, em regra, preventivo.

Não obstante as origens do controle de constitucionalidade, contemporaneamente exige-se a alteração do “solo epistemológico do direito” (CLÈVE, 1988, p. 34-47). Assim, o rearranjo proposto visa sugerir e analisar linhagens não convencionais de pensamentos, para ultrapassar as perspectivas universal e a-histórica, haja vista a prevalência destas visões. Por isso, as epistemologias hegemônicas refletem realidades, muitas das vezes, incompatíveis com a América Latina, sobretudo a enfrentada no Brasil, fortemente marcada por classes, estamentos e castas sociais (FAORO, 2012, p. 135).

Segundo afirma Lima (2011, p. 264), no Brasil vige o modelo híbrido ou misto de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos que, leva em consideração o objeto (ação ou omissão), o momento (preventivo ou repressivo), a natureza do órgão competente (jurídico ou político) e o modo de manifestação (objetivo ou subjetivo). Marca distintiva que, em um só tempo, contempla as três espécies de controle, todavia, em alguma medida, estes modelos privilegiaram a análise das condições formais, como já dito, a salvaguarda das “razões do Estado” (BORGES; CÂMARA; VILLARROEL, 2016, p. 138-164).

Em sua vertente concentrada é realizada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, nos termos do art. 102, CRFB/88. Para conjugar os elementos trabalhados nos tópicos pretéritos, deve-se “[...] discutir alguns fundamentos e discursos de legitimidade do mecanismo de revisão judicial comuns especialmente nos países latinos, marcados por profundas desigualdades sociais e omissões legislativas” (CERQUEIRA NETO; SALGADO, 2016, p. 116).

Nesse sentido, cabe ilustrar de forma incisiva, tal qual o faz Cambi (2009, p. 285):

Não pode haver democracia se grande parte do eleitorado é analfabeto ou semiletrado, não tendo instrução necessária para compreender as principais questões colocadas no debate político, ou estão doentes e sem o adequado atendimento médico-hospitalar, ou se estão passando fome ou, ainda, se estão desempregadas ou trabalhando em condições opressivas.

Por outros termos, revela-se contraproducente um controle de constitucionalidade que privilegia a análise formal ou a “arbitragem de conflitos políticos” (CAMBI, 2009, p. 209), que ao se enveredar numa racionalidade abstrata, torna-se incapaz de compreender os fenômenos sociais subjacentes, por consequência, perde de vista a situação concreta. Assim como afirmam Cerqueira Neto e Salgado (2016, p. 118), “São pressupostos de raiz conservadora, que diziam que se o que se pretendia era a tomada de decisões corretas, não era necessário consultar a cidadania de um modo efetivo.” E, no caso em questão, fazer com que o controle de constitucionalidade desempenhe a função de assegurar as competências formais.

Ao depositarem as credenciais nas supostas virtudes individuais dos(as) “onze iluminados(as) supremos(as)”, inegavelmente surge um amplo espaço para a atuação expressiva da atividade judicante solipsista. “Naturalmente, a nova postura de ativismo judicial do STF estimula as forças sociais a procurá-lo com mais frequência e contribui para uma significativa alteração na agenda da Corte” (SARMENTO, 2009, p. 130-131). No entanto, estudos atualizados constataam a prevalência das “burocracias do Estado” em detrimento dos direitos fundamentais e sociais, como é o caso das questões relacionadas ao “trabalho, educação, saúde, moradia, entre outros” (OLIVEIRA, 2016, p. 129). No mesmo sentido Cerqueira Neto e Salgado (2016, p. 122-123), sustentam, com maior precisão, que:

Frequentemente se argumenta que o tribunal atua como defensor das minorias. Mas isto não é necessariamente correto. Este discurso é bastante aceito em defesa da supremacia judicial, sobretudo em países marcados por profundas desigualdades sociais, como nas recentes democracias da América Latina.

Ao contrário de implementar e avançar na interpretação aberta e plural, principalmente do ponto de vista epistêmico, conforme mencionado nos tópicos antecedentes, o controle de constitucionalidade brasileiro parece insistir nas práticas contrárias. “O que não parece ter assento constitucional é o forte ativismo constitucional, por vezes francamente contrário à própria

Constituição” (CERQUEIRA NETO; SALGADO, 2016, p. 115). Outro aspecto deficitário a ser destacado é que

O STF não profere uma fundamentação da corte em suas decisões, mas decide a partir de um apanhado de votos individuais, que geralmente já chegam prontos à sessão de julgamento. Não há deliberação, não há construção coletiva das decisões, não há clareza para além do dispositivo (quando muito). A corte brasileira se preocupa mais com o resultado que com a fundamentação de cada caso. (CERQUEIRA NETO; SALGADO, 2016, p. 119).

Para ilustrar, “Naturalmente, a decisão tomada (sobretudo sua fundamentação) poderá ser diferente para cada concepção de democracia que o tribunal subscreva” (CERQUEIRA NETO; SALGADO, 2016, p. 120). Isto porque, as teorias hegemônicas parecem cumprir uma função bastante específica nesse ínterim, que é o distanciamento do material fático que subjaz a determinada lei ou ato normativo, ainda que abstratamente considerados.

De outro modo, é o fundamento que orienta o dispositivo e, não o inverso. Pois, a razão de decidir (*ratio decidendi*) reside na fundamentação substantiva e suficiente, guiada pelos elementos fáticos e jurídicos desvelados na apreciação da situação analisada. Como não preponderam a atividade inclusiva de outros(as) sujeitos(as), nem a atividade deliberativa entre os(as) Ministros(as) do STF, mas apenas a contagem dos votos individuais suprema e soberanamente prolatados, surge espaço para que as decisões sejam marcadas, em sua ampla maioria, de baixa densidade democrática.

Em alguma medida os desafios enfrentados pelo controle de constitucionalidade brasileiro, a partir do panorama traçado, permitem inferir alguma aproximação com a colonialidade do pensamento ilustrada acima. Isto porque, o sectarismo epistemológico somado ao desconhecimento de outros saberes, sem exageros, aproxima-se da prevalência da técnica, conhecimento de uns poucos, e o insistente solipsismo judicial.

Realizadas estas aproximações, entende-se que para emergir a realidade do sentido material da Constituição e, conseqüentemente, os pensamen-

tos latino-americanos parece adequado ilustrar com a filosofia da libertação. Cujas sugestões de inserção no espaço público institucional são as intervenções dos *amici curiae* e as audiências públicas, entre outras possíveis. Dussel ([1977], p. 07) esclarece tratar-se de uma obra escrita na e para a periferia, contudo, dirige-se, também, para o centro. Com algumas reservas,¹⁴ endossa-se seu posicionamento no que toca ao apontar para caminhos futuros.

Para se fazer manifesto, os desafios enfrentados pelo controle de constitucionalidade na atualidade, em alguma medida, são as consequências dos reflexos da geopolítica de imposição da “cultura do centro” (DUSSEL, [1977], p. 10). Há, nitidamente, a hegemonia da insistente forma de “pensar” que “Fora de suas fronteiras está o não-ser, o nada, a barbárie, o sem sentido” (DUSSEL, [1977], p. 11). Ou seja, as questões de ordem social e fundamental devem ser enfrentadas por outros mecanismos que não apenas os judiciais, ao contrário, nestas preponderam outras questões.

Em outras palavras “a partir do centro interpretam a periferia. Mas os filósofos coloniais da periferia repetem uma visão que lhes é estranha, que não lhes é própria” (DUSSEL, [1977], p. 19). Apesar disso, não está dito que se deva excluir por completo, pois, quando a chamada periferia existe enquanto exótico ou colônia. Vê-se nas entrelinhas, se tratar de uma perspectiva de (re) leitura das bases teóricas e epistêmicas da forma de compreensão do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Sobretudo na realidade brasileira contrastada por acentuada desigualdade social e pela não implementação de direitos básicos do ser humano; quando se busca, ainda que consciente das limitações e das dificuldades, aplicar conhecimentos originários de países que possuem realidades materiais assemelhadas quer-se, em última, análise “[...] romper os laços de dependência dominadora” (DUSSEL, [1977], p. 80). Pois,

O cientista que não consegue articular o exercício de sua ciência com os condicionamentos efetivos e dialéticos da política, descobrir sua autonomia *relativa*, e que não sabe ou-

¹⁴ Dentre outras, a objeção apresentada por Pazello (2016, p. 197), segundo o qual o termo “filosofia da libertação” é uma redundância.

vir claramente as interpelações que o povo oprimido lança contra o sistema, é um cientificista. (DUSSEL, [1977], p. 172, grifo do autor).

No caso da jurisdição constitucional, em sentido estrito, não deve ancorar-se exclusivamente no “fundamento” de validade ou superioridade do Texto Constitucional, desconectado do substrato fático ou social analisado, ainda que se trade de lei ou ato jurídico em tese. Em última análise, outras epistemologias potencialmente proporcionam “Ao mesmo tempo em que são forças materiais da sociedade que impõem limites e se opõem à falta de controle da arbitragem, são também elementos de revolução jurídica, modificação e mudança constitucional” (BORGES, et. al, 2017, p. 529, tradução nossa).¹⁵

E como a proposta de guinada epistemológica para o Sul busca-se, no mínimo, chegar a resultados diferentes do até agora obtidos, caberia, então, falar sobre “A hermenêutica diatópica é um exercício de reciprocidade entre culturas que consiste em transformar as premissas de argumentação de uma dada cultura em argumentos inteligíveis e creditáveis noutra cultura.” (SANTOS, 2010, p. 87).

Numa ligeira demonstração sobre como a construção dos parâmetros materiais de conformidade com as realidades sociais experimentada pela América Latina, fornecem respostas não comportadas pelos padrões hegemônicos tradicionais, fala-se sobre a inserção de novos(as) agentes mediante o reconhecimento dos direitos de participação cidadã. Tem-se, portanto, outras formas da função judicial a exemplo das positivadas na Constituição da República do Equador¹⁶ cujos objetivos propostos para este artigo impedem descer as minúcias desse argumento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo teve por objetivo apresentar uma fundamentação teórica destinada a inclusão de epistemologias não hegemônicas, isto é, não produ-

¹⁵ No original: “Al mismo tiempo que son fuerzas materiales de la sociedad que imponen límites y se contraponen al descontrol del arbitrio, son también los elementos de revolución jurídica, modificación y mutación constitucional.” (BORGES, et. al, 2017, p. 529).

¹⁶ Cf. *Título IV, Capítulo cuarto, Función Judicial y justicia indígena* (ECUADOR, 2008).

zidas ou destinadas para os eixos tradicionais de elaboração do pensamento ocidental. Tais reflexões foram destinadas à aplicação no controle de constitucionalidade concentrado brasileiro, com vistas a (re)ordenar os discursos socialmente construídos para encurtar as distâncias entre os fundamentos teóricos e o campo prático de atuação.

Portanto, fez-se necessário observar a tradição democrática segundo uma nova geopolítica epistemológica, fato que não implica uma “eurocentricidade” às avessas, ao contrário, pretende-se de forma aproximativa, dialogar com os espaços de realização de outras epistemologias, pautado em concepções não hegemônicas.

Numa espécie de prestação de contas, viu-se no segundo tópico a constatação de um fenômeno caracterizado pelo sectarismo epistemológico, com pretensão de exclusividade, universalidade e atemporalidade. A colonialidade do saber que ignora ou desconsidera qualquer outro saber que não sejam aqueles dominantes; em alguma medida, (de)formam os pensamentos latino-americanos.

Em seguida, no terceiro tópico, a pesquisa cuidou de examinar alguns dos pensamentos latino-americanos como possível paradigma de desconstrução histórica da situação-problema constatada. Sob o pano de fundo de uma racionalidade democrática e inclusiva, buscou-se franquear as participações de outras epistemologias, enquanto forma de conhecer e, assim, permitir a inter-relação entre os pensamentos produzidos na América Latina.

Diante disso, a partir de um plano mais específico, o resultado das pesquisas bibliográficas constatou a prevalência das “razões do Estado” na pauta de debate do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. De certa maneira, devido à reprodução da problemática constatada no primeiro tópico. Logo, pelas análises dos materiais coletados é possível apresentar como consideração final a necessidade de romper com a dicotomia “metrópole/colônia”, mediante a inserção de outros(as) agentes, teorias e lugares, eufemisticamente chamado de “epistemologias do Sul”, que como visto perpassa e ultrapassa as cercanias da América Latina.

Enfim, implica privilegiar o aspecto material da Constituição somado as compreensões culturais do direito na interpretação/aplicação das questões

levadas até o conhecimento do controle de constitucionalidade que, como já dito, deve privilegiar os temas dos direitos e das garantias fundamentais. Vale reforçar, uma vez mais, que a tese esboçada não significa o “eurocentrismo as avessas”, mas, de outra sorte, o esforço de direcionar os olhares para pessoas, teorias e lugares geralmente olvidados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERTHET, Annie. et. al. *Alter ego plus: méthode de français*. Paris : Hachette Livre, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Alexandre Walmott; CÂMARA, Fabiana Angélica Pinheiro; VILLAROEL, Ivette Esis. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: entre a tutela de direitos e a tutela do ordenamento. In: ROBL FILHO, Ilton Norberto; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. (Org.). *Jurisdição constitucional e democracia*. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 138-164.

BORGES, Alexandre Walmott. et. al. Un balance de los sistemas de control de constitucionalidad como instrumento de garantía de las constituciones material y formal. *Revista Estudos Institucionais - REI*, Rio de Janeiro, v. 03, n. 01, 2017, p. 525- 561.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

CAMARGO, Luís Henrique Kohl; GABIATTI, Daniel Albherto; MELLO, Régis Trindade de. Do eurocentrismo à libertação: o papel da teoria crítica do direito na construção de um pensar jurídico autêntico latino-americano. *Unoesc International Legal Seminar*, Chapecó, v. 02, n. 01, 2013, p. 423-446.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alckmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de; SALGADO, Eneida Desiree. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. *Revista de direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, jan./jun. 2016, p. 114-130.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Scientia et Labor, 1988.

DUSSEL, Enrique Domingo. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 1998.

DUSSEL, Enrique Domingo. *Filosofia da libertação na América Latina*. Tradução de Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, [1977]. (Reflexão latino-americana n. 3).

ECUADOR. Constitución (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial, 2008. Disponível em: <www.lexis.com.ec>. Acesso em: 29 nov. 2017.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico no horizonte do pensamento crítico de libertação latino-americana. A reflexão crítica no contexto latino-americano. In: BENENTE, Mauro; RAJLAND, Beatriz. (Coord.). *El Derecho y el Estado: procesos políticos y constituyentes en nuestra América*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas, 2016, p. 63-81.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FIGUEIREDO, Ângela. Descolonização do conhecimento no século XXI. In: SANTIAGO, Ana Rita. et al. (Org.). *Descolonização do conhecimento no contexto afro-brasileiro*. Cruz das Almas: UFRB, 2017, p. 79-106.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, v. 1 (Pensamento humano).

GODOY, Miguel Gualano de. A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas. Análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo. *Revista Co-herencia*, Medellín, v. 08, n. 14, ene./jun. 2011, p. 63-91.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Direito, Desenvolvimento e Justiça).

GODOY, Miguel Gualano de; KOZICKI, Katya. A democracia deliberativa para além de John Rawls e Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.106-1.124, v. 1.

GOMES, Roberto. *Crítica da razão tupiniquim*. 11. ed. São Paulo: FTD, 1994. (Prazer em conhecer).

GÜVEN, Ferit. *Decolonizing democracy: intersections of philosophy and postcolonial theory*. London: Lexington Books, 2015.

HÄBERLE, Peter. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la constitución. Traducción Xabier Arzoz Santisteban. *Contextos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 05, abr. 2013, p. 63-88.

LEAL, Sandra Regina. A reversão da eurocentricidade conceitual dos direitos humanos a partir da sua tropicalização com a Constituição Federal de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 228-244, v. 1.

LIMA, Bruno Sousa de. Entre Constituição e democracia: uma análise do controle de constitucionalidade brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 263-284.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas diversidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 28, jan./abr. 2016, p. 10-19.

MARTINS, Evilhane Jum; MORELLO, Giane da Silva Ritter; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. As amarras do neoconstitucionalismo e as perspectivas do novo constitucionalismo Latino-americano: elementos paradigmáticos para a efetivação dos direitos humanos dos povos da América do Sul. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 07, maio/ago. 2017, p. 90-107.

MONTERO, Julio. La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿populismo moral o elitismo epistemológico? *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 29, 2006, p. 319-331.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Agenda Suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social*, São Paulo, v. 28, 2016, p. 105-133. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v28n1/1809-4554-ts-28-01-00105.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. *Amici curiae e legitimidade: sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro*. 2018. 162 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Uberlândia - UFU, Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis", Programa de Pós-Graduação em Direito. Uberlândia, 2018.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Constitucionalismo contemporâneo: a relação entre as emendas constitucionais e as novas respostas da democracia participativa. *Revista Libertas. Direito UFOP*, Ouro Preto, v. 03, n. 02 fev./mar. 2018, p. 148-170.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Resenha. FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. *Revista da Faculdade de Direito (UFU)*, v. 44, 2016, p. 01-05.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de; SOUSA, Jaqueline Aparecida Fernandes. Epistemologias do sul aplicada ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. et al. (Coord.). *Anais do III Congresso de Direito Constitucional e Filosofia Política: a desigualdade e a reconstrução da democracia social*. [Caderno de resumos]. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 177-179.

PAZELLO, Ricardo Prestes. Pensamiento descolonial, crítica al derecho, movimientos populares: la problemática de los derechos humanos. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales - REDHES*, México, n. 15, año VIII, ene./jun. 2016, p. 195-218.

PULIDO, Carlos Bernal. Sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e a objetividade no controle de constitucionalidade das leis. In: PULIDO, Carlos Bernal. (Coord.). *Direitos dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 29-58.

RESTREPO, Ricardo; ROJAS, Axel. *Inflexión decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos*. Popayán: Universidad del Cauca, 2010. (Políticas de la alteridad).

SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010, v. 4. (Para um novo senso comum).

SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: MENEZES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Souza. (Orgs.). *Epistemologias do sul*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23-72.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 113-146.

SILVA, Heleno Florindo da. O novo constitucionalismo plurinacional na América do Sul e a noção de “unidade do povo” na obra *O Guardião da Constituição*, de Carl Schmitt: um diálogo entre diferentes para uma construção intercultural dos direitos humanos. In. BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (org.). *Anais do 5º Congresso de Constituição e Processo: hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Initia Via, 2013, p. 218-249.

CRISE CONSTITUINTE: AS REFORMAS ADMINISTRATIVAS E OS AJUSTES FISCAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DE EXCEÇÃO ECONÔMICO

CONSTITUENT CRISIS: THE ADMINISTRATIVE REFORMS AND THE FISCAL ADJUSTMENTS IN A STATE OF ECONOMIC EXCEPTION

Daniel Allan Miranda Borba¹

Data de Recebimento: 30/04/2018

Data de Aprovação: 07/09/2018

RESUMO

Com o aprofundamento da crise fiscal e da própria crise do Estado na década de 1990, além da ineficiência do serviço público, as “transformações” trazidas pela Constituição Federal de 1988 não foram acompanhadas das necessárias mudanças normativas, institucionais e culturais, de forma que não logrou romper com a pecha da corrupção e ausência que caracteriza o Estado brasileiro. Os governos pós-Constituição de 1988 imprimiram as marcas do

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Procurador do Município de Maceió. Professor do Centro Universitário CESMAC. Av. Comendador Gustavo Paiva, nº 3741, Mangabeiras, CEP: 57037-285, Maceió/AL. +5582993218160.
danielborbapgm@gmail.com
<http://orcid.org/0000-0002-7668-300X>.

neoliberalismo através de profundas mudanças constitucionais que, atualmente, inviabilizam as promessas constitucionais, através da implementação de um Estado mínimo, desengajando-se do Estado de Bem-Estar social a partir do foco no ajuste fiscal. Este artigo se propõe a demonstrar que as reformas constitucionais que têm como base o ajuste fiscal, sobretudo a Emenda Constitucional nº 95/2016, são promovidas em virtude do permanente estado de exceção econômico vivenciado especialmente pelos países da América Latina, o que acaba por desfazer os projetos originários previstos pelo poder constituinte, configurando-se na crise constituinte, porquanto as decisões são tomadas de acordo com a conveniência dos interesses econômicos e não de acordo com a vontade do povo. Para alcançar os objetivos aqui propostos, adotou-se a metodologia jurídica, o método descritivo, a pesquisa documental, a técnica da documentação indireta e a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE

Neoliberalismo. Gerencialismo. Poder constituinte. Emenda Constitucional nº 95/2016.

ABSTRACT

With the deepening of the fiscal crisis and the state crisis itself in the 1990s, beyond the inefficiency of the public service, the “transformations” brought by the Federal Constitution of 1988 weren’t accompanied by the necessary normative, institutional and cultural changes, in a way that did not manage to break with the corruption and absence that characterize the Brazilian State. The post-Constitution governments of 1988 have imprinted the hallmarks of neoliberalism through profound constitutional changes that currently make the constitutional promises unfeasible through the implementation of a minimal state, disengaging from the welfare state as from the focus on fiscal adjustment. This article proposes to demonstrate that the constitutional reforms based on fiscal adjustment, mainly the Constitutional Amendment nº 95/2016, are taken by virtue of the permanent state of economic exception experienced especially by the countries of Latin America, which undo the original projects foreseen by the constituent power, forming itself in the constituent crisis as

long as the decisions are made according to the convenience of the economic interests and not according to the will of the people. In order to achieve the objectives proposed here, we adopted the legal methodology, the descriptive method, the documentary research, the indirect documentation technique and the bibliographic research.

KEYWORDS

Neoliberalism. Managerialism. Constituent power. Constitutional Amendment n^o 95/2016.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a globalização, o neoliberalismo e o neocolonialismo vêm transformando o papel do Estado, em especial nos países periféricos. Nestes, de um Estado agigantado, interventor e provedor, abre espaço para um Estado regulador, influenciado pelas forças de mercado.

Tais mudanças são observadas através das diversas reformas administrativas que foram implementadas ao longo de menos de um século da história do Brasil, sobretudo as posteriores à Constituição de 1988, que se utilizaram de discursos voltados a uma mudança institucional visando à melhoria dos serviços públicos, mas, no entanto, tinham como principal objetivo o simples ajuste fiscal a partir de um maior controle e da redução dos gastos públicos, bem como a diminuição do tamanho do Estado.

A importância que deve ser dada às reformas administrativas gira em torno da realização ou não dos valores e garantias previstos na Constituição, uma vez que é através da Administração Pública que se garante a efetivação dos direitos fundamentais nela previstos.

Estas reformas são elaboradas, geralmente, mediante mudanças na Constituição, num contexto de crise constituinte no qual o titular do poder já não é mais o povo, mas sim os poderes políticos e econômicos hegemônicos, em virtude do estado de exceção econômico permanente em que os vivem países latino-americanos.

Cumprir verificar se as reformas constitucionais têm o poder de desfazimento dos principais objetivos previstos pelo poder constituinte originário, em especial, se as reformas administrativas podem violar o direito fundamental ao desenvolvimento, e, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana, ao dificultarem ou mesmo inviabilizarem a prestação dos serviços públicos com qualidade.

Nesses termos, o presente trabalho tem como principal objetivo analisar a crise constituinte no contexto das reformas administrativas, mais especificamente, da última reforma, que visou tão somente ao ajuste fiscal a partir da implementação de um rigoroso regime fiscal, por meio da Emenda Constitucional nº 95/2016.

Ainda que não se possa considerar o mero ajuste fiscal como uma reforma administrativa, justifica-se serem tratados em conjunto, uma vez que um repercute no outro, já que a redução de despesas implica, necessariamente, um remodelamento da Administração. Ademais, o equilíbrio fiscal é um dos grandes objetivos da reforma gerencial.

Inicialmente, serão apresentados os paradigmas utilizados para a Administração Pública na Constituição de 1988, para, em seguida, tecer-se uma breve análise das principais reformas administrativas constitucionais que resultaram em ajustes fiscais. Também será analisado o fenômeno da crise constituinte em razão do estado de exceção econômico permanente. Por fim, serão apresentadas algumas possíveis soluções para o problema da crise fiscal e da crise constituinte, tendo por base noções da democracia participativa como forma de controle das reformas administrativas.

Para alcançar os objetivos aqui propostos, adotou-se a metodologia jurídica, com base na abordagem observacional; além do método descritivo, que apenas registra e descreve os fatos observados no caso concreto. Também será realizada a pesquisa documental das normas e decisões inerentes à matéria. Será utilizada a técnica da documentação indireta, uma vez que a coleta de dados ficará restrita aos documentos escritos. A pesquisa bibliográfica será realizada em livros, artigos científicos, jornais e revistas já publicados.

1 PARADIGMAS DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DESENVOLVIMENTO

Em menos de um século, a Administração Pública brasileira passou por diversas transformações de cunho normativo e institucional, todas com profundas repercussões nas suas constituições; entretanto, suas implementações não lograram o êxito esperado, tanto que novas reformas são tentadas a todo instante.

Tais mudanças são necessárias, pois, apesar do desencantamento do Estado, ele ainda é bem sólido e volta à cena mesmo após seu declínio. Além disso, a prática contemporânea mostra que os Estados são primordiais e os melhores agentes para a tomada de decisões, ainda que esta visão de Estado

fortalecido seja considerada um obstáculo para os futuristas da gestão mundial (ARNOUD, 1999, p. 174-176).

Foi no governo Vargas, em 1933, que se iniciaram os estudos de reforma da Administração Pública, com vistas a implantar uma burocracia weberiana no Brasil do tipo racional e moderna, tendo a industrialização como meio de desenvolvimento, com papéis na regulamentação econômica e no tocante às novas atribuições impostas pelo sistema produtivo nacional e ao atendimento das demandas sociais exigidas pelo Estado de Bem-Estar² (*Welfare State*) que se estava a implantar, “estabelecendo um ‘padrão duplo’, onde os altos escalões da burocracia seguiram esse padrão moderno enquanto os escalões inferiores ficam sujeitos às manipulações populistas e clientelistas” (PINHO, 1998, p. 60).

De acordo com Bresser-Pereira (2002, p. 81), essa forma de gerir a coisa pública é tida como não democrática, pois, apesar de ter como objetivo fundamental a proteção do Estado em face da corrupção e do nepotismo, a sua concepção, ao menos no Brasil de regime ditatorial, trouxe valores autoritários e acabou por não obter resultados satisfatórios.

A reforma do aparelho do Estado só acontece de verdade com o Decreto nº 200/1976, no período do Estado Burocrático-Autoritário, pois “contorna a rigidez das estruturas da administração direta” e introduz “o espírito gerencial privado na administração do setor paraestatal”. Foi um período de maior intervenção do Estado na economia, criando um número de empresas estatais sem precedentes em todos os setores, seja no produtivo, seja na prestação de serviços públicos (PINHO, 1998, p. 64/65).

O declínio desse modelo Estado foi marcado pelo processo de “financeirização”, que ganha força nos países desenvolvidos na década de setenta. Em especial após os choques do petróleo, quando se passa a sustentar que os problemas do Estado decorrem de seu intervencionismo, e, por tal razão, seria

² Sintetizando o seu papel, Bonavides (2014, p. 184-186) dispõe o seguinte: “coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social”.

necessária a implementação de políticas econômicas de liberalização da economia e a redução do tamanho do Estado (CANO, 2000, p. 25).

Tais medidas ganharam força com o resgate das teorias liberais de Adam Smith, que passaram a sustentar que “a mão invisível do mercado constituía o melhor recurso”, visando ao benefício de todos. Tratava-se de uma “ideologia pró-mercado”, pois o Estado seria falho ao se sujeitar às tendências de grupos de interesses, bem como por errar em suas decisões com relação aos investimentos e à acumulação do capital (HARVEY, 2008, p. 30).

Com isso, o “neoliberalismo” começa a ser implementado pouco a pouco nos mais diversos países, sob o argumento de que o desemprego era consequência do alto custo das proteções ao trabalho garantidas pelo Estado. Assim é que, em meados dos anos oitenta, Margaret Thatcher, na Grã-Bretanha, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos, assumem a missão de restaurar a economia e iniciam um processo de desconstrução do Estado de Bem-Estar Social nos países desenvolvidos (HARVEY, 2008, p. 32).

Nesse período, muitos países em desenvolvimento também realizaram reformas administrativas em razão do declínio generalizado do desempenho, impulsionados pela insatisfação com os resultados do modelo keynesiano de desenvolvimento, pela crise do padrão do *Welfare State* e pelo modelo burocrático da gestão administrativa e da crise fiscal do Estado (REZENDE, 2004, p. 21-22).

Houve uma expansão sem precedentes do capitalismo como princípio organizativo das sociedades e da economia de quase todo o planeta, observando-se uma “mercantilização” das mais diversas áreas da vida social, na medida em que a sua força permitiu construir uma sociedade à sua imagem e semelhança, com impactos no campo popular e dos direitos civis nos países periféricos e o enfraquecimento do impulso democrático e redistribucionista que caracterizou o capitalismo keynesiano, permitindo-se a transição para uma economia de mercado pós-capitalista (BORON, 2001, p. 1-2).

Neste contexto de expansão do capitalismo, os anos oitenta foram decisivos para a Administração Pública, pois em decorrência da crise econômica, havia a necessidade de uma nova configuração do Estado, tanto nos países desenvolvidos, em que o Estado restou agigantado pelas demandas sociais do

Estado de Bem-Estar Social, como nos países periféricos, em que o Estado se ampliou para alavancar o crescimento econômico, devido à incapacidade operacional da burguesia. A fórmula neoliberal era a mesma: redução da função e papel do Estado, tendo em vista que para se enfrentar a crise econômica era necessário enfrentar a crise do Estado (PINHO, 1998, p. 68).

Apesar destes movimentos, em 1988, a Constituição brasileira, que pretendia ser dirigente, social e cidadã, consagrou o Estado Democrático de Direito, que trouxe como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988), garantindo diversos direitos sociais que dependiam de uma atuação forte e eficiente do Estado.

É importante ressaltar o seu espírito desenvolvimentista ao prever, já em seu preâmbulo, como valores supremos, o bem-estar e o desenvolvimento, além de elencar no seu artigo 3º, como objetivos fundamentais, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1998).

Ademais, a Constituição Federal reconhece o direito fundamental ao desenvolvimento, uma vez que, no seu artigo 5º, § 2º, prevê que o catálogo dos direitos fundamentais pode ser ampliado pelos regimes ou princípios adotados, além dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, a exemplo da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas - ONU³ (OLIVEIRA, 2009, p. 15).

Influenciada por estes valores, a Constituição de 1988 dedicou um capítulo inteiro à Administração Pública, detalhando suas atribuições através de um extenso conjunto de normas estruturantes que visam ao desenvolvimento nacional e à efetivação dos direitos fundamentais nela previstos.

Apesar de ter sido analítica, Bresser-Pereira (2002, p. 175) afirma que a Constituição não promoveu uma reforma da Administração Pública, já que manteve os ideais burocráticos da década de 1930 e os ideais populistas

³ Artigo 1º. 1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

da década de 1950, o que resultou numa administração arcaica, centralizada, hierárquica e rígida, priorizando a administração direta em desfavor da indireta e desconsiderando os princípios do gerencialismo que já estavam sendo utilizados em outros países.

Entre as regras burocráticas destacam-se o regime jurídico único para todos os servidores civis da administração pública direta e indireta, a estabilidade sólida, os concursos públicos mais rígidos, novas regras estendidas a toda a Administração, anulando a autonomia das autarquias e fundações públicas. Ocorre que esta mesma Constituição, contraditoriamente, trouxe diversas regras de cunho patrimonialista, consolidando e/ou criando privilégios para os funcionários públicos, em especial para a cúpula dos poderes, como o sistema de aposentadoria integral, a acumulação de aposentadorias, a transformação de empregados celetistas em funcionários estatutários (BRESSER-PEREIRA, 2002, p. 175-176).

Com a queda do muro de Berlim em 1989 e a implosão da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas em 1991, as teses de progresso passaram a ser a “globalização”, marcada pela abertura de mercado dos países para ingresso no capitalismo internacional, e, como consequência, a redução do papel do Estado a um mínimo, limitando-se a regulação e flexibilizando diversas relações, como a trabalhista; já o bem-estar seria alcançado com a atuação livre das empresas (MELLO, 2013, p. 1.088-1.089).

Com isto, aliado ao aprofundamento da crise fiscal e da própria crise do Estado na década de 1990, além da ineficiência do serviço público, as “transformações” trazidas pela Constituição Federal de 1988 não foram acompanhadas das necessárias mudanças normativas, institucionais e culturais, de forma que não logrou romper com a pecha da corrupção e ausência que caracteriza o Estado brasileiro.

Os governos pós-Constituição de 1988 imprimiram as marcas do neoliberalismo através de profundas mudanças constitucionais que, atualmente, inviabilizam as promessas constitucionais. Pinho (1998, p. 70-71) sustenta que a implementação de um Estado mínimo seguindo os ditames neoliberais é irreal, pois os cidadãos cada vez exigem mais do Estado e as políticas públicas desempenham crescentemente um papel relevante no capitalismo.

Conforme se observará abaixo, vive-se num contexto em que o Direito estatal se desengaja progressivamente do Estado de Bem-Estar Social e se apoia nas corporações e no capital transnacional. A intervenção pela autoridade só deve ser feita para melhorar a oportunidade de todos, mediante um Estado mínimo que condena qualquer medida protecionista (ARNOUD, 1999, p. 174-176).

2 OS DESMONTES CONSTITUCIONAIS: A REFORMA GERENCIAL E O RECENTE AJUSTE FISCAL

Tendo como paradigma o caso inglês *Next Steps*, e ainda o modelo americano *National Performance Review*, o governo brasileiro formulou uma reforma administrativa no Executivo federal em 1995, criando o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE para conduzir uma reforma gerencial que substituísse o modelo de gestão burocrática pela gestão orientada pelo desempenho. Tinha como objetivo lidar com a crise fiscal do Estado, rever o papel do Estado e os mecanismos de controle dos gastos públicos e implementar políticas de privatização e *downsizing* (REZENDE, 2004, p. 24-30)⁴.

Conforme Bresser-Pereira (2002, p. 23), a base da reforma gerencial é a ideia de Estado e do seu papel, no sentido de se investigar quais as atividades a serem realizadas diretamente pelo Estado, quais devem ser promovidas ou financiadas, e de quais o Estado deve manter-se alheio. Os presentes critérios para esta investigação são os objetivos políticos fundamentais da sociedade contemporânea, como ordem, liberdade, igualdade, eficiência ou bem-estar.

⁴ Em resumo, a mudança deveria ser realizada através das performance based organizations – PBOs, que se materializaram pelas organizações sociais e agências executivas; ademais, deveria promover mudanças constitucionais quanto à organização e ao funcionamento da Administração Pública e transformar a cultura burocrática administrativa numa visão gerencial. Necessário ainda transferir uma maior autonomia e accountability aos responsáveis pelas políticas. Para atingir tais objetivos, o plano diretor definiu quatro setores distintos de intervenção: núcleo estratégico, agências responsáveis pela formulação de políticas públicas que não seriam atingidas pelas mudanças; funções exclusivas do Estado, aquelas em que é necessário o poder de polícia (foi proposto um modelo organizado por agências executivas que atuariam com mais liberdade sobre orçamento, pessoal, compras e licitações); atividades não exclusivas do Estado, mas de alta relevância, a cargo de organizações sociais; e produção de bens e serviços para o mercado, que seriam privatizados (REZENDE, 2004, p. 30-31).

Para consolidar esta mudança, surge a primeira reforma administrativa depois da Constituição de 1988, através da Emenda Constitucional nº 19/1998, que “modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências” (BRASIL, 1998).

Tal emenda trouxe profundas repercussões aos âmbitos estaduais e municipais. Teve como principais pontos: a flexibilização da estabilidade, o fim da obrigatoriedade do regime jurídico único, a avaliação para alcançar estabilidade no final do estágio probatório, a proibição do aumento em cascata, o fim da expressão “isonomia salarial”, novas regras sobre teto e subteto da remuneração dos servidores, normas que visam à redução de custos, eficiência e qualidade, além de outras que intentam a descentralização, a participação popular e a proteção do usuário, contratos de gestão etc. (BRESSER-PEREIRA, 2002, p. 208 *et. seq.*).

Algumas dessas mudanças dependiam de normas infraconstitucionais; outras dependiam de apoio institucional. Rezende (2004, p. 93-94) observa que nesta reforma houve uma forte cooperação tão somente no tocante ao ajuste fiscal, no entanto este é apenas parte do problema. Seria necessária a criação de um novo padrão de articulação e de formulação e implementação das políticas públicas, pois não bastava reduzir os gastos com servidores e diminuir o tamanho do Estado, já que se devia buscar uma melhor alocação dos seus trabalhos para imprimir uma maior eficiência no serviço público.

A reforma falhou, pois não levou em consideração as questões culturais e legais. Consistiu numa proposta ambiciosa que não efetivou a necessária transformação da cultura clientelista e patrimonialista que permeia a máquina burocrática brasileira.

Microrreformas continuam a ser objeto dos mais diversos governos, mas o foco principal, se não o único, é o do ajuste fiscal, ou seja, a redução das despesas públicas, como aconteceu com as inúmeras reformas da previdência social (Emendas 20/1998, 41/2003, 47/2005). Há ainda diversas normas de índole infraconstitucional que são braços das reformas gerenciais, possibilitando *downsizing*, privatização, terceirização, flexibilização das leis trabalhistas, que,

em resumo, resultam em mero equilíbrio fiscal, mas que não serão abordadas, já que fogem ao objeto do presente artigo.

Recentemente foi aprovada a Emenda à Constituição nº 95/2016 (antiga PEC nº 55/2016 e 241/2016), que implementou o rigoroso “Teto dos Gastos Públicos”, instituindo um Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União para a redução e o controle destas despesas, com o congelamento de investimentos sociais para os próximos vinte anos.

Nesta emenda, alguns dispositivos foram acrescentados ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Trata-se de um regime que prevê um limite para o exercício de 2017 correspondente aos gastos de 2016, corrigidos em 7,2%. Para os exercícios posteriores, vigorará o limite do exercício imediatamente anterior, corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA até 2036 (BRASIL, 2016).

Este novo regime não admite o crescimento de despesas totais e reais acima da inflação; ainda que a economia esteja bem, só haverá investimentos em uma determinada área quando houver cortes nas outras, o que, segundo Mariano (2017, p. 260), “poderá levar ao sucateamento das políticas sociais, especialmente nas áreas da saúde e educação, pondo em risco por completo a qualidade de vida da população brasileira”.

Com isso, o novo regime fiscal suspende o projeto constituinte de 1988 de um Estado de Bem-Estar Social, pois, com a fixação do teto, os investimentos necessários à manutenção e à expansão dos serviços públicos serão impedidos, assim como inovações tecnológicas, contratação de pessoal, melhoria da remuneração e carreiras. Engessa até mesmo a autonomia dos orçamentos dos próximos governantes, o que repercute no direito do cidadão de eleger o programa de governo e as políticas públicas para o desenvolvimento econômico (MARIANO, 2017, p. 261).

Ainda segundo Mariano (2007, p. 262), a emenda é uma “antidemocracia econômica”, na medida em que impede a manutenção e a expansão das políticas públicas, ao passo que reserva dinheiro público para garantir o pagamento dos credores da dívida pública e exclui do teto das despesas o aumento de capital de empresas estatais não dependentes, com o propósito de comprar

créditos podres dos Estados e Municípios por meio da emissão de debêntures subordinadas, conforme o § 6º do artigo 102 do ADCT, o que contribuirá ainda mais para o endividamento do Estado brasileiro.

Percebe-se, assim, que a emenda visou, mais uma vez, apenas a um dos focos da reforma gerencial, a saber, a superação da dívida pública em função da redução e do controle dos gastos públicos. Essa medida extremada do constituinte derivado impedirá a satisfação do outro objetivo da reforma, a promoção da eficiência, tendo em vista a ausência de recursos públicos, o que, em última análise, obstará a realização dos objetivos da Constituição de promoção do desenvolvimento e realização dos direitos fundamentais.

Ocorre que o governo brasileiro, assim como vários outros governos de países da América Latina, vem alterando a função tradicional do Estado, visando cada vez mais a sua diminuição, a partir da sua abertura para o setor privado. No entanto, as economias desenvolvidas promovem uma forte intervenção na economia, pois há uma contradição, segundo Batista (1994, p. 19), entre os discursos e as práticas dos países desenvolvidos na área de política fiscal, já que os próprios Estados Unidos são extremamente interventores e possuem um grande déficit orçamentário, financiado pela dívida interna.

O Banco Mundial projetou uma redução das despesas do Estado brasileiro em torno de 13% do Produto Interno Bruto, comparável ao de países africanos, enquanto os países desenvolvidos, mesmo as economias de livre mercado, gastam em média três vezes mais para assegurar serviços públicos de qualidade, como a França, com 57%, e os Estados Unidos, “exemplo” de absentéismo estatal, com 38,8% (MARIANO, 2017, p. 260).

Ademais, a proposta neoliberal de manutenção do equilíbrio fiscal, como combate à inflação e restabelecimento da confiança na capacidade governamental, é equivocada por não fazer distinção entre despesas correntes e de investimentos. Um nível baixo de despesas e receitas compromete as funções essenciais do Estado: “incentivador do desenvolvimento, promotor do pleno emprego e da justiça social”. Em verdade, reduzir em níveis tão acentuados o tamanho do Estado compromete até mesmo a sua função clássica de promotor da segurança. A incorporação dessas ideias em um cenário latino-americano transforma a concepção de um Estado mínimo num Estado-gendarme, que

serve tão somente para a manutenção da ordem pública interna (BATISTA, 1994, p. 19-20).

Em crítica às políticas agressivas de ajustes fiscais, Oliveira considera como superada a hegemonia do culto extremado ao mercado como principal ator do desenvolvimento, e defende “uma revalorização do papel do Estado como agente incentivador, promotor e condutor do desenvolvimento econômico e social” (2009, p. 3-4).

Na mesma linha, Mazzucato sustenta a visão de um Estado empreendedor, critica a concepção de um Estado baseado em cortes de orçamento e reconhece o seu poder para resolver problemas complexos, como o de colocar o homem na Lua e de cuidar da mudança do clima. Para tanto, são necessários instrumentos políticos específicos e ousadia a fim de garantir o crescimento através de investimentos “inteligentes” e “inclusivos” (2014, p. 263).

Afinal, apenas com o desenvolvimento as pessoas podem expandir e experimentar as liberdades reais, tanto as liberdades substanciais, como o fim da subnutrição, da morte prematura e da fome, como as liberdades instrumentais, através das oportunidades sociais, das liberdades políticas e das facilidades econômicas (SEN, 2010, p. 54-60).

A Emenda Constitucional nº 95/2016 é uma medida que aprofunda a crise econômica para atender ao capitalismo rentista, mantendo o “estado de exceção econômico”, tão habitual na América Latina. Trata-se de “um obstáculo neocolonialista ao desenvolvimento soberano de economias periféricas” (MARIANO, 2017, p. 277).

Enquanto os países de centro vivem em situação de normalidade, os Estados periféricos da América Latina se acham em permanente estado de exceção, uma vez que prevalece a ditadura econômica dos mercados; as decisões são tomadas para salvar os mercados através dos poderes constitucionais; há uma subordinação do Estado ao mercado e do direito interno ao capital financeiro, o que exige flexibilidade, reduz a interferência da soberania popular e limita os direitos individuais, no intuito de garantir a propriedade privada e a acumulação capitalista. Trata-se do Estado de exceção na visão de Bercovici (2005, p. 4-5).

Nesta linha, as transformações do mundo político, econômico e finan-

ceiro geram repercussões na vida social dos cidadãos. A integração econômico-financeira transfronteiriça marca cada vez mais os mercados nacionais, a exigir que agentes econômicos revisem suas estratégias. O desafio está em governar a economia quando não se manda no mercado mundial. Com um “governo de empresa”, passa-se de “um modelo de patrimonialização para um modelo de contratualização, o que requer um equilíbrio entre a liberdade de mercados e a prestação de bens públicos” (ARNOUD, 1999, p. 160).

Neste contexto de reformas administrativas constitucionais, verificadas as origens e as consequências dos recentes desmontes do Estado brasileiro, resta analisar se o cenário de estado de exceção econômico e de crise constituinte legitima as opções tomadas pelo poder constituinte derivado.

3 LIMITES DA REFORMA CONSTITUCIONAL: A CRISE CONSTITUINTE E O RETROCESSO SOCIAL

Conforme visto acima, as reformas constitucionais estão a desfazer os projetos originários previstos pelo poder constituinte, em especial as reformas administrativas. Ao implantarem um rigoroso ajuste fiscal, violam o direito ao desenvolvimento, impedindo a efetivação de direitos sociais básicos previstos na ordem constitucional.

Ocorre que, apesar de a doutrina apontar o poder constituinte como o principal fundamento jurídico do Estado moderno, trata-se de um poder “transconstitucional”, pois, apesar de originário, já não há a possibilidade de uma independência absoluta em relação a outras ordens constitucionais (SALDANHA, 1986, p. 83-84).

Em crítica à doutrina nacional, Bercovici (2013, p. 310-314) afirma que se procura explicar o tema poder constituinte através de uma visão europeia, em especial com base na experiência francesa. Com isso, o foco gira em torno da reforma da Constituição e dos seus limites, e praticamente não há estudos sobre a legitimidade do poder constituinte. A “transposição da visão francesa para o Brasil gerou uma discussão doutrinária estéril, sem qualquer vinculação com nossa experiência política e constitucional”. Quijano (2005, p. 13) entende que refletir a perspectiva eurocentrista na América Latina sem considerar os

traços distintivos inviabiliza identificar e resolver os verdadeiros problemas.

Outra disfunção trazida pelos juristas tradicionais é o fato de só reconhecer os poderes constituintes explícitos (originário ou derivado); no entanto, há outro poder que traz uma Constituição gravada na consciência social e na competição entre os grupos da sociedade, uma vez que a Constituição verdadeira é aquela que “está simultaneamente no texto e na realidade”, sob pena de perda de juridicidade e eficácia, a se transformar em um “fantasma de papel” (BONAVIDES, 2010, p. 187-188).

Afinal, as teorias econômicas, sociais, políticas e jurídicas não surgem do nada; trata-se de acontecimentos no seio da sociedade que refletem o seu ambiente cultural. Nos países subdesenvolvidos, uma grande parte dos ingredientes culturais é importada dos países desenvolvidos, pois, apesar da soberania conquistada com a sua independência, vivem ainda sob a órbita de algum “país-guru” que lhes fornece os ideais do “modelo econômico”; estes, por sua vez, servem como diretrizes para o Direito. É a “síndrome de dependência”, do “servilismo intelectual”, fruto, muitas vezes, de um complexo de inferioridade (MELLO, 2013, p. 1.084-1.085).

O neocolonialismo encontra ambiente muito propício para medrar em nosso meio cultural e, pois, no seio do Direito Administrativo brasileiro, por termos, ainda, uma mentalidade acentuadamente marcada pela subserviência ideológica, típica do subdesenvolvimento de país que persiste pagando um pesado tributo ao colonialismo. (MELLO, 2013, p. 1.096-1.097).

É neste contexto que Bonavides (2010, p. 188-189) trata da crise constituinte, um processo que não termina com a promulgação da Constituição e que ocorre quando as instituições políticas não estão alicerçadas num poder legítimo, quando falta aprovação popular; é “devastadora de textos, emendas e fórmulas que a retórica e a imaginação da classe política fazem brotar”.

A questão é que há uma confusão entre a teoria material da Constituição, que tem por base o positivismo sociológico, e a teoria formal da Constituição, alicerçada num positivismo jurídico. A crise somente pode ser resolvida

se houver a recuperação da legitimidade. Entretanto, o que se percebe é que há uma falha em promover o fim dos males políticos e sociais do Estado, em especial nos países subdesenvolvidos, uma vez que as Constituições não possuem força suficiente para resolver os problemas da realidade (BONAVIDES, 2010, p. 191-193).

Formalmente não existem controvérsias quanto ao titular do poder constituinte, uma vez que o único legítimo é o povo ou a nação. De outra banda, do ponto de vista material, a titularidade sofre limitações explícitas e implícitas que influenciam o constituinte formal; muitas vezes, estes chancelam a vontade de outros poderes paralelos e externos. “A crise constituinte é aqui, por conseguinte, a crise da titularidade do poder”. Essa crise também se manifesta quanto ao seu objeto, porquanto as normas programáticas de prestações sociais suplantam a capacidade do Estado de cumprir com tais prestações, tornando-se inadimplente (BONAVIDES, 2010, p. 194-195).

O Consenso de Washington (de 1989) é um grande exemplo de limitação do poder constituinte, gerado a partir da reunião entre os funcionários do governo americano e do Fundo Monetário Internacional – FMI, Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento. Apesar de não possuir caráter deliberativo, detém uma grande força simbólica para a adoção da proposta neoliberal nos países latino-americanos como condição para a cooperação financeira (BATISTA, 1994, p. 5-6).

A crise constituinte na maior parte dos países em desenvolvimento é decorrente de um estado de exceção econômico; as decisões são tomadas de acordo com a conveniência dos interesses econômicos neoliberais e não de acordo com a vontade do povo, no que se verifica que a crise da Constituição é a crise da própria soberania.

Esse problema tem como origem os limites históricos e estruturais que o poder constituinte encontra para manifestar a vontade soberana do povo; daí se enxergar uma “soberania bloqueada” em virtude das diversas restrições internas e externas que sofre. Ademais, percebe-se que o estado de exceção econômico permanente a que o Brasil está submetido dificulta a concretização do projeto constitucional (BERCOVICI, 2013, p. 314-319).

Em análise semelhante, Arnoud (1999, p. 154-155) sustenta que há um

comprometimento da autonomia dos Estados em decorrência da interdependência em face da economia globalizada. Não se trata de um problema formal da soberania dos Estados, mas sim de que a sua autoridade diminui devido à “porosidade das fronteiras”, à “dificuldade de controlar os fluxos transfronteiriços monetários, de mercadorias e de informação, aos avanços tecnológicos”.

Ainda considera a questão da soberania estatal como “ponto central de toda a problemática da regulação pelo direito” e traz dúvidas sobre sua autoridade, oportunidade, efetividade e eficácia, até porque são os governos dos países centrais, as empresas transnacionais, instituições como FMI, Banco Mundial e G7, que tomam a maior parte das decisões que afetam a vida das pessoas, sem que elas saibam disso ou consintam nisso. “Está claro que os ‘diktats’ externos suplantam muitas vezes o Estado na sua soberania de regulação social” (ARNOUD, 1999, p. 171).

O idealizador da reforma gerencial da década de noventa, Bresser-Pereira, sustenta que a motivação inicial para a reforma do Estado tem matriz econômica, fruto do processo de globalização do final do século passado, uma vez que na “restrição-eficiência” devem-se utilizar os recursos de forma mais econômica ou racional, em virtude da lógica capitalista da competição que o mundo contemporâneo impôs aos Estados e às empresas (2002, p. 152).

Bonavides (2001, p. 14) adverte que

Estamos em situação constitucional muito mais grave: a reconquista é iminente, a passividade do povo não tem paralelo na história, as camadas governantes desmantelam a máquina do poder, ferem a Constituição, aviltam o Estado, e as elites aplaudem; a classe representativa não reage, e é cúmplice no crime da desnacionalização. De tal sorte que o País todo é uma capitania. A sede de poder está fora do território nacional e ninguém sabe que surpresa amanhã nos aguarda, ao sabor das flutuações especulativas das bolsas de valores, colocadas debaixo do influxo e domínio do capital estrangeiro.

Ocorre que o princípio cardeal de uma Constituição é o reconhecimento da soberania popular, e não somente o discurso retórico de que “todo poder emana do povo”, devendo essa soberania atingir três dimensões: “ne-

cessidade de consentimento popular como condição de legitimidade da atribuição e do exercício do poder, em todos os níveis; a participação popular no exercício das funções públicas; e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais” (COMPARATO, 1986, p. 16-17).

O “poder constituinte atua de forma permanente. Ele se refere ao povo concreto, com autoridade e força para estabelecer a Constituição, manter a sua pretensão normativa e revogá-la” (BERCOVICI, 2013, p. 309). No entanto, o que se tem na prática é o poder constituinte influenciado pelos mercados e não pela vontade popular, conforme se observa nas recentes reformas administrativas e, em especial, no ajuste fiscal.

Deve-se levar em consideração que o titular do poder constituinte pode ser tanto o povo quanto a assembleia, ao mesmo tempo e com funções distintas, a partir de uma exigência de participação popular com capacidade de deliberação política. O poder constituinte deve pertencer a uma entidade consciente (SALDANHA, 1986, p. 72-73).

Ocorre que ao se preocupar apenas em definir os limites da reforma constitucional, a doutrina jurídica tradicional não considera o povo e o poder constituinte como “categorias jurídicas”, como se não tivessem lugar no direito público. Ao separar o conceito de Constituição do conceito de poder constituinte, exclui a origem popular como validade da Constituição. O poder constituinte em um Estado constitucional não é pensado como um poder direto e proveniente do povo, uma vez que é exercido apenas indiretamente, de forma representativa (BERCOVICI, 2013, p. 305-308).

Neste contexto, Saldanha (1986, p. 73-76) destaca o problema de saber até que ponto o povo tem consciência das condições histórico-culturais necessárias à realização da democracia constitucional. Tendo em vista a soberania popular, questiona a participação do povo na ação constituinte, ou, ao menos, se não necessitaria da homologação nacional.

Entretanto, o poder constituinte do povo nunca conseguiu derrotar o patrimonialismo e o aparelhamento do poder no Brasil. O povo constitui tão somente massa de manobra da classe dirigente; para sair deste círculo vicioso, é “necessário o deslocamento da titularidade da soberania de um grupo para a comunidade como um todo” (FAORO, 2013, p. 207-208).

Esta crise constituinte, da soberania popular e de legitimidade, ficou evidenciada nos movimentos populares contrários às PECs nº 55/2016 e 241/2016, que deram origem à Emenda à Constituição nº 95/2016. Durante este período, as universidades públicas e os institutos federais foram ocupados pelos estudantes e ocorreram várias paralisações com movimentos sociais em todo o Brasil, com destaque para o “Ocupa Brasília”. Sem discussões e a participação da sociedade como um todo, entretanto, a emenda foi aprovada com certa facilidade, já que sua tramitação não durou nem dois meses.

Na mesma linha, o Senado Federal realizou consulta pública em seu sítio eletrônico: dos 369.488 votantes, somente 23.770 votaram a favor da referida emenda; 354.718 votantes explicitaram que não deveria ser aprovada, ou seja, aproximadamente 96% daqueles que tiveram acesso à pesquisa entenderam pela inviabilidade da alteração (BRASIL, 2017).

Ademais, esta última reforma carece de legitimidade democrática, pois não foi o projeto político e constitucional vencedor nas últimas eleições. Além de bater de frente com o espírito da Constituição de 1988 e das suas reformas gerenciais posteriores, cria obstáculos para a criação de um Estado de Bem-Estar Social, bem como de uma economia soberana e independente (MARIANO, 2017, p. 280).

Ao tratar sobre as “cláusulas de eternidade” de um Estado constitucional, Häberle (2003, p. 146-147) entende que são conteúdos típicos a dignidade humana e os direitos humanos, o princípio democrático, a divisão de poderes e o Estado social de direito, ainda que não estejam escritas, uma vez que devem ser interpretados a partir de um enfoque material, por comporem o “espírito” da Constituição.

As reformas e ajustes fiscais em exame, ao serem efetivados, impedirão a realização de direitos humanos básicos, dada a incapacidade financeira do Estado de promover tais direitos, no que se pode considerar uma violação não literal das cláusulas pétreas previstas na Constituição de 1988, implicando retrocesso social e impedindo uma atuação eficiente dos serviços públicos.

Há ainda uma distinção trazida por Saldanha (1986, p. 86-90) entre poder constituinte e poder de reforma. Essa diferença é importante em razão da crítica daqueles que designam o poder de rever ou formar uma Constitui-

ção como constituinte, porquanto o poder de reforma é um poder para apenas refazer parcialmente uma Constituição feita; é, nos seus termos, um poder constituído, anexo ao constituinte, para evitar a confecção de uma nova Constituição. Conclui que existem limites ao poder constituinte e os esquematiza em dois polos: um, de ordem internacional, uma vez que somente pode atuar na sua órbita de soberania correspondente; e outro, de ordem humana individual, já que os princípios gerais do Direito devem ser observados.

Conforme tratado acima, as reformas administrativas, em especial os ajustes fiscais trazidos, apesar de não alterarem formalmente o texto da Constituição neste ponto, impedirão a realização dos direitos fundamentais – sobretudo o direito ao desenvolvimento restará frontalmente aviltado, inviabilizando os serviços públicos já tão deficientes.

Registre-se ainda a falha do discurso da necessidade de acompanhar as demais nações do mundo, já que buscam parâmetros em economias desenvolvidas, onde os direitos fundamentais já foram assegurados, incorporando-se ao seu catálogo um número bem superior de prestações sociais que no Brasil ainda se acham em processo de implantação.

Assim, as recentes alterações promovem mudanças vedadas pelo texto constitucional e trazem um retrocesso social, quando deveriam buscar a evolução da Administração Pública para imprimir uma maior eficiência às prestações públicas, implementando os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

4 EQUILÍBRIO NECESSÁRIO ENTRE REFORMAS ADMINISTRATIVAS, CRISE CONSTITUINTE E CRISE FISCAL

Sem pretensão de ser exaustivo, mas também para não pecar por ser tão somente descritivo, propõem-se algumas possíveis soluções, mais no sentido de reflexões, para que uma reforma administrativa constitucional seja realizada ao mesmo tempo com suporte na soberania popular e com equilíbrio fiscal.

Conforme visto acima, ao passo que um dos principais objetivos da Administração Pública é a proteção do patrimônio público, somente com a

democracia será possível alcançar tal objetivo, pois tão só num regime democrático surge a reforma gerencial. Bresser-Pereira (2002, p. 81) trata de um novo tipo de direito de cidadania, que são os direitos republicanos, “o direito que cada cidadão tem de que o patrimônio público seja usado para fins públicos ao invés de ser capturado por interesses privados”.

Tais objetivos pressupõem um regime democrático e fortalecem o próprio regime, uma vez que, no conceito clássico de democracia como um governo do povo para o povo, a *res pública*, o patrimônio público ou o interesse público só se realizam mediante um bom uso destes recursos, impedindo qualquer tipo de apropriação privada destes.

Para Bresser-Pereira (2002, p. 151-152), a reforma gerencial “só faz sentido quando aprofunda as formas de democracia representativa e de democracia direta ou controle social”, o que contribui para a chamada “eficiência” administrativa e para a afirmação democrática dos direitos de cidadania. Sustenta ainda que as reformas burocráticas ocorreram no âmbito de regimes políticos não democráticos ou pré-democráticos. Defende que o regime democrático foi a grande conquista política do século XX, que a lógica econômica não pode prevalecer e que as decisões políticas deverão ser fruto de debates públicos e da formação de consensos ou de maiorias.

Ocorre que um dos maiores desafios da democracia participativa é a formação de uma cidadania ativa e informada. Trata-se de um ideal oposto ao funcionamento habitual das sociedades de massa modernas. É importante que se deem condições de participar dos espaços públicos de discussão; os poderes públicos devem reforçar as capacidades de expressão e de ação (BLONDIAUX, 2013, p. 61-62).

Há ainda problemas oriundos do reflexo eurocentrista na América Latina, como a questão do Estado-nação, uma sociedade nacionalizada e politicamente organizada, com instituições modernas de cidadania e democracia política. No seu processo de construção deve existir uma relativa homogeneização da população, com o objetivo de produzir uma identidade comum, forte e duradoura. É necessário ainda um processo de democratização da sociedade para a nacionalização e a organização política, a partir de uma descolonização e de uma redistribuição radical do poder.

Na realidade, cada categoria usada para caracterizar o processo político latino-americano tem sido sempre um modo parcial e distorcido de olhar esta realidade. Essa é uma consequência inevitável da perspectiva eurocêntrica, na qual um evolucionismo unilinear e unidirecional se amalgama contraditoriamente com a visão dualista da história; um dualismo novo e radical que separa a natureza da sociedade, o corpo da razão. (QUIJANO, 2005, p. 21-22).

Na sua proposta de anteprojeto para a Constituição de 1988, Compato previu vários instrumentos de participação popular, com destaque para a atribuição de legitimidade ativa do povo a fim de propor leis, inclusive quanto à possibilidade de emendas constitucionais, e, em especial, à atribuição aos cidadãos do poder de sanção, através de referendo popular ou plebiscito. Nestes termos, as emendas constitucionais relativas à soberania, direitos e deveres do cidadão, proteção da pessoa humana e ordem econômica e social precisariam de referendo para ser validadas (1986, p. 16-17).

Tais reformas trazem profundas repercussões ao âmbito dos demais direitos, ferindo até mesmo a proteção da pessoa humana, com o contingenciamento oriundo dos recentes ajustes fiscais. Assim, o referendo das reformas administrativas constitucionais, como forma de manifestação da democracia participativa, é um instrumento que poderia resolver, em parte, a crise constituinte, devolvendo ao povo o seu papel de real legitimado para definir os destinos de sua nação.

É verdade que uma redução de gastos é inevitável, mas tal redução pode ser viabilizada através dos cortes dos privilégios de poucos, como as diversas verbas de gabinetes dos Poderes Executivos e Legislativo, bem como os tantos auxílios concedidos aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e outros funcionários que compõem a cúpula dos Poderes, práticas patrimonialistas preservadas institucionalmente.

Outra solução é buscar o incremento de receitas, não com a majoração da carga tributária, mas sim com a devida implementação daqueles que já existem, como, por exemplo, do Imposto sobre Grandes Fortunas. Além disso, cumpre resolver as questões de “elevado limite de isenção, baixas alíquotas,

a não incidência sobre pessoas jurídicas, a transferência de riqueza financeira para paraísos fiscais e a subavaliação dos imóveis” (MARIANO, 2007, p. 276).

Desta forma, o equilíbrio fiscal pode ser alcançado com o corte de despesas abusivas e o incremento de receita, de um modo que não atinja a parte da população que mais precisa dos benefícios sociais.

Outro ponto igualmente importante é um maior controle das contas públicas, não só através do controle interno e externo, como previsto pela Constituição, mas também mediante um maior controle popular, mediante uma maior disseminação de práticas de transparência e publicidade.

Existem diversas formas de reverter esta crise sem trazer impactos negativos à vida do cidadão brasileiro. Cano (2014, p. 30-32) sustenta que uma nova política industrial deve ser acompanhada por uma política macroeconômica que lhe dê sustentação política e econômica. O Brasil entrou na globalização, assumindo compromissos internacionais como deveria, abrindo a conta de capital, perdendo o controle sobre a entrada e a saída de capital internacional e nacional, sobre remessas de lucros e fluxos de investimento, bem como sobre a soberania na sua política cambial, fiscal e monetária. Os governos depois de 1990 entregaram-se ao sistema financeiro; cabe romper com esse acordo, tendo em vista que os horizontes políticos internacionais são imprecisos e imprevisíveis.

É possível enfrentar a crise atual voltando-se, em especial, para o mercado interno, em função da imensa população e território, para além da boa diversidade de recursos naturais. Tal medida deve ser complementada por um “Programa Nacional de Desenvolvimento”, a partir de “uma estratégia específica de exportações, introjeção tecnológica e uma priorização setorializada e regionalizada de infraestrutura e alta tecnologia”. Elementos que não considerarão apenas crescimento e produtividade, mas que visem atender “às necessidades básicas da população e do país, como habitação popular, saneamento básico, educação e saúde pública, que, sem dúvida, deveriam encimar a agenda de planejamento” (CANO, 2014, p. 32-33).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como principal objetivo analisar as reformas administrativas gerenciais no Brasil, em especial os ajustes fiscais realizados sob a perspectiva da crise constituinte em um estado de exceção econômico permanente que culminou com a implantação do “Teto dos Gastos Públicos”, trazido pela Emenda Constitucional nº 95/2016.

Verificou-se que em menos de um século o Brasil passou por diversas transformações na estrutura da Administração Pública: de uma burocracia weberiana, que tinha como principal objetivo a sua profissionalização e romper com o patrimonialismo vigente, até a mais recente reforma gerencial, com grande foco na mudança institucional visando ao desempenho e no ajuste fiscal a partir do controle e da redução dos gastos públicos.

Os anos 1980 foram decisivos para a Administração Pública em decorrência do declínio generalizado do desempenho, impulsionado pela insatisfação com os resultados do modelo keynesiano de desenvolvimento e pela expansão das ideologias pró-mercado. Surgiu a necessidade de uma nova configuração do Estado, que buscava se afastar do Estado de Bem-Estar Social, devido à “mercantilização” das mais diversas áreas da vida social.

Em direção oposta a esse movimento, a Constituição Federal de 1988 pretendeu imprimir um Estado prestador de várias demandas sociais, garantindo diversos direitos que dependiam de uma atuação forte do Estado. Para tanto, detalhou as atribuições da Administração Pública através de um extenso conjunto de normas estruturantes, visando ao desenvolvimento nacional e à efetivação dos direitos fundamentais nela previstos.

Entretanto, o aprofundamento da crise fiscal fez com que diversas reformas constitucionais fossem implementadas desde o nascedouro da Constituição, reconfigurando o Estado brasileiro e subvertendo o seu texto, uma vez que, tendo como base as premissas do gerencialismo, teve como critério básico das alterações o ajuste fiscal, o que compromete as suas missões constitucionais mais basilares.

A mais recente reforma, a da Emenda Constitucional nº 95/2016, que implantou o Teto dos Gastos Públicos com limites no orçamento para os pró-

ximos vinte anos, visou apenas a um dos focos da reforma gerencial, a saber, a superação da dívida pública em razão da redução e do controle dos gastos públicos. Essa medida extremada do constituinte derivado impedirá a satisfação do outro objetivo da reforma, a promoção do desempenho, tendo em vista a ausência de recursos públicos, o que, em última análise, obstará a realização dos objetivos da Constituição Federal.

Percebeu-se que no contexto de crise constituinte, essas decisões não são feitas com base na soberania popular, já que as instituições políticas não estão alicerçadas em um poder legítimo. Este problema se dá, em especial, nos países em desenvolvimento, pois as Constituições não possuem força suficiente para resolver os problemas da realidade, e o poder constituinte acaba muitas vezes por cancelar a vontade de outros poderes paralelos e externos, a exemplo do Consenso de Washington.

Nessa crise de legitimidade, as decisões são, geralmente, tomadas ao sabor das exigências do mercado, devido ao estado de exceção econômico permanente vivenciado por grande parte dos países em desenvolvimento, uma vez que a “soberania” é bloqueada em virtude das diversas restrições internas e externas que sofrem.

A Emenda do Teto dos Gastos Públicos é um grande exemplo de uma opção que desprezou a vontade popular em benefício do interesse de atores privados, implicando uma redução do Estado com repercussões negativas na prestação dos serviços públicos. Além disto, as recentes alterações promovem mudanças vedadas pelo texto constitucional e trazem um retrocesso social.

Por fim, o problema não está nas reformas administrativas, nem mesmo no apelo do ajuste fiscal, que é necessário em situações de crise econômica. As reformas administrativas trouxeram certos avanços, no entanto, urge uma nova reforma da Administração Pública que promova um maior desempenho mediante a eliminação da carga patrimonialista, desvencilhando-se das experiências eurocêntricas que não refletem a realidade brasileira, garantindo uma democracia participativa através de uma cidadania ativa que proporcione um maior controle, com a promoção da qualidade dos serviços públicos e visando à efetivação dos direitos sociais fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado*. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

BATISTA, Paulo Nogueira. *O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos*. Caderno da Dívida Externa, n. 69, PEDEX, São Paulo: Peres, 1994.

BAVA, Silvio Caccia. *Convulsões sociais. Le monde diplomatique Brasil*. Março, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. *O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo*. Boletim de Ciências Econômicas. Vol. 48 (2005). Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24875/1/BoletimXLVIII_Artigo1.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. *O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte*. Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 mar. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000100010>.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a reconstrução pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORON, Atilio A. *El nuevo orden imperial y cómo desmontarlo*. Trabalho apresentado no Foro Social Mundial no dia 27 de janeiro de 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19 (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 4 de julho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Atividade Legislativa. Senado Federal. Brasília. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

CANO, Wilson. _____. *Soberania e política econômica na América Latina*. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

_____. *(Des)Industrialização e (Sub)Desenvolvimento*. Texto para Discussão. IE/Unicamp, Campinas, n. 244, set. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil: uma constituição para o desenvolvimento democrático*. Editora Brasiliense: São Paulo, 1986.

FAORO, Raymundo. *A República inacabada*. São Paulo: Globo, 2013.

HÄRBELE, Peter. *El Estado constitucional*. Hector-Fix-Fierro (trad.). Peru; UNAM, 2003.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50289.

MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor: desmascarando o mito setor público vs. setor privado*. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Direito ao desenvolvimento na Constituição brasileira de 1988*. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: 2009.

PINHO, José Antonio Gomes de. *Reforma do aparelho do estado: limites do gerencialismo frente ao patrimonialismo*. O&S. V. 5. Nº 12, Maio/Agosto de 1998.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. En libro: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (org.). Colección Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005.

REZENDE, Flávio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

SALDANHA, Néelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1986.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E NORMATIVA NO CONTEXTO DA OBRIGATORIEDADE DE RESERVA DE VAGAS DE TRABALHO NA INICIATIVA PRIVADA E A ALTERNATIVA DE INCENTIVOS PARA CONTRATAÇÃO

THE POSITION OF THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE CONSTITUTIONAL AND REGULATORY PERSPECTIVE IN THE CONTEXT OF THE REQUIREMENT FOR THE RESERVATION OF WORKING STAYS IN THE PRIVATE INITIATIVE AND THE ALTERNATIVE OF CONTRACTING INCENTIVES

*Roberto Carlos Ferreira Soares¹
Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira²*

*Data de recebimento: 22/04/2018
Data de Aprovação: 28/08/2018*

RESUMO

O presente trabalho aponta as referências gravadas no texto constitucional que albergaram os direitos e garantias das pessoas com deficiência apresentando as principais legislações que possibilitaram a criação de uma rede protetiva, principalmente com destaque para a legislação que obrigou a inicia-

¹ Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP), pós-graduado em Administração de Recursos Humanos (Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP), pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (Anhanguera/Uniderp), pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Psicólogo e Advogado.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM. Integrante dos grupos de pesquisa: ENJUR (Reflexões sobre o ensino jurídico brasileiro), NUDISE- (Núcleo de Direitos Humanos, Cidadania e Gênero) - UNESP- Marília e LIEG-(Laboratório Interdisciplinar de Estudos de Gênero). Todos vinculados ao CNPQ.

tiva privada reservar vagas de trabalho em seus quadros funcionais demonstrando uma forma impositiva de garantir o acesso ao trabalho cumprindo uma função importante do Direito de contrafacticidade ao mesmo tempo que pondera a necessidade de buscar alternativas que preencham os espaços que a referida lei não preencheu, possibilitando além da sanção negativa do Estado investido pelas autuações passando a incentivar com premiações positivas e formas de contribuição casos de incapacidade de atendimento da obrigação legal de reservar vagas.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição; Pessoa com Deficiência; Reserva de Vagas; Trabalho; Incentivos.

ABSTRACT

The present study points out the references recorded in the constitutional text that housed the rights and guarantees of people with disabilities presenting the main legislation that made possible the creation of a protective network, especially with the legislation that forced the private initiative to reserve work places in its functional frameworks demonstrating a tax form of guaranteeing access to the work fulfilling an important function of the Right of counterfacticity while pondering the need to search for alternatives that fill the spaces that the law did not fill, allowing in addition to the negative sanction of the State invested by the notifications beginning to encourage with positive awards and forms of contribution cases of inability to meet the legal obligation to reserve vacancies.

KEYWORDS

Constitution; Person with Disability; Reservation of Vacancies; Job; Incentives.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea atravessa um momento importante configurado pela busca de soluções que possibilitem respostas para problemas que afetam a integridade do tecido social visto em sua totalidade que traduzem em demandas que reclamam pela concretização de direitos aferidos pelo texto constitucional e ao mesmo tempo os atendimentos aos anseios individuais de cada integrante que traz em sua bagagem as necessidades de reconhecimento e espaço para realização pessoal.

A Constituição Federal de 1988 tratou com muito cuidado a questão da pessoa com deficiência, principalmente albergando direitos e garantias específicas em diversos momentos dentro do texto constitucional, alcançando diversos patamares da sociedade, com destaque para o trabalho, mobilidade, educação, previdência e a saúde.

É importante ressaltar que os tratados internacionais foram também fundamentais para incrementar os direitos das pessoas com deficiência, como dentre outros, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cujo empenho desses tratados não será mérito de abordagem desse trabalho.

O foco do constituinte foi a preocupação de integrar a pessoa com deficiência no seio da sociedade como membro atuante e participante na conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido é delineado os marcos constitucionais que serviram de referência para apresentação dos direitos e garantias das pessoas com deficiência.

Com a construção da rede normativa que regulou os direitos que foram assegurados na Constituição Federal, de tal sorte que possibilitou uma blindagem formada por legislações protetivas que possibilitaram inclusive a referência necessária para implantação de políticas públicas assertivas que preconizam ainda mudanças sociais que garantam a efetividade desses direitos postos pelo constituinte originário.

O momento seguinte é apresentação da obrigação normativa da reserva de vagas de trabalho a serem cumpridas pela iniciativa privada considerando que apesar da elasticidade da lei em albergar também os reabilitados,

o foco neste trabalho são as pessoas com deficiência trazendo uma reflexão quanto as condições de imposição, bem como da atuação dos auditores do trabalho como coatores do cumprimento legal.

O passo final trata da possibilidade de buscar alternativas para cumprimento do objetivo de integração da pessoa com deficiência no mercado de trabalho apontando a a ponderação de implantação de incentivos por sanções positivas, bem como o incremento de contribuições para aquelas situações em que a obrigatoriedade não alcança o resultado de efetividade.

2 OS MARCOS REFERENCIAIS PROPORCIONADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, trouxe diversos dispositivos que tratam da proteção da pessoa com deficiência. É bem verdade que o legislador originário conferiu tratamento privilegiado em relação aos demais grupos que não estão inseridos na categoria dos deficientes.

A Constituição de 1988 realmente foi determinante no tocante à consagração dos direitos das pessoas com deficiência, ainda mais esses direitos não são encontrados em um local específico da Constituição de 1988, mas são apresentados ao longo de todo o texto constitucional.

Essa ideia pode ser melhor entendida quando se observa o fundamento estabelecido no inciso III do artigo 1º da Constituição de 1988 que consagra a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito que se aproxima com um dos objetivos estampados no artigo 3º, inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, consequentemente atrela a condição igualitária para as pessoas com deficiência.

Já o artigo 7º, inciso XXXI no texto constitucional expressa a proibição do empregador de estabelecer critérios para admissão e de salário às pessoas com deficiência.

Esse inciso talvez seja o ponto crucial para a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, já que na condição de minoria, recebe os

menores salários, inclusive sendo difícil a constatação da discrepância salarial nas organizações empresariais, pois executam em muitos casos, tarefas que são as mesmas que as dos outros empregados.

O artigo 37, inciso VIII trata da reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência. A garantia de fruição foi regulação da Lei nº 8.112/90, que previu os requisitos básicos para investidura em cargos públicos (artigo 5º, incisos I a VI, e § 1º) e o direito das pessoas com deficiência de participarem dos certames, destinando-lhes percentual máximo de reserva de vagas (artigo 5º, § 2º) de até 20% das vagas oferecidas no concurso.

Já, o artigo 37 do Decreto nº 3.298/99, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência assegura às pessoas com deficiência o direito de se inscreverem em concursos públicos nas mesmas condições de igualdade com os demais candidatos para o provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com suas deficiências reservando-lhes no mínimo 5% das vagas do certame.

Portanto, enquanto o artigo 5º, § 2º da Lei nº 8.112/90 determina o percentual máximo de vagas que devem ser destinadas aos candidatos com deficiência, fixando-as em até 20%, o artigo 37 do Decreto nº 3.298/99 estabelece o percentual mínimo, fixando-a em 5%.

Logo, na prática verifica-se que os editais de concursos públicos têm fixado o percentual mínimo de vagas reservadas para as pessoas com deficiência como forma positiva de acesso ao mercado de trabalho na esfera pública.

No tocante à Previdência Social, o artigo 201, § 1º da Constituição Federal de 1988 abre exceção para adoção de critérios diferenciados para segurados com deficiência que foi regulada pela Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013, que trouxe redução da idade para a concessão de aposentadoria por idade para a pessoa com deficiência.

Na sequência do texto constitucional, o artigo 203 abre a seção da assistência social preconizando que o Estado, no inciso IV, deverá possibilitar a habilitação e reabilitação, bem como a promoção à integração à vida em sociedade e o inciso V estabelece a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência.

O artigo 227, § 1º, inciso II estabelece a obrigação do Estado em desen-

volver programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas com deficiência, bem como forma de integração do adolescente com deficiência mediante atendimento especializado que possui conexão com o artigo 11, §§ 1º e 2º que tratam especificamente da criança e do adolescente com deficiência, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O § 2º do artigo 227 estabelece que a lei irá dispor sobre as normas de construção dos logradouros, edifícios de uso público e a fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência.

A competência para a efetivação desses direitos foi determinada pelo constituinte originário, que no artigo 23 entendeu como sendo comum aos membros da Federação: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade elencada no inciso II: “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

De forma concorrente pelo artigo 24, inciso XIV, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão garantir a proteção e integração social das pessoas com deficiência. Por força do § 1º do referido artigo, enquanto a União estabelece normas gerais e os Estados e o Distrito Federal de forma complementar pelo § 2º e pelo entendimento do § 3º enquanto não houver norma geral por parte da União regulando a matéria, os Estados e o Distrito Federal terão competência plena, até a União pronunciar sobre o tema por orientação do § 4º que suspende a eficácia naquilo que colidir.

Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2013, p. 54): “[...] os artigos 21, 22 e 24 produzem todos os seus efeitos de imediato, pois entendem que não necessitam de qualquer integração legislativa infraconstitucional.”

Esse entendimento se refere a eficácia plena, conforme pensamento de José Afonso da Silva (1998, p. 101): “[...] aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.”

Os Municípios não ficaram excluídos neste contexto, por força do artigo 30, os incisos. I e II especificam que podem legislar sobre assunto de inte-

resse local e de forma suplementar.

O rol de direitos estabelecido pela Constituição de 1988 no tocante às pessoas com deficiência é elástico, de tal sorte determina em vários momentos o entendimento que a máquina estatal deve produzir políticas públicas para atender às premissas constitucionais.

Neste ínterim, a falta de eficácia dos direitos preconizados pela Constituição Federal de 1988, poderá revelar o distanciamento entre a norma e a realidade que acompanhou o constitucionalismo brasileiro pelas décadas anteriores (BARROSO, 2014, p. 276).

Para Glauco Roberto Marques Moreira (2008, p. 37): “as pessoas portadoras de deficiência classificam-se entre aquelas pessoas que reclamam da lei o tratamento discriminatório positivo que as protejam nas suas desigualdades (deficiência)”. Para alcançar esse atendimento necessitam que as regras contidas e explícitas da Constituição de 1988 sejam distribuídas através de legislações que aumentem sua eficácia regulando matérias específicas, identificando as funções e natureza das ações que coordenadas e inter-relacionadas entre si formam um sistema de normas que fortalecem a blindagem de direitos.

O leque de proteção às pessoas com deficiência estabelecido pela Constituição de 1988 foi sem igual quando comparado às outras Constituições brasileiras, haja vista que somente a Constituição de 1967 trouxe, de forma explícita, alguma consideração quanto ao atendimento às pessoas com deficiência.

A construção desses dispositivos constitucionais possibilitou que houvesse crescente número de legislações infraconstitucionais que tratassem de diversas matérias que versassem sobre os direitos das pessoas com deficiência, fazendo com que houvesse um fortalecimento ou uma blindagem dos direitos e corroborando para aumentar a discussão quanto à efetividade dessas normas jurídicas.

3 A BLINDAGEM DO ORDENAMENTO COMO PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A determinação expressa do artigo 93 com seus inciso e parágrafos

da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 obrigou a contratação de pessoas com deficiência pelas empresas privadas, não foi um ato jurídico isolado do contexto social e histórico, mas o resultado de todo um processo que foi marcado pela evolução do pensamento que tratou dos direitos fundamentais do homem cujos marcos foram também evidenciados pelos documentos históricos e pelos ordenamentos que tratavam dos direitos humanos.

A legislação que trata dos direitos das pessoas com deficiência é fator fundamental para nortear as discussões que pairam sobre a inclusão no seio da sociedade contemporânea.

O significado da importância das legislações se deve ao fato do reconhecimento na necessidade da positivação como garantia estendida de atendimento e cumprimento das obrigações que são emanadas pelo texto legal, fazendo com que as divergências sejam minimizadas para a concentração de ações de atendimento às demandas específicas.

É bem verdade que o sentido da importância da norma jurídica é reconhecido pelo valor igualitário que se submete à comunidade envolvida e também possui como uma das principais características a contrafactividade que tão bem foi exposta por Dimitri Dimoulis (2013, p. 100), que ensina que a validade da norma jurídica se mantém mesmo quando contrariada, portando traz o significado de que mesmo sendo contrária aos fatos reais no sentido de enfrentamento da realidade e suas tendências, a norma jurídica deve prevalecer, principalmente quando propõem mudar a realidade social ou pretende impedir a manifestação de determinada conduta considerada prejudicial ao desenvolvimento objetivado pela cultura.

A posição defendida pelo autor expressa o fundamento que objetiva mudar a realidade social, transformar o comportamento dos homens e das relações sociais, na medida em que representa um fator de transformação mediante valores alicerçados na esfera democrática buscando alcançar realidades condizentes com a dignidade da pessoa humana.

Questão essa interessante, principalmente quando enfrentada a obrigação da iniciativa privada em contratar pessoas com deficiência, sabendo da ocorrência de custos para implantação, adequação dos espaços laborais, ainda assim permanece sob a égide da penalidade na contraposição da

responsabilidade social.

Essa singularidade de prevalência característica da norma jurídica também encontra outro sentido de não ser prejudicada quando desrespeitada, ou seja, mesmo não sendo cumpridas as determinações que são impostas pelo texto legal, a sua existência não é afetada, mas na maioria dos casos quando do não cumprimento impõe alguma sanção.

De modo semelhante, a norma também traduz uma condição conservadora que se manifesta pela vontade da manutenção da situação atual, no sentido de impedir mudanças sociais que tragam prejuízos à coletividade e para isso utiliza mecanismos inibitórios plasmados, principalmente, nas sanções.

Essa visão do Direito possibilita através do formato de alterar o contexto social adverso pela vontade da lei, mas sendo cogente, força e conduz a alteração da realidade mediante a coação que a norma jurídica estabelece.

O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica nas palavras de Miguel Reale (2003, p. 95): “[...] é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória” e é considerado como uma estrutura proposicional porque o seu conteúdo pode ser enunciado mediante o apontamento de preposições ou enunciados que se apresentam de forma ordenada.

Isso significa que a norma jurídica enuncia um dever ser que, por sua vez, só tem sentido enquanto se ordena e se atualiza através de um sistema de disposições que traçam os âmbitos de ação e de competência que devem ser respeitados pelos membros da Federação.

Sobre tal aspecto, importante assinalar o pensamento de Eros Roberto Grau (2003, p. 64) que aponta que o legislador não pode estabelecer qualquer forma de direito. A própria sociedade gera um direito pressuposto que é determinado pelo modo de produção que envolve diretamente o sistema econômico e pela correlação das forças políticas. O direito pressuposto determina os principais conteúdos de cada sistema jurídico, ou seja, oferece as bases para a criação do direito posto, elaborado e aplicado pelo Estado. O direito posto é aquele que transparece pelo Estado, enquanto o direito pressuposto se manifesta no interior da sociedade retratada pela faceta histórico-cultural, de tal sorte que o legislador não está livre para criar as normas jurídicas, mas antes disso, está

contaminado pela realidade da estrutura social.

A esse propósito, a elaboração de ordenamentos atrela, em muito, o momento histórico que a sociedade atravessa principalmente como afeta a vida das pessoas nas suas relações interpessoais de tal maneira que provoca reações algumas vezes motivadas pela vontade popular ou em outros casos são fomentadas por interesses de grupos que desejam a mudança de determinado comportamento social.

Ainda assim, essas reações não se distanciam de um antecedente ou do momento histórico que entrelaça ao fato denotador, o que aproxima com o pensamento de Michael J. Sandel (2012, p. 275) explicando que a história de vida de cada pessoa está em muito ligada a sua história dentro de sua comunidade, tanto de forma positiva que possibilite conduzir no mesmo sentido de aspiração do grupo social antecessor, como também opor aquilo que era querido pela linhagem original.

No tocante às normas jurídicas com relação as garantias e os direitos das pessoas com deficiência, ao abordar o tema acessibilidade e locomoção da pessoa com deficiência e seus direitos constitucionais, José Raimundo de Carvalho destaca (2012, p. 34):

[...] o grande problema em relação à inclusão das pessoas com deficiência reside não na falta de normas ou de competência para aplicação, mas na falta de efetividade de tais normas, aliada a uma certa resistência da comunidade e do próprio Poder Público em implementá-las, o que provoca um distanciamento da meta de tornar a inclusão da pessoa com deficiência um fato e não uma aspiração.

Com relação ao problema levantado, aponta a necessidade de que os membros da Federação desenvolvam, em conjunto, medidas coordenadas que possibilitem a eliminação das barreiras, principalmente aquelas que dificultam a acessibilidade das pessoas com deficiência (CARVALHO, 2012, p. 34).

A compreensão das obrigações que determinam a contratação de pessoas com deficiência nos quadros da iniciativa privada não é fator isolado da vontade do legislador ordinário. Antes disso, as diretrizes foram estabelecidas

na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no escopo do tratamento dado aos direitos das pessoas com deficiência.

4 A OBRIGAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA DE RESERVAR VAGAS DE TRABALHO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A legislação brasileira que trata da obrigação de contratar pessoas com deficiência na esfera da iniciativa privada ficou reservada no artigo 93 e os seus §§ 1º e 2º da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que recentemente sofreu alteração pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Ao analisar o contexto do artigo mencionado acima, encravado dentro do contexto da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, logo se percebe que a referida legislação trata sobre os assuntos referentes aos benefícios da Previdência Social, de tal sorte que ao avançar sobre as matérias ali dispostas, o legislador teve a preocupação inicialmente de elencar no texto legal os princípios e objetivos que norteiam o sistema da Previdência Social, a composição e atribuições do Conselho Nacional de Previdência Nacional Social, os regimes de Previdência Social – os beneficiários, as prestações e suas modalidades.

Neste ínterim foi inserida no artigo 93 a matéria que destoa do objetivo da lei, ou seja, a obrigação de contratação de pessoas com deficiência conforme percentual calculado sobre o quadro de pessoal a partir de 100 a 200 terá de contratar 2%, de 201 a 500 o percentual de 3%, de 5001 a 1000 o percentual de 4% e acima 1001 o correspondente a 5%.

O § 1º apontado na nova redação mostra uma melhoria que esclarece que a regra da dispensa (rescisão de contrato) de beneficiário considerado reabilitado pela Previdência Social, ou empregado com deficiência ao final de contrato por prazo determinado acima de 90 dias e a dispensa imotivada no contrato de trabalho por prazo indeterminado que somente poderá ser concretizada após a contratação de outro reabilitado ou pessoa com deficiência.

Aspecto importante determinado pela lei no § 2º é a responsabilidade atribuída ao Ministério do Trabalho e do Emprego - MTE quanto à geração e à consolidação dos dados e estatísticas sobre a realidade laboral dos empregados

com deficiência, tendo em vista a necessidade de aprimoramento das informações prestadas ao público em geral para contribuir, de forma direta e imediata, com dados atualizados que atendam aos pesquisadores, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados.

A efetividade da fiscalização quanto ao cumprimento da cota cabe aos auditores do trabalho do MTE regulamentada pela Instrução Normativa nº 98, de 15 de agosto de 2012, que disciplinou a fiscalização e cumprimento por parte dos empregadores com relação ao atendimento às normas destinadas à inclusão no trabalho das pessoas com deficiência e beneficiários reabilitados da Previdência Social.

Ainda com relação à demanda imposta ao MTE quanto à gestão dos dados, as informações prestadas são importantes para verificar, inclusive, a efetividade do cumprimento da obrigação, isto é, se os dados estatísticos validam o preceito da obrigação.

As informações que atualmente estão disponibilizadas no site do MTE são limitadas no sentido de fornecerem relatórios gerais principalmente que demonstram os resultados das fiscalizações que englobam diversos temas que compõem o objeto da fiscalização dos agentes do MTE e dentre esses, o preenchimento dos postos de trabalho reservados para as pessoas com deficiência.

A própria atuação da fiscalização do MTE quando audita empresa, normalmente o faz pela matriz da organização empresarial e verifica nesta as informações, no caso do atendimento do percentual de reserva de postos de trabalho para as pessoas com deficiência, logo, se a matriz concentra todo seu contingente de obrigação de empregados com deficiência em uma determinada localidade, resolve-se favoravelmente ao empregador, mas não representa garantia de acesso ao trabalho para outras pessoas com deficiência que vivem em centros menores que poderiam ter acesso ao trabalho através da contratação pelas filiais.

Ainda assim, o modelo brasileiro se posiciona pela obrigação de que as empresas privadas devem contratar conforme o preceito do artigo da lei, mas as determinações legais não conseguem acompanhar a dinâmica do mercado de trabalho, pois diversos segmentos não são lineares, como o da prestação de serviços de segurança privada que pela característica de trabalho agre-

gam disponibilidade de serviços de vigilância armada.

O fato é que a contratação da pessoa com deficiência conduz à necessidade, muitas vezes, de adequar o ambiente de trabalho com móveis e equipamentos de trabalho na condição de operabilidade para o trabalhador com deficiência. Não é somente isso, ocorre que serão necessárias medidas para treinamento para o pessoal com deficiência para se integrar na rotina de produção, sensibilização com os demais empregados, o que denotará maior tempo para maturação profissional e aquisição de segurança operativa

Essas peculiaridades naturalmente serão computadas nas planilhas de orçamento do empresário, que repassará para o consumidor de bens e serviços esses custos decorrentes ao processo de produção, que deverão ser suportados pelos seus clientes.

Decorre que o mercado é extremamente competitivo, que obriga a constante reengenharia organizacional para adequação dos custos com os benefícios aferidos, obrigando a colocar tanto bens, como serviços com preços competitivos no mercado de consumo.

A fórmula empresarial brasileira sempre foi a maximização dos lucros com o menor custo, o que leva muitos empresários a cumprir o percentual que o artigo 93 da Lei nº 8.213 determina pela obrigação e não por interesse social.

Desse desalinhamento decorrem das mais diferentes formas de fraudes trabalhistas que vão desde o registro de contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social mediante o consentimento da pessoa com deficiência com o empregador que remunera sem a efetiva prestação dos serviços, até a empregar pessoas com deficiência através da terceirização da mão de obra (SASSAKI, 2010, p. 88).

Neste desarranjo, alguns empresários optam por pagar as multas aplicadas pelos auditores do MTE por entenderem que os custos com a manutenção da contratação e com as adaptações no ambiente de trabalho representam uma desvantagem financeira que não é minimizada pelo retorno de seus investimentos.

Esse raciocínio demonstra a mentalidade que define o custo benefício traduzido pelo desconhecimento da responsabilidade social que os empregadores possuem ao assumirem o risco econômico mediante a exploração da

mão de obra, muitas vezes pelo discurso da competitividade que o mercado globalizado imprime na tônica de redução de despesas para a composição de preços competitivos.

A tônica da responsabilidade social das empresas descentraliza a discussão da maximização do lucro e aponta para uma convergência de sustentabilidade de recursos, ideia apontada nos estudos para criação e desenvolvimento de empresas no contexto colombiano com responsabilidade social de Alberto Ibarra Mares e Alexander Castrillo Gaván (2013, p. 49) como: “[...] *nueva dimensión empresarial preocupada por el concepto de sostenibilidad, en el que converjan a un mismo nivel los aspectos económicos, sociales y medioambientales, aun a costo del crecimiento de la empresa*”.

A tradução da ideia está na combinação dos fatores de produção, sociais e ambientais para que os ganhos sejam para todos e não somente para benefício econômico.

Esse estranho panorama é somado ainda pelo fato que a mão de obra com deficiência, na maioria dos casos, ainda necessita de treinamento específico, os quais denotam investimentos de equipamentos e a capacitação de instrutores para ministrarem treinamentos de operação e habilidade no trabalho.

Além da questão de adaptação das condições de trabalho, sabe-se que as empresas recrutam no mercado de trabalho profissionais capacitados com experiências desenvolvidas para que não tenham custos em treinamentos de capacitação, nos quais denotariam considerável tempo para que o profissional estivesse preparado para a execução de tarefas dentro de um parâmetro esperado de produção.

A capacitação e a preparação para o mercado de trabalho em condições de igualdade com os outros profissionais denotam uma necessidade de aprimoramento do profissional com deficiência, o que historicamente o distingue em função da discriminação dentre outras, pela condição de sua natureza.

Neste sentido, a falta de capacitação profissional pela baixa escolaridade fator que também dificulta, inclusive, a inserção pela obrigatoriedade de contratar devido à dificuldade de encontrar pessoas com deficiência que possam preencher requisitos mínimos para o perfil da vaga.

A legislação ao trazer a obrigatoriedade de contratar pessoas com de-

ficiência, também pode resultar na criação de outros preconceitos, conforme pensamento de Ives Gandra Martins (1996, p. 71):

O argumento antidiscriminação cria uma discriminação às avessas. A criação de reserva de mercado ou de área de ação apenas para as pessoas consideradas excluídas resulta num processo inverso de discriminação, em vez de levar à eliminação de alguns preconceitos ainda não erradicados, como almejam os adeptos dessas teses.

O autor traduz o entendimento que a argumentação da antidiscriminação gera outra discriminação pelo fato do benefício proporcionado traduzir uma exceção à regra da competitividade.

O legislador infraconstitucional, no § 1º do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, determina que a dispensa imotivada do trabalhador com deficiência somente ocorrerá após a contratação de outro trabalhador com deficiência. Essa condição imposta aumenta a dificuldade em dispensar o empregado com deficiência, o que não ocorre na contrapartida com o empregado sem deficiência que não possui essa proteção.

Essa condição peculiar criada trazida pela norma, sem dúvida procurou proteger e garantir que as vagas reservadas fossem preservadas desmotivando o empregador de dispensar a mão de obra com deficiência na mesma condição dos demais empregados.

A dispensa sem justa causa do empregado com deficiência gera custo com as verbas rescisórias e a contratação de outra pessoa com deficiência para preencher a vaga, obriga o empregador a contratar primeiro para dispensar depois.

A diferença de tratamento pode traduzir nos demais empregados uma discriminação no ambiente de trabalho pela proteção advinda do artigo da lei, que pode representar empecilho na integração da pessoa com deficiência no ambiente de trabalho.

O sentimento gerado dentro do ambiente de trabalho pode revelar discriminação contra os empregados com deficiência que gozam de garantia de emprego diferenciada de outros empregados.

A falta de desenvolvimento de ações de sensibilização com os demais empregados com relação à integração da pessoa com deficiência no ambiente de trabalho pode resultar na geração de dificuldades de relacionamento, prejudicando ainda mais as pessoas com deficiência.

Para desenvolver medidas preventivas, a estratégia na gestão de clima empresarial necessariamente determina ações voltadas para a interação do empregado com deficiência com os demais empregados no local de trabalho deve envolver a planta empresarial com explicações de termos de fácil compreensão, principalmente com o envolvimento dos representantes sindicais, conforme diretrizes da OIT (2002, p. 21): “*debería comunicarse a todos los trabajadores una información general acerca de las discapacidades en el lugar de trabajo [...]*”, inclusive divulgar as estratégias empresariais para as melhorias do ambiente de trabalho para que os empregados com deficiência possam desempenhar suas tarefas com eficiência.

Segundo Pastore (2000, p. 183): “a controvérsia, em torno de cotas tende a prosseguir. Os empregadores, em geral, se opõem ao sistema [...]” e aponta em seu raciocínio que os países onde há cotas, se observam que o sistema está perdendo força.

Não é por menos, as oscilações das condições econômicas globais que afetam as economias regionais obrigam os empresários a moldar o tempo todo o negócio, tendo que se adaptarem às flutuações e incertezas dos mercados, fazendo com isso o ajuste do quadro de pessoal.

O empregado com deficiência, neste contexto, também sofre os mesmos revezes daquele que não tem deficiência.

O avanço garantido pela obrigação do artigo da lei, não pode ficar atrelado somente ao cumprimento do percentual de contratação, mas deve avançar no sentido de promover ações e medidas que incentivem a contratação ao mesmo tempo em que disponibilize alternativas de aprimoramento profissional, dando às pessoas com deficiência condições de igualdade no mercado de trabalho sempre competitivo e volátil que obriga a todos a adaptação pelo desenvolvimento de competências.

O sentido dado pelo legislador infraconstitucional ao descrever a finalidade das políticas públicas de trabalho no artigo 35 do Estatuto da Pessoa

com Deficiência é a promoção e garantias de condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.

Logo, o modelo brasileiro não pode somente permanecer na obrigação de determinar que o setor privado contrate conforme percentual, o Estado deve promover políticas de estímulos como também formas de desenvolvimento de talentos mediante as participações de sociedades civis organizada, promovendo oficinas de capacitação, de desenvolvimento de empreendimentos, cooperativas e alternativas que possam atender uma demanda cada vez maior de uma sociedade em constante evolução e interação que ultrapassa das fronteiras nacionais, inclusive previsto no parágrafo único do artigo 35 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

5 A PERSPECTIVA DE INCENTIVOS PARA CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A perspectiva do Estado de criar incentivos para o cumprimento de obrigações não é uma ideia nova, tendo em vista o objetivo de alcançar um nível maior de atendimento a determinado preceito através de elementos motivadores.

Para Norberto Bobbio (2007, p. 23), as sanções negativas sempre tiveram maior relevo no campo jurídico somente com relação à proteção de interesses mediante a possibilidade de estabelecer repressões para os atos considerados desviantes, sendo que a conduta resultante disso sempre tem sido uma preocupação constante em penalizar um comportamento que não esteja de acordo com os preceitos determinados pela lei.

A ideia entronizada de sanção positiva é contrária àquela que normalmente é difundida pelo Direito como sendo a da sanção negativa. Se a aura da sanção negativa conduz a impressão de castigo por uma ação considerada má, a sanção positiva na esteira do raciocínio de Norberto Bobbio (2007) é mais uma reação a uma ação boa.

A reflexão possibilita também crescer que o objetivo de uma sanção positiva caminha para a prevenção de ocorrências de ações consideradas prejudiciais tanto do ponto de vista individual como coletivo.

As sanções positivas seguem uma concepção de que o atendimento de determinados preceitos pode ser recompensado, isto é, a manifestação de condutas apontadas como benéficas poderiam ser motivadas para a repetição por meio de incentivos.

As sanções positivas também podem ser chamadas de sanções premiais, que possuem o mesmo sentido de adesão espontânea no cumprimento de obrigações mediante incentivos e vantagens (REALE, 2003, p. 76).

Para Dimitri Dimoulis (2013, p. 109), existem diferenças entre a sanção positiva e a sanção negativa. A primeira estabelece uma consequência favorável a ser aplicada em caso de comportamento harmônico com a norma e na segunda, a diferença é inversa, pois ocorre consequência gravosa quando prática comportamento em desacordo com a norma.

A utilização de sanções positivas como forma de cumprimento de obrigações, possui proximidade peculiar com a ideia de reforço positivo de Skinner.³

A teoria do condicionamento operante de Skinner reporta que determinados comportamentos podem ser desenvolvidos mediante um esquema de reforçamento, ou seja, mediante a manifestação de um comportamento pretendido com a exposição de elemento agradável ao sujeito e haveria a possibilidade de repetição desse comportamento na medida em que fosse sempre apresentado o elemento agradável.

Para Wayne Weiten (2010, p. 177) o tema fornece exemplos simples do cotidiano das pessoas que ilustram a ideia de reforço:

O princípio do reforço pode parecer simples, mas é imensamente poderoso. Skinner e seus seguidores mostraram que muito do comportamento cotidiano das pessoas é regulado pelo reforço. Por exemplo: você estuda muito porque boas notas provavelmente advirão como resultado trabalha porque esse comportamento resulta em seu pagamento no fim do mês, e talvez trabalhe mais arduamente porque promo-

³Burrhus Frederic Skinner (1907-1990) foi autor e psicólogo americano. Conduziu trabalhos pioneiros em psicologia experimental e foi o proponente do behaviorismo radical, abordagem que busca entender o comportamento humano.

ções e aumentos salariais poderão advir de tal comportamento. Você conta piadas e seus amigos riem então conta mais. O princípio do reforço governa claramente complexos aspectos do comportamento humano. Paradoxalmente, este princípio surgiu da pesquisa de Skinner sobre o comportamento de ratos e pombos em situações excepcionais simples.

Essa junção permite compreender que, se fossem introduzidos elementos reforçadores, haveria a possibilidade de que determinado comportamento fosse repetido sempre que fosse estimulado.

No campo jurídico, as sanções positivas de Bobbio se combinam com o reforço positivo de Skinner quando aplicado com a estratégia de premiar condutas que a sociedade entende ser de importância para a introdução de melhorias de condições de vida que favoreçam a comunidade.

A legislação brasileira no tocante à melhoria das condições de vida das pessoas com deficiência não passou despercebida com relação à promoção de incentivos para a contratação.

A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, instituiu o plano de custeio, no § 4º do artigo 22:

Artigo 22: [...].

[...]

§ 4º – O Poder Executivo estabelecerá, na forma da lei, ouvido o Conselho Nacional da Seguridade Social, mecanismos de estímulo às empresas que se utilizem de empregados portadores de deficiências física, sensorial e/ou mental com desvio do padrão médio.

O fato que chama a atenção é que a referida lei tem a mesma data de promulgação da Lei nº 8.213, ou seja, 24 de julho de 1991, que estabeleceu no artigo 93 a obrigação de reserva de percentual de vagas de trabalho para as pessoas com deficiência, conforme o quadro total de empregados na iniciativa privada.

No entanto, esses foram os espasmos criativos alternativos para incentivo a integração da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, sendo

ainda muito distante da busca criativa de outras soluções que fugissem do trivial obrigatório de contratar.

Se a ideia de reforçar positivamente as empresas que contratam pessoas com deficiência mediante abatimentos fiscais pode contrabalancear o orçamento empresarial e fomentar boas práticas que estimulem a integração e não simplesmente a incorporação do sujeito na esteira de algum setor da empresa.

Ainda mais, o sentido de incentivos poderia atender a possibilidade de que empresas que não encaixam pela natureza de suas operações de negócio, contribuir para um fundo específico de recursos para investimento em aprimoramento técnico e profissional para as pessoas com deficiência.

A busca de alternativas mediante os incentivos pode contribuir para a efetivação da obrigação de contratar não seja uma sanção punitiva pela via da multa, mas um prisma de valoração da dignidade da pessoa com deficiência.

Por outro lado, a efetivação do atendimento da obrigação de contratar na iniciativa privada atualmente se ocorre pela “caneta” da fiscalização dos auditores do MTE regulamentada pela Instrução Normativa nº 98, de 15 de agosto de 2012 e pelo Ministério Público e demais entidades mencionadas no artigo 3º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, alterado pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.

Por outro lado, o diploma legal que estabelece a possibilidade de utilização de “mecanismos de estímulo às empresas” não foi efetivado, pois as legislações pouco asseguraram alguma forma de incentivo para a contratação e manutenção de emprego da pessoa com deficiência.

Muito pelo contrário, a legislação assegura a obrigação de contratar, mas não oferece em contrapartida estímulos que reforçam a contratação de pessoas com deficiência e nem incentivos de manutenção dos empregos.

A contratação e manutenção dos empregos para as pessoas com deficiência ficaram na conjunção das sanções negativas, que punem com multas os empregadores que deixam de contratar conforme o preceito do artigo 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e no mesmo molde no § 1º autoriza a demissão do empregado com deficiência somente após a contratação de outro com deficiência ou reabilitado.

Os estímulos para contratação de pessoas com deficiência no modelo

brasileiro passaram ao largo da proposta de sanções positivas como formas de incentivos.

Atualmente, vigoram alguns incentivos como o previsto no artigo 24, inciso XX da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que trouxe a possibilidade de dispensa de licitação pelos órgãos ou entidades da Administração Pública: “na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, [...]”, além da expectativa do novo inciso V do artigo 3º da referida lei citada que traduz o benefício pelo critério de desempate para a empresa que comprove o cumprimento de reserva de cargos para a pessoa com deficiência ou reabilitada da Previdência Social e que atenda às regras de acessibilidade, como também o § 5º do citado artigo que foi modificado no sentido da possibilidade das empresas que atendam os percentuais de contratação de pessoas com deficiência terem preferência nos processos de licitação que envolve produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras.

Essa situação demonstra que o perfil do modelo brasileiro adotado para tratar as questões de inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho ainda pairam no sentido de trazer obrigações para os empregadores sem que haja, em contrapartida pelo Estado, incentivos para a contratação e a manutenção desses empregos.

Neste sentido, o Estado brasileiro mantém uma política de autuações por descumprimento da lei que traduz na carência de alternativas de incentivo de empregos para a melhoria das condições de acesso e a geração e empregos, principalmente para as pessoas com deficiência, a não ser pela única via da obrigação determinada pelo artigo 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e pelas fiscalizações dos auditores do MTE e ações do Ministério Público.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 foi primorosa em estabelecer direitos e garantias para as pessoas com deficiência de tal modo que sua base possibilitou a proteção normativa em diversos temas como o trabalho, saúde, previdência, educação, mobilidade, etc.

Tamanho geração de direitos possibilitou a criação uma blindagem normativa que regulamentassem os direitos permitindo a referência normativa a integração social da pessoa com deficiência.

A condição de obrigação no cumprimento da lei por um lado favorece que sejam implantadas condições de mudança que não seriam aceitas livremente. O exemplo dessa condição foi a obrigação de reservar vagas de trabalho na iniciativa privada conforme percentual do quadro de pessoal para as pessoas com deficiência.

É reconhecível que essa obrigação trouxe para o mundo do trabalho a pessoa com deficiência, principalmente pela atuação punitiva dos auditores do trabalho que possibilitou tornar fato a incorporação do trabalhador com deficiência no mundo do trabalho, visto que ainda que não é possível mensurar o trabalho como sendo digno ou apenas representa cumprimento de quota ou seja, não se pode determinar se é integrado ou incorporado.

Independentemente do impasse quanto a incorporação ou da integração, a sua participação no mundo do trabalho é de fato uma realidade que não era vista no passado, principalmente quando não havia a fiscalização dos auditores do trabalho.

Logo sob sanção negativa, representada pela ameaça da atuação pelos auditores do trabalho e Ministério Público, o trabalhador com deficiência passou a ser visto no contexto do “chão de fábrica”.

A obrigatoriedade de reservar vagas de trabalho para as pessoas com deficiência acaba tendo sua notoriedade pelo fato da punição via multas para as empresas que não atendem a quota ou que não conseguem atender por razões de negócio, ou seja, a legislação acaba por trazer um forte apelo de punição, de sanção negativa materializada pela multa.

Por outro lado, a visão de um Direito impregnado somente pela força ordinária punitiva não atende todo o anseio da coletividade que enfrenta turbulências que necessitam de respostas condizentes diante de um cenário multicultural e de visões globalizadas.

É notório que a estratégia pública carrega em muitas situações, a vontade de buscar melhorar as condições para grupos minoritários e, para tanto, ao formular as estratégias concebem dentro de uma esfera teórica dissociada

da prática da vida, trazendo consequências que não estavam previstas no plano original.

Em algumas situações é necessária evoluir e aprimorar a legislação buscando adequar à realidade social, tendo em vista que seu alcance tenha sido reduzido pela sua descontinuidade de sua eficácia.

A ideia sugestiva aponta pela possibilidade de atrelar outras formas de melhoria de atendimento normativo de forma a fomentar condutas e regulações que permitam construir relacionamentos sociais positivos que incentivem a redução de conflitos no seio da sociedade.

A proposta de atrelar incentivos ou estímulos positivos em forma de abatimentos fiscais e sociais ou quando aquelas empresas que não conseguem contratar pessoas com deficiência pela natureza do seu negócio, podendo em contrapartida efetuar pagamento de quotas para um fundo de aprendizagem técnica para pessoas com deficiência representa alternativas que tratam de reforços positivos para que comportamentos se repitam mediante premiações que permitam estimular o cumprimento de aumento de contratações de pessoas com deficiência.

Desta forma, incentivar com medidas que estimulem comportamentos desejados, como forma de premiações, podem preencher as lacunas que a obrigatoriedade do cumprimento da reserva de vagas não alcançou, pois o objetivo maior é integrar a pessoa com deficiência na sociedade e o trabalho é uma das formas sociais de melhor eficiência, pois representa a oportunidade da pessoa com deficiência desenvolver a sua autonomia e o poder de decisão de sua vida, alcançando a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasilei-**

ro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. 2. tirag. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

_____. **Instrução Normativa nº 98, de 15 de agosto de 2012**. Portal do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/instrucao-normativa-n-98-de-15-de-agosto-de-2012.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 07 abr. 2018.

CARVALHO, José Raimundo de. **Acessibilidade e Locomoção da Pessoa com Deficiência e seus Direitos Constitucionais**. 2012. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Centro de Pós-Graduação, Instituto Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GAVÁN, Alexander Castrillo; MARES, Alberto Ibarra. *Emprendimiento para Creación con Responsabilidad Social Empresarial (RSE): metodología y aplicación del modelo GEM*. Biblioteca Virtual Eumed.Net. Bogotá: Fundación Universitaria Andaluza Incisoa Garcilaso. 2013. Disponível em: <<http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1363/index.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2018

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARTINS, Ives Gandra. **Discriminação às Aversas**. In: Revista Exame. Publicação de 02 jan. 1996. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/600/noticias/discriminacao-as-avessas-m0047506>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

MOREIRA, Glauco Roberto Marques. **Pessoas Portadoras de Deficiência: pena e Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. 2012. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2018.

PASTORE, José. **Oportunidade de Trabalho para Portadores de Deficiência**. São Paulo: LTr, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matais e Maria Alice Máximo. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

WEITEN, Wayne. **Introdução à Psicologia: temas e variações**. Tradução de Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Maria Lúcia Brasil e Zaira G. Botelho. 7. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

O PROCESSO AUTOPOIÉTICO E A CONSTRUÇÃO DA EDUCAÇÃO CIDADÃ NAS ESCOLAS DE ENSINO FUNDAMENTAL A PARTIR DE NIKLAS LUHMANN

THE AUTOPOIETIC PROCESS AND THE CONSTRUCTION OF CITIZEN EDUCATION IN ELEMENTARY SCHOOLS FROM NIKLAS LUHMANN

Melissa Zani Gimenez¹

Data de recebimento: 06/03/2018

Data de aprovação: 17/08/2018

RESUMO

Este artigo visa a demonstrar a possibilidade de o Sistema Educacional reverter o processo de judicialização do Sistema Jurídico, o qual tem por função organizar parte da complexidade existente no Sistema Social, com vistas a reduzir a contingência presente na amplitude de relações e sentidos enquanto meios do sistema. Este estudo é resultado de sondagem realizada, no ano de 2016, com um corpus de 26 (vinte e seis) crianças, integrantes do terceiro ano

¹ Professora. Advogada. Doutoranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC/SP- com bolsa CNPQ- sob a orientação do professor Willis Santiago Guerra Filho. Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, por intermédio da bolsa CAPES / PROSUP ? modalidade I. Dedicar-se à pesquisa acadêmica relativa ao tema: Educação do Estatuto da Criança e do Adolescente nas Escolas de Ensino Fundamental para a formação ético-social do educando junto ao Grupo de Pesquisa GEP - Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas- Professores- Lafayette Pozzoli e Clarissa Chagas Sanches Monassa e também junto ao Grupo de Pesquisa GIS- Direitos dos Grupos Vulneráveis e Inclusão Social-Professoras-Viviane Rigoldi e Daniela Marinho.

Endereço eletrônico: <melissazanigimenez@gmail.com>.

do ensino fundamental de uma escola pública no interior do Estado de São Paulo. Tal pesquisa verteu-se à promoção de atividades educacionais relacionadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, convergindo para a construção da consciência ético-social da pessoa em desenvolvimento. O ensino-aprendizagem do Estatuto da Criança e do Adolescente aconteceu durante todo o ano letivo e os resultados evidenciaram mudanças comportamentais e de concepções, aumento da segurança, autoestima e capacidade argumentativa por parte das crianças, maior frequência escolar, além de maior participação dos pais ou responsáveis na vida escolar dos alunos, conseqüentemente, uma nova autopoiese social. Para tal investigação, optou-se pela abordagem metodológica qualitativa, que compreende a observação, o registro e a análise dos dados por meio de categorias descritivas; utilizando-se, ainda, questionários com perguntas abertas.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema Judiciário; Sistema Educacional; Desjudicialização; Estatuto da Criança e do Adolescente; Autopoiese social.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the possibility of the Educational System to reverse the process of judicialization of the Legal System, whose function is to organize part of the complexity in the Social System, with a view to reducing the present contingency in the dimension of relations and meanings as means of the system. This study is the result of a survey conducted in the year 2016 with a corpus of 26 (twenty six) children, members of the third year of elementary school at a public school of São Paulo. This research was directed to the promotion of educational activities related to the Brazilian Child and Adolescent Statute, converging to the construction of the ethical-social conscience of the developing person. The teaching and learning about the Statute happened throughout the school year and the results showed behavioral changes and conceptions, increased safety, self-esteem and argumentative capacity on the part of the children, higher school

attendance, and greater parental involvement or responsible in the students' school life, consequently, a new social autopoiesis. For this investigation, we opted for the qualitative methodological approach, which includes the observation, recording and analysis of data by means of descriptive categories; using questionnaires with open questions.

KEYWORDS

Judicial System; Educational System; Dejudicialization; Child and Adolescent Statute; Social Autopoiesis.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com a teoria dos sistemas do filósofo e sociólogo alemão Niklas Luhmann², as pessoas são consideradas parte do ambiente dos Sistemas Sociais, atuando coadunadas a esses em cada circunstância que tomam parte na comunicação. Os sistemas trabalham operacionalmente fechados, não recebendo interferências externas e, por meio do mecanismo da autopoiese, constroem os próprios elementos de seu funcionamento (LUHMANN, 1927-1998; 2011).

Nesse contexto, destaca-se que a comunicação é o elemento central de composição dos Sistemas Sociais, sendo sua função orquestrar a auto-observação dos indivíduos que abarcam esse todo, não somente para crescer conhecimentos, mas, também, para facultar a tangibilidade dos componentes. Os indivíduos não são mais considerados agentes sociais por excelência; antes, integram o ambiente da sociedade, estando a ela adstritos por conta das comunicações existentes. As comunicações são moderadas dentro dessas organizações preexistentes e apenas produzem e adquirem sentido nesse sistema específico.

Luhmann defende que o homem, seja corpo, seja consciência, é formante do ambiente da sociedade; logo, não representa uma fração isolada da sociedade. As unidades medulares da sociedade são as comunicações e, nesse ínterim, as pessoas representam construções sociais, sendo analisadas como “endereços dos processos comunicacionais”.

Na comunicação luhmanniana, a interlocução por ser considerada realidade emergente, somente acontecendo pela junção de três aspectos: a informação, a comunicação e o entendimento. Dessa forma, o simples transmitir de conhecimentos não é suficiente para produzir comunicação, restringindo-se, tão somente, à formulação de percepções.

Nessa lógica, diante dos desarranjos comunicacionais presentes nos ambientes sociais, em especial na sociedade brasileira, uma sobrecarga de

²Dentre as principais obras publicadas por Niklas Luhmann encontram-se: A realidade dos meios de comunicação, Introdução à teoria dos sistemas, O direito da sociedade, entre outras que o tornaram um dos autores de Ciências Sociais mais produtivos do século XX.

ações tem sido verificada no Sistema do Direito, sobretudo no Sistema Judiciário, quando formas brutas de solução são arrostadas para as contingências sociais provenientes dos ambientes do sistema.

Como consequência desses processos, o Sistema Educacional passa a significar um instrumento de grande valia para reverter a cultura do litígio. Já em seara complementar, observa-se, ademais, que algumas possibilidades do ambiente, particularmente, chamam a atenção do âmbito escolar, ou seja, evidenciam-se com potencial suficiente para irritá-lo. À vista de tais parâmetros, pois, esta análise cinge-se do apelo que existe para o estudo da necessidade de uma educação ético-social voltada à formação de uma nova autopoiese social, destinada à desjudicialização³ das relações sociais.

Nesse contexto, a educação estatutária trata-se de uma estratégia pedagógica capaz de possibilitar uma plena inserção da criança e do adolescente na sociedade, educando, pois, as pessoas em formação para um novo despertar, como possibilidade de prevenção e, respectiva, redução do ato infracional praticado pela criança e pelo adolescente.

No mundo contemporâneo, muito se tem discutido sobre a educação moral que está sendo construída e, de certo modo, precária e, em certos casos, ausente dentro da órbita familiar. O alto índice de atos infracionais e o despreparo que a pessoa em desenvolvimento está demonstrando no seu convívio social enfatizam a necessidade da realização de uma educação cidadã nas instituições escolares. A deficiência encontrada na educação informal repercute na necessidade de uma educação formal, como uma preocupação real em assegurar a inclusão de meninos e meninas diante do processo civilizatório; possibilidade de prevenção e, respectiva, redução do ato infracional praticado pela criança e pelo adolescente.

Nos centros escolares, dentre as tarefas realizadas pelo professor, está

³ De acordo com André Ramos Tavares considera-se *desjudicialização* a desburocratização do Direito e, conseqüentemente, do Poder Judiciário. Nesses casos, a desjudicialização opera uma limpeza, deixando ao Judiciário o que é sua função própria, liberando-o de deveres secundários. [...] a consciência jurídica do cidadão é convocada a atuar civicamente, desestimulando-se que o Judiciário sirva como depositário primeiro e imediato do mero inconformismo entre interessados. A prática de descarregar demandas no Judiciário para que este encontre, isoladamente, as melhores e mais sábias soluções, não atende à melhor proposta de acesso à Justiça. TAVARES, André Ramos. **Desjudicialização**. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: < <http://www.cartafortense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>>. Acesso em 22 fev. 2018.

o desenvolvimento junto às crianças, do processo de ensino-aprendizagem de regras ético-sociais, que demonstre o que é a sociedade, como se formaram e se transformaram com o passar dos tempos, os valores morais que a norteiam e o papel que o ser humano, cidadão, desempenha.

O presente Relato de Experiência representa, desse modo, uma pesquisa implementada com crianças de ensino fundamental de uma escola pública do interior do Estado de São Paulo. Primeiramente, foi discutida a Lei nº 11.525/2007⁴ e, após, problematizados os motivos de se trabalhar com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no espaço escolar. Na continuidade, passou-se a uma discussão sobre o trabalho com o Estatuto enquanto ação educacional em direitos humanos, isto é, como instrução configurada em consonância com a educação em direitos humanos – recente área de estudo no campo educacional. Seguida a fundamentação teórica, houve a descrição detalhada da pesquisa, incluindo aspectos metodológicos, estratégias didático-pedagógicas, objetivo e problema de pesquisa, bem como análise e discussão dos dados coletados.

Nesse sentido, o Sistema Educacional emerge como instrumento necessário e eficaz para a construção de uma nova autopoiese dos agentes sociais, na perspectiva de serem capazes de reunir saberes necessários para o seu convívio social, tentando modificar esse quadro caótico da cultura do litígio; em outras palavras, o Sistema Educacional desponta como mecanismo apto e preventivo dos litígios sociais, evitando a movimentação da máquina judiciária. sob o prisma de que, mesmo os sistemas sendo autopoéticos, estando estruturalmente interligados, quaisquer que sejam as transformações em um deles elas afetarão, igualmente, todos os demais.

2 O ABARROTAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DAS CONTINGÊNCIAS SOCIAIS

A ideia de um Sistema de Direito a partir da concepção luhmanniana resulta como um mecanismo de comunicação apto a reduzir a complexidade

⁴ BRASIL. Lei 11.525 de 25 de setembro de 2007. Acrescenta § 5º ao art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes no currículo do ensino fundamental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11525.htm> Acesso em 22 fev. 2018.

do ambiente recorrendo-se à codificação do esquema binário lícito ou ilícito. A autopoiese do Direito é construída desde esse código e, entretanto, o Direito é analisado como um sistema que garante certa congruência aos comportamentos sociais, imunizando as sociedades de conflitos entre seus membros, visando ao desenvolvimento e à estabilidade do sistema social global.

A abstração de autopoiese remonta à teoria sociológico-jurídica da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves, ao expressar que:

[...] autopoiese tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela. Etimologicamente, a palavra deriva do grego *autós* (por si próprio) e *poesis* (criação, produção). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói. Definem-se então os sistemas vivos como máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a concretamente no espaço e especificando-lhe o domínio topológico. (NEVES, 1994, p. 113)

De acordo com Rodrigues e Neves (2017, p. 39-4) a autopoiese está associada à noção de *feedback* e de auto-organização, de tal modo que a comunicação construída em um sistema representa a informação, a realimentação e, até mesmo, a retroalimentação, trazendo implícita a formulação de circularidade operativa. Uma vez caracterizada a auto-organização e autorreferência sistêmica, concretizou-se o sentido de “autopoiesis”, aferindo-se sua autoria aos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (1995, 1997).

De acordo com a teoria sistêmica de Luhmann (2011), o Sistema do Direito tem por função manter estáveis as expectativas, ou seja, as normas jurídicas, que permanecem estagnadas independente de posterior violação, representam um modelo de orientação, servindo para direcionar as comunicações no Sistema Jurídico.

Para uma melhor compreensão dessas inferências, Willis Guerra Filho, um dos principais jusfilósofos do século XX, pontua que

O sistema jurídico aparece como um dos 'sistemas funcionais' do sistema social global, com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão comportar-se e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de decepcionarem-se. (GUERRA FILHO, 2001, p. 186).

Assim, a comunicação jurídica faz-se necessária toda vez que há um conflito de interesses, uma controvérsia, quando a normatividade vigente pelo código da licitude deve decidir qual agente é merecedor de razão. Esse modelo de Direito como sistema autopoietico deve ser eficiente na resolução das contingências existentes nos meios ambientes sociais (ANDAKU, 2017).

Niklas Luhmann (2005, p. 359-399) sustenta que existe uma autonomia comunicativa própria no Direito, em que o sistema consegue comunicar-se com o entorno devido à autopoiese, sob o código jurídico legal/ilegal (*Recht/Unrecht*) e, por ser um sistema operacionalmente fechado, produz suas próprias funções.

Com isso, demonstra-se que a autopoiese do Direito está aportada em uma ideia de fechamento operacional do sistema. Para que o Direito seja construído, é necessário que suas ações façam a diferença no entorno que torna viável sua autonomia; de sorte que o sistema do Direito passa a ser flexível, portanto mutável, diante das irritações encontradas no ambiente.

Sob tal aspecto, entende-se que o Direito atua como um mecanismo asséptico da sociedade "assim como os sistemas vivos se imunizam de seus germes" (GUERRA FILHO, 1997, p.63), tendo em vista que permite isentar os conflitos existentes nos ambientes, tentando solucionar situações imprevistas, sem, ao menos, ter conhecimento das causas que levaram às contingências, ao conflito de interesses derivado do ambiente social.

Nessa mesma toada, Tércio Ferraz Júnior salienta que o Direito passa a ser analisado por Luhmann como uma estrutura destinada a definir os limites e as interações da sociedade, com o intuito de conseguir estabilizar as expectativas nas interações e neutralizar as contingências das ações individuais do homem concreto. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 01-05).

Contudo, a complexidade de uma sociedade como a brasileira não chega de maneira correta às periferias, sobejando ao centro, o Sistema Jurídico, encarar, volumosamente, todas as demandas, podendo gerar uma sobrecarga que provocaria o curto-circuito do sistema, na ótica de Celso Campinlongo. (VILLAS BOAS FILHO, 2017).

A organização judiciária compreende um subsistema que faz parte do epicentro do sistema do Direito. Dessa forma, todos os demais campos do Direito pertencem à periferia do Sistema, e isso garante a sua autonomia exatamente por não ter que decidir, diferenciando-se dos Tribunais que, por estarem no coração do Sistema Jurídico, são obrigados a decidir todos os casos e, quando tentam buscar o consenso, em razão da distância real das questões, a decisão transforma-se em mera ficção jurídica (LUHMANN, 2005, p. 383):

Todos os outros campos de trabalho (não judiciais) do sistema de direito pertencem à periferia. Isto é válido para as disposições normalmente designadas como “privadas”, a saber: a conclusão de contratos. No entanto, também é válido para a legislação. Para a periferia não há necessidade de decidir. Nas periferias, os interesses de qualquer tipo podem ser apresentados e impostos com todos os meios disponíveis, independentemente da distinção de interesses legais / interesses ilegais.⁵ [tradução da autora]

Modernamente, o Conselho Nacional de Justiça (2017) apresenta a sobrecarga de litigiosidade no Brasil, alcançando cerca de 95 milhões de processos em tramitação, o que equivale a uma demanda judicial para cada dois brasileiros. (BRASIL, 2017). Por essas e outras razões, o sistema do Direito é analisado como uma máquina de solução de conflitos advindos do Sistema Social.

O intuito consiste em edificar aos interessados novos olhares para além do status passivo de subordinação ao Poder Judiciário, como fim único

⁵No original: “Todos los demás campos de trabajo (no judiciales) del sistema de derecho pertenecen a la periferia. Esto tiene validez para aquellas disposiciones que normalmente se señalan como “privadas”, a saber: la conclusión de los contratos. Sin embargo es válido también para la legislación. Para la periferia no existe ninguna necesidad de decidir. En las periferias se pueden presentar intereses de cualquier índole e imponerlos con todos los medios disponibles, sin que importe la distinción de intereses legales/ intereses ilegales”.

para a solução das contendas sociais.

Com efeito, é inegável que a política deva ser de desjudicialização, pela prática jurídico-pedagógica nas escolas, compreendida como um mecanismo de solução de conflitos, evitando-se, conseqüentemente, a propositura de novas ações judiciais, tampouco o curto-circuito do Sistema Jurídico⁶.

3 O SISTEMA EDUCACIONAL COMO MECANISMO DE REVERSÃO DA CULTURA DO LITÍGIO

A legislação desempenha, mormente, a função de um órgão periférico, cabendo-lhe acomodar as irritações constantes do Sistema Jurídico pelo Sistema Político e isso somente é possível na forma de regras genericamente válidas que, por sua vez, podem ser trabalhadas no Sistema Social. Assim, irrompeu a Lei nº 11.525/2007⁷, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LBDN), em seu artigo 32, § 5º, conduzindo a alterações no Sistema Educacional, ao enfatizar a obrigatoriedade da construção do ensino-aprendizagem do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) nas escolas de ensino fundamental, enquanto instrumento apto a construir a consciência ético-social dos “sócios da sociedade mundial” (GUERRA FILHO, 2015, p.80), na perspectiva de serem capazes de reunir saberes necessários para um convívio social, “para encontrarem orientação no mundo” (Idem; *ibidem*).

Diante disso, o ambiente escolar possui um valor diferenciado nesse cenário de implementação de ordenamentos legais. A abordagem do Estatuto da Criança e do Adolescente no Sistema Educacional é ferramenta determinante para torná-lo mais conhecido e compreendido pela pessoa em desenvolvimento, sua família e a sociedade, reduzindo, equitativamente, a complexidade

⁶ Nesse contexto o autor Celso Campilongo ressalta que: “A complexidade de uma sociedade como a brasileira não chega de maneira correta nas periferias, sobrando para o centro encarar, de maneira bruta, todas as demandas, podendo gerar uma sobrecarga que provocaria o curto-circuito do sistema”. Disponível em: < <https://lutfoli.wordpress.com/2016/06/16/sociologia-juridica-aulas-finais-justica-argumentacao-juridica-acoplamentos-e-critica-a-teoria/> > Acesso em 24 fev. 2018.

⁷ BRASIL. Lei nº 11.525, de 25 de setembro de 2007. Acrescenta § 5º ao art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes no currículo do ensino fundamental. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11525.htm> Acesso: 24 nov. 2017.

da comunicação, ao tomar por base a identidade dos agentes envolvidos no fenômeno educativo e, por vezes, diante do sistema que envolve suas ações e seus discursos.

Entretanto, serão necessários esforços de todas as esferas governamentais presentes no Sistema Político para a implantação de políticas públicas de efetivação dos direitos e deveres presentes na Lei nº 11.525/2007, fato que não tem ocorrido até agora, com mais de nove anos de vigência dessa legislação (POZZOLI; GIMENEZ, 2012, p.85).

A falta de um projeto que contemple aspectos de cidadania e inclusão social nos ambientes escolares de ensino fundamental afeta, diretamente, a qualidade de vinculação da criança e do adolescente com o aprendizado e também sua trajetória ético-social diante do Sistema Social.

As escolas devem incluir, em seu projeto educativo, a construção da identidade moral, apresentando possibilidades de inserção social na formação cidadã da pessoa em desenvolvimento, não servindo apenas de espaço de replicação de conteúdo.

Ocorre que, para a educação estatutária processar-se, de fato, nos ambientes escolares, é preciso se conjugar, necessariamente, três elementos: os sentidos de informar, de comunicar e de entender (LUHMANN, 2011, p. 301); de outra forma: o professor deve buscar entender se foi realmente compreendido, numa lógica de comunicação.

Segundo Luhmann, a função dos meios de comunicação consiste em orquestrar a auto-observação do sistema social, em tornar as coisas conhecidas. Enfatiza, ainda, que as unidades elementares da sociedade são as comunicações; as pessoas são analisadas como construções sociais (LUHMANN, 2005, p. 158).

Logo, sendo a criança e o adolescente seres ativos na realidade que os cercam, é imprescindível que a educação que constroem na escola seja rica de propósitos, atitudes, regras e valores éticos, a fim de que lhes seja facultado construir suas personalidades, frutos de uma reorientação autopoiética. A educação, além de ser um direito de todos, não pode ser limitada apenas aos cálculos, à leitura e à escrita; é premente que sirva como importante meio de aquisição de valores morais e, por vezes, de seu exercício, para que haja a ne-

cessária adaptação à vida social (PIAGET, 1973, p.40).

Conjuntamente aos avanços sociais, diversos conflitos emergiram, e a educação escolar, por seu turno, é analisada como mecanismo de aprimoramento das potencialidades do indivíduo, para a formação de valores que viabilizem a convivência harmônica com o semelhante, na busca do bem-estar social. “[...] O bom senso leva-nos a crer que, se a sociedade muda, a escola tem de evoluir junto com ela, antecipar e até inspirar transformações culturais (PERRENOUD, 2002, p.190)”.

Nesse sentido, um dos aspectos relegados a um segundo plano pelas políticas públicas do ensino fundamental é a dificuldade de inserção da pessoa em desenvolvimento no sistema social, o que tem produzido um cenário de inviabilidade de formação cidadã e impossibilidade da construção de um projeto ético-social. As ações de orientações éticas, nesse horizonte, têm sido apenas pontuais e de alcance restrito. A escola advém como um espaço ideal para ações que visem a levar a criança e o adolescente a refletirem sobre as questões éticas, morais, construindo, apensa aos educandos, uma nova auto-poiese social.

A criança e o adolescente pertencentes à coletividade necessitam ser orientados como seres humanos no Sistema Social. Ressalta-se o importante papel da escola para a construção de uma educação cidadã unificada ao aprendiz, para que este possa desenvolver-se como pessoa humana e desempenhar seu papel na esfera social.

Maritain (1968, p. 42) destaca o essencial objetivo da educação:

É, pois, evidente que a educação do homem deve preocupar-se com o grupo social e preparar a criança para desempenhar nele seu papel. Formar o homem para uma vida normal, útil e devotada na comunidade, ou orientar o desenvolvimento da pessoa humana na esfera social, despertando e fortificando o senso de sua liberdade, como o de suas obrigações e responsabilidades, constitui o objetivo essencial da educação.

Faz-se necessário o desenvolvimento de um novo modelo de orientação ético-social a ser implantado na educação escolar, conforme Lei nº

11.525/2007, levando-se em conta a especificidade da população, das características e da formação do ser social qualificado a integrar-se no coletivo. E, ao se referir ao público infante-juvenil, a criança e o adolescente necessitam ser conhecedores de seus direitos e de seus deveres para que possam efetivá-los em sua integridade, tornando-se adultos habilitados a praticar ações político-sociais adequadas ao Sistema Social.

Aliás, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) contém, em seu artigo 3º, a presunção de que todos conhecem as leis e, conseqüentemente, não se pode alegar desconhecimento com o fito de justificar a prática de condutas ilegais.

O fato é que uma incoerência prepondera, tendo em vista que muitos perpetram atos ilícitos sem terem ciência e consciência da ilegalidade de suas condutas, acarretando demandas judiciais desnecessárias. Conseqüentemente, por meio da educação dos direitos e dos deveres às pessoas em formação, poder-se-á reverter a extrema judicialização que se mostra insuficiente para atender as contingências presentes nos ambientes sociais.

É imperioso, pois, que se impulsione a construção do ensino e da aprendizagem do diploma estatutário nas instituições escolares, primeiro para a sua compreensão e, segundo, para a redução das práticas de atos ilícitos.

Sendo assim, o ensino sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente nas escolas de ensino fundamental avulta a preocupação com a integridade ético-social da pessoa em formação. Nesse ínterim, destaca-se que, a escola deve contar com profissionais capacitados e especializados, afirmando que essa formação deve se dar em ambientes acadêmicos e institucionais especializados para o desenvolvimento de uma ação educativa eficaz. Os direitos e as garantias que o Estatuto da Criança e do Adolescente acolhe, normativamente, são instrumentos e veículos de cidadania responsável, garantidores da dignidade e felicidade dos cidadãos, não podendo ficar vinculados somente às intenções do Estado e às intenções do legislador (GIACÓIA, 2012, p. 30-43).

Na concepção de Häberle (2002, p. 123), o respeito à dignidade consiste na oferta de oportunidades e proteção às minorias, sendo essa a verdadeira essência de um Estado Constitucional de Direitos:

Hoje, a partir da plataforma oferecida pela constituição pluralista, procede apenas falar, portanto, em Estado de Direito, na medida em que este proporciona uma adequada proteção às minorias. Essa proteção começa pela consecução de determinados objetos educacionais, como 'a tolerância' e o respeito da 'dignidade do outro'⁸. [tradução da autora]

Ao contemplar o respeito à dignidade das minorias, incluindo os direitos e as garantias adquiridos nos ordenamentos jurídicos destinados à proteção do público infanto-juvenil, o grande desafio está em concorrer para a formação de um Estado Democrático de Direito, que não se omite diante das necessidades sociais, mas que se proponha a promover e salvaguardar as legítimas aspirações das crianças e dos adolescentes, defendendo sua dignidade enquanto ser individual e social.

Para Paulo Freire (2000, p. 67),

Não é possível refazer este país, democratizá-lo, humanizá-lo, torná-lo sério, com adolescentes brincando de matar gente, ofendendo a vida, destruindo o sonho, inviabilizando o amor. Se a educação sozinha não transformar a sociedade, sem ela, tampouco a sociedade muda.

A disciplina sobre a ética cidadã, disposta nos ementários legais, não pode ser tratada nos currículos escolares apenas como tema transversal; antes, é primordial que figure como matéria própria, presente na matriz curricular e construída no dia a dia do ambiente escolar, uma verdadeira possibilidade de troca concreta para atingir, efetivamente, a comunicação.

A educação cidadã ofertada nos ambientes escolares do ensino fundamental reivindica ser a semente de possibilidades para a transformação social e, conseqüentemente, a reversão da cultura do litígio.

⁸No original: "Hoy por hoy, desde la plataforma que ofrece la constitución pluralista, tan solo procede hablar, por tanto, Del Estado constitucional en la medida em que este proporciona una adecuada protección de las minorias. Dicha protección comienza por la consecución de determinados objetos educacionales, como 'la tolerância' y el respeto de la 'dignidad del outro' [...]"

4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO AMBIENTE ESCOLAR PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA AUTOPOIESE ÉTICO-SOCIAL

A análise em apreço derivou de coleta de dados empreendida ao longo do ano letivo de 2016, tendo como protagonistas e partícipes 26 estudantes (com idades entre 08 e 09 anos), integrantes de uma turma do terceiro ano do ensino fundamental de uma escola pública municipal, localizada na região central do município de Vera Cruz, interior do Estado de São Paulo, Brasil. Quanto à classe socioeconômica do alunado regularmente matriculado na unidade escolar em questão, a pluralidade revela-se estremada, essencialmente, na média baixa.

As investigações e intervenções ora engendradas foram motivadas por uma desconfortável indagação: Em quais aspectos o estudo do ECA, em sala de aula, pode contribuir para a formação cidadã de estudantes do ensino fundamental? Tendo em vista consignada inquietação, o objetivo geral da presente pesquisa convencionou-se, então, em promover atividades educacionais relacionadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente para crianças de tal etapa da escolarização (o ensino fundamental), avaliando conhecimentos, comportamentos e atitudes anteriores e posteriores à formação do educando.

Para tanto, optou-se pela abordagem metodológica qualitativa caracterizada pelo “[...] contato direto e prolongado do pesquisador com o ambiente e a situação que está sendo investigada, via de regra através do trabalho intensivo de campo”, sendo que “[...] o ‘significado’ que as pessoas dão às coisas e à sua vida são focos de atenção especial pelo pesquisador (LÜDKE; ANDRE, 1986, p. 11-12)”.

Os métodos de coleta de dados incluíram, desta feita, a observação e o registro; já a análise dos dados ocorreu por meio de categorias descritivas. Questionários com perguntas abertas também foram aplicados como fonte de compreensibilidade e de conhecimento do conteúdo exposto.

Destarte, os dois primeiros meses do ano letivo foram dedicados a observações das características gerais da turma e, também, apreciações e registros das particularidades de cada aluno, incluindo o histórico familiar, para que fosse possível pensar em atividades adequadas de intervenção.

Como estratégia didático-pedagógica, a ênfase repousou em: aulas

expositivas dialogadas, dinâmicas em grupo, atividades lúdicas e lições de casa, ações que favorecessem aos conteúdos serem também compartilhados com as famílias. Já quanto às discussões metodológicas, ou seja, sobre a forma como os conteúdos relacionados aos direitos e aos deveres podem ser construídos em sala de aula, parece haver um consenso na literatura de que não se trata de tornar o referido tema uma disciplina ou, mesmo, reservar aulas/momentos exclusivamente aos direitos humanos. Sobre a questão, contemporizam Benevides (2003, p. 309-318), Carvalho (2004, p. 332), Genevois (2017, p. 1) e Sacavino (2000, p. 36-48), partindo do princípio de que a educação estatutária deve resultar de todas as vivências cotidianas e de todos os atos desencadeados no dia a dia escolar.

Observa-se que se trata de uma discussão complexa que não se encerra com a mera defesa de uma ou outra opção metodológica; longe disso, alberga um debate que se enriquece consoante o diálogo e a reflexão sobre a prática. Em outras palavras, não basta que uma ou outra opção metodológica seja, fielmente, defendida sem que se tenha atestado eficácia na concretude das relações escolares, considerando as diferentes realidades educacionais presentes no país. Nessas condições, por conta das especificidades do Sistema Educacional do Estado de São Paulo, bem como pelas especificidades da turma, optou-se, enfim, pela abordagem transversal.

O próximo passo consistiu em analisar o índice temático⁹ da edição revisada e atualizada do ECA distribuída pelo Governo do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2012), selecionando os temas mais significativos a serem trabalhados com a turma; a saber: alcoólatras e toxicômanos, atendimento, ato infracional, comunidade, conselho Tutelar, criança, crimes contra a criança e o adolescente, cultura, dever, diversões, educação, exploração e abuso sexual, família, guarda, lazer, profissionalização, saúde e vida. Além disso, empregou-se a Parte Geral (Livro I)¹⁰

⁹ O índice temático organiza em temas os diversos artigos e parágrafos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Para consultar o índice completo, ver: São Paulo (2012).

¹⁰ O Estatuto é constituído de dois livros. O Livro I autodenomina-se *Parte Geral* e contém títulos que versam sobre a criança e o adolescente como sujeitos fundamentais e individuais que devem ser assegurados com absoluta prioridade por toda a sociedade e pelo poder público. O segundo livro (Livro II ou *Parte Especial*) contém artigos que abordam as políticas de atendimento, as medidas de proteção, prática do ato infracional, responsabilidades dos pais ou responsáveis e o Conselho Tutelar, entre outras.

do ECA como embasamento para as atividades desenvolvidas. Para cada eixo temático, foram preparadas, em média, dez atividades, de forma que as discussões pudessem ocorrer diariamente.

Uma vez que o ECA regulamenta medidas de proteção no tocante ao tema alcoólatras e toxicômanos, e por haver na turma uma criança enfrentando problemas relacionados a esse conteúdo, foram desencadeadas discussões problematizadoras, com urgência, no decurso das práticas deste eixo temático, juntamente com o uso de histórias em quadrinhos, desenhos e interpretações textuais.

Quanto ao tema atendimento, a lei apresenta disposições gerais sobre a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, com a presença de linhas de ação e diretrizes. Por meio de estratégias didático-pedagógicas dialógicas e participativas, pautadas em princípios democráticos, trabalhou-se o conceito de cidadania plena¹¹ com as crianças, possibilitando o discernimento de que é responsabilidade do Estado prover direitos, cabendo aos cidadãos lutar por eles, engajando-se em sua efetivação. As ações envolveram, também, a conscientização sobre a importância de cada pessoa na luta pelo bem-estar coletivo, mesmo diante das diferenças que caracterizam o ser humano.

Ao trabalhar o ato infracional, em virtude da escolha pela abordagem transversal, diferentes áreas do conhecimento estiveram presentes (no caso, a história, a matemática, a língua portuguesa e a arte), ensejando discutir sobre regras de conduta, ética e comportamento em sociedade. A fim de despertar nas crianças alguns sentimentos que levam ao desenvolvimento de valores – como o respeito, a tolerância, a solidariedade – foram realizadas dinâmicas e brincadeiras. Do mesmo modo, foram discutidas as consequências de atos que violam as regras sociais, visando a preveni-los.

No geral, as práticas foram programadas estribadas nos Títulos I, II e III do primeiro livro do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais dis-

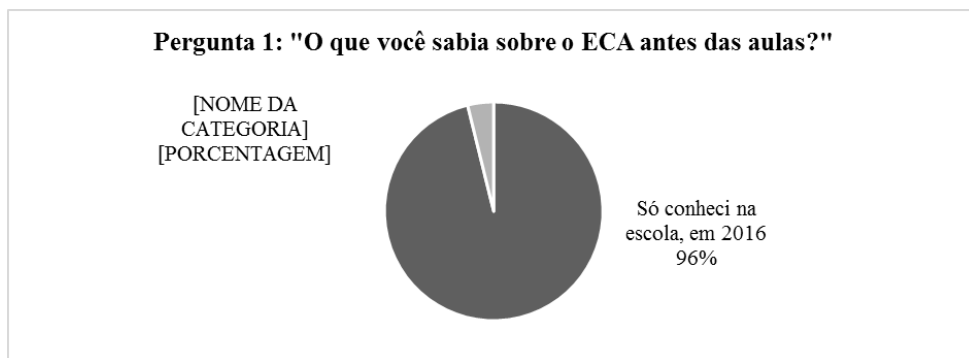
¹¹ A ideia de cidadania explicitada neste texto está em consonância com a perspectiva de Candau et al. (2013), para quem exercer a cidadania plena significa afirmar a necessidade de um processo contínuo de revisão das políticas públicas e de melhoria nas condições culturais, materiais, sociais e políticas, também pressupondo a participação ativa dos sujeitos de direitos. Tais, por sua vez, devem ser formados no sentido de conhecer e lutar constantemente pelos seus direitos.

põem sobre o direito à vida, saúde, liberdade, dignidade, informação, cultura, lazer; o direito aos esportes, às diversões, à educação, entre outros direitos básicos de todo ser humano.

Como forma de avaliação, as crianças, bem como seus pais ou responsáveis, responderam a um pequeno questionário dotado de perguntas abertas e de um significativo espaço para respostas. A observação e o registro contínuo de atitudes e comportamentos no espaço escolar identicamente contribuíram para a análise dos resultados, em tópico a ser contemplado com maior alcance na continuidade deste estudo.

Tendo em vista a problemática e o propósito que motivaram e nortearam esta investigação, as crianças responderam a um questionário composto por três questões abertas, cujas respostas foram organizadas em categorias, conforme sua frequência, como corroborado nos gráficos a seguir. Dentre as três perguntas, duas delas permitiram respostas amplas. O objetivo da primeira pergunta foi constatar os conhecimentos prévios que as crianças traziam sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, comparando-os com as respostas das questões posteriores. No entanto, para a surpresa da pesquisadora, das 26 crianças, apenas uma já ouvira sobre o ECA, embora ignorasse seu conteúdo, distinguindo somente sua existência:

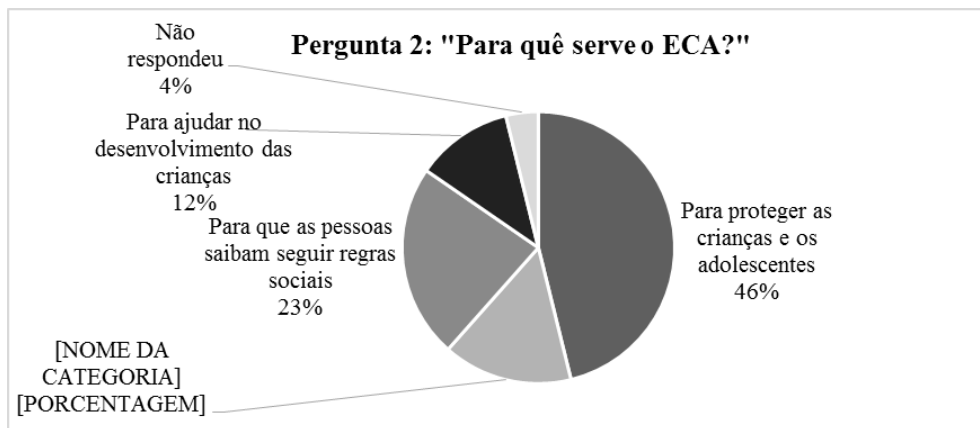
GRÁFICO 1 - CONHECIMENTOS PRÉVIOS SOBRE O ECA



FONTE: ELABORADO POR MELISSA ZANI GIMENEZ

As respostas à segunda pergunta foram amplas e permitiram a organização em cinco categorias, conforme o gráfico:

GRÁFICO 2 - OPINIÃO SOBRE A UTILIDADE DO ECA



FONTE: ELABORADO POR MELISSA ZANI GIMENEZ

À luz das informações reunidas, observou-se que a maioria das crianças se apropriou do Estatuto da Criança e do Adolescente na qualidade de um mecanismo de defesa; por outro lado, a análise dos registros realizados no caderno de campo da pesquisadora serviu como meio para se evidenciar aspectos importantes no que concerne à conscientização e ao encorajamento para tomada de atitudes por parte das crianças e das famílias.

Concebendo o diploma estatutário como um meio de proteção, a criança que se encontrava sujeita à situação vulnerabilidade em razão da contingência de alcoolismo na família sentiu-se segura para conversar com a escola e, então, orientar-se. Cumpridos os procedimentos regulares, dias após, em consonância com a prescrição da Lei nº 8.069/1990, que, em seu art. 129, inciso II, determina que a pessoa com dependência do álcool seja encaminhada para programa oficial de auxílio, orientação e tratamento, conseguiu-se, também por meios legais, o afastamento temporário do convívio da criança com o dependente. Além desse, outro caso foi detectado no final do ano de 2016, após o desenvolvimento das atividades, quando outra das crianças encorajou-se a relatar situações sofridas de violência sexual. Na oportunidade, houve o devido apoio da escola e do Conselho Tutelar; quanto às medidas legais em atendimento ao caso estas encontram-se em andamento.

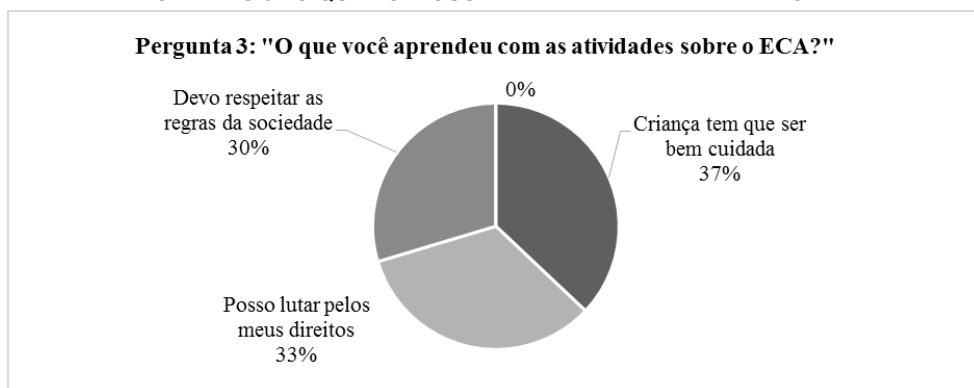
O estudo salienta que o conhecimento da lei e, sobretudo, a informação sobre o que é uma lei mobilizou as crianças e seus responsáveis para

o desenvolvimento de ações que desencadearam melhorias em suas vidas. O conhecimento sobre o amparo que proporciona o plano legal pode evitar e, mesmo, cessar situações de atrocidades contra crianças, como a pedofilia e a violência; conseqüentemente, houve a reversão da cultura do litígio, tendo em vista que uma nova autopoiese foi construída.

Os dados também destacaram as questões morais e éticas presentes nas atividades relacionadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente durante o ano letivo. Como se observa, 23% das respostas referem-se a regras sociais e 15% fizeram referência ao respeito, bem-estar coletivo, solidariedade, amizade e tolerância.

As respostas coletadas na terceira pergunta permitiram a classificação dos dados em três categorias:

GRÁFICO 3 - O QUE FOI POSSÍVEL APRENDER A PARTIR DO ECA



FONTE: ELABORADO POR MELISSA ZANI GIMENEZ

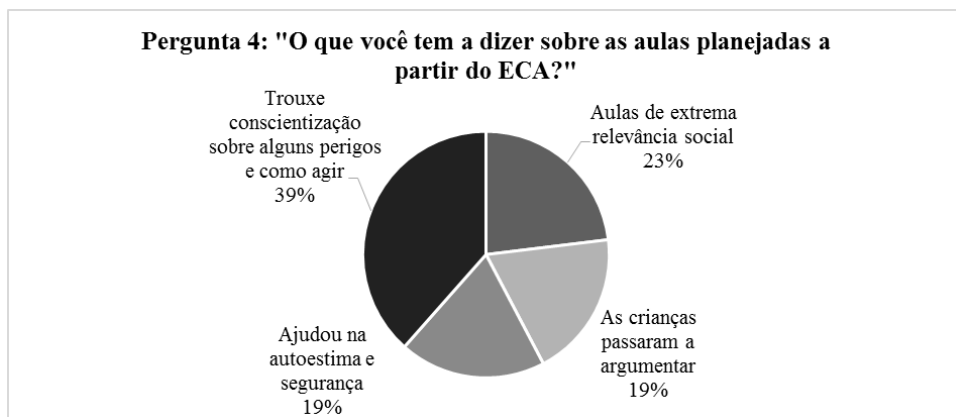
As categorias aventadas nesta questão se aproximam das categorias anteriores, ou seja, a concepção sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente desenvolvida nas crianças inclui aspectos morais, éticos, encorajamento e conscientização sobre os meios de proteção legal. É interessante ponderar que os três grupos possuem frequências muito próximas, com as opiniões transitando, quase que de maneira igualitária, entre "regras sociais", "mecanismo de defesa" e "luta por direitos".

As observações e registros contínuos corroboram os dados. Por meio

deles, foi possível constatar características iniciais de relacionamento entre as crianças: muitas brigas, palavras de ofensas (inclusive direcionadas à professora); inúmeras crianças com baixa autoestima e outras tantas com dificuldades para se expressar, seja na fala em público seja na expressão de sentimentos. No final do ano letivo, a mudança no relacionamento entre as crianças e entre as crianças e a professora tornou-se nítida. As brigas passaram a ser bem menos frequentes, sendo deveras importante enfatizar que as demais crianças, aquelas que não estavam envolvidas nos eventuais conflitos, de sua parte, estas tentavam realizar mediações com base nos conhecimentos adquiridos no decurso das aulas. Ademais, as crianças passaram, também, a dirigirem-se com maior respeito em relação à professora e demais funcionários da escola.

Na busca por informações, outro questionário com duas perguntas abertas foi enviado para que as crianças respondessem, juntamente com seus pais ou responsáveis. Sobre a primeira questão, analisa-se:

GRÁFICO 4 - OPINIÃO SOBRE AS AULAS PAUTADAS NO ECA



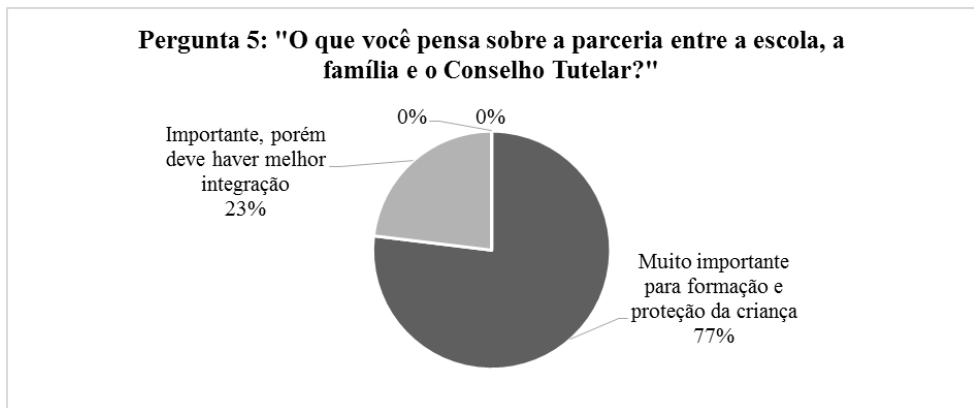
FORNTE: ELABORADO POR MELISSA ZANI GIMENEZ

Quatro categorias foram criadas com fundamento na frequência das respostas. Os registros em caderno de campo também constataram melhorias quanto à autoestima, segurança e argumentação. Dessa forma, pode-se afirmar que os benefícios propiciados pelas aulas sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente estenderam-se, também, para as relações familiares. Os dados revelam, ainda, que o trabalho com a Lei n. 8.069/1990 permite que os funda-

mentos da formação de sujeito de direitos¹² – já mencionado neste texto – sejam colocados em ação.

Durante as discussões desencadeadas ao longo do ano letivo, constatou-se que as crianças e suas famílias possuíam uma ideia pejorativa quanto à atuação do Conselho Tutelar. À vista disso, a última das perguntas apresentadas foi elaborada, precisamente, com a intenção de verificar se houve (ou não) mudança de tal pensamento. Para tanto, apenas duas categorias foram propostas desde as respostas:

GRÁFICO 5 - OPINIÃO SOBRE A PARCERIA ESCOLA-FAMÍLIA-CONSELHO TUTELAR



FORNTE: ELABORADO POR MELISSA ZANI GIMENEZ

A percepção pejorativa deve-se ao fato de que muitas escolas referenciam, erroneamente, o Conselho Tutelar para ameaçar as crianças ou as famílias, salientando que a atuação principal do Conselho compreende o afastamento da criança daqueles/as que possuem sua tutela ou guarda. Porém, ao trabalhar o verdadeiro sentido do Conselho Tutelar com as crianças e as famílias, testemunha-se, por meio dos dados efetivos, que as respostas foram para além da mudança de concepção. Com isso, 23% dos pais ou responsáveis fizeram sugestões, alegando a necessidade de se haver melhor integração entre

¹² Retomando, são quatro os movimentos que compõem a formação de sujeito de direitos, conforme Candau et al. (2013): "[...] saber/conhecer os direitos; desenvolvimento de uma autoestima positiva; promoção da capacidade argumentativa; e ser um(a) cidadão(o) ativo(a) e participativo(a)".

a escola, as famílias e o Conselho Tutelar, incluindo reuniões e planejamento de ações em prol da infância no município.

Outrossim, o estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente na sala de aula refletiu na participação das famílias em reuniões escolares e na frequência das crianças na escola. Assim, registrou-se 98% de presença na Caderneta Escolar, considerando todo o ano letivo e 100% de presença nas duas últimas reuniões de pais ou responsáveis, realizadas nos meses de agosto e novembro de 2016.

Nesse quadro, pode-se concluir que todo o Sistema Social e, em especial, o Sistema Educacional são movidos e alimentados pela comunicação. No caso dos alunos do ensino fundamental, um verdadeiro diálogo e a sintonia de comunicações foram efetivados, construindo uma nova autopoiese social, novas observações ético-sociais e, por vezes, a solução das contingências sociais mediada pela educação, ocasionando, em síntese, a diminuição de novas demandas judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Pós-Modernidade acarretou múltiplas contingências e conflitos no Sistema Social e, nesse ínterim, o Sistema Jurídico, por estar no centro do Sistema de Direito, é analisado como uma máquina de solução de conflitos, ocasionando o abarrotamento de processos, a lentidão judiciária e, por vezes, o seu curto-circuito, tendo em vista o fato de ser analisado como fim único de solução das demandas sociais.

Também a educação ético-social nos ambientes escolares é esquadrihada como mecanismo de aprimoramento das potencialidades do indivíduo, para a formação de valores que possibilitam a convivência harmônica com o semelhante, na busca do bem-estar social.

Uma disciplina que descortine os ensinamentos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ao ser inserida nos currículos escolares em conformidade com a Lei nº 11.525/2007, não pode ser convencionalizada aos currículos escolares apenas como tema transversal; ao contrário disso, constitui matéria própria, devendo estar presente na matriz curricular e ser construída no dia

a dia do ambiente escolar, enquanto uma verdadeira possibilidade de troca concreta para atingir, de fato, a comunicação.

A criança e o adolescente, por serem pessoas em desenvolvimento, necessitam ser conhecedores de seus direitos e de seus deveres, para que possam efetivá-los em sua integridade, tornando-se adultos capazes de praticar ações político-sociais adequadas ao Sistema Social.

Dessa forma, é evocada a necessidade da educação ético-social estar presente nos bancos escolares, conforme fez jus a pesquisa escolar, por meio de fluxos de comunicação adequados e, efetivamente, compreendidos pelos alunos, determinantes de uma reorientação autopoietica e aptas a reverter a cultura do litígio.

Os resultados da pesquisa permitem concluir que a construção da educação ético-social no Sistema Educacional, pautada no ensino-aprendizagem do diploma estatutário, em âmbito escolar, além de se tratar de uma obrigação prevista em lei, pode desencadear mudanças relacionadas à autoestima, segurança, expressão oral, mudanças de atitudes, comportamentos, relacionamentos e, também, mudanças de concepções, sendo capaz, enfim, de proporcionar uma nova autopoiese social.

Destaca-se, entretanto, que os conhecimentos concernentes aos direitos infantoadolescentes precisam estar presentes, cotidianamente, no ambiente escolar para que as pessoas em desenvolvimento possam obter novas observações de ações e de seus discursos, justificando a assertiva de que o sistema social é resultado sistêmico de comunicações.

A mudança de paradigma (da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral), no entanto, por si só, não é suficiente para que os direitos das crianças sejam protegidos. Conforme menciona a própria lei, é dever da sociedade, de modo geral, assegurar a efetivação de direitos básicos. E, a escola, enquanto um braço dos mais importantes dos Sistemas Sociais, não deve trabalhar nesta perspectiva apenas porque determina a lei, mas, sobretudo, porque possui uma responsabilidade social.

Finalmente, o Sistema Educacional insere-se como instrumento necessário para a construção da consciência ético-social dos “sócios da sociedade mundial”, sendo capazes de reunir saberes indispensáveis para o seu convívio

social; retroagindo esse quadro caótico da cultura do litígio. Mesmo porque, mesmo sendo sistemas autônomos, autopoieticos, delineiam-se, também, estruturalmente acoplados e, no caso, as transformações em um deles são suficientes para afetar igualmente aos demais.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, D.; SEDREZ, M. L. da C. Introdução: Educar em direitos humanos: Um desafio. In: VIOLA, S. E. A.; ALBUQUERQUE, M. Z de. (Orgs.). **Fundamentos para Educação em Direitos Humanos**. São Leopoldo: Sinodal/EST, 2011.

AMARAL E SILVA, A. F. **A criança e o adolescente em conflito com a lei**. Florianópolis, Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, 1998.

ANDAKU, Juliana Almenara. **O Direito na teoria de Niklas Luhmann**. Disponível em: <file:///C:/Users/Mel/Downloads/01_-_o_direito_na_teorias_de_niklas_luhmann.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

AQUINO, J.; ARAÚJO, F. **Direitos humanos na sala de aula: a ética como tema transversal**. São Paulo: Moderna, 2001.

ASSIS, O. Q. **O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

BAZÍLIO, L. C. Avaliando a implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: BAZÍLIO, L. C.; KRAMER, S. **Infância, educação e direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 23-34.

BENEVIDES, M. V. Educação em direitos humanos: de que se trata? In: BARBOSA, R. L. L. B. (Org.). **Formação de educadores: desafios e perspectivas**. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 309-318.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11525.htm>. Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. **Lei nº 11.525**, de 25 de setembro de 2007. Acrescenta § 5º ao art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes no currículo do ensino fundamental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11525.htm>. Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. **Resolução nº 1**, de 30 de maio de 2012. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10889-rcp001-12&category_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Dados estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

_____. **Lei 11.525 de 25 de setembro de 2007**. Acrescenta § 5º ao art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes no currículo do ensino fundamental. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11525.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

CANDAU, V. M. Educação em direitos humanos: desafios atuais. In: SILVEIRA, M. G. et al. (Org.). **Educação em direitos humanos**: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007, p. 399-412.

_____. Educação em direitos humanos e formação de professores. In: SACAVINO, S.; CANDAU, V. M. (Org.). **Educação em direitos humanos**: temas, questões e propostas. Rio de Janeiro: DP et Alli Editora, 2008, p.73-92.

_____. et al. **Educação em Direitos Humanos e formação de professores(as)**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

CARVALHO, J. S. et al. Formação de professores e educação em direitos humanos e cidadania: dos conceitos às ações. In: CARVALHO, J. S. (Org.). **Educação, cidadania e direitos humanos**. Petrópolis: Vozes, 2004.

CARVALHO, J. S. Podem a ética e a cidadania ser ensinadas? In: CARVALHO, J. S. (Org.). **Educação, cidadania e direitos humanos**. Petrópolis: Vozes, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. In: **Niklas Luhmann**. Legitimação pelo Procedimento. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

FORTES, E. Apresentação. In: TAVARES, C.; SILVA, A. M. M. (Org.). **Políticas e fundamentos da educação em direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Indignação: cartas pedagógicas e outros escritos**. São Paulo: UNESP, 2000.

GENEVOIS, M. P. **Educação e direitos humanos**. 2007. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. Princípios e interpretação do ECA. In: NAHAS, Theresza Christina; GENOVA, Jairo José; SILVA, Nelson Finotti (Orgs.). **ECA: efetividade e aplicação**. São Paulo: LTr, 2012.

GIMENEZ, Melissa Zani. **Cultura da cidadania no ensino fundamental - apontamentos sobre a (in)efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente: uma construção do saber jurídico**. 2014. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. In: A SOCIEDADE DA SOCIEDADE MUNDIAL. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 74-84, jan./jun., 2015.

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudos de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HORTA, M. M. R. Educar em direitos humanos: compromisso com a vida. In: CANDAU, V. M.; SACAVINO, S. (Org.). **Educar em direitos humanos: construir democracia**. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

KRAMER, S. **Política do Pré-escolar no Brasil: a arte do disfarce**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

LOBÃO, N. **Relatório sobre o Projeto de Lei nº 5705, de 2005**. Brasília DF: Comissão de Educação e Cultura, 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=457018&file%20name=%20PRL+1+%20CEC+%3D%3E+PL+5705/2005>. Acesso em: 11 fev. 2017.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate, com la colaboración de Brunhilde eker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. México: Iberoamericana, 2005.

_____. **A realidade dos meios de comunicação**. Trad. de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. Introdução à teoria dos sistemas/Niklas Luhmann. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. 3º ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.

LÜDKE, M; ANDRÉ, M. E. D. A. **Pesquisa em educação**: abordagens qualitativas. São Paulo: EPU, 1986.

MARINHO, G. **Educar em direitos humanos e formar para a cidadania no ensino fundamental**. São Paulo: Cortez, 2012.

MARITAIN, Jacques. **Rumos da educação**. 5. ed. São Paulo: Agir, 1968.

NEVES, Marcelo. **A institucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PERRENOUD, Philippe. **A prática reflexiva no ofício de professor**: profissionalização e razão pedagógica/ Philippe Perrenoud. Trad. Cláudia Chilling. Porto Alegre: Artmed, 2002.

PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** Tradução de Ivete Braga. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973.

PILOTTI, F.; RIZZINI, I. (Org.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Ed. Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Ed., 1995.

RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **A sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2017.

SACAVINO, S. Educação em direitos humanos e democracia. In: CANDAU, V. M.; SACAVINO, S. (Org.). **Educar em direitos humanos**: construir democracia. Rio de Janeiro: DP&A, 2000, p. 36-48.

_____. Que significa ser sujeito de direitos? In: SACAVINO, S. B.; CANDAU, V. F. (Coords.). **Educação e bullying**. Rio de Janeiro: Novamerica/FA Studio Gráfico, 2012.

SÃO PAULO (Estado). **Edição revisada e atualizada do Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Governo do estado de São Paulo, Secretaria de Estado da

Justiça e da Defesa da Cidadania, Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2012.

SCHILLING, F. (Org.). **Direitos Humanos e Educação**. São Paulo: Cortez, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Desjudicialização**. Jornal Carta Forense. Disponível em:<
<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>>.
Acesso em 22 fev. 2018.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Sociologia Jurídica. Aulas finais. Justiça**, argumentação jurídica, acoplamentos e crítica à teoria. Disponível em: < <https://lutofoli.wordpress.com/2016/06/16/sociologia-juridica-aulas-finais-justica-argumentacao-juridica-acoplamentos-e-critica-a-teoria/>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

DANO MORAL REFLEXO À MORTE E INDENIZAÇÃO

REFLEX MORAL DAMAGE BY DEATH AND INDEMNIFICATION

*Roberta Salvático Vaz de Mello*¹

*Jéssica Rodrigues Godinho*²

Data de recebimento: 29/04/2018

Data de Aprovação : 16/09/2018

RESUMO

O presente artigo visa aprofundar o estudo sobre a questão do dano moral reflexo e sua reparação civil. Nas linhas do presente projeto serão trabalhados alguns conceitos concernentes aos direitos de personalidade, danos morais, responsabilidade civil, danos reflexos, danos punitivos e indenização. Ademais, pretende-se discutir qual a natureza da indenização aplicável a estes casos, se compensatória ou punitiva. Para tanto, utilizou-se da vertente metodológica jurídico-sociológica, pretendendo verificar se há a possibilidade de aplicação do instituto dos *punitive damages* para o julgamento de demandas acerca do dano moral reflexo. Fez-se uso do raciocínio indutivo e do método teórico, para, ao final, tentar-se uma compreensão aprofundada sobre o tema.

¹ Bolsista Capes-Taxa. Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Cidadania da Faculdade Minas Gerais (NPJC - FAMIG) e Professora da Faculdade Minas Gerais - FAMIG. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduada em Direito pela PUC Minas. Advogada. E-mail: robertasalvatico@yahoo.com.br.

² Bolsista FAPEMIG. Mestranda em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas. Graduada em Direito PUC Minas. Advogada. E-mail: jessica.godinho@yahoo.com.br.

PALAVRAS-CHAVE

Dano reflexo. Morte. Danos punitivos. Reparação civil. Dano moral.

ABSTRACT

This article aims to deepen the study on the matter of reflex moral damage reflex and its civil reparation. In the lines of this project will be worked some concepts concerning of personality rights, moral damages, civil liability, reflex damages, punitive damages and indemnification. In addition, it is intended to discuss the nature of the compensation applicable to these cases, whether compensatory or punitive. For this purpose, it was used the juridical-sociological methodological aspect, intending to verify if there is the possibility of application of the institute of the punitive damages for the judgment of demands on the reflex moral damage. Inductive reasoning and the theoretical method were used, in order to try to gain a deeper understanding of the subject.

KEYWORDS

Reflex damage. Death. Punitive damages. Civil reparation. Moral damage.

1 INTRODUÇÃO

Se há alguma certeza na vida é de que todos irão morrer um dia. A morte é inescapável e incomensurável.

É inegável também a dor que a morte causa em quem fica, nos parentes, amigos, nos entes queridos do falecido. E quando a morte se dá em virtude de acidente, erro médico, ou qualquer outro evento provocado, a dor oriunda da morte se alia à revolta pela perda do ente ou amigo estimado.

Mas, tal morte, abrupta e causada por um evento provocado, seria capaz de causar dano à personalidade de um terceiro? Em caso positivo, para a pretensão judicial, deve-se considerar o dano à personalidade do morto ou em relação à própria terceira pessoa? Tal dano à personalidade, de cunho moral, seria passível de reparação civil? Qual seria a natureza desta reparação, compensatória ou punitiva? São estas as questões que serão debatidas a seguir, e que este artigo se propõe a responder.

Assim, utilizando-se da vertente metodológica jurídico-sociológica, pretende-se verificar se há normas no ordenamento jurídico pátrio que acolham tal pretensão originada pelo dano moral reflexo.

Para tanto, fez-se uso do raciocínio indutivo e do método teórico, para, ao final, tentar-se uma compreensão mais complexa sobre o tema.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DANO MORAL

Os direitos da personalidade são reconhecidos ao indivíduo pelo ordenamento brasileiro, exemplificados pelo Código Civil. Contudo, apesar de estarem na legislação civilista, não são entendidos como taxativos e podem existir outros visando a proteção do ser humano em todas as suas potencialidades.

Assim, entende-se que esses direitos têm sua fundamentação em um princípio constitucional, a Dignidade da Pessoa Humana.

Desta feita, discorrer-se-á inicialmente sobre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua conexão com os direitos da personalidade para, após, falar-se especificamente sobre os direitos da personalidade e das consequências de sua violação.

2.1 Direitos da personalidade como consectários do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Os direitos de personalidade estão tratados no Código Civil, nos artigos 11 a 21, mas a proteção a estes direitos já existia na Constituição Federal, através da Dignidade da Pessoa Humana, disposta no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, e que é cláusula geral da tutela dos direitos de personalidade.

Nesse sentido:

[...] a **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III da CR/88) é erigida à condição de **meta-princípio (sic)**. Por isso mesmo, esta **irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais**, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. (FERNANDES, 2014, p. 297, grifos do autor).

Assim, com o novo paradigma instituído pela Constituição Federal, passou-se a valorizar o *ser* em detrimento do *ter*. O ser humano é entendido de forma desvinculada do seu patrimônio e é detentor de direitos simplesmente por ser humano, conforme é atribuído pela ordem normativa brasileira. Nesta senda, vê-se a valorização dos direitos de personalidade, como forma de proteção ao indivíduo e todas as suas potencialidades.

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2014, p. 300-301), existem parâmetros mínimos que devem ser considerados para que se possa aferir um adequado conceito de Dignidade da Pessoa Humana, para que não se banalize a sua aplicação. São eles: i) Não Instrumentalização, eis que a pessoa não pode ser tratada como meio. Assim, “O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado de dispor de qualquer indivíduo apenas *como meio para outro fim*, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas.” (FERNANDES, 2014, p. 300, grifos do autor); ii) Autonomia Existencial, conferindo a cada indivíduo o livre arbítrio de agir conforme o plano de vida que entende ser o mais adequado para si, desde que não resultem em práticas ilícitas; iii) Direito

ao Mínimo Existencial, conferindo-se ao ser humano o básico para que possa viver dignamente; iv) Direito ao Reconhecimento, que se refere ao direito de cada pessoa de ser singular e ser respeitada em sua singularidade, visando preservar sua dignidade.

Depreende-se, então, a estreita ligação entre a Dignidade da Pessoa Humana e a personalidade e todos os direitos que dela emanam.

Corroborar com essa afirmação Elimar Szaniawski, que defende a ideia de um direito geral de personalidade, sob o fundamento de que

A Constituição brasileira, em vigor, edifica o direito geral de personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz que consiste no *princípio da dignidade* da pessoa humana. Os princípios constitucionais, dispostos na Carta Magna, constituem um arcabouço da tutela da pessoa humana em nível constitucional, como um grande sistema de proteção do direito geral de personalidade. Tendo em vista a importância e a extensão do *princípio da dignidade da pessoa humana*, como princípio matriz, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público como um todo, bem como os particulares, pessoas naturais ou jurídicas e sendo o direito da pós-modernidade um direito que possui por destinatário final a pessoa humana, exercendo uma função social, todo o direito posto deve ser lido e interpretado à luz da Constituição, em especial, segundo os postulados do princípio da dignidade da pessoa humana. (SZANIAWSKI, 2005, p. 120-121, grifos do autor).

Assim, a dignidade humana é cláusula geral dos direitos de personalidade, tendo assim ampla proteção.

Neste contexto, abordando-se a questão dos direitos de personalidade sobre uma perspectiva civil-constitucional, tem-se que:

Nunca se pode esquecer da vital importância do art. 5.º da CF/1988 para o nosso ordenamento jurídico, ao consagrar as cláusulas pétreas, que são direitos fundamentais deferidos à pessoa. Para a efetivação desses direitos, Gustavo Tepedino

defende a existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. São suas palavras: “Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento” (TARTUCE, 2017, p. 98)

Destarte, de acordo com a corrente doutrinária que entende como novo paradigma do Direito Civil a sua constitucionalização³ (por exemplo, Pietro Perlingieri, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin Moraes), após a Constituição de 1988, as regras constitucionais constituem uma espécie de bússola para a aplicação do direito infraconstitucional. Ao aplicar este direito, deve-se sempre mirar aos preceitos estabelecidos pela Constituição, que guiarão aquele que está empregando o Direito no caminho que se pretende os fundamentos constitucionais.

Segundo Gustavo Tepedino (2009, p. 9), o ordenamento jurídico tem em si duas características, que são a unidade e a complexidade. Como ele é constituído de normas de diferentes níveis hierárquicos, é um “sistema heterogêneo e aberto; e, daí a sua complexidade que, só alcançará a unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade.” (TEPEDINO, 2009, p. 10-11).

Assim, não é porque um sistema possui diversas fontes que perderá a sua unidade. É a função da Constituição harmonizar todas as regras sistematizadas para garantir essa unidade. Exatamente por conta da necessidade de

³ Sobre o tema, importante ressaltar: “O processo, núcleo da metodologia conhecida como direito civil-constitucional, deu-se nos moldes propostos por Pietro Perlingieri, principal formulador desta teoria. O objetivo, na ocasião, era garantir que a onda de democracia, solidariedade e proteção à dignidade que então se iniciava atingisse também os tradicionalmente isolados campos, então verdadeiros feudos, do direito privado.” (MORAES, 2014, s.p.). Vê-se, assim, que o Direito Civil Constitucional busca, assim, a democratização e proteção da dignidade também na esfera privada.

unidade que, durante a aplicação das normas aos casos concretos deve-se fazê-lo “[...] à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo incidir diretamente nas relações privadas.” (TEPEDINO, 2009, p. 12).

Um dos aspectos mais relevantes do direito civil-constitucional é

[...] a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, tais como o livre desenvolvimento da personalidade, a igualdade substancial e o direito à diferença, a tutela da privacidade e da integridade psicofísica e a solidariedade familiar e social, todos reunidos e ponderados no âmbito do princípio maior de proteção à dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2014, s.p.).

Tão importante é a personalidade e os direitos que dela emanam que tem-se como importante marco da metodologia acima discutida o livre desenvolvimento da personalidade, possibilitando à pessoa o exercício de sua autonomia na direção de sua própria vida.

Ressalte-se que os direitos de personalidade, ainda que tipificados em legislação, não são considerados taxativos, ou seja, apenas os enumerados pelo Direito. Eles extrapolam a tipificação e são conectados aos atributos da pessoa e a forma como esses atributos são projetados no mundo real. Assim, limitá-los seria também uma forma de limitar as potencialidades do indivíduo.

Na IV Jornada de Direito Civil, houve a aprovação do Enunciado número 274 do Conselho de Justiça Federal, que dispõe que os direitos de personalidade são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, qual seja, a dignidade da pessoa humana – art. 1.º, III, da Constituição, não constituindo portanto, um rol taxativo de proteção, mas sim, exemplificativo.

Percebe-se, pelo exposto, que os direitos da personalidade derivam do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, devendo ser uma forma de proteção de indivíduo, contra ações que possam ferir seu ideal de desenvolvimento da personalidade e, assim, lhe causar danos.

2.2 Direitos da personalidade – conceituação, características e dano

Conforme a conceituação trazida por Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 18), a personalidade, em uma perspectiva objetiva, “[...] é um conjunto de aspectos referentes à pessoa considerada em si mesma, ou seja, é o próprio conteúdo da personalidade como qualificação.”.

Em uma definição clássica, a personalidade é a tida como “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres.” (PEREIRA, 2017, p. 179). Tal aptidão é reconhecida pela ordem jurídica a todos os seres humanos, desde o nascimento com vida, resguardados os direitos do nascituro.

No mesmo sentido, conceitua Pontes de Miranda (2000, p. 209): “Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, obrigações, ações e exceções.”.

A personalidade concede ao indivíduo uma proteção que é fundamental para a convivência em sociedade.

Essa proteção assume a forma de direitos da personalidade, que decorrem unicamente da condição humana e visam proteger os atributos da personalidade.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 18) conceituam os direitos da personalidade como “[...] aqueles que têm por objetivo os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna.”.

Destarte, os direitos de personalidade possuem algumas características: são absolutos: oponíveis *erga omnes*; são gerais, ou seja, outorgados a todas as pessoas, pelo simples fato de sua existência; são extrapatrimoniais, não possuindo conteúdo patrimonial direto, embora a violação a tais direitos possa ser passível de valoração econômica; são indisponíveis, já que em regra, não mudam de titular nem por vontade do indivíduo; são irrenunciáveis, ou seja, o titular não pode abdicar de um direito de personalidade; são intransmissíveis não sendo possível a cessão de um direito de personalidade para outro sujeito, embora esta característica comporte exceções, como no caso da cessão de direito de imagem e do direito autoral; são imprescritíveis, ou seja, seu exercício

não está condicionado ao decurso do tempo, embora a pretensão da reparação esteja condicionada a prazo prescricional; são impenhoráveis, uma vez que são indisponíveis, não podendo ser também objeto de penhora, embora os valores provenientes de exploração econômica de alguns direitos, como o de imagem, possam ser penhorados; são vitalícios: em regra, acompanham seu titular desde o nascimento até sua morte; são insuscetíveis de execução forçada não dependendo seu exercício de pronunciamento judicial; são limitáveis podendo sofrer limitação, mas esta não pode ser permanente, nem genérica (todos os direitos), nem violar a dignidade de seu titular. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2016).

Para fins didáticos, constituem objeto de proteção dos direitos de personalidade: a vida e a integridade física (corpo vivo, corpo morto, voz); a integridade psíquica e as criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade e segredo) e a integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal). (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2016)

A tutela jurídica dos direitos de personalidade se divide em preventiva (fazer cessar a ameaça ou lesão), e/ou reparatória (habilita o titular a pleitear perdas e danos).

A tutela preventiva trata-se de tutela inibitória, que visa a remoção do ilícito, sendo dados amplos poderes ao juiz. Desta maneira, “Consideraremos como tutela inibitória todos os instrumentos que permitam impedir que a lesão a direito da personalidade se concretiza, se repitam ou tenham continuidade” (NAVES; SÁ, 2017, p. 47). Já a tutela reparatória trata-se de tutela compensatória, notadamente, na indenização por dano moral. “Um dos efeitos da tutela repressiva, juntamente com a remoção do ilícito, é a reparação dos danos causados. Trata-se de responsabilizar civilmente aquele que violou a situação subjetiva de personalidade, causando prejuízo físico e moral ao titular.” (NAVES; SÁ, 2017, p. 49).

Nesta conjuntura, necessário conceituar o dano que, para Cavaliere Filho, seria a “[...] **lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado**, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.” (CAVALIERE FILHO, 2015, p. 103, grifos do autor).

Assim, qualquer lesão a bem jurídico seria um dano. Quando este afeta diretamente os direitos de personalidade de determinado sujeito, teríamos o dano moral.

Conforme preceitua o artigo 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Neste sentido, necessário se faz a conceituação de ato ilícito. Para Cavaliéri Filho:

Em *sentido estrito*, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade – ou se preferirmos, da obrigação de indenizar. [...]

Em *sentido amplo*, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. Tal como o ato ilícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta voluntária, só que contrária à ordem jurídica. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 25, grifos do autor).

Ato ilícito, assim, constitui a conduta humana *contra legem*.

A morte abrupta, em razão de evento provocado, constitui ato ilícito, e portanto indenizável, vindo a provocar a reparação do dano moral. Para Maria Celina Bodin de Moraes o dano moral consistiria na “lesão à dignidade humana – em seus principais substratos, isto é, a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade.” (MORAES, 2009, p. 165). Naves e Sá (2017, p.51), por sua vez, conceituam o dano moral como “a lesão a direitos da personalidade e a direitos de família puros, ainda que destes possam não advir dor, sofrimento ou angústia.”.

Destarte, importante ressaltar que não é qualquer evento vivenciado que seria considerado dano moral, mas sim, uma verdadeira violação aos direitos de personalidade. Meros aborrecimentos e dissabores fazem parte da vida e da vivência na sociedade. Não se poderia imputar à essas causas o *status* de dano, sob pena de banalização do dano moral. Também, a dor ou o aborrecimento podem nem estar presentes para a configuração do dano moral.

Se conceituarmos dano moral a partir dessa vertente psicológica ficamos à mercê da permeabilidade subjetiva da pessoa ao sentimento negativo. Pessoas sensíveis poderiam facilmente sentir-se lesadas em razão da frequência com que surgem sensações ruins. Por outro lado, nessa linha de raciocínio, pessoas em coma não sofreriam dano moral à honra, pois nelas não se despertaria o sofrimento ou a humilhação da ofensa. (NAVES; SÁ, 2017, p. 51).

Assim, nos dizeres de Cahali, o dano moral seria:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; (...) na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.” (CAHALI, 2005, p. 22-23.)

Entende-se por dano moral lesão que atinge o psíquico da vítima, lesão que atinge bens e valores pessoais que são protegidos pelo ordenamento jurídico como os direitos de personalidade (a imagem, o bom nome, a intimidade, privacidade, liberdade, saúde, integridade psicológica).

Já Adriano Stanley Rocha Souza, Andréa Moraes Borges e Andréa Gouthier Caldas preceituam que:

O dano moral é, dentre todos, talvez o que traga ao homem maior dor. Seja por maculada a sua honra, abalado o seu crédito, seja pela imagem veiculada em situações vexatórias, seja pela decorrência de deformidade física capaz de colocá-lo em desconforto junto à sociedade. Todas essas hipóteses geram ao homem toda a sorte de sentimentos que mais o atemorizam. E, não raro, o dano moral se prolonga até a esfera material, causando à vítima demais prejuízos. (SOUZA; BORGES; CALDAS, 2013, p. 1)

Sendo assim, o dano moral não pode ser mensurado por simples cálculo matemático obtido na subtração do que se tinha antes do dano e o que se tem após o dano, vez que não se pode mensurar matematicamente a dor, o sofrimento e o desconforto sentido pela vítima.

A indenização devida pelo agente é uma compensação pela ofensa ao bem jurídico protegido. Como é impossível retornar ao *status quo ante*, a reparação seria impossível, cabendo, apenas a compensação pelo dano sofrido.

Na medida em que não se tem um cálculo exato da dimensão do dano moral e, como a indenização mede-se pelo dano, sua compensação, deve obedecer ao princípio da equidade onde a reparação não deve ser tão grave a ponto de fazer com que o ofensor pague além do razoável e concretizando enriquecimento sem causa do ofendido; e nem tão branda a ponto do ofendido não se sentir ressarcido com a compensação pecuniária.

Mas, uma vez que o dano moral seria perpetrado contra a personalidade de determinada pessoa, surge uma questão: este dano contra certa pessoa, seria capaz de atingir outras personalidades que não a do diretamente atingido? É o que será visto a seguir.

3. DANO REFLEXO PELA MORTE - CONCEITO E LEGITIMAÇÃO

Conforme o Código Civil, os direitos de personalidade iniciam com o nascimento com vida e terminam com a morte. Neste contexto, quem sofreria então o dano da morte: o falecido ou seus parentes?

Os direitos da personalidade continuam a ser tutelados mesmo após a morte. Obviamente, não há que se falar em dano a personalidade do morto, pois este morreu e não possui mais personalidade. Naves e Sá lecionam que “Não se trata mais de um direito da personalidade, propriamente, já que a morte pôs fim à personalidade e com ela ao direito da personalidade.” (NAVES; SÁ, 2017, p. 54). E continuam os autores, mencionando: “Há, no entanto, uma repercussão importante socialmente e resguardada pelo ordenamento, que consiste numa esfera de dever de abstenção e, se infringida, merece proteção”. (NAVES; SÁ, 2017, p. 54).

Saliente-se ainda que se trata aqui de destacar a morte violenta, abrupt-

ta, que foge às causas naturais. Considerando esta situação, seria possível dizer que a morte repentina e provocada por outrem é capaz de causar dano a parentes e amigos do morto?

A resposta é sim, através do dano reflexo.

3.1. Conceito de dano reflexo

Nos chamados danos reflexos, também conhecidos por “danos por ricochete”, tem-se a ofensa direta a um bem jurídico e ofensa indireta a bem jurídico de terceiro.

Assim, conforme destaca Cavalieri Filho:

Os efeitos do ato ilícito podem repercutir não apenas diretamente sobre a vítima, mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica que é afetada pelo dano não na sua substância, mas na sua consistência prática. [...] somente o dano reflexo certo e que tenha sido consequência direta e imediata da conduta ilícita pode ser objeto de reparação, ficando afastado aquele que se coloca como consequência remota, como mera perda de uma chance. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 148).

Assim, ter-se-ia no dano reflexo, no mínimo, três partes: “a) o agente causador de dano; b) a vítima atingida diretamente na prática do ato ilícito; c) terceira pessoa, que se viu prejudicada, diante de algum tipo de incapacidade sofrida pela vítima.” (NADER, 2015, p. 84).

Exemplifica-se: A causou um dano a B. C se viu prejudicado em virtude do dano causado por A, que não atingiu diretamente a C. C sofreu um dano reflexo. É como se o dano sofrido por B refletisse em C, ou, ainda, o dano sofrido por B ricocheteou e atingiu C.

De acordo com Cahali, o dano reflexo à morte é plenamente justificado, uma vez que:

Seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação

dolorosa de fácil e objetiva percepção. Por ser de senso comum, a verdade desta assertiva dispensa demonstração: a morte antecipada em razão do ato ilícito de um ser humano de nossas relações afetiva, mesmo nascituro, causa-nos um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irresignação. São sentimentos justos e perfeitamente identificáveis da mesma forma que certos danos simplesmente patrimoniais, e que se revelam com maior ou menor intensidade, mas que existem. No estágio atual de nosso direito, com a consagração definitiva, até constitucional, do princípio da reparabilidade do dano moral, não mais se questiona que esses sentimentos feridos pela dor moral comportam ser indenizados; não se trata de ressarcir o prejuízo material representado pela perda de um familiar economicamente proveitoso, mas de reparar a dor com bens de natureza distinta, de caráter compensatório e que, de alguma forma, servem como lenitivo” (CAHALI, 2005, p. 111).

Conforme Silvio de Salvo Venosa, apenas os danos reflexos provenientes da morte seriam indenizáveis: “[...] Em princípio, os danos causados reflexamente não devem ser indenizados. A única exceção aberta pela lei é a indenização decorrente de morte, admitindo-se que seja pleiteada por aqueles que viviam sob sua dependência econômica (art. 948, II; antigo, art. 1.537, II). [...]”. (VENOSA, 2003, p. 31.). É nesse mesmo sentido o posicionamento de Paulo Nader (2015, p. 84), que menciona que “A jurisprudência é pacífica ao reconhecer a possibilidade, quando a vítima era responsável pelo sustento de outrem.”. Contudo, o autor faz uma acautela: “O que é suscetível de discussão, em juízo, é a existência ou não do dano reflexo no caso concreto, isto é, se o dano diretamente causado à vítima caracteriza, também, um dano na hipótese *sub judice*.” (NADER, 2015, p. 84, grifos do autor).

Mattos, citado por Queiroz Neto, esclarece ainda que:

Tratam-se os danos morais reflexos de espécie diferenciada, vez que enquanto os danos morais são, em regra, ofensas diretas à integridade física ou psíquica da pessoa humana, hipóteses há de se atingir, por via reflexa, indiretamente, terceira pessoa, impingindo-lhe danos morais, por ver sua inte-

gridade moral notoriamente abalada diante da ofensa à bem jurídico de que guarda relação, consubstanciando-se, no que a doutrina francesa chama de par ricochete, ou seja, danos à ricochete, danos indiretos, reflexos, onde há dois bens jurídicos ofendidos, sendo o dano diretamente ocorrido da lesão de um, que gera o outro [...], gerando a obrigação de reparar todos os danos causados a título próprio, como, na literatura pátria, lembra-nos sobre os danos reflexos o tratadista Caio Mário da Silva Pereira.

[...] deve-se considerar, que apesar de dano reflexo, tal hipótese é de legitimidade por dano que lhe é causado diretamente, por ofensa a sua paz mental, tratando-se, portanto, de ‘prejuízo direito’ à sua saúde mental, como se pode verificar claramente, por exemplo, no caso de dano moral causado a uma mãe por ver ser o filho atropelado, sofrendo uma depressão nervosa” (MATTOS apud QUEIROZ NETO, 2009, p. 147/157).

Assim, alguém que não tenha sofrido diretamente uma lesão a sua personalidade, pode, no entanto, alegar que o fato danoso nele se reflete. Destaque-se ainda que o direito de ação do indiretamente lesado é distinto do diretamente lesionado.

3.2. Legitimação

Há quem entenda que a reparação do dano não está submetida a nenhuma regra sucessória ou previdenciária. É sabido também que muitas vezes laços de amizade superam laços de parentesco, vez que o sentimento não está ligado ao sangue, mas a uma série de fatores emocionais. Então surge o problema: quais seriam os legitimados para pleitear a indenização pelos danos sofrido por ricochete? Entende-se que na falta de dispositivo legal específico, pela utilização do rol do Código Civil, artigo 948, II⁴; artigo 12⁵, parágrafo único e

⁴ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. (BRASIL, 2002).

⁵ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2002).

artigo 20, parágrafo único⁶.

Por este entendimento, haveria a presunção do dano efetivamente sofrido com a morte de parente, causada por ato ilícito, sendo desnecessária a prova efetiva do dano moral sofrido. Tal entendimento é, no entanto, relativizado em determinados casos, como por exemplo, nos casos em que os cônjuges estão separados de fato, quando da morte abrupta de um deles. Os demais que se sentirem lesados pela morte de determinada pessoa, causada por ato ilícito, deverão provar o dano efetivamente sofrido em virtude da morte.

Nesse sentido, o dano reflexo decorre do prejuízo que emana diretamente do dano. Ademais, “os atingidos por ricochete agem por conta própria e não em nome da vítima para o ressarcimento dos prejuízos pessoais que sofreram. As suas ações são inteiramente diversas das ações atribuídas à vítima inicial ou a seus herdeiros.” (MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, 1961).

E o Superior Tribunal de Justiça corrobora com este entendimento, conforme se pode extrair da leitura do julgado abaixo, referente ao Recurso Especial nº 530.602/MA:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II, DO CPC NÃO CARACTERIZADA.. AÇÃO REPARATÓRIA. DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO VIÚVO. PREJUDICADO INDIRETO. DANO POR VIA REFLEXA.

I - [...].

II - Em se tratando de ação reparatória, não só a vítima de um fato danoso que sofreu a sua ação direta pode experimentar prejuízo moral. Também aqueles que, de forma reflexa, sentem os efeitos do dano padecido pela vítima imediata, amargando prejuízos, na condição de prejudicados indiretos. Nesse sentido, reconhece-se a legitimidade ativa do viúvo para propor ação por danos morais, em virtude de ter a empresa

⁶ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. (BRASIL, 2002).

ré negado cobertura ao tratamento médico-hospitalar de sua esposa, que veio a falecer, hipótese em que postula o autor, em nome próprio, ressarcimento pela repercussão do fato na sua esfera pessoal, pelo sofrimento, dor, angústia que individualmente experimentou. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2003).

Sobre o tema, é importante destacar o ensinamento de Caio Mario Pereira “[...] todas essas situações podem ser enfeixadas numa fórmula global ou num princípio genérico: têm legitimidade ativa para a ação indenizatória as pessoas prejudicadas pelo ato danoso.” (PEREIRA, 2003, p. 241).

Ademais, no caso do dano da morte, não se pode pleitear em nome próprio, direito alheio. Na verdade, pleiteia-se a lesão sofrida pessoalmente, em virtude da morte abrupta de um ente querido, causada por ato de terceiro. Conforme leciona Theodoro Júnior “[...] a legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão [...]”. (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 51).

Desta feita, o dano reflexo é pleiteado para compensar o prejuízo que a própria pessoa teve em virtude do ato danoso cometido contra outrem.

4 REPARAÇÃO CIVIL OU VINGANÇA? NATUREZA DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS REFLEXOS À MORTE - COMPENSAÇÃO VERSUS PUNIÇÃO

A reparação civil do dano moral reflexo a morte tem sido cada vez mais discutida, principalmente nos Tribunais. Todos os dias, milhares de pessoas ingressam junto ao judiciário com ações pleiteando indenizações, com o argumento de que tiveram seu direito de personalidade lesado indiretamente por conta da morte repentina de um ente querido, causada por um acidente de trânsito, a queda de um avião, dentre outros incidentes.

O Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo o direito às pessoas que pleiteam essas ações. Veja-se decisão recente:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PURO.

DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. MATÉRIA JORNALÍSTICA DE CUNHO OFENSIVO À VÍTIMA DIRETA. DANO MORAL REFLEXO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Conquanto a legitimidade para pleitear a reparação por danos morais seja, em princípio, do próprio ofendido, titular do bem jurídico tutelado diretamente atingido (CC/2002, art. 12; CC/1916, arts. 75 e 76), tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido, em certas situações, como cogitadas também aquelas pessoas que, sendo muito próximas afetivamente ao ofendido, se sintam atingidas pelo evento danoso, reconhecendo-se, em tais casos, o chamado dano moral reflexo ou em ricochete. 2. O dano moral indireto ou reflexo é aquele que, tendo-se originado de um ato lesivo ao direito personalíssimo de determinada pessoa (dano direto), não se esgota na ofensa à própria vítima direta, atingindo, de forma mediata, direito personalíssimo de terceiro, em razão de seu vínculo afetivo estreito com aquele diretamente atingido. 3. Mesmo em se tratando de dano moral puro, sem nenhum reflexo de natureza patrimonial, é possível reconhecer que, no núcleo familiar formado por pai, mãe e filhos, o sentimento de unidade que permeia tais relações faz presumir que a agressão moral perpetrada diretamente contra um deles repercutirá intimamente nos demais, atingindo-os em sua própria esfera íntima ao provocar-lhes dor e angústia decorrentes da exposição negativa, humilhante e vexatória imposta, direta ou indiretamente, a todos. 4. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2017).

O assunto em voga merece discussões mais aprofundadas, vez que embora praticamente pacificado junto aos Tribunais que o dano moral reflexo a morte é passível de reparação na esfera civil, há que se analisar se o que está sendo pleiteado por meio do Direito Civil é a compensação do dano da morte, ou uma punição do agente causador do dano, travestida de compensação.

Da análise dos fundamentos atuais da concessão de indenizações na esfera cível, nítido é o caráter punitivo da referida indenização, conforme se percebe através da expressão “caráter punitivo - pedagógico da indenização por danos morais”, amplamente difundido nos acórdãos dos Tribunais Esta-

duais, Federais e Superiores no país. E muitos doutrinadores desfrutam do mesmo entendimento, como é o caso de Pereira, que preceitua que no caso da indenização por danos morais, dois são os aspectos a serem observados:

- a) De um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...];
- b) De outro lado proporcionar a vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é *pretium doloris*, porém uma ensanchar de reparação da afronta. (PEREIRA, 2003, p. 242).

Ora, a indenização por danos morais, e no caso do presente artigo, pelos danos morais reflexos a morte, não se presta a punir. Como as demais, serve apenas para compensar o dano, principalmente no caso do dano da morte, irreversível por natureza. Como não é possível a restituição do *status quo ante*, não resta outra alternativa, senão a fixação de indenização com o objetivo de compensar o incomensável.

Migliore, assevera sobre a questão da reparação do dano da morte que:

[...] se a responsabilidade civil busca reparar, isto é, corrigir, restabelecer [...], é preciso lembrar que tal indenização é de todo impossível, uma vez que esse é o fato por natureza irreversível, pelo menos aos olhos céticos e racionais da lei, que não conhece crenças ou rituais sobrenaturais do além-túmulo. Em outras palavras, trata-se de dano evidentemente irreparável por natureza, afinal, conquanto desejássemos muito ter domínio sobre o desconhecido elixir da vida, não se tem como, uma vez consumado o dano da morte, retornar ao *status quo ante*, pelo que sua reparação será sempre compensatória, pecuniária, como forma alternativa de indenizar uma perda que não pode, verdadeiramente ser avaliada. (MIGLIORE, 2009, p. 19).

Assim, acredita-se que o fundamento para a reparação deve ser o direito de personalidade violado por via reflexa e, em virtude do caráter que assume os danos morais, de natureza extrapatrimonial, não existiria outra

forma de se retornar ao *status quo ante* senão mediante reparação pecuniária. Entretanto, há que se frisar que tal indenização não se presta a punir, mas tão somente a compensar o dano, como já tratado anteriormente. Mas, nem sempre esta interpretação prevalece nos tribunais, que frequentemente elevam as indenizações com o nítido intuito de bscar uma punição.

Para uma melhor compreensão do caráter punitivo que vem sendo utilizado no Direito Civil Brasileiro como argumento para elevar as indenizações por danos morais, importante destacar o conceito de danos punitivos, conforme lição de Adriano Stanley Rocha Souza: “*Punitive damages*, ou danos punitivos, são as punições que o direito anglo-saxão impõe ao causador de um dano. Não precisa ser este dano, necessariamente moral. O seu fundamento não é outro senão, como diz o próprio nome, servir de punição ao ofensor.” (SOUZA, 2017, p. 5).

Continuando seus ensinamentos, Souza menciona que o instituto dos *punitive damages* foi importado do Direito norte-americano, onde é comum ocorrer os danos punitivos, com uma sentença de caráter dúplice – civil e penal:

Os *punitive damages* ocorrem no Direito norte-americano. Um sistema jurídico bem diferente do nosso. [...] O sistema jurídico norte-americano admite algo absolutamente impensável para o nosso sistema: conjugar em uma mesma sentença, uma condenação de caráter civil (reparação) e uma condenação de caráter penal (punição). (SOUZA, 2017, p. 6).

Seguindo o mesmo raciocínio, Maria Celina Bodin de Moraes explica que:

[...] há danos que são passíveis de indenização em determinados países e não o são em outros, embora se trate de sistemas jurídicos da mesma família e muito semelhantes entre si. É o que ocorre, por exemplo, com o chamado “dano da morte” ou “dano à perda da vida”, em relação ao qual não há, entre nós, qualquer compensação [...]. (MORAES, 2009, p. 21).

E continua:

Uma dessas funções é de ser reconhecida aos distintivos “punitivo”, “exemplar” ou “punitivo-pedagógico”, que, como é notório, têm pairado na motivação das sentenças e dos acórdãos referentes à indenização por dano moral. É de se ressaltar que estas funções decorrem, unicamente, da construção jurisprudencial acerca da matéria, sem embasamento normativo específico.

[...]

Além disso, em sistemas como o nosso, reconhecer a existência de um caráter punitivo representaria uma importante exceção ao princípio da equivalência entre dano e reparação.

[...]

A função punitiva na reparação do dano moral, todavia, insere-se numa problemática mais específica e tortuosa: a da avaliação e liquidação do dano moral.

[...]

Não se considera, comumente, que seja atribuível ao Direito Civil uma função punitiva, pertinente apenas ao Direito Penal. (MORAES, 2009, p. 25, 29, 36).

Ante o exposto, pode-se observar que o debate acerca da natureza da indenização por danos morais reflexos à morte está em aberto, e muito ainda precisa ser construído pelos operadores do direito para esclarecer institutos que vêm sendo utilizados de maneira equivocada, sem qualquer embasamento teórico no Direito Civil Brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do debate do tema exposto neste artigo, torna-se nítida a necessidade da construção de bases teóricas para a fundamentação e explicação de institutos que vêm sendo interpretados pela jurisprudência e por alguns doutrinadores de maneira equivocada.

Quando ocorre a morte, não há como se restituir o *status quo ante*. Nesta situação, a indenização pelos danos morais reflexos causados serviria apenas para compensar a dor, atenuar o sofrimento. Tal indenização não poderia ser utilizada como uma pena, uma punição ao agente causador do dano.

Isto acaba deturpando a natureza jurídica do instituto. No ordenamento pátrio vigente, há uma separação entre o Direito Penal, que tem caráter punitivo, e o Direito Civil, que trata, por exemplo, das relações existenciais, direitos patrimoniais, posse e propriedade. Muito embora o ativismo judicial esteja em evidência atualmente, não se pode perder de vista o papel do positivismo, que traz segurança jurídica para a sociedade. Entretanto, o que se vê atualmente são pessoas, que ingressam com ações de cunho civil buscando indenização, pleiteando na verdade, uma punição de ordem financeira, ao agente causador do dano morte, que atingiu diretamente um ente querido seu, e acabou por atingi-lo indiretamente, ou seja, por ricochete.

Neste contexto, a justificativa para o pagamento de indenizações por dano moral, assume uma fundamentação dissociada do Direito Pátrio, através da importação de institutos do Direito Americano, notadamente, os *punitive damages*.

Assim, os Tribunais construíram, por meio de suas próprias decisões, justificativas para embasar as indenizações concedidas, e a doutrina, se cala acerca do tema. Alguns doutrinadores, surpreendentemente, concordam com as justificativas jurisprudenciais, fortalecendo assim a popularmente chamada “Indústria do Dano Moral”.

Se ao Direito Penal foi dada a função punitiva, o Direito Civil deve apenas se preocupar com questões não-penais. Entretanto, o que se observa, é que muitas ações por dano moral reflexo à morte, assumem o caráter de verdadeiras vinganças, com nítida pretensão punitiva, sem embasamento legal pátrio para tanto.

Destarte, a importação equivocada de institutos do Direito Americano, sendo incorporados sem qualquer cuidado ao Direito Pátrio, e a aceitação por parte da doutrina, que se cala e muitas vezes concorda com as justificativas apresentadas para embasar as condenações no âmbito civil pelos Tribunais, notadamente no que se refere ao dano moral, trazem muita instabilidade à sociedade.

O que se pretende na academia, é a construção de teorias que serão aplicadas na prática. Entretanto, o que se vê atualmente, é uma inversão total, em que a prática, muitas vezes equivocada, substitui a teoria, criando “anoma-

lias jurídicas”, jogando por terra, doutrina e legislação.

Este artigo visa defender a indenização por danos morais reflexos a morte como meramente compensatória, sem qualquer caráter punitivo, em que pese a interpretação contrária aplicada principalmente pela jurisprudência. Ora, não se pode perder de vista a essência da indenização, visto que em sentido inverso, poderia haver verdadeiro *bis in idem*, com punição dupla, na esfera cível e penal.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969). **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 530.602/MA. Relator: Ministro Castro Filho. **Diário da Justiça**, Brasília, 17 nov. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1119632/RJ. Relator: Ministro Raul Araújo – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 se. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. [e-book]

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: volume 1: parte geral. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil: delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1961- nv.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa, O dano da morte como dano reflexo - E sua reparação civil. **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. São Paulo: Magister, 2009. v. 2.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). **Direito civil constitucional: e outros estudos em homenagem ao prof. Zeno Veloso : uma visão luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2014. Estudos de Direito Constitucional e afins, Capítulo 5. [*e-book*].

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.7. [*e-book*].

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: volume 3: contratos**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [*e-book*].

QUEIROZ NETO, Gabriel José. Considerações sobre os danos morais reflexos. **Revista da Justiça Federal** - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n° 25, p. 147/157, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gauthier. **Dano moral e punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Danos morais ou *expert money*?. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha (coord.). **Reflexões acadêmicas: o dano moral como enriquecimento sem causa ou tutela de direitos de personalidade**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e de Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Ensaio, Capítulo 1, p. 3-19.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: volume 4 : responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO ORIENTADOR NOS CASOS DE BULLYING

THE FRATERNITY AS GUIDING PRINCIPLE IN THE CASES OF BULLYING

Ricardo Bispo Razaboni Junior¹

Lafayette Pozzoli²

Data de Recebimento: 12/04/2018

Data de Aprovação: 03/08/2018

RESUMO

O presente trabalho, de cunho dedutivo, objetiva analisar o princípio da fraternidade como possível pilar para o combate aos casos de *bullying*. Para isso, abordam-se, inicialmente, os principais aspectos acerca do fenômeno *bullying*, com a finalidade de introduzir o leitor ao assunto. Posteriormente, analisam-se os Direitos Humanos, lugar onde a fraternidade foi reconhecida como princípio norteador. Por fim, estuda-se o princípio da fraternidade e a

¹ Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis FEMA. Membro do Grupo de Pesquisa DiFuSo - Direitos Fundamentais Sociais, sob a liderança do Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPq. Realiza Estágio-Docência na graduação do curso de Direito do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP. Professor da Nova concursos e Federal Concursos e pós-graduação em São Paulo. Professor da Autoridade Concursos em Assis-SP. Advogado. razabonijr@gmail.com

² Advogado. Professor, Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão e Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Professor e foi Chefe de Gabinete na PUC-SP. Possui graduação, Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Pós-Doutorado pela Universidade La Sapienza, Roma. Líder do Grupo de Pesquisa: GEP Grupo de Estudos e Pesquisas - Direito e Fraternidade - Univem. Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Avaliador para cursos de direito INEP/MEC. Foi membro da Comissão de Ensino Jurídico, do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Foi sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo. Temas de pesquisa: dignidade da pessoa humana, ética, direito e fraternidade, direito como função promocional da pessoa humana. lafayette@lafayette.pro.br

função promocional da pessoa humana, assuntos intrinsecamente ligados. Assim, concluí-se que o *bullying* pode ser combatido em sua origem, desde que utilizado de forma correta os ensinamentos do princípio da fraternidade.

PALAVRAS-CHAVE

Bullying. Cyberbullying. Intimidação Sistemática. Fraternidade. Função promocional da pessoa humana.

ABSTRACT

The present work, of a deductive nature, aims to analyze the principle of fraternity as a possible pillar for the fight against bullying cases. For this, the main aspects about the bullying phenomenon are initially addressed, in order to introduce the reader to the subject. Subsequently, Human Rights are analyzed, where the fraternity was recognized as guiding principle. Finally, we study the principle of fraternity and the promotional function of the human person, subjects intrinsically linked. Thus, it was concluded that bullying can be tackled in its origin, provided that it correctly uses the teachings of the principle of fraternity.

KEYWORD

Bullying. Cyberbullying. Systematic Intimidation. Fraternity. Promotional function of the human person.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o princípio da Fraternidade como fundamento pilar para resolução do problema social hodierno cognominado *bullying*.

Deste modo, propõe-se uma sistemática dupla, separando o trabalho em duas partes, quais são: análise do fenômeno *bullying* e o princípio da Fraternidade. Tal divisão se justifica para facilitar a compreensão do leitor.

Assim, observar-se-á em primeiro plano o que é o *bullying*, as pessoas envolvidas nesse problema social, as formas de manifestação da violência gerada pela intimidação sistemática originada pelo *bullying*, bem como o *cyberbullying*, modalidade atualmente em evidência, visto o crescimento do mundo virtual.

Em plano contínuo, analisar-se-á a teoria dos direitos humanos, com a conseguinte verificação do princípio da Fraternidade, que compõe núcleo essencial da terceira dimensão dos direitos fundamentais, bem como a função promocional da pessoa humana, assunto intrinsecamente ligado ao sentimento fraterno.

Por fim, justifica-se que não há o intuito de esgotar o tema, mas sim propor a evolução de um princípio que pode auxiliar no combate da violência, como *in verbis*, o *bullying*.

1. O QUE É O BULLYING?

Há um tempo não muito distante, o *bullying*, problema social que se observa hoje no sistema educacional mundial, era visto pelos adultos, como pais, responsáveis, professores e diretores de estabelecimentos de ensino, como brincadeiras pueris, que pertenciam e eram naturais à idade infantil ou adolescente. Não obstante a construção desse pensamento havia quem defendia tal comportamento como sendo uma iniciação à vida adulta, comparável até mesmo a um rito de passagem. (ALBINO; TERÊNCIO, 2009, p. 173)

Passado o tempo, há ainda pessoas que enxergam o *bullying* como sendo algo normal da infância e juventude, justificando-se com perguntas como:

Quem nunca sofreu ou praticou gozações na escola? Quem nunca apelidou ou recebeu apelidos? Porém, ao contrário do exposto, tem-se que esse é um grave problema social, como se verifica em diversas pesquisas sobre a temática originadas após a década de 1970, cujo precursor fora o Professor Dan Olweus, da Universidade de Bergen, na Noruega. (ALBINO; TERÊNCIO, 2009, p. 173)

Partindo da premissa etimológica, a fim de construir uma identificação completa sobre o seu conceito, tem-se que a palavra *bullying* encontra origem na língua inglesa, sendo um termo derivado da palavra *bully*, o qual, por sua vez, não obtém significado exato. É possível aferir dois principais significados para o termo *bully*, quais são: a) quanto substantivo: alguém que usa sua força ou poder para amedrontar ou machucar quem é mais fraco e b) enquanto verbo: pressionar alguém para obter o que se quer. (ORSINI; SILVA, 2015, p. 287)

Na língua portuguesa, a palavra *bully* pode ser representada pelos substantivos “valentão”, “tirano”, “brigão”, “fanfarrão” e “mandão”, não obstante, pode ser representada também por meio dos verbos “ameaçar”, “provo-car”, “oprimir”, “intimidar”, “maltratar” e “assustar”. Assim, conclui-se que a palavra *bullying* reflete o significado de “ameaça”, “intimidação”, “assédio”, “provocação”, dentre outros.

Pois bem, em plano conceitual, verifica-se que o *bullying* pode ser considerado como uma oposição, negação a amizade, cuidado e respeito. Neste sentido, o agressor, sujeito ativo desse fenômeno, de modo impiedoso, expõe o agredido, sujeito passivo, às piores humilhações, desde apelidos perversos, até coações morais e físicas. Diante da sistemática agressão, o agredido se torna um mero objeto, o qual dificilmente encontrará coragem para se defender, permitindo a contínua agressão sem qualquer providência. (CHALITA, 2008, p. 14)

De modo não diferente, tem-se ainda a ideia de que o *Bullying*, em âmbito escolar, significa a ação dos estudantes que se colocam em posição aparentemente superior aos demais estudantes, fato que corrobora na possibilidade de agressão, de forma reiterada, por vias físicas, verbais e psicológicas.

Deve-se, neste ponto, ressaltar que o *bullying* é uma violência, porém nem toda violência no ambiente escolar se caracteriza como *bullying*. Para a incidência do *bullying* (no ambiente escolar) deve haver comportamentos agres-

sivos repetitivos com crianças ou adolescentes em situação de desigual poder, onde as vítimas encontram dificuldades para defesa.

Há três vetores para melhor identificação do *bullying*, quais são: a) frequência: a agressão ou violência deve ocorrer de forma sistemática, ou seja, repetitiva; b) intensidade: a violência deve originar sofrimento físico, psíquico ou moral; c) intencionalidade: a agressão deve ser intencional. (OLIVEIRA; CAMBI, 2015, p. 120)

Diversos são os fatos que podem levar alguém a praticar esse fenômeno, como: i) falta de limites nos processos educacionais no contexto familiar; ii) carência de um modelo de educação capaz de associar a autorrealização com atitudes socialmente produtivas e solidárias, o que leva os agressores a procurar se afirmar por meio de ações egoístas e maldosas; iii) vivência de situações momentâneas como separação traumática dos pais, ausência de recursos financeiros, doenças na família etc.; iv) falta de empatia (sentimento essencial para o exercício do altruísmo), o que faz com que essas crianças e adolescentes apresentem a transgressão como base estrutural de suas personalidades. (OLIVEIRA; CAMBI, 2015, p. 121)

Assim, tem-se que o *bullying* pode ser considerado como um conjunto de comportamentos antissociais, com crueldade e repleto de agressividade, tanto por meio psíquicos, quanto por meio físicos, realizados de forma intencional, insistentes e repetitivos, sem motivação evidente, por um *bully* (agressor que pode ser estudante ou professor), dentro de um ambiente escolar, contra alguém que se encontra em uma posição inferior (vítimas ou agredidos), as quais se sentem expostas a situações constrangedoras, humilhadas, ameaçadas, ridicularizadas e intimidadas. (DINIZ, 2016, p. 18-19)

Ressalta-se que se deve haver, para a existência do *bullying*, a *intentio* ordenada de molestar alguém ou de colocá-lo em estado de tensão. (DINIZ, 2016, p. 19)

Lembra-se que em 2015, em âmbito nacional, fora promulgada a Lei de Combate à Intimidação Sistemática (Lei n. 13.182/2015), a qual passou a considerar como intimidação sistemática – tradução ofertada pelo legislador à palavra inglesa - todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo,

contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidar ou agredir a vítima, causando dor e angústia, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes.

Concluí-se, portanto, que esse fenômeno é uma das mais cruéis manifestações exteriorizadas no ambiente escolar, a qual o agressor vai gradativamente dizimando a auto-estima do agredido, com diversas ofensas e humilhações públicas, ridicularizando-o perante a escola e demais estudantes.

1.1 Quais são os sujeitos envolvidos no *bullying*?

Conforme se observa em estudos contemporâneos acerca da temática *bullying*, existem três formas de participação nesse fenômeno, sendo por meio do sujeito ativo ou agressor, sujeito passivo ou vítima e espectadores, que podem ser sujeitos ativos, passivos ou neutros na cena factual.

Importante salientar antes do estudo dos atores do *bullying* que é importante observar tal classificação de forma crítica, tendo em vista que há uma tendência a apresentar perfis pessoais de forma estanque e estereotipados. Ressalta-se que a classificação não observa de forma exata e precisa todos os sujeitos de um caso de *bullying*, mas tão somente informa aspectos observados na maioria dos casos estudados, de forma global, não baseada apenas na realidade brasileira.

Pois bem. O agressor, sujeito ativo ou *bullies*, é aquele que ataca as vítimas. Em regra, como observado pela Professora Maria Helena Diniz, o agressor tem algum transtorno mental ou problema psicológico, como ausência de afeto, carinho, atenção, compactuado com educação violenta ou permissiva, que o leva a usar da força física, e escolher sua vítima sem ter sido por ela provocado. (DINIZ, 2016, p. 19)

Observa-se, nesse ponto, a existência de duas formas, predominantes, porém não absolutas, de violência originada por agressores do sexo masculino e feminino.

O agressor do sexo masculino costuma praticar o *bullying* direto, o qual é aquele realizado por meio de agressões físicas e humilhações, como socos, empurrões, chutes, apelidos, insultos e outras atitudes discriminatórias,

na qual se atinge de maneira imediata, física ou verbal, a vítima. (RAZABONI JUNIOR; MARGRAF; LEÃO JÚNIOR, 2018, p. 75).

Neste sentido, os agressores masculinos costumam atacar suas vítimas por meio de: a) agressões verbais, mediante: amplificação de “defeitos” estéticos, insultos, piadas, apelidos pejorativos e demais pilhérias; b) agressões físicas e violência: espancamento, chutes, socos, roubo ou extorsão de bens pessoais; c) agressões psíquicas: com uso de ameaça, chantagens, recados desafortados, humilhações, perseguições, amedrontamentos etc... d) virtualmente: meio pelo qual os agressores deixam de usar agressão verbal visual e escrita, passando a utilizar *sites* de relacionamento e meios para tornar eficaz o *cyberbullying*, principalmente pelo *cyberstalking*, o qual é uma perseguição virtual, ocorrida por redes sociais como *Facebook*. (DINIZ, 2016, p. 19)

A título de especulação, tem-se que o *cyberstalking* ocorre principalmente com a divulgação de fotos com imagens obscenas e vídeos íntimos sem consentimento do parceiro (vítima), caso em que, geralmente, o *cyberbullying* é protegido pelo anonimato, pois age na sombra que a *internet* possibilita, por meio de perfil falso ou com senhas “roubadas”, possibilitando a exposição da vítima de modo danoso a sua imagem na rede mundial de computadores.³

De modo diverso age a agressora do sexo feminino, onde o *bullying*, por costume, far-se-á por via indireta (ou omissão)⁴, ou seja, levando a vítima ao isolamento social, mediante a utilização de boatos, intrigas, difamação, desprezo, fofoca, etc... (DINIZ, 2016, p. 20)

Quanto às vítimas, tem-se que essa é aquela pessoa, aparentemente, passiva, introvertida ou tímida, podendo ser muito alta, muito baixa, insegura

³ “Mas, quando a vítima de *cyberbullying* efetua denúncia e ingressa em juízo para obter reparação do dano, é possível que o advogado obtenha a quebra do número Internet Protocol (IP) do computador de onde saíram as mensagens lesivas, e identifique o agressor. O autor do *cyberbullying*, em regra, para dificultar sua localização, faz uso de computadores de *lan house*. Convm lembrar que a Lei estadual paulista n. 12.228/2006 obriga as *lan houses* e *cybercafés* do Estado de São Paulo, sob pena de multa ou fechamento, em caso de reincidência, a: cadastrarem seus usuários, indicando endereço, horário e computador utilizado; proibirem entrada de menores de 18 anos após a meia-noite e exigirem autorização escrita dos pais para adolescentes entre 12 e 16 anos e acompanhamento de crianças de até 12 anos pelos pais ou responsáveis; e, ainda e) sexualmente, praticando assédios, estupro etc.” (DINIZ, 2016, p. 19)

⁴ (...) “b) *bullying* indireto: o qual se perfaz por meio de intimidações psicológicas, que suscitam o isolamento da vítima, por meio de calúnias, injúrias, difamações, pilhérias e outros meios atemorizantes, ou seja, a propalação de histórias danosas a imagem das vítimas”. (RAZABONI JUNIOR; MARGRAF; LEÃO JÚNIOR, 2018, p. 77)

ra, pouco sociável, frágil fisicamente, gorda, deficiente física ou de gagueira, excessivamente inteligente, feita, bonita, novata na escola, inábil desportivamente etc.

Dentro dessa perspectiva, pode-se dizer que há três subespécies de vítima, ou seja, três “tipos” de vítimas, quais são: a) a vítima típica, que é aquela comum, que sofre ou angustia pela agressão física ou verbal por estar, aparentemente, fora dos “padrões”; b) a vítima provocadora, a qual provoca a agressão que, em um momento posterior, irá lhe afligir. Em outras palavras, tal vítima provoca uma ação negativa do agressor, que posteriormente não poderá suportar; c) vítima agressora, que é aquela que sofreu uma agressão por meio do *bullying* e que, num movimento de cascata, passa a agredir os outros que se encontram em um estado de aparente inferioridade. Assim, conclui-se que a vítima agressora reproduz os ataques sofridos anteriormente em suas vítimas. (RAZABONI JUNIOR; MARGRAF; LEÃO JÚNIOR, 2018, p. 76)

Não obstante às figuras ativas (agressor) e passivas (vítima) do *bullying*, tem-se que para existir um ânimo por parte do agressor, devem-se haver aplausos de uma platéia, pois se isso não existir, não haverá razões para a agressão. Assim, tem-se que as figuras dos espectadores são de grande importância em uma ocorrência de *bullying*.

Tal como a figura da vítima, os espectadores também podem ser subdivididos em três espécies, quais são: a) os espectadores ativos, os quais aplaudem, apóiam a violência ocorrida, porém sem participar da agressão; b) os espectadores passivos, os quais não interferem na agressão pelo medo de se tornar uma vítima; c) os espectadores neutros, que nem apóiam, nem ficam angustiados pela dor da vítima. (RAZABONI JUNIOR; MARGRAF; LEÃO JÚNIOR, 2018, p. 77)

1.2 Quais são as formas de manifestação do *bullying*?

Conforme ensinado pelo legislador contemporâneo, na égide do Programa de Combate à Intimidação Sistemática – cognominação ofertada como tradução da palavra inglesa *bullying* – tal fato, agressão, pode ocorrer de diversas formas.

Vê-se, conforme doutrina, que o *bullying* pode ser dividido em duas modalidades, sendo: a) *bullying* direto: o qual ocorre com agressões físicas e humilhações, como socos, empurrões, chutes, apelidos, insultos e outras atitudes discriminatórias, atingindo de maneira imediata, física ou verbal, a vítima; b) *bullying* indireto: o qual ocorre mediante intimidações psicológicas, que suscitam o isolamento da vítima, por meio de calúnias, injúrias, difamações, pilhérias e outros meios atemorizantes, ou seja, a propalação de histórias danosas a imagem das vítimas. (RAZABONI JUNIOR; MARGRAF; LEÃO JÚNIOR, 2018, p. 3- 4)

No que tange as formas de agressão, a primeira se faz por meio da agressão verbal, a qual pode ser realizada por meio de insultos, xingamentos e apelidos pejorativos, constituindo uma agressão direta à vítima, ou seja, por meio do *bullying* direto.

Em segundo plano sugere-se a existência do *bullying* moral, o qual é originado por meio de difamações, calúnias, disseminação de rumores, dentre outras práticas que suscitam a propagação de histórias imorais contra a vítima, sendo tal fato constituído por meio do *bullying* indireto, já que não há agressão de forma direta, imediata à vítima.

Não obstante, verifica-se o *bullying* sexual, que é originado por meio do assédio sexual contra a vítima, a indução ou o abuso concreto contra a mesma, perfazendo-se por meio direto.

Em outro plano, diferente do *bullying* moral, porém com certa semelhança, há o *bullying* social, que consiste em atos que causam o isolamento e a exclusão da vítima, podendo ser considerado um *bullying* indireto.

Há também o *bullying* psicológico, que é realizado por atitudes de perseguição, amedrontamento, intimação, dominação, manipulação, chantagens e infernizações (DINIZ, 2016, p. 21). Tal fato pode se originar tanto pelo meio indireto, quanto direto.

Por sua vez, o mais clássico meio de origem do *bullying* direto é o físico, que nasce a partir de agressões físicas concretas contra a vítima, com chutes, socos, empurrões, entre outras agressões.

Como penúltima forma de se concretizar a intimidação sistemática, pode-se citar o *bullying* material, que consiste em um meio direto ou indireto de

realização da referida agressão, o qual se perfaz por meio de furtos, roubos, destruições de pertences da vítima e outras formas que agridam materialmente o sujeito passivo.

Por fim, e de grande importância, tem-se o *bullying* virtual ou *cyberbullying*, que pode também ocorrer tanto pela forma direta, quanto pela indireta, consistente em atitudes realizadas por meio da rede mundial de computadores, geralmente por aplicativos como *Facebook, Twitter e Instagram*. Pelo meio virtual o agressor por depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade da vítima, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que originem sofrimento, angústia e dor ou com intuito de criar constrangimento social e psicológico. (DINIZ, 2016, p. 21)

Dada a importância à temática, analisar-se-á a seguir a figura específica do *cyberbullying* ou *bullying* virtual.

1.3 Cyberbullying

Como já alusivo acima, o *cyberbullying* constitui uma das formas em que o *bullying* pode ser praticado, sendo esse pelo meio virtual, com uso de aplicativos e programas os quais proporcionam e atizam a imaginação do agressor para praticar atos de crueldade e constrangimento contra a vítima.

Tal meio de agressão é realizado por meio das tecnologias de informação e comunicação (TIC), sempre com objetivo de excluir socialmente, ameaçar, envergonhar ou insultar alguém. (MANDIRA, 2017, p. 22)

Em sentido similar, há a conceituação de Telma Brito Rocha (2012, p. 14) que define o *cyberbullying* como “uma prática de violência, realizada por um indivíduo que humilha, intimida ou assedia outro indivíduo, ou grupos de indivíduos, por meio das tecnologias digitais”

Não obstante, como forma de complemento, utiliza-se a dogmática de D. Muir (2005, p. 60), que explica: “Bullying and harassment by virtual means fast became a widespread phenomenon among diverse groups of children and young people. Cyber bullying may be conducted by sending phone text messages, images and e-mails, as well as through online discussion groups and personal web pages. Initial observations conclude that bullying by virtual means

intensifies the experience of harm to a targeted child”⁵

Alguns autores entendem o *cyberbullying* como sendo um fenômeno totalmente diferente do *bullying*, alegando que a utilização de aparelhos eletrônicos geraram um novo meio de interação, fortalecendo a comunicação e o relacionamento entre pessoas. Assim, expõe essa corrente que a agressão em ambiente diverso ao que o *bullying* geralmente acontece torna o *cyberbullying* algo único e com grande diferenciação, não sendo assim uma espécie de *bullying*, mas sim um fenômeno novo, com outro tipo de violência, que tem crescimento e aperfeiçoamento que acompanham a tecnologia comunicativa. (LAW ET AL; WALKER ET AL, 2011; ROCHA, 2012 apud GARCEZ, 2014, p. 24)

De modo oposto, vêem-se os defensores da ideia de que o *cyberbullying* constitui uma forma de *bullying* social, o qual somente utiliza ferramentas tecnológicas para a mesma finalidade que se atingiria pessoalmente. (SCNHEIDER ET AL, 2012; OLWEUS, 2012; ANG E GOH, 2010; PATCHIN E HINDUJA, 2006; MENESINI, 2012 apud GARCEZ, 2014, p. 24)

Dan Olweus, considerado o pioneiro em estudos sobre a temática, com seu primeiro trabalho publicado em 1970 (RAZABONI JUNIOR; LEÃO JÚNIOR; MARGRAF, 2018, p. 74) se mostra adepto a segunda corrente. Conforme expõe em sua pesquisa, o *cyberbullying* não é um fenômeno tão praticado, pois, diante de estudos feitos na Noruega e nos Estados Unidos, verifica-se uma baixa prevalência desse novo fenômeno, que não trouxe grande aumento e nem fez novas vítimas e agressões, tendo em vista que são praticamente as mesmas pessoas que estão envolvidas de alguma forma com o *bullying* tradicional (OLWEUS, 2012). Assim, observa-se que o *cyberbullying* nada mais é do que uma extensão da prática do *bullying* tradicional, na maioria dos casos.

Como forma de resolução da problemática, Dan Olweus recomenda a utilização de pesquisas a fim de relacionar as duas modalidades de *bullying*, ao invés de estudar o *cyberbullying* de forma isolada. Deste modo, tem-se que as

⁵Bullying e assédio por meios virtuais rapidamente se tornaram um fenômeno generalizado entre diversos grupos de crianças e jovens. O *cyberbullying* pode ser conduzido pelo envio de mensagens de texto por telefone, imagens e e-mails, bem como por meio de grupos de discussão online e páginas pessoais. Observações iniciais concluem que o *bullying* por meios virtuais intensifica a experiência para de agressão à vítima. Muir, Déborah. Violence against children in cyberspace. Bangkok: ECPAT International, 2005, p. 60. Tradução ofertada por: SANTOS, Erick. O fenômeno bullying e os direitos humanos. Revista de Direito Educacional, vol. 3, jan-jun, 2011, p. 51-107. d

escolas poderão direcionar seus esforços para campanhas *anti-bullying*, reduzindo por consequência a já baixa incidência do *cyberbullying*. (OLWES, 2012)

Andrea Müller Garcez (2014, p. 25) observa a distinção entre o *bullying* e o *cyberbullying* de acordo com diversos pesquisadores. Assim, verifica-se o seguinte:

- a) A desterritorialização das agressões – por não acontecer em um ambiente físico e restrito, as agressões perseguem os alvos em diferentes espaços, mesmo naqueles onde elas estariam “a salvo” do *bullying* (como em casa, ou fora da escola), tornando as agressões mais duradouras e muitas vezes sem a possibilidade de um refúgio (Rocha, 2012; Tokunaga, 2010; Shariff, 2011);
- b) potencial multiplicativo – as mensagens publicadas podem ser compartilhadas, baixadas e republicadas, viralizadas (Rocha, 2012; Shariff, 2011; Zuin, 2012) o que pode lhes conferir perenidade;
- c) A possibilidade do anonimato pode encorajar as agressões (Tokunaga, 2010; Shariff, 2011; Berguer et al, 2011);
- d) Uma mudança nas relações de poder – estas persistem, mas sua natureza é diferente no *cyberbullying*. O conhecimento tecnológico pode ser uma maior fonte de poder do que a força física, que é considerada um fator importante no caso do *bullying* (Law et al 2011; Berguer et al, 2011; Patchin e Hinduja, 2006);
- e) A amplitude da audiência – o número de “testemunhas” pode alcançar a casa dos milhares. A audiência não fica restrita a um ambiente (amigos da escola), a agressão pode ser vista por familiares e amigos de outros lugares frequentados pelo alvo – clube, cursos, vizinhos (Law et al, 2011; Rocha, 2012; Zuin, 2012);
- f) Em ambientes online os papéis são menos distinguíveis – as vítimas podem se sentir mais seguras para retaliar, aumentando a probabilidade de se tornarem também agressores. Uma agressão inicial pode iniciar um encadeamento de agressões posteriores entre dois indivíduos, tornando-se difícil distinguir quem é a vítima e quem é o agressor (Law, et. al., 2011);
- g) O critério da intenção de ferir não é válido quando se trata de relações pela internet – se já é difícil identificar a intenção no

bullying social que acontece face-a-face, mais difícil ainda quando se leva em conta a natureza específica de mensagens eletrônicas, em que o contato visual e a entonação são inexistentes, o que pode levar a erros de interpretação (Law et al, 2011; Berguer et al, 2011);

h) O critério da repetição do gesto agressor não é válido – basta que a mensagem tenha sido postada uma única vez para que ela seja vista e compartilhada muitas e muitas vezes, por um número quase ilimitado de pessoas (Law et al, 2011; Berguer et al, 2011);

i) A permanência das imagens: algumas imagens se fixam de forma tal que se torna muito difícil para o sujeito que sofreu a agressão desfazer-se daquela identidade (Zuin, 2012).

Em outro plano, pontua-se que além da discussão acerca do *cyberbullying* ser ou não ser uma modalidade de *bullying*, tem-se a divergência de nomenclaturas e semânticas no que se refere às violências em âmbito virtual.

Diversos são os termos utilizados para violências virtuais, como *cyberharassment*, *online aggression*, *internet harassment*, *eletronic aggression*, *eletronic bullying*, *cyberteasing*, *cyberarguing*, ou ainda *cyberattacking*. O que ocorre é que em diversas vezes tais termos são utilizados como sinônimos ou traduções de *cyberbullying*, porém, em outras há a indicação de diferenças e particularidades. (GARCEZ, 2014, p. 27)

Nesse sentido, observa-se a corrente que defende o *cyberbullying* como agressão realizada somente via aparelho celular, enquanto o cognominado *bullying online* seria a nomenclatura destinada às agressões gerais via *internet*. (LAMPERT e DANOSO, 2012; SLONJE e SMITH, 2008; apud GARCEZ, 2014, p. 27)

Em outro sentido, verifica-se um conceito mais amplo de *cyberbullying*. Para a segunda corrente, somente a vítima pode avaliar a extensão da agressão e conseqüentemente do dano sofrido, independente de verificação da intenção do agressor. “Assim, consideraram em sua pesquisa com graduandos que receberem mensagens indesejáveis (com símbolos de afeto, como poesia ou música, com cobranças de mensagens ou com necessidades excessivas), pode ser caracterizado como *cyberbullying*”. (GARCEZ, 2014, p. 27)

Por fim, têm-se os defensores do termo *cyberviolência*, que seria uma forma ampla de alcançar toda e qualquer violência no âmbito virtual, encontrando-se o *cyberbullying* dentro dessa cognominação. (BERGUER, 2011)

Apesar das discussões sugeridas, acredita-se ainda que a grande problemática acerca do presente assunto é a dificuldade de se controlar as agressões oriundas da *internet*, tendo em vista que há grandes possibilidades do anonimato do agressor não ser desvendado (WALKER; SOCKMAN e KOEHN, 2011).

2. DIREITOS HUMANOS: O PRINCIPAL PASSO PARA A FRATERNIDADE

Acredita-se que não há grande diferença entre direitos humanos e fundamentais, sendo que caso aceite que haja esta diferenciação, não ultrapassaria o plano conceitual. Nesse sentido, tem-se, materialmente falando, que ambos os direitos supracitados apresentam uma visão à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana. Entretanto, no que se refere ao conteúdo, pouca ou nenhuma diferença há entre eles

A histórica ampliação e transformação dos direitos do homem torna difícil uma definição exata em um conceito sintético e preciso. Tal ampliação e transformação conceitual pode ser explicada de forma simples, já que “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 2004, p. 13). Aumenta-se ainda mais tal dificuldade quando vários cognomes são ofertados para esses direitos, como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem (SILVA, 2014, p. 177).

Assim, a diferenciação encontrada entre tais diplomas legais é o local que foram consagrados, sendo os direitos humanos (Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948) em plano internacional, enquanto os direitos fundamentais em plano nacional (Constituições).

Nesse sentido, tem-se que os Direitos Humanos/Fundamentais repre-

sentam um conjunto institucionalizado de normas – lê-se direitos e garantias – do ser humano, que tem como objetivo substancial a observação à dignidade, por intermédio da proteção ao arbítrio estatal com a conseguinte implantação de ideais de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (MORAES apud PANCOTTI, 2009, p. 85).

Não obstante, entendem-se esses direitos como prerrogativas e instituições consagradas pelo direito positivo, a fim de garantir uma convivência digna, livre e igual a todos os conviventes, tratando-se de situações jurídicas sem as quais não há convivência ou sobrevivência, direitos que necessitam de reconhecimento e efetivação em relação a todos (SILVA, 2000, p. 495-496).

Em plano contínuo, depreende-se a ideia de que direitos fundamentais são universais, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, invioláveis, indivisíveis, interdependentes e inexauríveis. Entretanto, no plano da irrenunciabilidade e inegociabilidade, há que sustente que sendo os direitos fundamentais essencialmente direitos de liberdade do cidadão, “nada mais coerente do que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar”. Neste sentido, renunciar direitos fundamentais seria um básico exercício libertário, imanente à essência dos direitos fundamentais (STERN e BLECKMANN apud SILVA, 2005, p. 129). Este pensamento revela a teoria liberal acerca dos direitos fundamentais.

Em plano contraposto, Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 129) apresenta a ideia de que é possível perceber uma tendência teórica democrática-funcional no Brasil, sendo coerente sustentar a irrenunciabilidade e inalienabilidade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Böckenförde expõe que o “ponto de partido da teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais é sua compreensão a partir da sua função pública e política” sendo “A garantia de direitos fundamentais como esferas de liberdade tem lugar primeiramente para possibilitar e proteger esse processo” (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 133).

Nesse sentido, concluí-se que os direitos fundamentais não são precipuamente direitos individuais contra abusos estatais, como apresentado por muitos doutrinadores, mas elementos essenciais, ou melhor, fundamentais da ordem democrática, sendo compreensível que não estejam, se se partir desse paradigma, à disposição de seus titulares. (SILVA, 2005, p. 130).

Entretanto, ressalta-se que não são essas teorias (liberal e democrático-funcional) que explicam a função dos direitos fundamentais na ordem jurídica e social. A Constituição brasileira esta fundada em uma concepção social-estatal dos direitos fundamentais, sendo o Estado garantidor de condições sociais necessárias para a realização das liberdades fundamentais a partir dos direitos fundamentais. (SILVA, 2005, p. 130).

Faz-se necessário, nesse ponto, a observação das dimensões, estudo que dará ensejo ao início do estudo em epígrafe, ou seja, a fraternidade.

Os direitos de primeira geração ou de liberdade, são aqueles que tem por titular um indivíduo, sendo oponíveis ao Estado. Traduzem como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que, na visão de Bonavides, é o traço mais característico. Não obstante, mostram-se ainda como direitos de resistência ou oposição perante o Estado, sendo de característica *status negativus* de Jellinek. (BONAVIDES, 2011, p. 563-564).

No plano dos direitos de segunda geração, observa-se como pilar principal a igualdade, traduzindo-se por direitos sociais, entendidos como direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar direitos positivos, como *in verbis* a saúde, educação e moradia. Baseiam-se na igualdade material, ou seja, na redução de desigualdades, no pressuposto de que não é suficiente possuir liberdade sem a existência de condições mínimas para exercê-la. (RAZABONI JUNIOR, LEÃO JUNIOR, 2018, p. 48)

Em terceiro plano, porém não último, já que há teorias que propõe outras dimensões dos direitos fundamentais, há a fraternidade, com foco na coletividade, diferentemente das dimensões anteriores. (PANCOTTI, RAZABONI JUNIOR, LEÃO JÚNIOR, 2018, p. 128)

Deste modo, estudar-se-á a seguir a fraternidade, como ensejo para demonstrar sua necessidade para o combate ao *bullying*.

2.1 Fraternidade e função promocional da pessoa humana

Tem-se que a Fraternidade é um valor chave para inspirar e moldar relações jurídicas. Além disso, constituiu, juntamente com os valores de igualdade e a liberdade, o tripé da Revolução Francesa. (TORRES; MUNIZ, 2015, p. 164)

O significado semântico da Fraternidade consiste na “união ou convivência como irmãos; harmonia entre os homens”.

Conforme afirma Marco Aquini (2008, p. 137):

A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo uns em relação aos outros, o que implica também a dimensão da reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos.

Assim, tal princípio representa a reciprocidade de ações entre indivíduos, sendo a partir dela possível concretizar os ideais ensinados pelos princípios da liberdade e igualdade, representantes magnos da primeira e segunda dimensão dos direitos fundamentais. Conforme exposto por Guilherme de Luca e Lafayette Pozzoli, a Fraternidade deve ser recuperada e colocada em efetividade com emergência, tendo em vista o momento filosófico social que a humanidade se apresenta, repleta de sentimentos individualistas. (LUCA; POZZOLI, 2015, p. 233)

Destaca-se que a Fraternidade é um princípio com capacidade pilar de nortear todo o ordenamento jurídico, interno e externo, além de todas as relações humanas, nas mais diversas sociedades, a qual provê forças para a dignidade da pessoa humana, que deve ser compreendida como um valor supremo que atrai todo o conteúdo dos direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, até porque não é possível imaginar o direito à vida sem dignidade, fato que conclui a ideia que o direito à vida deve ser compreendido pelo direito à vida digna, ou seja, de forma extensiva em seu valor.

Nesta seara, a Fraternidade tem importante papel no mundo globalizado hodierno, visto que precisa ser reconhecido como princípio universal de caráter político. (BAGGIO, 2009, p. 15 apud LUCA; POZZOLI, 2015, p. 233) ⁶

⁶ Na medida em que vivemos em um mundo globalizado, não só econômica, mas culturalmente, o valor da tolerância e do respeito à alteridade se faz cada vez mais necessário, devendo o Estado, na qualidade de árbitro dos valores sociais, desfazer-se de qualquer liame religioso que impeça o correto exercício de sua função em prol do verdadeiro interesse público (TODELO, 2004, p. 240).

Sem dúvidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, representou um marco histórico para a defesa e concretude de direitos do homem. Observa-se que a Fraternidade, não por acaso, foi disposta no referido diploma em seu primeiro artigo: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade”.

De forma semelhante, em plano interno, a Constituição Federal de 1988 trouxe a fraternidade logo em seu preâmbulo, fazendo referência a necessidade de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Além de sua importância como princípio jurídico, a Fraternidade se mostra como princípio social, pois prevê a possibilidade de integração entre povos e nações, com fundamentação cosmopolita, onde as necessidades essenciais podem ser suprimidas pela amizade ou por acordos assinados. (POZZOLI; CRUZ, 2010, p. 38)

Como se não bastasse, tanto os princípios da dignidade humana, liberdade, igualdade – todos com referência nesse trabalho-, quanto o princípio da fraternidade, tem íntima ligação com a função promocional da pessoa humana.

A função promocional da pessoa humana muitas vezes é associada ao direito punitivo do Estado (POZZOLI, TOLEDO, 2017, p. 187), que visa obter comportamentos desejáveis, “razão pela qual não importa em proibir, obrigar ou até mesmo permitir, mas sim em estimular comportamentos, por meio de medidas diretas e/ou indiretas, de elevação, respeito e cumprimento de todos os preceitos que assegurem a dignidade humana (LUCA; POZZOLI, 2015, p. 241). Nesse sentido, tem-se a lição de Franco Montoro, que ensina:

O fim do Direito é ordenar a vida da sociedade, orientando a conduta de seus membros e a atividade de suas instituições. Para esse objetivo, ele estabelece normas e procura garantir a eficácia das mesmas, atribuindo conseqüências positivas a seu cumprimento e negativas ou punitivas à sua violação. Ver no Direito apenas o aplicador de sanções punitivas é diminuí-lo. (1999, p. 252).

A Fraternidade tem papel essencial na efetiva mudança social, pois:

Um ordenamento promocional, característico de um Estado Social intervencionista, a técnica típica das medidas indiretas é o encorajamento, pelo qual se busca tornar o comportamento desejado mais fácil ou, uma vez realizado, produtor de consequências agradáveis, mediante a utilização de duas operações: a sanção positiva propriamente dita, sob a forma de recompensa (prêmio) de um comportamento já realizado; e o incentivo ou facilitação, que precede ou acompanha o comportamento que se pretende encorajar (BOBBIO, 2007, p. 16-17).

Porém, observa-se a ideia de que o Direito deve ser visto como um instrumento promocional da pessoa humana, sendo que a fraternidade constitui um direito. Em outras palavras, não se pode entender a função promocional com um meio somente de punição, mas também de promoção e valorização da pessoa, visto e devidamente ligado ao princípio da fraternidade, o qual tem por objetivo organizar a vida da sociedade. (LUCA; POZZOLI, 2015, p. 241).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o *bullying* obstrui a construção de uma vida plena e digna, bem como o crescimento sociocultural de seus envolvidos. Afeta o direito a uma vida saudável, qual leva à construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhes benefícios.

Como forma de combate a esse problema social, não se faz necessário à implantação de instrumentos de punição aos agressores, mais sim, programas de combate à violência e conscientização dos efeitos do *bullying*, pautados nas lições de respeito mútuo e da igualdade, ensinando para as crianças e os adolescentes, por meios de profissionais da educação e da saúde, a conviverem de forma fraterna, como previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, de modo que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Somos todos dotados de razão e consciência e devemos agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Assim, acredita-se que a paz é um bem de todos, podendo ser alcançada. Porém, para isto, se faz necessário seguir o caminho da fraternidade, o qual é possível encontrar meios para ensinar a juventude a respeitar as diferenças, em conceito de igualdade, respeitando os desiguais, e assim auxiliando o próximo a ter uma vida digna e saudável, combatendo em sua raiz a violência e a degradação social.

REFERÊNCIAS

ALBINO, Priscilla Linhares; TERÊNCIO, Marlos Golçalves. Considerações críticas sobre o fenômeno *bullying*: do conceito ao combate e à prevenção. **Revista jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 6, n. 15, jul./dez. 2009, Florianópolis, p. 169 - 195.

ANG, Rebecca P.; TAN, Kit-Aun; MANSOR, Abu Talib. Normative beliefs about aggressive as a mediator of narcissistic exploitativeness and cyberbullying. **J Interpers violence**, 23 (13), 2010.

AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. *In*: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/1**. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. *In*: BAGGIO, Antônio Maria (org.) **O princípio esquecido/2: exigências, recursos e definições** da fraternidade na política. Tradução de Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

BERGUER, Aurélie; BLAYA, Catherine; BERTHAUD, Julien. Faire de la Cyberviolence un objet scientifique: un challenge pour la communauté de recherche internationale. Colloque « **Violences à l'école** », Décembre 2011, Arras.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*. *In*: Ernest-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt AM Main, Suhrkamp, 1991, pp. 115-145.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Bullying e cultura da paz**. Revista Judiciária do Paraná, ano X, nº 10, novembro 2015, p. 119 – 141.

CHALITA, Gabriel. Pedagogia da amizade. **Bullying: o sofrimento das vítimas e dos agressores**. 1ª ed. São Paulo: Gente, 2008.

DINIZ, Maria Helena. “Bullying”: Responsabilidade civil por dano moral. Marília/SP: **Revista Argumentum**, v. 17, pp 17-43, jan.-dez. 2016.

LAMPERT, Claudia; DONOSO, Verónica. Bullying. In: LIVINGSTONE, S.; HADDON, L.; GÖRZIG, A. **Children, Risk and Safety on the Internet: Kids Online in Comparative Perspective**. Bristol: The Police Press, 2012. pp. 141 – 150.

LAW, D. M., et al. The changing face of bullying: An empirical comparison between traditional and internet bullying and victimization. **Computers in Human Behavior**, 2011. doi:10.1016/j.chb.2011.09.004

LUCA, Guilherme Domingues de; POZZOLI, Lafayette. A Relação Direito e Fraternidade como instrumento promocional da dignidade da pessoa humana no direito do trabalho. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, v. 1, n. 2, Jul./Dez., 2015, p. 227-246.

MANDIRA, Marielly Rodrigues. *Cyberbullying* entre estudantes: fatores individuais e do contexto escolar. Programa de Pós-graduação em educação. Universidade Federal do Paraná. Dissertação. Curitiba. 70 p.

MENESINI, Ersilia. Cyberbullying: the right value of the phenomenon. Comments on the paper ‘Cyberbullying: an overrated phenomenon.’ **European Journal of Developmental Psychology**. 9 (5). Pp. 544 – 552, 2012.

Muir, Déborah. *Violence against children in cyberspace*. Bangkok: ECPAT International, 2005.

MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OLWEUS, Dan. Cyberbullying: an overrated phenomenon? **European Journal of developmental psychology**. 2012. 9 (5) pp. 1 – 19. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/17405629.2012.682358>

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Lucas Jeronimo Ribeiro da. Da escola ao Poder Judiciário: Reflexões sobre o bullying escolar e a judicialização de conflitos infante-juvenis. In: SILVA, Juvênia Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete. **Acesso à justiça I**. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 287.

PANCOTTI, Heloísa Helena Silva; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. A fundamentalidade dos direitos sociais e a inconstitucionalidade da nova jornada de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 191/2018, p. 125-142, jul. 2018.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. **Conflitos de princípios constitucionais na tutela de benefícios previdenciários**. São Paulo: LTr, 2009.

PATCHIN, Justin; HINDUJA, Sameer. Bullies move beyond the schoolyard. **Youth Violence and Juvenile Justice**, Vol. 4 No. 2, April 2006. 148-169 DOI: 10.1177/1541204006286288

POZZOLI, Lafayette; CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes da. Princípio Constitucional da Dignidade Humana e do Direito Fraternal. **Revista Em Tempo**, v. 9, p. 31 -44, setembro, 2010.

POZZOLI, Lafayette; TOLEDO, Iara Rodrigues. Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. **Problemata: R. Inter. Fil.** V.8, n.1, 2017, p. 178-190. DOI:<http://dx.doi.org/10.7443/problemata.v8i1.27851>.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Direitos Sociais como Direitos Fundamentais. In: MARGRAF, Alencar Frederico; COSTA, Cleverson Sant'Ana; MARGRAF, Priscila de Oliveira. **Direitos Fundamentais: uma abordagem interdisciplinar**. Florianópolis: Editora EMais, 2018.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; MARGRAF, Alencar Frederico; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Responsabilidade civil de escolas privadas nos casos de Bullying. *Revista dos Tribunais*, vol. 994/2018, p. 73-94, ago/2018.

ROCHA, Telma Brito. **Cyberbullying: ódio, violência virtual e profissão docente**. Brasília: Liber livro, 2012.

SANTOS, Erick. O fenômeno bullying e os direitos humanos. **Revista de Direito Educacional**, vol. 3, jan-jun, 2011, p. 51-107.

SCHNEIDER, Shari Kessel; O'DONNELL, Lydia; STUEVE, Ann; COULTER, Robert. Cyberbullying, School Bullying, and Psychological Distress: A Regional Census of High School Students. **American Journal of Public Health**. Vol 102, n. 1, Janeiro de 2012.

SHARIFF, Shaheen. **Ciberbullying**. Questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família. Porto Alegre: Artmed, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLONJE, R.; SMITH, P.K. Cyberbullying: another main type of bullying? **Scandinavian Journal of Psychology**. 2008 Apr;49(2):147-54. doi: 10.1111/j.1467-9450.2007.00611.x.

TOKUNAGA, Robert S. Following you home from school: a critical review and synthesis of research on cyberbullying victimization. **Computers in Human Behavior**. 26 (2010) p. 277 – 287.

TORRES, Glaucia Cardoso Teixeira; MUNIZ, Tânia Lobo. Assimetrias econômicas e os princípios da solidariedade e da fraternidade como bases valoritivas para seu enfrentamento. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 39, 2015, p. 154-172.

WALKER, Carol; SOCKMAN, Beth Rajan; KOEHN, Steven. An Exploratory Study of cyberbullying with undergraduate university students. **TechTrends**, March/April, 2011. vol.55, n. 2, p. 31 – 38

ZUIN, Antonio A. S. **Violência e tabu entre professores e alunos: a internet e a reconfiguração do elo pedagógico**. São Paulo: Cortez, 2012.

MIGRAÇÕES: FRATERNIDADE E XENOFOBIA NA SOCIEDADE COSMOPOLITA

MIGRATIONS: FRATERNITY AND XENOPHOBIA IN COSMOPOLITAN SOCIETY

Bárbara Bruna de Oliveira Simões¹
Dani Rudnicki²
Graziele Silva Costanza³
Sandra Regina Martini⁴

Data de recebimento: 19/03/2018

Data de Aprovação: 22/07/2018

RESUMO

Este artigo pesquisa os fluxos migratórios através da fraternidade e da xenofobia na sociedade cosmopolita. Questiona-se como se manifesta a presença da fraternidade e da xenofobia nesta sociedade em relação às migrações. Objetiva-se analisar os paradoxos que permeiam as atitudes das populações que vivem nas nações de destinos das pessoas em rota de migração. Isso porque, ao mesmo tempo em que se observam políticas e campanhas de acolhimento e hospitalidade para com os migrantes, também são visíveis o medo e a indiferença de alguns grupos sociais, o que gera sentimentos negativos e

¹ Graduada em Direito (UniRitter). Pós-graduada em Direito Constitucional (Damásio Educacional) e Processo Civil (UniRitter).
Mestranda em Direitos Humanos (UniRitter). Bolsista Capes. Advogada.
E-mail: barbarabsimoes@gmail.com

² Doutor em Sociologia (UFRGS). Mestre em Direito (Unisinos). Graduado em Direito (UFRGS). Professor no Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Advogado.
E-mail: danirud@hotmail.com

³ Mestranda em Direitos Humanos (UniRitter). Graduada em Direito (UniRitter). Bolsista Capes. Advogada.
E-mail: grazicostanza@hotmail.com

⁴ Pós-doutora em Direito (Roma Tre) e Políticas Públicas (Universidade de Salerno). Graduada em Sociologia (Unisinos).
Pesquisadora Produtividade 2 CNPq. Coordenadora do Mestrado em Direitos Humanos (UniRitter).
Professora da UniRitter e UFRGS. E-mail: srmartini@terra.com.br

atitudes xenofóbicas. Utiliza-se como referencial teórico a Metateoria do Direito Fraternal, de Eligio Resta, por meio de pesquisa bibliográfica, buscando desvelar os conceitos expostos acima. Considera-se que a fraternidade é uma aposta válida para acabar com a xenofobia e, enfim, acolher adequadamente o “outro” como o “outro-eu”.

PALAVRAS-CHAVE

Metateoria do Direito Fraternal; Violência; Xenofobia; Direitos Humanos.

ABSTRACT

This article investigates migratory flows through fraternity and xenophobia in cosmopolitan society. It is questioned how the presence of the fraternity and the xenophobia in this society in relation to the migrations manifests itself. The objective is to analyze the paradoxes that permeate the attitudes of the populations that live in the destination nations of the people on the migration route. This is because, at the same time that policies and campaigns of reception and hospitality towards migrants are observed, the fear and indifference of some social groups is also visible, which generates negative feelings and xenophobic attitudes. The Eligio Resta's Metatheory of Fraternal Law is used as theoretical framework, through a bibliographical research, seeking to unveil the concepts discussed above. It is considered that fraternity is a valid bet to end xenophobia and, finally, to properly receive the “other” as the “other-self”.

KEYWORDS

Metatheory of Fraternal Law; Violence; Xenophobia; Human rights.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, com o aporte da Metateoria do Direito Fraterno⁵, de Eligio Resta⁶, e dos estudos acerca dos fluxos migratórios, pretende refletir a situação atual dos migrantes no que diz respeito aos direitos humanos. Especificamente, busca realizar um estudo sobre os fluxos migratórios através da fraternidade e da xenofobia na sociedade cosmopolita. Questiona-se como se manifesta a presença da fraternidade e da xenofobia em relação às migrações.

A sociedade cosmopolita é a marca do século XXI. Guiada pelo desenvolvimento de altas tecnologias, pela transmissão de informação de forma rápida e pela constante conexão entre os membros. É assim que se vive em sociedade, sempre em contato, mesmo que esse seja, na maior parte do tempo, de forma virtual. Contudo, alguns contatos não pertencem a esse mundo tecnológico, se apresentando fisicamente na sociedade cosmopolita. É o que acontece com as pessoas que estão em fluxo migratório. A mobilidade humana é comum na história, mas nunca foi tão intensa e por fatores externos como na atualidade. Assim, o século XXI e, especialmente, os anos de 2017 e 2018, apresentam fluxos migratórios forçados, bem diferentes daqueles por razões econômicas do passado.⁷

Observa-se que, cada vez mais, as pessoas deixam seus lares por questões de violência, discriminação e desastres naturais. Contudo, em meio a estes migrantes forçados, ainda há a presença dos migrantes voluntários, ou seja, aquelas pessoas que migram por escolhas próprias, pela realização de algum sonho longe da sua terra natal. Assim, o que se verifica na atualidade é uma gama de pessoas em fluxo migratório que não possui a adequada assistência

⁵Trabalha-se com essa vertente, mas não se desconsideram as contribuições de outros autores, como, por exemplo, Antonio Baggio, Angel Puyol, Paulo Ferreira da Cunha e Stefano Rodotà. Embora suas linhas teóricas não sejam aprofundadas na presente pesquisa, serão utilizadas inicialmente para que se compreenda o conceito de fraternidade ao longo da história e as diferenciações no seu sentido até o seu retorno anacrônico na atualidade.

⁶ Eligio Resta é professor e pesquisador italiano. Ministrou aulas na Faculdade de Direito da Università Roma Tre, na Itália. Dentre suas obras, pode-se citar: *La certeza y la esperanza* (1996); *Il diritto fraterno* (2008), este com tradução para o português pela Editora da Unisc em 2004; *Diritto vivente* (2008).

⁷ Para mais informações sobre os números referentes aos fluxos migratórios, ver ACNUR (2017) e MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (2018).

por parte dos Estados, pois não se atenta às especificações e causas de locomoção de cada um desses grupos.

Diante dessas mudanças sociais, a Metateoria do Direito Fraterno, de Eligio Resta, propõe uma nova forma de olhar a realidade, ver nos limites também as possibilidades. Esses são visíveis diariamente em nossa sociedade mesclada por migrantes e nacionais: possibilidade de nova vida, de novos postos de trabalho, de recomeço, mas também limites econômicos do país de destino, no idioma, na cultura e na aceitação. O Direito Fraterno desafia e, ao mesmo tempo integra, outras teorias para demonstrar que é preciso resgatar velhos conceitos para entender a complexidade da sociedade cosmopolita. A teoria propõe observar o reconhecimento do “outro” e do “eu”, como forma de integrar as diferenças, sem eliminá-las, mas fazer com que as diferenças se apresentem como ponto de encontro entre realidades, culturas, povos.

Assim, objetiva-se, por meio deste artigo, desvelar os paradoxos de acolhimento e afastamento, de inclusão e exclusão, de amigo e inimigo, todos representados por Eligio Resta na Metateoria do Direito Fraterno. Questiona-se como se manifesta a presença da fraternidade e da violência, por meio da xenofobia, nesta sociedade em que, cada vez mais, compartilham-se os mesmos locais com pessoas das mais diversas origens. O Direito Fraterno, então, é utilizado como a base para a análise das atitudes de fraternidade e xenofobia que permeiam a sociedade cosmopolita.

Diante disso, o estudo desenvolve-se pelo método dedutivo, partindo dos aspectos gerais do Direito Fraterno, do refúgio e da xenofobia, para chegar, especificamente, às intersecções entre as temáticas. Utiliza-se pesquisa bibliográfica e documental, em livros e artigos nacionais e estrangeiros e em relatórios de organizações, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). As aproximações aqui realizadas objetivam criar discussões e novas visões, para que futuros estudos acerca das migrações possam ser embasados pela ideia da fraternidade⁸ e possibilitem projetos práticos para a integração.

⁸ Cabe referir que a fraternidade já vem sendo utilizada na temática dos refugiados. Conforme decisão do Conselho Constitucional francês (órgão que fiscaliza a constituição), de julho de 2018, as pessoas que auxiliam refugiados não podem ser punidas criminalmente, com base no princípio da fraternidade elencado no Lema da Revolução Francesa. A decisão ainda determinou que a Assembleia Nacional altere diversos artigos legais que determinam a punição de pessoas que acolhem e auxiliam migrantes indocumentados. (FRANÇA..., 2018)

A pesquisa estrutura-se da seguinte forma: no primeiro item, apresentam-se as ideias iniciais do estudo, como a Metateoria do Direito Fraternal, os conceitos e breve história das migrações e da violência. No segundo item analisa-se a xenofobia, como uma forma de violência contra os migrantes e, no terceiro item, apresentam-se as intersecções com a fraternidade para um acolhimento adequado dos migrantes, e não somente o recebimento das pessoas sem as devidas medidas para sua integração.

2 METATEORIA DO DIREITO FRATERNAL, VIOLÊNCIA E MIGRAÇÃO: CONCEITOS INICIAIS

A palavra “fraternidade” tem origem latina, *fraternitas*, é substantivo feminino e apresenta dois significados: 1. Laço de parentesco entre irmãos; irmandade. 2. Vínculo de solidariedade; fraternização, camaradagem. Já o termo “fraternal”, do latim *fraternus*, apresenta três significados: 1. Relativo ou pertencente a irmãos. 2. Próprio de irmãos; fraternal. 3. Afetuoso, cordial. (CULTURAL, 1992, p. 530-531). Desses significados, percebe-se que a fraternidade está relacionada a um vínculo afetuoso, de solidariedade para com o outro.

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, consequência da Revolução Francesa, a fraternidade tornou-se em evidência, juntamente com os ideais de liberdade e igualdade, os quais, “[...] ultrapassaram as barreiras da harmonia social e do Cristianismo para constituírem elementos de uma Sociedade política, capaz de interferir na forma de governo, bem como integrar textos constitucionais.” (FERNANDES; PELLEZZI; BASTIANI, 2017, p. 160). Ela foi incorporada ao lema da Revolução Francesa, apresentando uma dimensão política, diferentemente da dimensão religiosa proveniente da cultura cristã que influenciou o mundo ocidental, em combinação e interação com os outros dois princípios da liberdade e da igualdade. (BAGGIO, 2013, p.36).

Mesmo fazendo parte do lema da Revolução, aos poucos, acabou sendo excluída, ficando enfatizadas a “liberdade e a igualdade”, as quais tornaram-se “[...] autênticas categorias políticas, capazes de se manifestarem tanto como princípios constitucionais quanto como ideias-força de movimentos políticos”. (BAGGIO, 2008, p. 8). Já a fraternidade, como ensina Eligio Resta (2004, p. 9), manteve-se esque-

cida: “[...] a parente pobre, a prima do interior, em relação aos temas mais nobres e urgentes da igualdade e depois da liberdade”. Frisa-se que esse fato não foi um simples esquecimento, mas sim, a grande dificuldade de implementar o princípio básico de que todos são iguais e que as diferenças devem aproximar e não distanciar.

Agora, a fraternidade retorna anacronicamente para desvelar paradoxos. “Fala-se, portanto, de uma aposta frágil, infundada, que aposta sem impor, que arrisca cada desilusão, mas que vale a pena cultivar: vive de expectativas cognitivas e não de arrogâncias normativas” (RESTA, 2004, p. 16). A partir da reconstrução da ideia de fraternidade, Resta passa a estruturar sua teoria do Direito Fraternal na década de 1980, contudo, somente apresenta o seu trabalho *Il diritto fraterno* na década de 1990. O Direito Fraternal pode ser chamado de Metateoria, pois seria a teoria das teorias, ou seja, uma teoria que analisa outras teorias.⁹ Para Arnaud (2000, p.493), uma Metateoria pode ser conceituada como:

1. A metateoria é um tipo de atividade que pesquisa (a pesquisa metateórica), os resultados dessa atividade (a ‘metateoria’) 2. Pesquisa que tem por objetivo específico as teorias científicas (elas próprias consideradas também sob o ponto de vista da atividade e do seu produto) e que tem, como resultado, a produção de uma ‘teoria das teorias científicas’ (distinção feita em relação a interpretação jurídica – Tarello – entre metateoria como atividade e metateoria como produto).

A Metateoria do Direito Fraternal propõe enxergar de outra forma a realidade.¹⁰ Essa outra forma pode ser, justamente, a dos fluxos migratórios,

⁹ Não se objetiva, nesta pesquisa, realizar um estudo aprofundado sobre a temática da metateoria, razão pela qual utiliza-se somente a ideia de que a metateoria seria o estudo de várias teorias, conforme Resta faz no Direito Fraternal, já que apresenta a fraternidade com um viés transdisciplinar.

¹⁰ A Metateoria do Direito Fraternal faz uma análise transdisciplinar da sociedade, de forma que auxiliará esta pesquisa a observar os fluxos migratórios de uma nova forma, já que o direito tradicionalmente formado já não dá respostas adequadas para novos desafios que envolvem o ser no e para o mundo. O pertencer à sociedade não é, somente, estar fisicamente nela, dentro dos limites das nações, como era entendida a cidadania nos Estados-nações, mas sim incluir, integrar as pessoas e efetivar seus direitos humanos, independente de identidades.

pois ao mesmo tempo em que unem pessoas – ao juntar diversas nacionalidades em um local –, também as afastam diante de atitudes xenofóbicas. Para isso, primeiramente, deve-se entender o ato de migrar como o processo de atravessar fronteiras. “É um movimento populacional que compreende qualquer deslocamento de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos” (OIM, 2009, p. 40).

Verifica-se, então, dentro dos fluxos migratórios, variações de trânsito de pessoas, cada uma delas com suas particularidades e necessidades, o que faz com que as políticas para acolhimento e auxílio sejam diversificadas para atender corretamente a cada população. Bastaria ser humano e estar na humanidade para compreender e auxiliar de forma correta os migrantes. Contudo, o que a Metateoria do Direito Fraternal apresenta é que esta relação de ser humano e viver na humanidade não significa ter a humanidade,¹¹ no sentido de enxergar o outro como o “outro-eu”. Como afirma Eligio Resta (2004, p. 13), “Ser homem não garante que se possua aquele sentimento singular de humanidade”.

Pode-se exemplificar esta condição com a situação dos fluxos migratórios aqui estudados, pois, embora estes sejam constantes e intensos, muito diferentes das migrações dos séculos XVIII e XIX, que possuíam um viés mais econômico e colonial, o que se observa é o fechamento das fronteiras nacionais, impedindo a entrada das pessoas. Assim, a fronteira pode ter uma função de inclusão, mas também de exclusão das porções territoriais e de pessoas, já que fora dos limites do Estado está o outro, o alienígena, aquele que não pertence à vida pública por ser diferente. (LISOWSKI, 2012, p.117).

Os problemas gerados pela “crise migratória” atual e exacerbados pelo pânico que o tema provoca pertencem à categoria dos mais complexos e controversos: neles, o imperativo categórico da moral entra em confronto direto com o medo do “grande desconhecido” simbolizado pelas massas de estranhos à nossa porta (BAUMAN, 2017, p. 104).

¹¹ Por isso que compara a humanidade à ecologia, ao dizer que estas são formadas por situações diversas do rio límpido e do ar despoluído, apresentando, assim, o paradoxo de que somente a humanidade pode ameaçar a própria humanidade (RESTA, 2004, p. 52).

Por conta deste medo do desconhecido é que surgem as atitudes xenofóbicas, que são reflexos da violência institucionalizada em que se vive. A violência na sociedade contemporânea se expande, acontecendo por diversos motivos, dentre os quais o preconceito de gênero, raça ou religião, que atingem física e simbolicamente as vítimas, deixando sequelas no corpo e na mente. Segundo o Relatório Mundial Sobre a Prevenção da Violência, o número de vítimas de homicídio em 2012 foi estimado em aproximadamente 475 mil. Sendo 60% homens entre 15 e 44 anos de idade, sendo, dessa forma, o homicídio a terceira principal causa de morte para homens desse grupo etário (OMS, 2014, p. 8).

Pensar a respeito da violência mostra-se tarefa difícil. Percebe-se que o termo possui significação por demais ampla, podendo incluir desde a guerra até os crimes que mais repugnam a humanidade, passando por pequenas transgressões às normas estabelecidas (morais, sociais e/ou jurídicas), inclusive algumas cujas consequências não ultrapassam o campo psicológico. Contudo, diante do grande fluxo migratório existente e do medo em relação a quem vem de fora dos limites da nação, o que se verifica na atualidade é uma total descrença em construir pontes ao invés de muros. Resta (2008) fala, então, do *pharmakon*, das ambivalências, das naturezas cúmplices e rivais: justo e injusto, bem e mal, mortal e imortal.

Neste sentido, podem ser observadas as atitudes de xenofobia e acolhimento em relação aos migrantes, pois, ao mesmo tempo em que são pontos muito distantes, já que um apresenta a ideia de fraternidade e hospitalidade e o outro de separação e expulsão, podem existir em conjunto quando as pessoas não entendem a situação dos migrantes e o seu papel na sociedade. Esses paradoxos estão presentes na sociedade cosmopolita e, por isso, merecem atenção e estudo.

3 XENOFOBIA: UMA VIOLÊNCIA

Ainda que não se tenham respostas definitivas, se sabe que as promessas da modernidade (liberdade, igualdade e fraternidade) não se cumpriram. Os homens continuam vivendo em desigualdade. O homem egoísta não

foi suplantado. O homem lobo continua a uivar e a atacar seus semelhantes. Os conflitos perduram; a fome, a ignorância, a infelicidade, também. O infortúnio permanece no dia-a-dia da maior parte da humanidade. “Joões Valjean” (HUGO, 1985) vagam em busca de uma vida.

A industrialização e o consumismo substituíram as ideias de liberdade, igualdade e fraternidade. Abandonaram-se perspectivas de solidariedade pelas de satisfação de suas próprias vontades. A perspectiva exclusiva prepondera sobre a inclusiva e as utopias que previam a redenção da humanidade acabam substituídas pela satisfação de desejos individualistas e pela obrigação de servir ao Estado. (BAUMAN, 2007, p. 20). Nesse sentido, Resta (2004, p.9-10) dispõe que a fraternidade surge como um princípio do direito internacional ainda nascente, fundada na ideia de Estados Nacionais, ao mesmo tempo em que se abria para nações e povos além de suas fronteiras, também se fechava, incluía, excluindo.

Os desafios são ainda diversos se considerarmos as realidades vividas pelo norte e pelo sul do Planeta Terra, pelas realidades postas em cada país. Mas há algo em comum, as grades e obstáculos se multiplicam nas casas das cidades e do campo. A guerra, que antes era questão de Estado, está agora muitas vezes presente no cotidiano das pessoas. Há um aumento da violência que atingem as pessoas sob diversas formas. Resta (2004, p.39) expõe que “Não há nunca uma guerra no nosso planeta que seja suficientemente distante e que se possa ver para sempre de uma distância segura; [...]”. Ou seja, o ser humano pertence à comunidade internacional, deve ser protegido por ela, razão pela qual sempre haverá responsabilidade das nações para com os migrantes.

Na Metateoria do Direito Fraternal, a guerra é tida como um evento que cria memórias naqueles que a vivenciam, pois impõe mudanças em questões sobre, por exemplo, a vida e a morte, e apresenta um fim ao sonho de uma existência coletiva pacífica. (RESTA, 2004, p.42). A guerra é, então, o contrário da busca por uma *civitas maxima*. Significa a violência. Ruth Gauer (1999, p. 13) afirma que a violência é um fenômeno social do mundo atual, “[...] um elemento estrutural, intrínseco ao fato social e não um resto anacrônico de uma ordem bárbara em vias de extinção”. E esse fenômeno está presente em todas as sociedades. Para Zeferino Rocha (1996, p. 10):

A violência, sob todas as formas de suas inúmeras manifestações, pode ser considerada como uma vis, vale dizer, como uma força que transgride os limites dos seres humanos, tanto na sua realidade física e psíquica, quanto no campo de suas realizações sociais, éticas, estéticas, políticas e religiosas. Em outras palavras, a violência, sob todas as suas formas, desrespeita os direitos fundamentais do ser humano, sem os quais o homem deixa de ser considerado como sujeito de direitos e de deveres, e passa a ser olhado como um puro e simples objeto.

Logo, pensar a violência na sociedade contemporânea significa pensar sobre o que ela seja e sobre muitos de seus aspectos. Muitas pessoas têm deixado seus países para fugir das violências que os atingem naqueles locais. São os chamados migrantes forçados,¹² como os refugiados¹³ e apátridas. Na Europa, em que, atualmente, há grande discussão acerca dos fluxos migratórios, o número de migrantes, principalmente, refugiados ou solicitantes, cresceu e, conforme afirmam David Maya e Héctor Silveira (2016, p. 182),

Existe una Europa que no quiere refugiados en su territorio, prefiere cerrarse sobre sí misma y construir muros para contener a los flujos de refugiados y migrantes. Es la Europa xenófoba que tiene miedo, con gobernantes que hacen lo que sea con el fin de no perder apoyo social; y que como la última Roma prefiere encomendar la vigilancia de sus puertas a otros.¹⁴

¹² Pessoas que fazem parte do “[...] movimento migratório em que existe um elemento de coação, nomeadamente ameaças à vida ou à sobrevivência, quer tenham origem em causas naturais, quer em causas provocadas pelo homem (por ex., movimentos de refugiados e pessoas internamente deslocadas, bem como pessoas deslocadas devido a desastres naturais ou ambientais, químicos ou nucleares, fome ou projectos de desenvolvimento)”. (OIM, 2009, p.41).

¹³ Pessoa que “receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, Anão queira pedir a protecção daquele país” (Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, art.º 1.º - A, n.º 2, de 1951, com as alterações introduzidas pelo Protocolo de 1967). (OIM, 2009, p.62).

¹⁴ “Há uma Europa que não quer refugiados em seu território, prefere se fechar sobre si mesma e construir muros para conter os fluxos de refugiados e migrantes. É a Europa xenófoba que tem medo, com governantes que fazem o que for preciso para não perder o apoio social; e que, como a última Roma, prefere confiar a vigilância de suas portas a outros.” (MAYA; SILVEIRA, 2016, p. 182, tradução nossa).

Mas também, por outro lado, há uma Europa que

[...] se está volcando en ayudar a los refugiados en las costas de Grecia, que intenta acomodarlos, con ciudadanos que encuentran medios creativos para asistirlos, que incluso viajan a otros países para ayudar voluntariamente con municipios que han alzado su voces para contribuir a la llegada y acomodación de los refugiados. Esta es la Europa que debe prevalecer y a la que las instituciones europeas tienen la obligación de brindar todo su apoyo.¹⁵

Dessa forma, a sociedade europeia encontra-se dividida entre pessoas que preferem se afastar dos migrantes, e afastá-los de si, e aquelas que procuram ajudá-los, por meio de condutas promotoras de auxílio na sua acomodação dentro dos países de destino.¹⁶ Ações como essas últimas mostram-se importantes e vão ao encontro das ideias elencadas no Direito Fraternal, tendo em vista que os migrantes devem ser tratados com humanidade.

Com o aumento do número de imigrantes cresce também a violência por esses sofrida. Trata-se da chamada xenofobia. Casos de pessoas vítimas da xenofobia têm sido divulgados pela mídia. Trata-se de uma intolerância contra pessoas de outra nacionalidade, a qual pode ser descrita como “[...] atitude, preconceito ou comportamento que rejeita, exclui e, frequentemente, diminui pessoas com base na percepção de que são estranhas ou estrangeiras relativamente à comunidade, à sociedade ou à identidade nacional”. (OIM, 2009, p. 80).

A respeito, no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, organismos, como as Nações Unidas, têm se mobilizado. A Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução sobre “Proteção dos Migrantes”,

¹⁵ “[...] está se voltando para ajudar os refugiados nas costas da Grécia, tentando acomodá-los, com cidadãos que encontram meios criativos para ajudá-los, que viajam a outros países para ajudar voluntariamente em municípios que levantaram suas vozes para contribuir na chegada e acomodação dos refugiados. Esta é a Europa que deve prevalecer e à qual as instituições europeias têm a obrigação de prestar todo o seu apoio.” (MAYA; SILVEIRA, 2016, p. 182, tradução nossa).

¹⁶ Em relação aos dados disponibilizados, anualmente, pelo ACNUR, Ventura (2015, p.59) expõe que “Esses dados demonstram que o atual fluxo de migrantes e refugiados em direção à Europa, embora ascendente, tem merecido uma repercussão política desproporcional à dimensão global do fenômeno, gerando a falsa ideia de que o “problema” da migração e do refúgio concerne principalmente ao mundo desenvolvido.”.

afirmou sua preocupação “[...] pelas manifestações de violência, racismo, xenofobia e outras formas de discriminação e tratamento desumano e degradante de que são objeto os migrantes, em especial as mulheres e as crianças, em diferentes partes do mundo”. Ainda, reiterou “[...] a necessidade de que todos os Estados protejam plenamente os direitos humanos universalmente reconhecidos dos migrantes, em particular das mulheres e das crianças, independentemente de sua situação jurídica, e que os tratem com humanidade, sobretudo em relação à assistência e proteção [...]”. (ONU, 2000).

Na questão geral n. “87” da Declaração e o Programa de Ação de Durban, adotados pela Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ficou observado que

[...] o artigo 4, parágrafo b, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, impõe aos Estados a obrigação de se mostrarem vigilantes e de tomarem medidas contra as organizações que disseminam idéias baseadas na superioridade racial ou no ódio, atos de violência ou ao incitamento de tais atos. Estas organizações devem ser condenadas e não incentivadas; [...] (BRASIL, 2015, p. 28).

Ações como essas mostram-se importantes no atual contexto, tendo em vista o aumento de casos de xenofobia no âmbito mundial. A questão da violência é complexa e ocorre na sociedade atual (também complexa). Para que se possa combater essa cultura de intolerância e de ódio, que ocorre principalmente contra os migrantes, é necessário que haja respeito e solidariedade para com o outro, através da alteridade, da fraternidade, que importa em ver o outro como o outro-eu e não como inimigo (RESTA, 2004).¹⁷ Assim, o Direito Fraternal apresenta algumas ideias que embasam a busca por uma sociedade mais fraterna em relação aos migrantes.

¹⁷ Resta (2004, p. 34) relata a diferenciação que era realizada na comunidade política em relação ao interno e o externo. Ao inimigo interno era dado o nome de criminoso ou minoria. “É exatamente aquela definida por uma lei da amizade que encontra nos processos de codificação moderna a fórmula do imperativo da fraternidade diante de um jogo político, construído em cima da contraposição, conhecida, do amigo-inimigo” (RESTA, 2004, p.19-20)

4 DESAFIOS PARA O ACOLHIMENTO DOS MIGRANTES: A PRESENÇA DO OUTRO E A APOSTA NA FRATERNIDADE

A constatação de que a igualdade e a liberdade, sozinhas, não lograram êxito em efetivar os direitos humanos revelou a necessidade do retorno da fraternidade na sociedade complexa, onde, em meio às inclusões, há inúmeras exclusões. Resta relata a busca por uma *civitas maxima*, um local em que a inclusão dos indivíduos ocorre por serem, simplesmente, seres humanos, independentemente de sua nacionalidade. O outro é visto como o outro-eu, pertencente a uma mesma humanidade. A fraternidade pode ser analisada por diversas vertentes: religiosa, filosófica, social, ética, relacionando-se, também, com a ideia de solidariedade e hospitalidade. Neste artigo, utiliza-se a fraternidade sob o aspecto apresentado por Eligio Resta, conforme já exposto no primeiro tópico.

Resta parte da fraternidade¹⁸ para iniciar as reflexões da Metateoria do Direito Fraternal na década de 80, dispondo que a fraternidade se relacionava com os princípios de um direito internacional, que pressupunha uma comunidade política fundada no Estado nacional (RESTA, 2004, p. 9-10). Ele passa, então, a refletir sobre o porquê de a fraternidade ter ficado “escondida” nas masmorras da Revolução Francesa, enquanto outros temas, como a liberdade e a igualdade, obtiveram maior estudo.

O código fraterno, código do nascimento, com efeito, vincula a uma obediência em troca de cidadania: por essa via é possível ser, em caso de transgressão ou de dissenso, no máximo criminoso, mas nunca “inimigo”. A comunidade política (e o Estado-nação deu sua contribuição) pressupõe a amizade política no interior e exporta a inimizade ao exterior (RESTA, 2004, p. 35).

¹⁸ A dificuldade em operar com o conceito da fraternidade se apresenta porque ela evidencia paradoxos e contradições que desvelam os “espetáculos/não espetáculos” que vivemos nos dias atuais, em que muitas vezes nos “escondemos” na igualdade ou na liberdade, pois estes pressupostos podem ser quantificados, enquanto que a fraternidade nos remete à ideia de ver o outro como um outro-eu.

Ao englobar a ideia de fraternidade ao estudo dos fluxos migratórios na sociedade cosmopolita e quais as mudanças necessárias para uma melhor compreensão destes, rememora-se que Resta (2004, p. 15) relata a inimizade presente em muitas leis de migração, prevalecendo o míope egoísmo que prolifera o dualismo amigo/inimigo, causando as atitudes de xenofobia, embora as migrações não sejam fatos novos na história mundial.¹⁹ Os migrantes, em especial os que se deslocam por fatores externos, como refugiados, sempre foram vistos como aquelas pessoas fora da humanidade, desprovidos de direitos. Suas vidas são permeadas por paradoxos de pertencimento e não pertencimento, como se fossem corpos sem vidas, justamente por serem, somente, humanos.

A migração em massa não é de forma alguma um fenômeno recente. Ele tem acompanhado a era moderna desde seus primórdios (embora com frequência mudando e por vezes revertendo a direção) -, já que nosso “modo de vida moderno” inclui a produção de “pessoas redundantes” (*localmente* “inúteis”, excessivas ou não empregáveis, em razão do progresso econômico; ou *localmente* intoleráveis, rejeitadas por agitações, conflitos e dissensões causados por transformações sociais/políticas e subsequentes lutas por poder). Além de tudo isso, contudo, hoje suportamos as consequências da profunda e aparentemente insolúvel desestabilização do Oriente Médio, na esteira das políticas e aventuras militares das potências ocidentais, estupidamente míopes e reconhecidamente fracassadas (BAUMAN, 2017, p. 9).

Ocorre que, cabe a cada Estado, em nome de sua soberania, controlar a imigração em seu território, permitindo ou negando o acesso aos migrantes. Todavia, faz-se necessário observar as normas de direitos humanos internacionais, evitando conflitos que geram as situações de migrações forçadas ou até mesmo criam discriminações em relação aos migrantes econômicos (COSTA;

¹⁹ Antes da existência do instituto do refúgio, conforme Jubilut (2007, p.35), o altruísmo já era um sentimento presente na raça humana, o que justificava a concessão de proteção a pessoas perseguidas, reconhecendo-se um costume internacional. Para Andrade (1996, p.20), o desenvolvimento do refúgio, como um instituto, dá-se somente no século XX, pois as perseguições que ocorreram ao longo da história não apresentaram aos Estados os transtornos que a comunidade internacional, nesse século, enfrentou.

REUSCH, 2016, p. 282). Jubilut e Apolinário (2010, p.277) dispõem que, apesar de as migrações serem um fato internacional, não há um instrumento para regular estas condutas dos Estados em relação às variações de migrações.

Assim, o paradoxo ainda presente na sociedade cosmopolita é o da soberania das nações e do direito de migrar. Observa-se que as nações abrem e fecham suas políticas migratórias conforme suas necessidades, olvidando-se que a questão dos fluxos migratórios é humanitária e de fraternidade para com o outro que necessita do reconhecimento de seus direitos humanos. Esses paradoxos levam os Estados a criarem mais muros do que pontes entre suas fronteiras, a vida dos migrantes continua a ser uma vida sem direitos humanos, porque simplesmente são vidas que não pertencem a um Estado.²⁰

Segundo dados do ACNUR (2018, p.2-3), ao final de 2017, havia 68,5 milhões de pessoas deslocadas forçadamente no mundo, por conta de guerras, conflitos e violência generalizada. Desse número, 25,4 milhões eram refugiados, 40 milhões eram deslocados internos e 3,1 milhões eram solicitantes de asilo.²¹ Esse número representa 16, 2 milhões de novos deslocados, 44.400 a cada dia. As regiões em desenvolvimento acolhem 85% dos refugiados do mundo, o Líbano é o país que mais acolhe refugiados em relação à sua população, 1 em cada 6 pessoas é refugiada no Líbano. A Turquia, por sua vez, é o país que mais acolhe refugiados no geral.

Essa visão de separação entre os nacionais e os estrangeiros, de inclusão e exclusão, não pode mais encontrar espaço na atualidade. Como já visto, os fluxos migratórios englobam desde os migrantes econômicos, que são aqueles que migram de forma voluntária, até os refugiados e apátridas, que são per-

²⁰ As políticas migratórias restritivas são mais presentes em países desenvolvidos, já nos países em desenvolvimento, de modo geral, não há tamanha restrição, contudo, a ausência de políticas migratórias efetivas produz efeitos equivalentes aos das políticas restritivas. Ao cruzar fronteiras porosas, encontra-se dificuldade com a regularização migratória, criando-se uma situação migratória irregular, que torna a pessoa mais suscetível a precarizações (trabalho saúde, inclusão social e econômica). Isso ocorre, por exemplo, nos Brics (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul). (VENTURA, 2015, p.58)

²¹ Para o relatório do ACNUR, o solicitante de asilo é entendido como a pessoa que busca proteção internacional, mas a solicitação de refúgio está pendente de análise. (ACNUR, 2018, p.61, tradução nossa). “[...] son las personas que han solicitado protección internacional y cuya solicitud de la condición de refugiado está pendiente de resolución. A efectos de este informe, se ha tenido en cuenta a los solicitantes cuya petición de asilo individual estaba pendiente de resolución al final de 2017, sin tener en cuenta cuándo fue presentada.” (ACNUR, 2018, p.61)

tencentas a migrações forçadas (CIDH, 2015, p. 11). Contudo, Köcke (2015, p. 29) faz um alerta para o fato de que não é simples a distinção entre a migração espontânea e a migração forçada:

(...) não é apenas a perseguição e a violência física que levam as pessoas a deixarem seus lares. O termo “migração espontânea” esconde a gama de fatores que influenciam e determinam o fenômeno migratório, que certamente transcende a mera manifestação da *vontade singularizada* do migrante, maculando a crença da *espontaneidade* do fenômeno. Nas *migrações econômicas*, a violência simbólica operada pela desigualdade racial corrompe a *voluntariedade* da decisão de migrar, que jamais poderia ser entendida como *espontânea*.

A necessidade de compreender corretamente os fluxos migratórios e aplicar-lhes a política de acolhimento adequada também reside no fato de superar a diferenciação existente quando da formação dos Estados-nações: “(...) somos amigos porque existem inimigos, somos amigos porque não somos estranhos, somos amigos porque nos escolhemos para nos contrapormos a outras formas de relações impostas ou involuntárias” (RESTA, 2004, p. 25). A busca pela *civitas maxima* e a ideia de proteção do indivíduo em nível internacional, são características do regime de direitos humanos internacionais, causador da separação entre direitos e cidadania, diante do reconhecimento de direitos universais. (COSTA, REUSCH, 2016, p. 287).

Ainda, Costa e Reusch (2016, p. 289) alertam para a necessidade de um debate mais amplo sobre as questões referentes à migração internacional, diante do fato de que ainda existem políticas de Estado que não contemplam o direito de migrar como um direito humano, gerando e alimentando o preconceito, a discriminação e a xenofobia. Complementa-se que, conforme Jubilut e Apolinário (2010, p. 292), as normas básicas para proteção já existem em âmbito internacional. Agora se deve focar não em uma subdivisão do direito internacional em direito das migrações, mas sim em estudos da proteção prática dos migrantes para então se tornarem construções teóricas. Embora as complexidades da sociedade mostrem que os paradoxos ainda estão vivos no interior das comunidades, através de práticas de inclusão e exclusão, o Direito Fraternal é

uma aposta na diferença, na mudança, que deve partir de cada indivíduo.

Falar em fluxos migratórios é falar em paradoxo, o paradoxo dos direitos humanos está no fato de que eles podem ser levados a sério somente se a humanidade perceber que tudo depende de como a própria humanidade quer que sejam os seus direitos humanos.²² (RESTA, 2004, p.82). A vida desenvolve-se dentro da humanidade, assim, a tutela dos direitos humanos dos migrantes, para que suas vidas façam sentido, em qualquer comunidade, depende somente da própria humanidade. Como exposto, as ideias elencadas na Metateoria do Direito Fraternal vão ao encontro dos ideais de proteção internacional da pessoa humana, em especial, dos migrantes.

Ambos buscam uma sociedade igualitária a todos, um pertencimento de todos ao mesmo local, à mesma humanidade, independente de identidades e nacionalidades, pois todos são humanos e essa simples condição deve bastar para que os direitos sejam reconhecidos. Nesta pesquisa, foram apresentadas faíscas de uma ideia incandescente na sociedade cosmopolita, de busca por uma *civitas maxima*, como visto na Metateoria do Direito Fraternal, em que pese a divisão da ordem internacional formada por Estados soberanos.

Diante do exposto, a esperança na fraternidade é uma aposta, como menciona Resta: “È la scommessa di una differenza rispetto agli altri codici che guardano ala differenza tra *amico e nemico*; [...]”²³ (RESTA, 2005, p. 133). Apostar na fraternidade significa reconhecer que os direitos humanos pertencem a todos, nacionais e migrantes, e que, diante dos fluxos migratórios, deve-se buscar a maior efetivação dos direitos humanos, enxergando uns aos outros como humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como disposto ao início do artigo, realizou-se uma abordagem dos

²² “Não nos libertamos, em vista disso, das correntes da soberania, que espolia e reconstitui o monopólio da decisão vinculante para o exterior e para o interior: assim os Estados se representam, simbolicamente, como os ‘irmãos inimigos’ conflitantes e federados ao mesmo tempo.” (RESTA, 2004, p.80)

²³ “É a aposta de uma diferença em comparação com os outros códigos que olham para a diferença entre amigo e inimigo; [...]” (RESTA, 2005, p. 133, tradução nossa).

fluxos migratórios por meio do Direito Fraternal, desenvolvido na Metateoria do Direito Fraternal de Eligio Restá. A importância do estudo das migrações reside no fato de que são constantes na história da humanidade. Isso porque sempre ocorreram razões, externas ou voluntárias, para que as pessoas migrassem para novos destinos. Já se reconhece, assim, um direito de migrar, contudo, não se reconhece um dever de acolhida dessas pessoas.

Os fluxos migratórios são constantes e intensos na sociedade cosmopolita, como visto ao longo do estudo acima exposto. Nesses fluxos, encontram-se pessoas que deixam os seus lares devido à violência, discriminação, desastres naturais ou que migram por escolha própria. Em muitas nações, como se tem visto no continente europeu, essas pessoas não possuem a adequada assistência, tendo em vista que não se atenta para o acolhimento e integração dessas populações na nova comunidade. Assim, existem particularidades e necessidades de atendimento especial no que diz respeito a políticas de acolhimento e auxílio de migrantes. A adoção dessas ações é a possibilidade de superar a diferenciação amigo/inimigo, presente quando da formação dos Estados-nações.

Os fluxos migratórios, quando não compreendidos pelos Estados e por sua população, geram o medo do desconhecido que, muitas vezes, acaba resultando em atitudes xenofóbicas. A xenofobia refere-se a uma intolerância, uma atitude, um comportamento de exclusão e rejeição em relação àqueles que são de fora da sua comunidade ou sociedade. No âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, as organizações, como as Nações Unidas, têm se mobilizado no sentido de criar resoluções, declarações e programas para combater esse tipo de violência que é a xenofobia. Assim, ao mesmo tempo em que existem pessoas que não querem receber migrantes em seu território, há aqueles que buscam ajudá-los, acomodá-los e assisti-los, apresentando o paradoxo ainda existente.

Diante de todo o exposto, observa-se que é necessário construir pontes ao invés de muros. É importante que haja respeito para com o outro. E isso se mostra possível mediante a fraternidade, que se tornou em evidência com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, porém, aos poucos acabou sendo excluída, mantendo-se esquecida e cedendo espaço para a

liberdade e a igualdade. Porém, mediante a Metateoria do Direito Fraternal, a fraternidade retorna anacronicamente para desvelar paradoxos, trazendo nova forma de enxergar a realidade, como a dos fluxos migratórios, que ao mesmo tempo unem – ao juntar diversas nacionalidades em um só local – e afastam as pessoas – diante das atitudes xenofóbicas.

Desse modo, a esperança na fraternidade é uma aposta que possibilita reconhecer os direitos humanos a todos, sejam nacionais ou migrantes, simplesmente por pertencerem à mesma humanidade. Somente estar na humanidade não basta para ser humano, como Resta apresenta em seu estudo. Estar na humanidade deve significar lutar pelos direitos humanos, para que não sejam violados ou ameaçados. O estudo dos fluxos migratórios com base no Direito Fraternal apresenta uma nova forma de enxergar o outro como o outro-eu, como aquele que é igual, pois é humano, independente de sua nacionalidade. As diferenças devem complementar uma sociedade e não separar as pessoas. Essa é a aposta na fraternidade.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Tendências globales:** desplazamientos forzado em 2017. Geneva: ACNUR, 2018. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2018/Global_Trends_Forced_Displacement_in_2017/TendenciasGlobales_2017_web.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

ACNUR. **Protegendo refugiados no Brasil e no mundo.** ACNUR, 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2016/Cartilha_Protegendo_Refugiados_No_Brasil_e_no_Mundo>. Acesso em: 26 de ago. de 2017.

ANDRADE, José H. Fischel. **Direito internacional dos refugiados:** evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

_____. The forgotten principle: fraternity in its public dimension. **Claritas Journal of Dialogue and Culture**, West Lafayette, v.2 n.2, oct. 2013, p.35-52. Disponível em: <<https://docs.lib.purdue.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=claritas>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

_____. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. **Refúgio em Números**. Ministério da Justiça e Segurança Pública [2016]. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. **Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata**. Ministério da Cultura, 2015. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/07/declaracao_durban.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2017.

CIDH. **Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas. Víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Washington: CIDH, 2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

COSTA, Marli Marlene da; REUSCH, Patricia Thomas. Migrações internacionais (soberania, direitos humanos e cidadania). **Passagens: Revista internacional de história política e cultura jurídica**. Rio de Janeiro, v.8, n.2, maio-agosto, 2016, p.275-292. Disponível em: <<http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/99>>. Acesso: em 07 nov. 2017.

FRANÇA deixará de punir quem abrigar imigrantes em situação irregular. **O Globo [online]**, 06 jul. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/franca-deixara-de-punir-quem-abrigar-imigrantes-em-situacao-irregular-22858274>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

GAUER, Ruth M. Chittó (org); GAUER, Gabriel J. Chittó. **A fenomenologia da Violência**. Curitiba: Juruá, 1999.

HUGO, Victor. **Os Miseráveis**. São Paulo: Círculo do Livro, 1985.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci de O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista de Direito GV**. São Paulo, 6 (1), p.275-294, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

KÖCKE, Rafael. Migrações e (de) igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: Morais, José Luís Bolzan de; SANTORO, Emilio; TEIXEIRA, Anderso Vichinkeski. **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2015.

LISOWSKI, Telma Rocha. A apatridia e o “direito a ter direitos”: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, n. 3, p. 109-134, 2012. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2018.

MAYA, David; SILVEIRA, Héctor. EUROPA ANTE LA XENOFOBIA Y SUS RESPONSABILIDADES. Universidad de Barcelona: **Revista Crítica Penal y Poder**, n. 10, p. 179-183, 2016. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/15490/18654>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

MIGRANT crisis: Migration to Europe explained in seven charts. **BBC**. Available in <<http://www.bbc.com/news/world-europe-34131911>>. Acesso em: 10 out. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Refúgio em números**. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/REF%C3%9AGIO%20EM%20N%C3%9AME-ROS_1104.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução A/RES/54/166 sobre “Proteção dos Migrantes” de 24 de fevereiro de 2000**.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). **Glossário sobre migração**. Genebra: OIM, 2009. Disponível em: <<http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Relatório Mundial Sobre a Prevenção da Violência**. Genebra: OMS, 2014. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/handle/10665/145086>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

_____. **Il diritto fraterno**. Roma: Editori laterza Bari, 2005.

_____. **Diritto vivente**. Bari: Laterza, 2008.

ROCHA, Zeferino. **Paixão, violência e solidão**: o drama de Abelardo e Heloísa no contexto cultural do século XII. Recife: UFPE, 1996.

VENTURA, Deisy. Mobilidade humana e saúde global. **Revista USP**. São Paulo, n. 107, out/nov/dez. 2015, p. 55-64. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/115113>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

DISCURSOS ACERCA DA PENITENCIÁRIA JUIZ PLÁCIDO DE SOUZA (CARUARU-PE): ANÁLISE DA IMPRENSA E DAS MEMÓRIAS DE SEUS ATORES SOCIAIS

DISCUSSIONS ABOUT THE PENITENTIARY JUIZ PLÁCIDO DE SOUZA (CARUARU-PE): ANALYSIS OF THE PRESS AND MEMORIES OF ITS SOCIAL ACTORS

Flavio de Sá Cavalcanti de Albuquerque Neto¹

Data de recebimento: 30/04/2018

Data de Aprovação: 25/07/2018

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a contraposição, no plano discursivo, acerca da qualidade e a natureza das ações de tratamento penitenciário encetados na Penitenciária Juiz Plácido de Souza (localizada no município pernambucano de Caruaru) entre a imprensa escrita da cidade e os relatos de memória de diversos atores sociais ligados ao cotidiano desta unidade. A partir dessa análise comparada, pudemos problematizar aspectos diversos do cotidiano desta instituição, como a sua administração e a execução de ações que atendiam aos objetivos de promover a ressocialização, garantir direitos básicos dos presos e manter a ordem interna.

¹ É doutor em História pela Universidade Federal de Pernambuco (2015). Professor do IFPE, campus Caruaru.

É um dos organizadores da coletânea "História das Prisões no Brasil" (Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017).

Tem experiência na área de História, com ênfase em História das Prisões, História Moderna e Contemporânea e História do Brasil Império e República, atuando principalmente nos seguintes temas: Política e Sociedade no Brasil Império; História das Prisões Brasileiras (Império e República)

PALAVRAS-CHAVE

Prisões; imprensa; memória.

ABSTRACT

This article has the objective of analyze the contraposition, discursively, around the quality and the nature of the treatment penitentiary actions initiated on the penitentiary Juiz Plácido de Souza (located in Caruaru, in Pernambuco state) between the municipal written press and various social actors memories related this prison. From this comparative analysis, we were able to problematize different aspects of the daily life of this institution, such as its administration and the execution of actions that met the objectives of promoting resocialization, guarantee basic rights of prisoners and maintain internal order.

KEYWORDS

Prisons; press; memory.

INTRODUÇÃO

Em julho de 1988, foi inaugurada, em Caruaru, maior cidade do agreste Pernambucano, a Penitenciária Juiz Plácido de Souza (PJPS), uma das 20 unidades que compõem o sistema prisional do Estado, que conta com um total de 31.919 presos para apenas 11.196 vagas, dados de 2015 do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, do Conselho Nacional de Justiça. Vale ressaltar que, hoje, a Plácido de Souza é a penitenciária com a maior superlotação do estado de Pernambuco, com uma população mais de 5 vezes maior que a sua capacidade (mais de 2 mil homens para um pouco mais de 380 vagas).

A partir do final da década de 1990 e, mais amplamente, nos anos 2000, a Penitenciária Juiz Plácido de Souza recebeu certo destaque nas impressas falada e escrita locais, e às vezes estaduais e até nacionais, devido à execução do Projeto de Ressocialização e Humanização do ambiente carcerário na unidade, criado no final dos anos noventa pelo então gestor Guilherme Azevedo (1996-2002), mas ampliado durante a gestão de Cirlene Rocha (2002-2013), que teve como mote a promoção da ressocialização e a garantia dos direitos humanos dos presos, através de diversas atividades como o acesso à educação, a prática de esportes, o trabalho produtivo, entre outras. Além disso, a interação dos reeducandos com suas famílias deveria ser estimulada tanto através das visitas rotineiras, quanto a partir de eventos, como a Semana do Preso, realizada anualmente nos meses de agosto. Por tudo isso, a PJPS, criou-se a ideia de que esta unidade se tornou “um ponto cego na cultura do controle do crime” (ALMEIDA, 2013). Cirlene Rocha deixou a PJPS em maio de 2013, quando assumiu a gestão Sérgio Siqueira que deu continuidade aos projetos e ações listados.-

As diversas atividades realizadas na PJPS em favor dos reeducandos foram frutos de parcerias com instituições públicas e privadas do município (faculdades, escolas, hospitais, laboratórios, empresas e indústrias, etc.), além de contar também com a colaboração tanto dos familiares dos reeducandos como da população vizinha à unidade, localizada no bairro do Vassoural e de outros setores da sociedade civil organizada, como religiosos de diversos cre-

dos. Isso ampliava a rede de colaboração e fazia com que tais ações não fossem algo apenas em nível institucional, mas envolvesse os mais variados setores da sociedade caruaruense.

Neste sentido, a proposta deste artigo é apresentar os resultados de pesquisas realizadas em duas etapas, no sentido de problematizar os discursos acerca destas ações desenvolvidas na PJPS. Num primeiro momento, foram realizadas pesquisa e análise de jornais que circularam na cidade de Caruaru no período de 1996 a 2014, a saber, os jornais Vanguarda e Extra, bem como de alguns periódicos de circulação estadual (Jornal do Comércio e Diário de Pernambuco). Além da análise de conteúdo, pudemos perceber distintos vieses políticos entre os periódicos elencados, o que será explorado mais à frente.

Numa segunda fase, procedemos à realização de entrevistas e análise das memórias de pessoas envolvidas com a direção e os trabalhos desenvolvidos na PJPS durante as três gestões supracitadas – os chamados “agentes da ordem prisional”. Além disso, fizemos uma análise comparativa entre as memórias dessas pessoas com o que foi noticiado na imprensa, afim de confirmar ou não as informações publicadas, tendo em vista que há interesses políticos distintos entre os jornais e isto reflete diretamente naquilo que é noticiado, tanto no que diz respeito ao conteúdo quanto à dizibilidade e à forma como o tema é tratado.

Diante o exposto, ressalte-se que o nosso enfoque observar a prisão a partir de uma dimensão humana, mas sem deixar de lado um panorama burocrático da instituição. Para isso, nos apropriamos do conceito de “instituições totais”, de Erving Goffman (2005), para quem elas são “locais de residência ou trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. Assim, analisamos o dia-dia da unidade prisional: as rotinas de presos, guardas, administradores, etc.

Devido à infinidade de alternativas de pesquisa, a história das prisões deixou de ser apenas uma opção temática e passa a ser um campo de investigação. Assim, essa visão da penitenciária a partir do aspecto humano, nos possibilita estudá-la a partir dos retratos feitos pela imprensa, que é o que caracterizou nossa pesquisa em sua primeira etapa, proporcionando uma re-

novação temática e metodológica no campo da História das prisões no Brasil, cuja produção, cada vez mais, se distancia de análises institucionais e se volta para a dimensão social destas instituições. Isso também se reflete na opção de trabalhar a prisão através dos relatos de memória, opção quase sem uso na historiografia nacional sobre as prisões. Assim, essa nossa perspectiva humana da instituição é o que justifica historiograficamente nossa pesquisa, tendo em vista que ela se constitui uma abordagem pouco empregada pelos historiadores que se debruçam sob este campo.

A PJPS NA IMPRENSA

Segundo Tania de Luca (2011), desde a década de 1970, os jornais e as revistas ganharam status de fonte histórica importante, bem como a objeto de estudo. Antes disso, havia uma certa desconfiança com o uso de jornais pelo historiador, devido ao caráter efêmero da notícia e pelo texto jornalístico não ser neutro. Mas, com algumas renovações que estavam ocorrendo na ciência histórica neste período, a imprensa passa a despertar a curiosidade dos pesquisadores. Contudo, de acordo com a autora, deve-se ter cuidado com o uso destes documentos históricos, pois eles “não são, no mais das vezes, obras solitárias, mas empreendimentos que reúnem um conjunto de indivíduos, o que os torna projetos coletivos, por agregarem pessoas em torno de ideias, crenças e valores que se pretende difundir a partir da palavra escrita”. (2011, p.140)

Tania de Luca alerta que o pesquisador que opta por trabalhar com a imprensa, ou seja, com o que se tornou notícia, precisa dar conta das razões que levaram à decisão de transformar algo em notícia. A ligação do periódico a determinado setor da sociedade ou grupo político, neste caso, pode revelar muito sobre a intenção de publicar determinado texto. Para a autora, identificar o grupo responsável pelo jornal é fundamental para o trabalho com este tipo de fonte histórica. Sendo assim, ao optarmos pelas análises nos jornais, sabíamos que iríamos encontrar abordagens diferentes, opiniões diferentes, isso porque nenhum jornal é completamente imparcial, eles sempre são carregados de uma determinada posição política, retratando os interesses de cada grupo do qual fazem parte, conforme ideia de Tania de Luca, citada acima.

Como fora dito, numa primeira fase desta pesquisa, procedeu-se à análise de matérias publicadas em jornais. Desta feita, percebemos, primeiramente, que nos anos 1990, quando a instituição era gerida pela Polícia Militar, a maior parte das publicações sobre a PJPS retratavam os problemas cotidianamente enfrentados nesta instituição e eram geralmente muito críticas e pessimistas. Porém, na década seguinte, o tom de algumas matérias mudou. Devido ao alegado sucesso do Projeto de Ressocialização e Humanização do Ambiente Carcerário na PJPS, alguns periódicos passaram a dar ênfase a aspectos antes não noticiados do cotidiano da instituição.

Foi através das páginas dos periódicos pesquisados, em especial o *Jornal Vanguarda*, deu-se visibilidade à realização de uma série de ações na unidade, no sentido de promover uma melhora do dia a dia dos presos, tirá-los da completa ociosidade, além de manter a ordem e tranquilidade internas. Assim, no período pesquisado, na PJPS foram oferecidas atividades como a prática de esportes (vôlei, futebol, capoeira, entre outros), num espaço reformado para este fim; várias oficinas foram montadas para dar possibilidade de presos trabalharem, como fabricos de roupas em jeans (comercializadas na feira de Caruaru), artesanato, vassouras, chaveiros, um estúdio de tatuagem, salão de cabeleireiro, etc; acesso à educação, tendo em vista a existência, no interior da unidade, da Escola Gregório Bezerra, ligada à Secretaria Estadual de Educação, e que atende em média 500 presos; a interação com a família foi estimulada, em diversas ocasiões, como o Dia dos Pais, Dia das Mães, Semana do Preso; a participação de setores da sociedade civil, como empresas que ofertaram cursos de formação profissional, ações sociais promovidas por faculdades, bem como a presença de religiosos. Assim, forjando uma representação de uma unidade prisional modelo, na maioria de seus textos sobre a PJPS na década de 2000, o *Jornal Vanguarda* noticiou estes aspectos acima listados, e, em sua maioria, em tom laudatório às figuras dos então gestores.

Diferentemente do *Jornal Vanguarda*, o *Jornal Extra* não veiculou, na mesma proporção e com o mesmo tom de exaltação, aspectos tidos como positivos sobre a PJPS, nem fazia comentários elogiosos à unidade e/ou à gestão, limitando-se a textos de caráter meramente informativo, expondo, rapidamente, o fato ocorrido. A partir disso, percebemos que este, o *Jornal Extra*, tendeu

a reproduzir o senso comum em relação à prisão e aos prisioneiros, pois não publicizava as ações que vinham sendo desenvolvidas na unidade prisional.

A guisa de exemplo, num recorte temporal entre os anos de 2011 ao de 2013, o *Jornal Vanguarda* publicou cerca de 30 matérias sobre a Plácido de Souza, o que dá um número de quase uma matéria por mês, levando-se em conta que se trata de um periódico semanal, e não diário. Dessas matérias, cerca de dois terços foram elogiosas e apenas um terço fazem críticas, geralmente direcionadas ao problema da superlotação. Esta disparidade mostra o posicionamento do *Vanguarda* com relação à direção da unidade no período em tela, fazendo, não raras vezes, grandes elogios aos diretores e aos projetos desenvolvidos, sempre destacando a importância desses para a vida dos reeducandos no cárcere. Ressalte-se, também, que até mesmo os problemas de superlotação foram usados pelo jornal para exaltar a PJPS, mostrando que, mesmo com as dificuldades, a unidade consegue garantir a execução do projeto de ressocialização. Notamos ainda que alguns eventos noticiados pelo *Vanguarda* eram destaque todos os anos, como a promoção de atividades infantis durante férias escolares, para os filhos dos detentos; o início do ano letivo na escola da unidade; o recebimento de diplomas no final do ano; algumas datas comemorativas, etc.

Já a proporção da natureza das matérias sobre a unidade publicadas no *Jornal Extra* é inversa em relação ao outro periódico, ou seja, dois terços das notícias eram críticas ou sobre problemas enfrentados pela unidade, e um terço tinham caráter meramente informativo.

MEMÓRIAS DA PJPS

Atualmente a memória vem ganhando lugar de destaque na história, tudo isso devido à aceleração do tempo na contemporaneidade e ao medo da supressão das lembranças. Não existe um consenso sobre a relação existente entre memória e história. Halbwachs acredita que a diferença entre as duas está no fato da história prender-se a calendários e fatos, o que faz do seu tempo homogêneo, diferente do tempo da memória, dos múltiplos grupos que compõem o social. Enquanto Neves afirma que a história se constitui como forma

de preservação e retenção do tempo, salvando-o do esquecimento, portanto, história e memória seriam suportes das identidades individuais e coletivas. (Apud LOPES, 2012).

É nessa relação de transição entre memória e história que surge o testemunho, a oralidade, ou, a história oral. Porém, vale lembrar que essa metodologia só dispõe os trabalhos, estabelecendo e ordenando procedimentos não suprimindo todas as questões metodológicas envolvidas no trabalho, por isso utiliza-se da Teoria da História para resolver as questões pendentes. Em outras palavras, a história oral é capaz apenas de suscitar, jamais de solucionar, ela formula as perguntas, mas não oferece as respostas

Assim, num segundo momento da pesquisa, realizaram-se entrevistas com diversos atores partícipes do dia a dia da Penitenciária Juiz Plácido de Souza, no sentido de confirmar ou confrontar suas memórias com as notícias dos jornais acima analisados. Detivemo-nos, inicialmente, nos depoimentos de três ex-gestores da unidade, o primeiro, Guilherme de Azevedo, médico que ocupou o cargo entre os anos de 1996 e 2002; a segunda, Cirlene Rocha, ex-agente penitenciária, formada em Direto, que geriu a unidade de 2002 a 2013, e o terceiro, Sérgio Siqueira, também ex-agente da unidade, que ascendeu ao cargo máximo em maio de 2013, permanecendo até junho de 2016. Após estas entrevistas, coletamos os depoimentos de outras pessoas ligadas ao cotidiano da unidade: uma ex advogada da PJPS, hoje coordenadora de um projeto de extensão que beneficia os detentos; uma professora da Escola Estadual Gregório Bezerra, que funciona nas dependências da unidade e a diretora desta mesma escola; uma ex assistente social da unidade, que atuou entre os anos de 2006 a 2009; e, por fim, um agente penitenciário, lotado no setor de assistência social. Todos estes últimos depoentes solicitaram anonimato. Tendo isto em vista, separamos a nossa análise dos dados em duas categorias: categoria 1 (gestores) e categoria 2 (funcionários).

Categoria 1: Gestores

O entrevistado 1, Guilherme de Azevedo, chegou à PJPS a convite do bispo de Caruaru, Dom Antônio Costa, membro da Pastoral Carcerária Ecumênica, que o para atuar como médico da unidade. Segundo o depoente, desde a

sua chegada, conquistou a simpatia entre os detentos, pelo bom desempenho da sua função e por servir de porta-voz para os presos junto à gestão, chegando até a denunciar torturas que ocorriam na Plácido de Souza e em outras unidades do sistema penitenciário.

Em sua fala, ele alegou que a unidade, quando se sua chegada, encontrava-se bastante precária em termos materiais, não existindo preocupação com a higiene do local e dos presos, que conviviam com ratos; a comida era servida aos detentos em latas de leite; havia um alto índice de uso de drogas e de porte de armamentos; além das torturas e do desrespeito com os familiares dos detentos, havendo casos até de violação sexual. Assim, ele afirmou que os preso

[viviam] armados, cheios de droga, ambiente péssimo de questões sanitárias. A comida horrorosa, que faziam na cozinha de qualquer jeito e levavam num carro de mão cheio de lata de leite, lata de doce. Chegavam na cela e entregavam a ração como se fosse cachorro. (Informação verbal)

Diante este contexto, o entrevistado afirma ter sido convidado pelo então governador de Pernambuco Miguel Arraes para assumir a direção da unidade junto com a Pastoral Carcerária em 1996. Mesmo sem a preparação ideal, por ser formado em medicina, e enfrentando certa resistência da Polícia Militar do estado, que até aquele ano esteve responsável pela administração da PJP, o entrevistado assumiu o cargo.

Azevedo afirmou que sempre procurou melhorar a estrutura deixada pelos antigos diretores, tentando garantir tudo aquilo que estava previsto na Lei de Execução Penal (Lei 7210, de 11 de julho de 1984), afim de, nas próprias palavras do entrevistado, dar “ condições de humanidade aos presos”. Partindo desse pressuposto, ele começou a desenvolver ações tidas como inovadoras no sistema e, muitas vezes, criticadas, entre as quais citou: a implantação de um escola de ensino básico e cursos profissionalizantes; capacitação da equipe de agentes penitenciários; campanha de desarmamento com garantia de anonimato; treinamento da equipe de cozinha; obtenção de equipamentos para o refeitório (como bandejas, pratos e talheres); criação de fábricas em parcerias com o comércio local; criação do mutirão jurídico em par-

ceria com uma faculdade privada, para regularizar toda a documentação dos presos, que estavam guardadas sem organização; implantação do casamento coletivo, com o benefício de uma noite conjugal, entre outras. Neste sentido, Azevedo defendia que suas ações não deveriam ser heroificadas, apregoando que “de repente a gente tava fazendo o óbvio do óbvio na unidade, tava dando as condições mínimas para um ser humano se humanizar. E todo mundo ohhhhhh”. (informação verbal). Apontou, ainda, que a maior dificuldade para o desenvolvimento dessas atividades e, conseqüentemente, para o Projeto de Ressocialização foi convencer a sociedade de que tudo isso era viável, pois a sociedade, segundo ele, ainda nutre certo rancor contra os criminosos e não acredita na sua recuperação, negando-se, inclusive, a ser partícipe no processo de recuperação destes sujeitos.

Vale ressaltar, ainda, que o entrevistado alega ter grande preocupação com o bem estar emocional. Ele afirmou que sempre se manteve atento a questões como a afetividade dos presos e as relações de solidariedade que eles desenvolviam uns com os outros. Um exemplo dado foi um caso ocorrido com um preso conhecido como João Boy, que estava deprimido e foi pego chorando, deitado no colo de um companheiro de cela sendo, por isso, alvo de piadas de cunho homofóbico por parte dos demais presos, tendo o entrevistado contornado a situação, evitando maiores constrangimentos para o apenado.

Com relação à sua saída da administração da PJPS, Azevedo relata que, no início da gestão do ex-governador de Pernambuco Jarbas Vasconcelos, ele foi instado a escolher entre ser diretor da Superintendência do Sistema Penitenciário ou sair do sistema prisional. Porém, ao decorrer da entrevista, ele afirma que a sua saída da unidade se deu por questões políticas, que dificultam a realização de um bom trabalho nas prisões. Assim, ele afirmou que

tem certas instituições no Brasil que ta (sic) pré-determinado para dar errado, sistema penitenciário não pode dar certo, na hora que da certo ele é regovernado. (informação verbal)

Já a segunda entrevistada, Cirlene Rocha, assumiu a gestão da unidade, por indicação do seu antecessor, em julho de 2002, tendo em vista que ela

já trabalhava na PJPS como Agente de Segurança Penitenciária, e, segundo ela, mantinha uma boa relação com os detentos. Era a responsável pelo setor de laborterapia e, por isso, estava diretamente envolvida nas ações do Projeto de Ressocialização. Ao assumir o cargo de direção, deu continuidade ao trabalho desenvolvido por Azevedo, ampliando a participação de instituições externas e da família dos condenados no cotidiano da PJPS.

Rocha afirma ter assumido a unidade já com uma certa melhoria material, sem os problemas de tortura, violência e falta de higiene, porém a superlotação começava a se acentuar, com 373 presos para 90 vagas, e os investimentos do estado eram escassos. Porém, mesmo com essas dificuldades, a entrevistada deu afirmado ter optado por dar continuidade às ações desenvolvidas na gestão anterior, contudo com um foco distinto, tendo em vista que a ela tinha a intenção de promover “ações redutoras de conflitos naquele ambiente”, ou seja, ocupar os presos para manter a ordem interna da unidade.

Seus relatos levam a crer que sua relação com os reeducandos era boa, apesar de sua postura tida como rígida e autoritária, o que pode ser notado pela forma que ela fala sobre os presos nas suas lembranças: que tratava todos de forma igual e não abria exceções para determinado preso por causa do seu comportamento.

No que diz respeito à sua saída da unidade, a entrevistada afirmou que pediu à Secretaria de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos sua exoneração, pois ocupou o cargo por mais de 12 anos. Ela relatou, ainda, que este foi um processo rápido, que durou menos de uma semana, e que quase nenhum preso sabia da sua saída, para, segundo ela, não gerar nenhuma situação de instabilidade.

Foi durante seu período de condução da PJPS que o Jornal Vanguarda mais publicou notícias sobre esta instituição, num total de 150, entre os anos de 2002 e 2013, sendo mais de dois terços delas elogiosas ao seu trabalho, e destacando sua atuação como única mulher a gerir um presídio masculino no país. Assim, pelas páginas deste periódico, Rocha foi retratada como gestora eficiente e figura humanitária de destaque.

Já o terceiro entrevistado, Sérgio Siqueira, ingressou na unidade em 2002 através de um concurso para agente penitenciário. Inicialmente, traba-

lhou como plantonista, depois tornou-se chefe de plantão, sendo, um tempo depois, convidado para fazer parte do Núcleo de Inteligência da PJPS, onde permaneceu até o ano de 2013, quando fora convidado para assumir a vaga da de Cirlene Rocha na direção da unidade.

Quando assumiu o cargo, segundo ele, o clima estava tenso, havia ocorrido problemas relacionados a uma série de homicídios e tráfico drogas no fim da gestão da anterior. Ele destacou, também, a má higiene do local, afirmando que a penitenciária estava muito suja. Com todos esses problemas, os presos estavam receosos e desconfiados com a sua chegada, pois temiam que fosse um “gestor linha dura” e que iria realizar grandes mudanças na unidade.

Porém, de acordo com seu depoimento, ele agiu de forma contrária a essas expectativas: ao invés de assumir um enfrentamento direto com os presos, buscou melhorar o bem-estar deles e de seus familiares. Assim, ordenou a pintura das paredes e a colocação de cerâmica na unidade, melhorou a higienização e o atendimento médico e investiu na ampliação ao acesso à educação através da escola Gregório Bezerra. Ainda de acordo com o entrevistado, as melhorias na unidade surtiram efeitos imediatos, como por exemplo a erradicação do crack e a redução do número de homicídios na unidade.

Siqueira ressalta, ainda, que tais efeitos também foram frutos de esforços dos próprios detentos, que ajudaram a direção a combater as drogas e as armas brancas. Segundo o depoente, eles vivenciaram tantos problemas e dificuldades em um período curto de tempo, que passaram a auxiliar as ações, repassando informações à direção.

Assim, outro diferencial da penitenciária passa a ser, para ele, a forma pela qual o reeducando é tratado, que por ser uma unidade aberta (os detentos passam o dia fora de suas celas, podendo transitar pelos pavilhões até o final da tarde.) o contato com eles é direto. Ainda acrescenta que os projetos de educação, qualificação, o trabalho e as atividades físicas também são um diferencial da PJPS.

Olha, Caruaru tem um diferencial pela forma com que conduzimos o tratamento com os presos, nós aqui, como eu disse a você, como é uma penitenciaria aberta o nosso contato é direto com o preso, a penitenciaria fechada o preso não tem

acesso aos setores, se você observar esses presos chegam aqui na minha sala a qualquer momento, nos temos esses projetos de educação, qualificação e trabalho, nós temos escola, temos atividades físicas, e eu lhe diria que grande parte dessa tranquilidade que você percebe aqui é também pelo preso está solto porque você já imaginou a quantidade de presos dessa trancafiados dentro de uma cela o dia todo, ele vai ficar revoltado ali, né? Então eles fazem artesanato, estudam, percorrem, enfim, não fica trancafiado o dia inteiro, isso daí ajuda muito a melhorar o clima aqui sabe, eu acredito que isso faz parte com que conseguimos minimizar esses problemas. (informação verbal).

Diante o exposto, observamos que um ponto em comum aos três entrevistados é que todos dão grande importância ao papel da sociedade externa na promoção das ações do Projeto de Ressocialização, como podemos ver nessa fala da entrevistada 2:

sempre eles viram a gente com muito respeito, e muita consideração, os projetos eles apoiavam, então isso daí é importante, porque? Porque eles tão vendo, tão olhando o que acontece (...) a gente não faz nada sozinho, nada sozinho, eu via como o que? Como auxiliar da administração. (informação verbal).

Outro ponto comum entre é a relevância que todos deram, em suas falas, às suas ações enquanto gestores para a melhoria da vida no cárcere. Contudo, os entrevistados divergem quanto ao destaque que a unidade recebeu da imprensa local durante essas duas últimas décadas: enquanto Guilherme Azevedo relata que o destaque aconteceu não devido à vontade dos jornais locais, mas sim por causa de indivíduos que não queriam “publicar tanta desgraça”, afirmando que a mídia foi uma grande aliada; Rocha afirma não saber o porque do destaque da unidade, não explicando detalhadamente o assunto. Já Siqueira diz ter uma relação boa com os veículos de informação locais, porém que não se preocupa “em aparecer, mas sim em fazer”, enquanto que, segundo ele, existem gestores que se preocupam mais em sua

visibilidade na mídia, referindo-se à sua antecessora.

Categoria 2: Funcionários

A entrevistada 4 chegou no sistema prisional no ano de 1997 a partir de uma seleção pública para advogado do sistema penitenciário do estado de Pernambuco. Iniciou sua atuação no Presídio de Segurança Máxima de Pesqueira (Presídio Desembargador Augusto Duque) e em meados dos anos 2000 foi convidada por Guilherme de Azevedo para atuar na Penitenciária Juiz Plácido de Souza.

No que diz respeito à relação dos presos com a gestão, à época de sua chegada à unidade, a advogada afirma que presos e gestão relacionavam-se bem, tendo em vista que o Projeto de Ressocialização já tinha sido implementado e conseguindo alguns resultados, no que diz respeito à ordem interna e ao fim da ociosidade. No que tange à gestão seguinte (Rocha), ela afirma que seu relacionamento relação com a ex-diretora não era muito amistosa, devido à postura autoritária daquela, mas, no entanto, pontuou que a direção continuava com uma bom relacionamento com os reeducandos.

Logo depois que tornou-se advogada da unidade, foi convidada por uma faculdade privada de Caruaru para coordenar o setor de Prática Profissional. Como coordenadora, ela percebeu que existia uma grande demanda de alunos para desenvolver as habilidades práticas das atividades de um bacharel em Direito, mas a oferta de estágios não era suficiente para atender todas as necessidades dos estudantes. Ela teve, então, a ideia de propor um projeto de extensão universitária, através do qual estudantes ficariam responsável por auxiliar presos na análise e tramitação de seus processos. Foi dessa ideia que surgiu, no ano 2000, o Projeto de Adoção Jurídica de Presos, que beneficia, até os dias de hoje, não só a Plácido de Souza, mas várias outras unidades prisionais do Estado.

Mesmo com a resistência de juízes, que não aceitavam que estudantes de Direito participassem desse tipo de atividade, bem como dos agentes penitenciários, que humilhavam e barravam as entradas dos alunos, a adoção jurídica foi importante pois, segundo a depoente, fez com que a comunidade

prisional fosse vista com outros olhos pela sociedade civil e pelas instituições educacionais da região. A entrevistada destacou, também, que após o seu projeto, várias outras instituições adentraram no cotidiano da unidade, como por exemplo o engajamento por parte de alunos dos cursos de odontologia e psicologia da rede privada de ensino superior.

A partir da ação, ela percebeu que muitas pessoas encarceradas não deveriam estar, ainda, na unidade, citando exemplos de são indivíduos que foram presos no lugar de outro familiar, pessoas que cometeram crimes que poderiam ser julgados no regime aberto e até mesmo homens que já cumpriram a sua pena, mas que ainda não foram libertados devido à morosidade do Judiciário. Além disso, segundo ela, a seletividade do Direito Penal agrava esta situação, pois “a lei penal foi construída para os pobres, o setor de justiça é criado para aprisionar e pra vigiar essas populações. (informação verbal)” Ou seja, aqui ela se refere ao estado policial que persegue e encarcera a população mais pobre do país, apenas pelo fato de serem pobres, alvo vulnerável de um controle social classista. (ALBUQUERQUE; NASCIMENTO, 2015).

Muitas das tensões dentro da unidade não são, apenas, fruto de rixas entre presos e gangues, mas ocorrem pelo fato dos seus direitos básicos, previstos na Lei de Execução Penal (LEP), não serem garantidos, como por exemplo: falta de água, de assistência médica ou jurídica. Referindo-se a um levante de presos ocorrido na Plácido de Souza, ela afirmou que

o motivo do motim foi que não tinha água pro povo beber, pro povo tomar banho, lá não tinha, a gente fica revoltado dentro de casa sem água pra tomar banho imagina (...) Problema de acesso ao que a Lei de Execução Penal diz que você deve ter, não é privilégio não, é direito, assistente de saúde, assistente jurídica, psicóloga, assistente social, atendimento humano, (...) então, as tensões são geradas justamente pela ausência daqueles direitos que são deles. (informação verbal).

O depoimento da advogada revelou ainda, como será visto mais a frente, situações que conflitam diretamente com a representação de unidade modelo feita pelo jornal Vanguarda e até mesmo pelos ex diretores entrevistados.

Já a entrevistada 5 trabalhou na Plácido de Souza como professora da escola no tempo que ela era apenas um anexo da escola Nicanor Souto Maior, mas depois foi convidada pela Secretaria de Educação de Pernambuco para ser a diretora da escola, agora independente, que recebeu o nome de Escola Gregório Bezerra, escolhido pelos próprios reeducandos, em votação.²

Na entrevista ela afirma que a escola tornou-se autônoma seguindo os princípios da Lei de Execução Penal, que tornou obrigatória a implantação de um escola dentro de cada unidade prisional. Devido à faixa etária da população carcerária, a modalidade de ensino adotada é o EJA (Educação de Jovens e Adultos), através da qual os presos têm acesso tanto ao ensino fundamental, quanto ao ensino médio.

A escola atendia 440 alunos, quando da realização da entrevista, em meados de 2015. Segundo ela, se não fosse a falta de espaço físico, como salas, cozinha, refeitório, a oferta seria bem maior, visto que os reeducandos solicitam, constantemente, mais vagas. Porém, a entrevistada acredita que essa grande procura se dá devido à possibilidade de remissão da pena, pois a cada 12 horas de estudo o detento ganha um dia a menos na sua condenação.

A diretora ressalta um receio inicial dos docentes, tendo em vista a especificidade do público alvo.

Quem chega com aquele receio, aprende logo que tá numa escola normal, porque eles se comportam igual a aluno da rua, conversam, perguntam, não querem estudar, tem de tudo na sala, tem os interessados, tem os que devoram livros que é remidos (sic) pra ele pra ler, normal... Até a bronca, tem que dar bronca da mesma forma que você dá na rua, porque se você não pedir silêncio, você não consegue dar uma aula, do mesmo jeito da rua. (informação verbal)

Assim, ela defende que relação aluno-professor é muito boa, pois

² Na década de 2000, a Escola Estadual Nicanor de Souto Maior cedeu alguns docentes para atuarem na PJPS, que constituiu-se, desta forma, num anexo desta escola. A ex diretora Cirlene Rocha, com apoio da Gerência Regional de Educação de Caruaru, conseguiu com que o anexo ganhasse autonomia e se transformasse na Escola Gregório Bezerra. Não tivemos acesso a documentos sobre esta transição, mas hoje a EGB é listada entre as escolas estaduais do município de Caruaru no pela Secretaria Estadual de Educação.

os estudantes respeitam os docentes. Ainda segundo ela, entre os êxitos da Escola ela destaca uma turma de concluintes do Ensino Médio, bem como a presença de alguns indivíduos que realizaram a prova do “Enem Prisional” no ano de 2014.

Para finalizar, a entrevistada afirmou que não acredita que não exista outra forma de ressocializar o detento que não seja através da educação, afirmando que durante as atividades escolares eles relatam que estão “se sentindo gente”, coisa que “em toda sua vida eles não tinham experimentado, nunca tinham sido tratados daquele jeito” (informação verbal).

A entrevistada 6 já havia ocupado o cargo de professora da PJPS quando a escola da unidade constituía-se um anexo da Escola Nicanor Souto Maior. Quando a prisão ganha uma escola própria, ela foi convidada pela Gerencia Regional de Educação para exercer mais uma vez o magistério na unidade.

Segundo seu depoimento, na época do funcionamento do anexo, as salas de aula eram reduzidas e a tramitação de documentos entre a PJPS e o Nicanor de Souto Maior era intermediada por uma funcionária da penitenciária, o que dificultava um pouco o trabalho. Afirmou, no entanto, que a gestora da unidade fazia o possível para melhorar a estrutura do anexo e a Gerencia Regional de Educação também dava suporte, enviando pedagogas responsáveis pela EJA.

Depois da autonomia da Escola Estadual Gregório Bezerra, as condições melhoraram, principalmente no que diz respeito à estrutura física e ao corpo de funcionários.. Porém, segundo a mesma linha da diretora da escola, ela afirmou que “os números ainda não são suficientes para atender toda a demanda.”

A docente destacou, por inúmeras vezes, em sua fala a especificidade do público atendido. Por serem alunos mais velhos, “eles precisam de uma metodologia diferente”. Assim, segundo ela, é um público que

chega na escola esperando algo muito maior do que ele não encontrou lá fora e ele espera isso do professor, da professora, da gestora, de todos que estão envolvidos, ele espera muita coisa, muito mais do que eles tinham a expectativa lá fora, eles esperam e é nessa espera que a gente tem trabalhado,

numa questão dialógica. (informação verbal)

Ela também defendeu, assim como a diretora da escola, que a maioria dos reeducandos procuram as vagas devido à remissão. Porém, os professores buscam passar para esse alunos, através do acolhimento, do dialogo e do debate que a remissão é importante mas que o aprendizado deve ser o maior objetivo deles: “a principio, quando eles já vem à procura da vaga, é porque primordialmente é a remissão, a gente não pode negar isso porque é um fato”. (informação verbal)

A entrevistada 7 trabalhou de 2006 a 2009 como assistente social na Plácido de Souza, ingressando através de seleção simplificada. Seu depoimento foi bastante importante para esta pesquisa pois nos ajudou a repensar as representações que o Jornal Vanguarda fazia sobre esta unidade. Como foi dito, este periódico retratava a PJPS e a então diretora Rocha de forma “heroica”, mas algumas entrevistas desconstruíram essa imagem, e o depoimento da assistente social foi bastante contundente, ao denunciar diversas ocasiões de abusos de poder, maus tratos a presos, privilégios a outros, violação de direitos humanos, entre outras coisas.

Com relação a esses privilégios, ela mencionou exemplos como “ter visita a qualquer hora, era entrar com algumas coisas lá dentro, assistir as Olimpíadas dentro da sala da direção (...) fazer ligações na hora que queria.” (informação verbal). Melhorias materiais, que os jornais locais alegam ter havido na unidade, a entrevistada nega veementemente, dizendo que a PJPS é um presídio como os demais do sistema penitenciário do estado.

Já a oitava entrevista foi concedida por um agente penitenciário que trabalha na unidade desde ano de 2012, no setor social (atendimento ao detento). Ele admite que a Plácido de Souza é atípica pela sua extrema superlotação. Seu depoimento nos confirmou diversas impressões que obtivemos ao longo da coleta dos outros depoimentos, como a quantidade reduzida de presos que exercem alguma atividade laboral, as péssimas condições materiais da unidade, os problemas de gestão de Cirlene Rocha, a truculências de alguns agentes, bem como a existência de muitas pessoas que não deveriam estar presas, seja pelo tempo da pena, seja pelo tipo de delito cometido, entre outros aspectos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas páginas anteriores, discutimos, a partir de fontes impressas e imateriais (relatos de memória) aspectos ligados ao cotidiano da Penitenciária Juiz Plácido de Souza, que foram a razão da produção de diferentes discursos acerca desta unidade prisional. O mote dessa produção discursiva foram as ações do Projeto de Ressocialização e Humanização do Ambiente Carcerário, em especial durante a década de 2000.

No que tange à imprensa, percebemos distintas abordagens nos jornais pesquisados, tendo em vista ser o Extra mais conservador e o Vanguarda ligado a um grupo político de orientação progressista. Mas foram as entrevistas que nos deram informações ainda mais ricas que as encontradas nos jornais. O jornal tem um motivo pelo qual transforma um fato em notícia (DE LUCA, 2011), mas a memória é seletiva e a rememoração é perpassada por valores, sentimentos e pelas mais diversas influências da cultura sobre o indivíduo (LOPES, 2012).

Com relação aos gestores entrevistados, notamos que, mesmo com algumas opiniões divergentes, modelos de gestão diferentes, todos eles apresentam a mesma visão sobre o sistema penitenciário: que, dado sua atual situação, ele não pode dar resultados positivos, e que configura-se apenas um lugar em que o Estado deposita criminosos. Isso fica evidente nos trechos abaixo, retirados das falas de Rocha e Azevedo, respectivamente:

(...)porque o sistema não foi feito pra ser bom, pra fazer o bem, o sistema foi feito pra matar pra destruir aquelas pessoas, por que o estado não tem onde colocar aquelas pessoas, o estado não tem casa pra todo mundo, o estado não oferece emprego pra todo mundo, o estado não oferece capacitação pra todo mundo, educação, não oferece nada. (informação verbal)

Você vê um preso que tá lá e sai e se reintegra e está bem de vida, isso é uma afronta moral a todo sistema que tá, o que vão fazer pra ele dar errado não é brincadeira. Então a questão antes de ser social é política. (informação verbal)

Porém, mesmo com as dificuldades do sistema, os gestores afirmam acreditar na ressocialização dos detentos, defendem que, com o estímulo e as ações corretas, eles podem se tornar pessoas aptas ao convívio social, bem como trabalhadores disciplinados e dedicados. Assim, segundo Siqueira,:

Aqui nos temos oportunidade para todos que querem fazer, agora acontece que muitos estudam de manhã e trabalham à tarde, e não sobra tempo então eu acho que eles estão no caminho certo, pela 27 educação e também pela questão da redução a cada 12 horas estuda diminui um dia da pena e no trabalho a cada três dias também diminui um, então isso é muito importante, isso ajuda a ele a se disciplinar NE, eles ficam mais disciplinados. (informação verbal).

No entanto, estas impressões acerca do sistema prisional coaduna com a posição que eles ocuparam na PJPS. Falar abertamente dos problemas da unidade, ou das evidentes falhas do sistema carcerário, seria admitir falhas pessoais enquanto gestores. Logo, é esperado que os três entrevistados fossem porta-vozes de discursos acerca da PJPS que transmitissem a ideia de que ela é, de fato, uma unidade modelo, embora problemática no que diz respeito, principalmente, às suas condições materiais. A dizibilidades de seus discursos e seu estatuto de verdade só são possíveis pela posição de poder que eles ocuparam no sistema prisional.

Ainda sobre os gestores, podemos perceber que cada um deles atribui importâncias diferentes às ações do projeto de Ressocialização. Enquanto Azevedo afirma ter criado o projeto com o objetivo de dar humanidade aos detentos, Rocha encarava tais ações como uma forma de ocupar os mesmos e manter a ordem interna. Já Siqueira mostra sua intenção de disciplinar os reeducandos, apostando principalmente na educação e no trabalho.

Comparando-se as matérias dos jornais elencados com os depoimentos, notamos que a imprensa de Caruaru levava a crer que durante a gestão da Pastoral Carcerária, o cotidiano da PJPS ainda era marcado pelos mais comuns problemas do sistema carcerário, como fugas e mortes. Pelas páginas do Jornal Vanguarda, parece-nos que o cenário mudou durante a gestão de Cirlene Rocha, pois,

nesse período, esse periódico começou a veicular diversas matérias sobre a unidade exaltando a então diretora. Porém, pelos depoimentos de diversos outros atores sociais, observamos que isso pode ser questionado, como falaremos mais abaixo.

Em suma, o *Jornal Vanguarda* tendeu a creditar muitos fatos apenas à figura de Cirlene Rocha. Tanto antes como depois de sua gestão (2002-2013) o número de publicações sobre a PJPS neste semanário é bastante reduzido, além dos temas serem limitados, em quase sua totalidade, a eventos de cunho negativo. Isso nos leva à hipótese da existência de uma propaganda da PJPS nas páginas do referido jornal, o que foi confirmada em por um entrevistado que alegou a existência de contatos diretos da gestão com o *Jornal Vanguarda*.

Ainda, a partir da análise dos relatos do sucessor de Rocha, nos quais ele lembra que, quando assumiu a unidade, ela se encontrava com problemas de falta de higiene, homicídios e que a PJPS não possuía médicos nem enfermeiros, pode-se questionar se havia mesmo mérito por parte da então gestora que justificasse tamanha visibilidade nas páginas do semanário, que retratava um cotidiano institucional em que a própria superlotação ficava embaçada pela execução de ações tidas como inovadoras.

Em outro jornal pesquisado, de circulação estadual, houve uma denúncia de esquema fraudulento de liberação de presos (*Jornal do Comércio*, 11/11/2011), nos mostrando uma outra face da PJPS, que é o fato de que, mesmo com o alegado sucesso do Projeto de Ressocialização e dos esforços da diretora, a PJPS não esteve livre, na última década, de problemas comuns à realidade carcerária brasileira, para além da superlotação, como corrupção, fraudes, etc.

Já no que diz respeito à relação entre os reeducandos e a administração da PJPS, as falas dos três diretores nos levam a crer que eles tinham a totalidade da população carcerária sob controle, e que a relação sempre foi amistosa e respeitosa. Isto também é ressaltado nas falas das duas funcionárias da Escola Gregório Bezerra, que em diversos momentos ressaltam a tranquilidade do ambiente escolar. No entanto, algumas entrevistas, como a da ex-advogada da penitenciária e da assistente social, bem como algumas matérias do jornal *Extra*, desconstruem esta imagem. Por exemplo, a antiga diretora aparece, em alguns depoimentos, como uma figura autoritária o que, algumas vezes, de-

sagradava alguns presos e funcionários. A assistente social, em alguns momentos da sua fala, chegou a afirmar que a gestora até tinha boas ideias para a condução do presídio, mas defendeu que ela “ não soube lidar com o poder”, e, com isso, destratava com frequência presos, familiares e os próprios funcionários da unidade. Esses abusos de poder, violações de direitos e a existência de privilégios para um grupo de presos, levou a entrevistada a denunciar a PJPS às autoridades competentes.

Diante o exposto, observamos que a Penitenciária Juiz Plácido de Souza não se configura, para muitos dos que vivenciaram seu cotidiano, uma prisão modelo. Ela apresenta os mesmos problemas estruturais das demais unidades do sistema carcerário pernambucano, que é considerado o pior do país, segundo relatório da ONG Human Rights Watch (HRW), divulgado em meados de 2015. Esse relatório aponta que Pernambuco possui a maior superlotação do Brasil, bem como as piores condições de encarceramento.

A imagem de uma penitenciária modelo pode ser desconstruída através de fatos ocorridos em julho de 2016, quando eclodiu uma grande rebelião na PJPS (a primeira em 20 anos e uma das maiores do estado) que deixou um saldo oficial de 6 mortos (incluindo decapitações) e quase 20 feridos. Nesse momento, várias dificuldades da unidade vieram à tona (más condições físicas, problemas de gestão, conflito de gangues rivais, alto poder de grupos de presos, uso e tráfico de drogas e armas, violações de direitos, etc.) através dos presos, da imprensa, das redes sociais e dos familiares dos detentos, que, após a rebelião, passaram dias sem poder entrar na unidade e sem notícias de seus parentes encarcerados. Apenas advogados tinham acesso ao interior da prisão.

O que podemos apontar como considerações finais desta reflexão é que, na ordem do discurso, o que se vê presente em todos os emissores estudados, sejam os jornais, sejam os entrevistados, é a problemática da ressocialização. Uns afirmam crer na sua possibilidade, outros descreem a prisão por esta instituição inviabilizar qualquer possibilidade de preparação dos criminosos para a vida em sociedade. Conforme afirma Letícia Martins:

O sistema penitenciário é apresentado na conjuntura atual como principal instrumento para impedir o avanço da cri-

minalidade. A pena de prisão visa interromper o problema e, ainda, com a proposição de “ressocializar”, supondo que o desvio das normas instituídas está relacionado à falta de formação profissional, de trabalho e de disciplina. Apesar dessa proposição simbólica de que é possível “recuperar” os indivíduos por meio do trabalho, da educação e da disciplina, é questionável tanto a aplicação desse tripé na realidade carcerária quanto se o discurso de humanização da pena realmente é aplicado no cotidiano das Unidades Prisionais.

(...)

É consenso entre a opinião pública que a prisão, por si mesma, não ressocializa ninguém, mas, ainda assim, depositamos na prisão a solução para a criminalidade. Esse discurso tem grande destaque nos meios de comunicação, porém essa concepção simplista não atenta para as contradições da prisão, por exemplo: como é possível preparar uma pessoa para a liberdade isolando-a? (MARTINS: 2014, pp 61-62)

A prisão não concorre para eliminar ou nem ao menos diminuir a criminalidade, mas, pelo contrário, a reproduz e aumenta, pois segrega os indivíduos e os força a uma convivência suscetível a todo tipo violência e violação de direitos. No entanto, alguns discursos e representações aqui analisados, parecem relegar para segundo plano esta problemática, ao tentar disseminar a ideia de que a PJPS constitui-se em uma penitenciária cujo exemplo deveria ser seguido. Como foi dito acima, enquanto o jornal Extra parece mais se aproximar do senso comum no que tange a esta temática, o Vanguarda retratou uma prisão onde quase não havia problemas. Pensando que, como afirmamos acima, existe um interesse por trás da transformação do fato em notícia, uma das entrevistadas afirmou que havia ligação pessoal entre a antiga gestora frequentemente noticiada e a família proprietária do periódico em questão, o que propiciou a visibilidade que a PJPS ganhou nas páginas deste jornal.

Em suma, mesmo em se tratando de um tema sobre o qual a opinião pública parece ter uma imagem já pronta, que, no caso das prisões, é a imagem de uma instituição ineficiente – e não é do escopo deste trabalho fomentar esse debate específico – a produção de discursos dependerá, sempre, da posição e dos interesses do emissor, produtor e indutor dos enunciados que se pretende

transformar em verdades. (FOUCAULT, 1999). A ideia de uma unidade modelo só começou a ser desfeita após a rebelião mencionada mais acima, mas, mesmo após estes acontecimentos, algumas entrevistas já realizadas, bem como levantamento de matérias jornalísticas lidas após este evento, nos revelam que, em Caruaru, ainda persiste a representação da PJPS como uma penitenciária diferente das demais unidades do estado, o que será estudado durante a continuidade desta pesquisa.

A imersão nas pesquisas sobre esta unidade prisional que, possui todos os problemas dos sistemas carcerários estadual e nacional, percebemos que não bastam apenas iniciativas isoladas de gestores se: 1. o Estado não investe na estruturação das prisões e em políticas efetivas de ressocialização e acompanhamento dos egressos; 2. a sociedade não acolhe este egresso, que carrega pelo resto da vida o estigma de ex-presidiário; 3. se parte da imprensa não deixar de incutir na população a ideia de que as prisões são apenas o cenário do caos e que todo criminoso é irrecuperável; 4. se não se admite que o crime, além de uma escolha pessoal, é, acima de tudo, um problema sociológico e tem raízes mais profundas do que a trajetória individual do criminoso (ZALUAR, 1999). Dessa maneira, a Plácido de Souza e todas as demais unidades prisionais brasileiras acabam possuindo uma única função, a de ser um local para onde devem ser mandados os indivíduos que a sociedade deseja excluir de seu convívio, anulando as existências destes sujeitos, durante e após a sua passagem pelo cárcere.

REFERÊNCIAS

ALBERTI, Verena. Histórias dentro da História. In: PINSKY, Carla (org). *Fontes históricas*. São Paulo: Contexto, 2013.

_____. *Manual de História Oral*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ALBUQUERQUE NETO, Flávio de Sá C.; MAIA, Clarissa Nunes, BRETAS, Marcos Luis; COSTA, Marcos Paulo Pedrosa. (orgs). *História das prisões no Brasil*. 2 vols. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

ALBUQUERQUE NETO, Flávio de Sá C.; NASCIMENTO, José Lyndemberg do. História das Prisões a partir da imprensa: o caso da Penitenciária Juiz Plácido de Souza (Caruaru-PE). In: *Revista HETEC: História, Educação e Tecnologias*. Vol 3, n. 4, 2014. Disponível em <https://hetec.wordpress.com/anteriores-2/artigos/289-2/>. Acesso em 10/02/2015

ALBUQUERQUE NETO, Flavio de Sá C. NASCIMENTO, José Lyndemberg do. MORAIS SOBRINHO, Andre Luiz Medeiros; SILVA JUNIOR, Antonio Faustino Andrade; SILVA, Sérgio Gabriel Lemos; SILVA. Aspectos do cotidiano da Penitenciária Juiz Plácido de Souza (Caruaru-PE): garantia do direito dos presos e promoção da ressocialização. In: *Revista CIENTEC*. Vol 06, n1. Recife: IFPE, 2014, pp 24- 33.

ALMEIDA, Leticia Núñez de. A experiência da Penitenciária Juiz Plácido de Souza. Um ponto cego na cultura do controle do crime. In LOURENÇO, Luiz Cláudio, GOMES, Geder Luiz Rocha (orgs). *Prisões e punições no Brasil contemporâneo*. Salvador: EDUFBA, 2013.

ASSIS, Rafael Damaceno. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. IN. *Revista CEJ*. Brasília, n. 39, pp 74-78, 2007. Disponível em: . Acesso em: 23 de setembro de 2015.

BARROS, Ana Maria de. Fé, Política e Prisão. Pastoral Carcerária e Administração Prisional- Um Estudo na Penitenciária Juiz Plácido de Souza em Caruaru – PE. Tese de doutorado. Recife, CFCH/UFPE, 2007.

FERREIRA, Marieta de Moraes. História, tempo presente e história oral. In: *Revista Topoi*. Rio de Janeiro, UFF, dezembro 2002, pp. 314-332. Disponível em http://www.revistatopoi.org/numeros_anteriores/topoi05/topoi5a13.pdf. Acesso em 01/02/2015.

FOUCAULT, Michael. *A ordem do discurso*. 5ª. edição. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LUCA, Tânia Regina de. História dos, nos e por meio dos periódicos. IN PINSKY,- Carla Bassanezi (org). *Fontes históricas*. 3a. edição. São Paulo: Contexto, 2011, pp.111-153.

LOPES, Vania Vieira. *Memória, história e história oral*. In: Revista HETEC: História, Educação e Tecnologias. Vol 1, n. 2, 2012. Disponível em: <https://hetec.wordpress.com/anteriores-2/artigos/219-2/> Acesso em 20/01/2015

MARTINS, Letícia Gonçalves. *Entre o discurso legal e a realidade: o caso do sistema penitenciário paranaense*. Dissertação de Mestrado, Maringá, UEM, 2014.

ZALUAR, Alba. Crime e Violência. in Sergio Micelli, (org.). *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. São Paulo: Anpocs, 1999.

RÓTULOS NO SAMBA: CRIME E ETIQUETAMENTO NA CULTURA POP CARIOCA DO SÉCULO XX

LABELLING WITHIN SAMBA: CRIME AND LABEL IN THE TWENTIETH CENTURY RIO'S POP CULTURE

*Rafaela Cardoso Bezerra Cunha*¹

*Ricardo Augusto de Araújo Teixeira*²

Data de recebimento: 18/01/2018

Data de Aprovação: 30/07/2018

RESUMO

O início do século XX significou um período de grandes transformações para a cidade do Rio de Janeiro. O fim da escravidão no Brasil e a reforma no centro da cidade desencadearam a marginalização daquelas pessoas que pertenciam à classe mais pobre da sociedade, em sua maioria negros. Também nessa época, a legislação penal brasileira, com a tipificação da conduta de vadiagem, além de outras práticas como, por exemplo, a capoeira, promoveu para essa parcela da sociedade que se via excluída e impossibilitada de alcançar níveis mais altos ou de se enquadrar nos padrões tidos como “corretos” da época, tanto a criminalização primária – quando se insere tais condutas em um código penal e elas se tornam proibidas – quanto secundária – determinando quem seria a clientela do direito penal: o negro, o pobre, o favelado. Em razão

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras – UFLA.

² Mestre e Doutor *magna cum laude* em Direito Público pela PUC Minas. Professor Adjunto de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal de Lavras – UFLA.

disso, essas pessoas foram etiquetadas ou rotuladas, passando a ser sempre vistas como o perigo, o mau, o diferente, e tudo o que se enquadra na anormalidade tende a ser neutralizado pelo poder coercitivo do Estado e calado pela sociedade. É nesse contexto que surge o malandro carioca, a representação típica do boa-vida que jamais conseguirá alcançar os meios de ascensão econômico-social, mas sempre encontra uma saída para sua sobrevivência, seja para suprir suas necessidades, seja perante a sociedade e o poder de polícia. A presente pesquisa busca explicar a ideia da marginalização, da discriminação e do etiquetamento daqueles tidos como desviantes em meio à sociedade elitista e preconceituosa do Rio de Janeiro a partir do início do século XX, e revela a importância do samba como um meio de garantir visibilidade à população excluída nos morros e na periferia, fazendo-se abordagens sob o viés histórico, criminológico e linguístico do tema.

PALAVRAS-CHAVE

Etiquetamento; malandro; samba; marginalização.

ABSTRACT

The beginning of the 20th century resulted in a period of great transformations for the city of Rio de Janeiro. The end of enslavement in Brazil and the reformation in the city's centre unchained the marginalization of the people that belonged to society's poorest class, mostly black people. Also in that time, the Brazilian criminal law, with the typifying of the vagrancy conduct, besides other practices as, for example, capoeira, promoted to this portion of the society that saw itself excluded and incapable of reaching certain higher levels or to fit into certain patterns that were considered "correct" in that time, both the primary criminalization – when such conducts are inserted in a criminal code and they become prohibited – and the secondary criminalization – determining who would be the criminal code clientele: the black, the poor, the slum dweller. Because of this, these people have been labeled, starting to be seen as the danger, the bad, the different, and everything that fits in abnormality tends to be neutralized by the State's coercive power and muted by society. It is in that context that the carioca scoundrel emerges, the typical good-welcoming

representation that will never reach the means to economic and social rise, but always finds a way out to its own survival, be it to feed its own needs, towards society and police power. This figure was important to a whole artistic manifestation movement's imaginary, which finds its pinnacle in carioca's samba, which aimed at the same time affirm the social conditions that said people were inserted, giving marginalized a voice, and reacting against the imposition of a way of life being that was impossible to be reached. The present research explains the idea of marginalization, of discrimination and the labeling of those seen as deviant amongst the elitist and prejudiced Rio de Janeiro's society starting in the beginning of the 20th century, and reveals the importance of Samba as a means through which the visibility of the outskirts and slums excluded population could be guaranteed, making approaches from the historical, criminological and linguistic bias of the theme.

KEYWORDS

Labeling, scoundrel, samba, marginalization.

1 INTRODUÇÃO

O samba carioca e a figura do malandro nascem no início do século XX, momento em que a cidade do Rio de Janeiro passa por grandes transformações, como o fim da escravidão e a reforma do centro da cidade. Todo esse processo desencadeou uma marginalização das pessoas que pertenciam às classes mais pobres da sociedade, cuja maioria era formada pelos ex-escravos e seus descendentes, o que gerou a eles uma condição social ainda mais miserável, já que ficaram isolados da sociedade, das possibilidades de trabalho e ascensão de vida, escondidos nos morros.

Aliado a isso, a tipificação de condutas como a vadiagem e a prática da capoeira, por exemplo, pela legislação penal brasileira, garantiu a criminalização primária e secundária dessas pessoas, isto é, condutas corriqueiras da cultura e modo de viver dos negros e ex-escravos – porque a capoeira era herança da cultura africana e a vadiagem poderia ser configurada simplesmente pela ausência de um trabalho formal – passam a ser consideradas crime de acordo com o Código Penal e motivo para a perseguição policial, passando a estigmatizar grupos, vistos como inimigos da sociedade e, conseqüentemente, clientela do direito penal.

Nesse cenário surge a figura do malandro carioca, muito conhecida no imaginário cultural do Brasil, sempre encontrando, do seu jeito, um meio de garantir sua sobrevivência numa sociedade que o hostiliza e cria um ambiente desfavorável a ele. É através do samba, nascente no início do século XX, junto a todas essas transformações sociais que aconteciam na cidade, que essa população “desviante”, marginalizada e etiquetada, traduzida pela figura do malandro, consegue ter voz, se expressar, mostrar sua cultura.

Para além disso, o samba surge como um movimento artístico reacionário, contrário à ordem social excludente e hierarquizada existente àquela época, que buscava impor padrões impossíveis de serem assimilados e seguidos pela população pobre e isolada da sociedade.

2 HISTÓRICO: O SURGIMENTO DO MORRO

Os anos finais do século XIX e iniciais do século XX representaram gran-

des transformações na cidade do Rio de Janeiro e na sociedade que nela residia.

Em 1988, a Lei Áurea põe fim ao sistema escravagista que reinava no Brasil há séculos. Com isto, em todo o Brasil, uma imensa massa de ex-escravos, agora trabalhadores livres, são expulsos das propriedades dos seus ex-senhores, sem possuírem qualquer lugar para residir ou trabalhar para conseguirem sobreviver, já que era difícil para eles conseguir um trabalho remunerado, vez que os empregadores das cidades e das fazendas preferiam ofertar emprego às pessoas brancas que também precisavam trabalhar para se sustentar, como os imigrantes, do que aos negros livres, aos quais ainda eram associadas as condições de escravo e de coisa. Nessas condições, não aceitos pela sociedade, naturalmente foram migrando para as margens das cidades, fazendo-as crescer em tamanho e em volume populacional. Na cidade do Rio de Janeiro este contingente que se aloja nas periferias da cidade dá início ao processo de favelização.

Com a passagem do Império para a República Velha, esperava-se que a capital do Brasil, o Rio de Janeiro à época, também passasse por uma grande reforma e se transformasse em exemplo para o mundo: intencionava-se colocar a cidade e seus cidadãos em padrões europeus para alcançar o patamar de países estrangeiros, como nossa vizinha Buenos Aires – que na época, mesmo tão perto de nós, já se mostrava muito mais moderna e avançada que a capital do Brasil – e também para atrair migrantes e imigrantes para servirem como mão de obra no país.

Já no final do século XIX, buscou-se acabar com os cortiços que existiam na cidade, em especial os do centro, pois já se havia percebido que não era esse o tipo de habitação que condizia com o novo tipo de organização social que o Rio de Janeiro deveria apresentar, tendo em vista as mudanças pelas quais passavam o país. Sobre essa parte da história do Brasil, Maurício de Almeida Abreu (2003) nos mostra que:

Dois outros motivos revelam-se mais importantes nos discursos da época: em primeiro lugar, as constantes denúncias que o apontam como o epicentro mais comum das epidemias de cólera, de peste, de varíola e de febre amarela, que a partir de 1850 assolam periodicamente a cidade; em segundo, o fato de

ser ele um foco potencial de agitações populares, residência que era de um número elevado de trabalhadores, imigrantes em sua maioria, que viviam no limiar da subsistência. Este segundo motivo, ao contrário do primeiro, só podia ser percebido nas entrelinhas do discurso oficial. (ABREU, 2003, p. 212).

Essas pessoas que viviam “no limiar da subsistência” ficavam, então, sem lugar para morar e sem emprego, tendo em vista que a maioria dos trabalhos que os mantinham eram realizados no centro da cidade, uma vez que eram vendedores ambulantes ou faziam outros tipos de serviços para as pessoas que ali transitavam.

Após poucas décadas, no governo de Rodrigues Alves, aconteceu no Rio de Janeiro, entre os anos de 1903 e 1906, o que se chama de Reforma Passos. Pereira Passos era o prefeito da cidade e foi ele quem levou a cabo toda a reforma. Porém, era de interesse do país “acabar com a imagem de que o Rio era sinônimo de epidemias, de insalubridade, e transformá-lo num verdadeiro símbolo do novo Brasil” (ABREU, 2003, p. 220), tanto para deixar uma nova imagem externa quanto para atrair uma nova população de imigrantes para servir como mão de obra e para movimentar o comércio da cidade.

A Reforma Passos foi, basicamente, uma grande obra de saneamento e melhoramento da infraestrutura urbana e da rede de comércio feita na cidade do Rio de Janeiro. Ela contou com a modernização do porto da cidade, a construção de um cais de 3.500 metros, implementação do sistema de canalização de água e esgoto, construção de novos prédios para o Teatro Municipal e a Escola de Belas Artes, a retificação e alargamento das ruas antes existentes e a construção de novas vias, entre outras.

A consequência dessa grande obra ocorrida – para a população pobre do Rio de Janeiro – foi, novamente, a desapropriação de suas casas, quase sem direito a indenização, para que fossem demolidas, para dar espaço à nova “Cidade Maravilhosa”, fatores que só fizeram aumentar a crise habitacional das camadas populacionais mais pobres da sociedade.

Porém, a Reforma Passos buscou modificar não apenas a estética do Rio de Janeiro, mas também a sua cultura. A intenção de Pereira Passos era “civilizar” a cidade, e o que fez para isso foi um aburguesamento da cidade

do Rio de Janeiro em detrimento de uma imensa população pobre. Segundo André Nunes de Azevedo (2003), a cidade era culturalmente heterogênea e,

Nesse período, o espaço público do Rio de Janeiro era ocupado por figuras como capoeiras, ex-escravos biscateiros – muitos dos quais foram negros ao ganho antes da abolição –, carroceiros, vendedores de perus, de vísceras, de leite retirado diretamente da vaca, trapeiros, rezadeiras, tatuadores, entre outros. Como cidade tropical e de tradição escravista, era comum ver-se nas ruas estreitas e sinuosas do Rio de Janeiro o contraste entre os “cavalheiros” cariocas trajados de paletó, dividindo o espaço com negros descalços e sem camisa, anunciando aos gritos seus serviços e produtos. Somava-se a este cenário a presença de migrantes e imigrantes de diversas partes – quase sempre rurais – do Brasil e do mundo em roupas surradas e não raro de pés descalços. (AZEVEDO, 2003, p. 62)

Para acabar com esse contraste e fazer prevalecer apenas os costumes burgueses europeus, Pereira Passos editou medidas provisórias que proibiram várias das práticas supracitadas, que ainda somavam-se a alguns tipos penais do Código Penal de 1890 – como a capoeira e a vadiagem, por exemplo – para reprimir ainda mais as camadas populares. Dessa forma, muitos cidadãos mais pobres do Rio de Janeiro tiveram tanto suas moradias quanto seus hábitos e seus meios de sobrevivência tolhidos pelo ideal europeu de “civilização” que se tentou implantar no Brasil naquela época.

É nesse contexto que a favela surge como uma solução para essas pessoas que ficaram sem um lugar para morar, que foram quase que enxotados daquele novo e moderno centro e buscaram refúgio nesses espaços mais afastados.

A figura do malandro também nasce com a favela, no meio dela, nesse cenário de aburguesamento do Rio de Janeiro, em que se exalta uma cultura importada em detrimento da sua própria, originária das tradições escravistas, em que seus hábitos foram não só julgados, mas também reprimidos, tipificados e em que precisa se valer de suas artimanhas para sobreviver e assim levar sua vida.

3 O LABELLING APPROACH

O *labelling approach*, em língua portuguesa usualmente designado “teoria do etiquetamento”, é uma vertente criminológica herdeira do Interacionismo Simbólico de Thomas, Mead e Dewey. (HAMLIN, s/a), bem como, de certa forma, da tradição criminológica inaugurada pela Universidade de Chicago a que se denomina “Ecologia Criminal”.

Na linha de pensamento que buscou abandonar as explicações etiológicas do crime, o *labelling approach* pode ser considerado um momento inicial da criminologia crítica, vez que foca na importância que a atribuição de estigmas tem na construção do comportamento criminoso³. A comunidade passa a rotular pessoas, de forma que o foco da ideia de “certo” e “errado” passa do fato para o agente. (HAMLIN, s/a). Assim, especialmente entre jovens, uma vez percebida a atribuição de uma identidade violenta, a pessoa passa a se comportar de forma a reforçar aquela identidade que, não raramente, é mais forte que a que tinha anteriormente. “A jovem pessoa passa a se comportar de maneira ainda mais delinquente e a comunidade reage reforçando a identidade ainda mais”. (HAMLIN, s/a, p.1, trad. nossa⁴).

A teoria do etiquetamento nega a ideia de normalidade do crime na sociedade, vez que compreende tratar-se de construção social com a finalidade de controle. A criminalidade, ou parte dela, seria criada pelo controle social, tendo inclusive implicações político-criminais. (LOPEZ, s/a).

Dentre as consequências de política criminal percebidas está a dedicação das instituições de controle social no reforço do etiquetamento, isto é, determinados órgãos de repressão passam a dedicar sua atenção àqueles rotulados como “perigosos”, realimentando o ciclo de identificação de determinadas

³ “A teoria do ‘labelling approach’, ou etiquetamento, surgiu da passagem do paradigma baseado na investigação das causas da criminalidade, como dados préconstituídos e sem mobilidade, para o das condições de criminalidade, que resulta em construção que se movimenta no contexto social determinado, ou seja, o objeto da investigação criminológica deixa de ser etiológico-determinista (de indivíduos ‘anormais’ que se diferenciam de indivíduos ‘normais’) e é substituído pelo modelo dinâmico de análise da realidade criminal, como construção de interações e tipificações complexas ocorridas no seio das relações sociais”. (MAZONI; FACHIN, 2012, p. 4-5).

⁴ **No original:** *The young person begins to act even more delinquent and the community reacts reinforcing that identity even more.* (HAMLIN, s/a, p.1).

pessoas ou grupos de pessoas como “criminosos” ou “delinquentes”.

Há críticas em relação ao *labelling approach* em razão de não ser uma teoria apta a explicar a criminalização primária ou a fornecer sugestões de medidas que possam contribuir para a diminuição da criminalidade real.

4 CRIMINALIZAÇÃO, ETIQUETAMENTO E DESVIO NA VIDA E NA CULTURA DO MARGINAL CARIOCA

O malandro é a representação da população pobre pertencente às periferias e morros cariocas, que é composta por uma maioria negra e descendente de escravos. Ele é conhecido pela sua esperteza, está sempre buscando uma forma de sobreviver em meio a uma sociedade hostil, que não o aceita em seu meio, que jamais lhe ofereceria um emprego, que discrimina sua cor e sua cultura, e pela sua alegria de viver, mesmo com as dificuldades da vida, exaltando o samba, as rodas de capoeira, e outros meios de se divertir e de expressar sua cultura própria.

Neste momento da história do Rio de Janeiro, em que se buscava colocar a cidade e a população carioca em padrões burgueses e europeus, a criação dos tipos penais “vadiagem”, que buscou exaltar o trabalho formal, e “capoeiragem”, cuja intenção era recriminar a cultura negra, mostrou como se tentou silenciar a classe pobre para que os ideais da elite fossem alcançados. Além disso, o próprio samba era visto pelas autoridades como “coisa de marginal”. Os legisladores criaram leis que buscavam alcançar padrões sociais almejados pela classe dominante e a força policial se valia de sua autoridade para selecionar dentre os cidadãos aqueles que seriam perseguidos ou não, delineando a clientela do direito penal. A criminologia da reação social, que tem muita influência da teoria crítica da criminologia, traz essa mesma ideia, que é explicada por Lola Aniyar de Castro (1983):

Para a teoria crítica [...], o Estado foi criado pela força e, se mantém pela coerção; e a lei nada mais é do que o aparelho que serve para assegurar os interesses da classe dominante, subministrando os mecanismos para o controle da população. Por sua parte, a polícia, os juízes, etc., são a força mili-

tar necessária para preservar a ordem doméstica; somados à Lei, eles impedem que a classe dominada se torne poderosa. (CASTRO, 1983, p. 91)

A criminologia, ao longo da sua evolução, deixou de se preocupar em classificar o criminoso e as causas do crime e começou a observar a influência dos diversos tipos de relações sociais na prática dos delitos.

Antes, a Escola Positivista de Lombroso, Ferri e Garófalo, que tomou forças a partir de meados da metade do século XIX, via na figura do delinquente e na prática do crime o principal problema a ser estudado, descoberto e, por fim, solucionado. Cesare Lombroso, com sua antropologia criminal, classificou seis tipos de criminosos a partir das suas características biológicas. Enrico Ferri buscou explicar a criminalidade através da sociologia, que atribuiu a causa do crime às condições psicológicas, sociais e naturais do indivíduo, dentre elas a família, o clima, a religião, etc. Rafael Garófalo explicou o crime através da psicologia, quando afirma que criminoso é aquele que não segue a moral convencionalizada pela maioria da sociedade, ou que tem uma moral menos desenvolvida que as outras pessoas. A Sociologia Criminal, no fim do mesmo século, trilhava o mesmo caminho, e explicou a criminalidade através do ambiente em que se inserem as pessoas que cometem o crime, levando em conta critérios como a pobreza, a família em que foi criado, a educação, etc.

Somente com a criminologia crítica é que o foco do estudo criminológico muda: não se busca mais as causas da criminalidade, mas entender as relações sociais de poder que dão origem à criminalização, à reação social, ao etiquetamento. A criminologia crítica teve vários ramos, dentre eles, a criminologia interacionista, que tem contribuição da teoria do *labelling approach* ou do etiquetamento. Ela busca o por quê de algumas pessoas serem selecionadas pelo direito penal, ressaltando a importância dos mecanismos de controle social nesse processo de estigmatização, desde a produção legislativa até a repressão pela força policial e a aplicação de etiquetas pela sociedade em geral, e, principalmente, a grande influência que todo esse processo de criminalização possui na prática de novos crimes. De acordo com Lola Aniyar de Castro (1983),

A Criminologia Interacionista entende que a delinquência não é uma característica do autor, mas que ela depende da interação que existe entre quem realiza o fato punível e a sociedade, quer dizer, entre o delinquente e os outros, pois são os processos de detenção e a estigmatização, mais a aplicação do rotulo delitivo àquele que é selecionado (criminalizado), que fazem surgir um delinquente e que influenciam a imagem e aparecimento da delinquência a nível geral. Estuda também como a reação social, não só determina como estimula a produção de delinquência, porque a etiqueta aplicada – falsa ou verdadeira – seria uma espécie de profecia auto realizável (“self-fulfilling prophecy”). (CASTRO, 1983, p. 59)

A criminologia interacionista e a teoria do *labelling approach* são muito importantes para se compreender a realidade das periferias onde nasce o samba na primeira metade do século XX e das pessoas que deram vida a ele. Eram os pobres e descendentes dos escravos, cuja cultura e existência as classes mais altas da sociedade renegavam e faziam questão de esquecer. A partir desse conflito entre as classes mais altas e as baixas, se dá o processo de criminalização, em que as instituições de controle social selecionam as condutas e as pessoas que são contrárias aos seus interesses e tornam-nas criminosas. A criminalização se dá nas formas primária e secundária, sendo a criminalização primária responsável por tornar certas condutas, antes legais, em ilegais, às quais passam a caber uma penalização como resposta a sua infração, e a criminalização secundária, a aplicação de rótulos às pessoas que desviam à norma, e principalmente àquelas já pré-selecionadas dentro das classes sociais baixas para serem rotulados como criminosos, marginais, delinquentes, etc.

Desde antes do surgimento do samba, muitas das práticas que eram expressão da cultura negra, como a capoeira e o candomblé, e que seriam trabalhos informais, ou o único meio de sobrevivência encontrado para a sobrevivência das classes baixas, que acabaram sendo chamados de vadiagem, foram criminalizadas, a fim de controlar a população pobre e tentar “solucionar os problemas sociais deixados de lado pelas intensas reformas do início do século XX ao mesmo tempo em que disciplina e controla os setores mais pobres e dissidentes” (Gambôa Júnior, 2013, p. 33). O Código Penal de 1890 foi a legisla-

ção que mais buscou proibir essas práticas. Havia um capítulo nomeado como “dos vadios e capoeiras”, onde se encontravam os tipos penais da capoeiragem e da vadiagem nos artigos 399 e 402. Era disposto, respectivamente, no referido Código Penal:

Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes:

Pena - de prisão cellullar por quinze a trinta dias.

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:

Pena - de prisão cellullar por dous a seis mezes.

Tais artigos mostram a criminalização das formas de subsistência e de estilos de vida de muitos dos negros das periferias, a fim de acabar – ou pelo menos esconder – com tais práticas para fazer do Rio de Janeiro uma cidade burguesa e branca. O candomblé também foi tipificado pelo Código Penal de 1890, e constava no artigo 157 dessa forma:

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica: Penas - de prisão cellullar por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000.

Esta é a criminalização primária, feita pelos legisladores e pelos juízes (capazes de interferir na aplicação de uma condenação mais ou menos branda). Porém, é a polícia quem tem o principal papel de criminalizar determinado grupo de pessoas, já que é ela quem estabelece um primeiro contato com a sociedade e, de forma muito seletiva, escolhe entre as pessoas a quem deve ou não ser aplicado o sistema penal, levando em consideração não a repressão a delitos

que sejam cometidos, mas sim o controle de determinados grupos sociais.

No início do século XX, quando do surgimento do samba, os sambistas eram um desses grupos. Em um depoimento de João da Baiana, um dos primeiros e mais importantes compositores do samba, no documentário “Breve História do Samba”, ele relata a repressão feita pela polícia aos sambistas na época: “era proibido porque a gente ia para a penha, e na hora que a gente ia com o pandeiro e o violão, a polícia cercava e tomava o pandeiro” (SANCHES, OLIVEIRA, 2014, min. 3:07-3:17). Ainda no referido documentário, a cantora Leci Brandão completa, explicando que “a polícia, na época, não gostava muito dessas reuniões porque o sambista era considerado um malandro, e aí a polícia proibia o samba naquela época” (SANCHES, OLIVEIRA, 2014, min. 3:17-3:30). Foi, portanto, uma classe claramente estigmatizada, rotulada como marginal, delinquente.

A teoria do *labelling approach* conclui que o etiquetamento de determinados grupos tem como consequência o condicionamento de tais pessoas a viver em função do ato criminoso. Gambôa Júnior nos ensina que “mecanismos estigmatizantes apenas ampliam o ato ilícito ao reduzir toda a vida do desviante a atos preparatórios ou resistentes do grande ato criminal” (GAMBÔA JÚNIOR, 2013, p. 11).

Este era o cotidiano de sambistas, capoeiras, negros, dentre outras pessoas das classes mais baixas do Rio de Janeiro. Repressão policial, segregação por uma coletividade que os rotulavam como delinquentes, que os etiquetavam como marginais e perigosos, que rejeitava sua cultura, seu modo de viver, sua arte. É por isso que muitos dos sambas têm letras que expressam a malandragem, a repressão das autoridades, a dificuldade do cotidiano nas favelas, e é por isso que muitos dos sambistas reagiram, através de suas composições, fazendo delas uma linguagem própria para expressar uma negação a todo esse sistema excludente, impositivo de uma realidade que não os pertencia.

5 ANÁLISE DO DISCURSO: SAMBA DE REAÇÃO

Por todo o exposto e pela noção aqui construída da história das favelas, dos malandros e do samba, além do conhecimento produzido pelos estudos

criminológicos, é possível interpretar as canções do acervo do samba que a cultura brasileira possui, e compreender sua formação discursiva.

Para a Análise do Discurso, existe uma relação entre língua, discurso e ideologia em todo texto, mensagem, etc., onde a língua funciona para produção de sentido durante a transmissão das ideologias no discurso feito pelo homem e dirigido ao próprio homem. Dessa forma, todo discurso é cercado de ideologias, resultantes das relações do emissor com os outros, isto é, meio exterior a ele: as pessoas, o lugar de onde fala o sujeito, a relação de força que possui dentro da sociedade, dentre outros fatores. A língua, por si só, não deixa transparecer todas as ideologias contidas na formação do discurso, e é a Análise do Discurso que vem fazer esse papel.

O primeiro samba da história a ser gravado foi “Pelo Telefone”, de autoria de Donga, junto a outros sambistas da década de 1910, composto nas festas de roda de samba que aconteciam na casa da famosa baiana Tia Ciata, figura ilustre do Rio de Janeiro que contribuiu para o desenvolvimento do samba carioca e da perpetuação da cultura negra. Os versos da canção, que rapidamente tornou-se popular, eram esses:

*O chefe da folia
Pelo telefone manda me avisar
Que com alegria
Não se questione para se brincar
Ai, ai, ai
É deixar mágoas pra trás, ó rapaz
Ai, ai, ai
Fica triste se és capaz e verás
Tomara que tu apanhe
Pra não tornar fazer isso
Tirar amores dos outros
Depois fazer teu feitiço
Ai, se a rolinha, sinhô, sinhô
Se embaraçou, sinhô, sinhô
É que a avezinha, sinhô, sinhô
Nunca sambou, sinhô, sinhô
Porque este samba, sinhô, sinhô
De arrepiar, sinhô, sinhô*

*Põe perna bamba, sinhô, sinhô
Mas faz gozar, sinhô, sinhô
O peru me disse
Se o morcego visse
Não fazer tolice
Que eu então saísse
Dessa esquisitice
De disse-não-disse
Ah! ah! ah!
Aí está o canto ideal, triunfal
Ai, ai, ai
Viva o nosso carnaval sem rival
Se quem tira o amor dos outros
Por deus fosse castigado
O mundo estava vazio
E o inferno habitado
Queres ou não, sinhô, sinhô
Vir pro cordão, sinhô, sinhô
É ser folião, sinhô, sinhô
De coração, sinhô, sinhô
Porque este samba, sinhô, sinhô
De arrepiar, sinhô, sinhô
Põe perna bamba, sinhô, sinhô
Mas faz gozar, sinhô, sinhô
Quem for bom de gosto
Mostre-se disposto
Não procure encosto
Tenha o riso posto
Faça alegre o rosto
Nada de desgosto
Ai, ai, ai
Dança o samba
Com calor, meu amor
Ai, ai, ai
Pois quem dança
Não tem dor nem calor
(Pelo Telefone – Donga*

Fonte: <https://www.lettras.mus.br/donga/1120957/>)

É sabido que, o verso inicial da música “Pelo Telefone”, à época do seu lançamento, poderia ser cantado de duas maneiras: “O chefe da folia/pelo telefone manda me avisar/que com alegria/não se questione para se brincar” ou “O chefe de Polícia/pelo telefone manda me avisar/que com alegria/não se questione para se brincar”. Naquela época, houve denúncias em jornais sobre o descaso da polícia para com a jogatina que acontecia abertamente na cidade do Rio de Janeiro. Embora não se saiba ao certo qual das duas versões é a original, é fato que o jogo de palavras usado na letra foi usado para criticar as autoridades – ainda que sejam tomados os versos “o chefe da folia”, percebe-se que essa troca significa uma censura para evitar maiores problemas com a polícia. Além disso, nos versos “O peru me disse/se o morcego visse/não fazer tolíce/que eu então saísse/dessa esquisitice/de disse-não-disse”, a compreensão do texto se torna difícil pelo emprego das palavras “peru” e “morcego”, mas na verdade, implicitamente, o autor refere-se a Mauro de Almeida, jornalista, e Norberto do Amaral, diretor do clube onde a música estreou, e seus respectivos apelidos. No mais, os versos traduzem o espírito leve e festivo dos malandros do samba, dos “boas-vidas”.

Em 1933, Noel Rosa lançou outro sucesso do samba: “Não tem tradução”, composta dos seguintes versos:

*O cinema falado é o grande culpado da transformação
Dessa gente que sente que um barracão prende mais que o xadrez
Lá no morro, seu eu fizer uma falseta
A Risoleta desiste logo do francês e do Inglês
A gíria que o nosso morro criou
Bem cedo a cidade aceitou e usou
Mais tarde o malandro deixou de sambar, dando pinote
Na gafeira dançar o Fox-Trote
Essa gente hoje em dia que tem a mania da exibição
Não entende que o samba não tem tradução no idioma francês
Tudo aquilo que o malandro pronuncia
Com voz macia é brasileiro, já passou de português
Amor lá no morro é amor pra chuchu
As rimas do samba não são I love you
E esse negócio de alô, alô boy e alô Johnny
Só pode ser conversa de telefone.*

(Não Tem Tradução – Noel Rosa. Fonte: <https://www.lettras.mus.br/noel-rosa-musicas/184718/>)

O interessante da canção de Noel Rosa é a ideia da importação da cultura estrangeira para o Brasil e imposição dela sobre a cultura genuinamente brasileira, de forma a preconizar a cultura estrangeira em detrimento da cultura nacional. Como já foi estudado neste trabalho, no início do século XX, houve um movimento de europeização geral da cidade do Rio de Janeiro, capital do país à época, no qual buscou-se desconstruir algumas características nacionais e forçar a implantação de modelos franceses de beleza e de civilização. Noel Rosa, na música “Não Tem Tradução” faz o sentido inverso: valoriza a língua brasileira, em especial o falar do morro, o modo como vivem e enfrentam a vida os malandros e as pessoas simples nas favelas cariocas, fazendo-os soar como superiores à cultura importada da Europa. Assim, é possível perceber que o autor usou da sua música para reagir à subestimação da nossa cultura e à discriminação em relação aos moradores dos morros, de forma proporcional, colocando-os em patamar superior à francesa, à inglesa, etc., digamos que “pagando na mesma moeda” e mostrando a beleza e diversidade presente na nossa língua.

Noel Rosa, em outro sucesso de sua autoria, intitulado “Fita Amarela”, compôs o seguinte trecho:

*Não tenho herdeiros, não possuo um só vintém
Eu vivi devendo a todos mas não paguei a ninguém
Meus inimigos que hoje falam mal de mim
Vão dizer que nunca viram uma pessoa tão boa assim.*

(Fita Amarela – Noel Rosa. Fonte: <https://www.letras.mus.br/noel-rosa-musicas/78664/>)

O trecho é a tradução do que seria o malandro carioca, como bem o conhecemos na memória cultural brasileira: um boa-vida, despreocupado com os problemas e necessidades do dia de amanhã, já que sempre consegue uma forma esperta de conseguir levar a vida – que por essa razão é julgado pela sociedade, que vai rotulá-lo como vagabundo, bandido, perigoso, mas, ainda assim, tem orgulho da vida que leva. Alguns sambistas expressaram esse orgulho em ser malandro, pertencente aos morros, como forma de reafirmar suas origens, cultura e estilo de vida, reagindo à repressão exercida pela sociedade, pelas au-

toridades e pelo sistema penal contra tal modo de viver, que foge aos padrões de sociedade burguesa civilizada que se pretende alcançar. Wilson Batista é outro compositor que exalta a figura do malandro, inclusive de forma ainda mais intensa, e assim o faz na música “Lenço no Pescoço”, também lançada em 1933:

*Meu chapéu do lado
Tamanco arrastando
Lenço no pescoço
Navalha no bolso
Eu passo gingando
Provoco e desafio
Eu tenho orgulho
Em ser tão vadio
Sei que eles falam
Deste meu proceder
Eu vejo quem trabalha
Andar no miserê
Eu sou vadio
Porque tive inclinação
Eu me lembro, era criança
Tirava samba-canção
Comigo não
Eu quero ver quem tem razão
E eles tocam
E você canta
E eu não dou*
(Lenço no Pescoço – Wilson Batista. Fonte: <https://www.letras.mus.br/wilson-batista/386925/>)

Outra composição que transmite a realidade sentida nas favelas em seu texto é “Despejo na Favela”, de Adoniran Barbosa, já do ano de 1969. A música é uma denúncia da opressão e do abuso de autoridade sofridos pelos moradores das favelas – o que é possível de ser percebido até os dias de hoje – o des-caso dos poderes da administração, que não se preocupavam com a situação social dessas pessoas. A música ainda denuncia a situação de miserabilidade em que vivem as pessoas nas periferias, em barracões, sem instrução, vulneráveis à vontade daqueles que têm poder. Os versos da música, que expressam a desigualdade gritante entre as pessoas que têm poder e aquelas que só obede-

cem, foram assim compostos:

Quando o oficial de justiça chegou

Lá na favela

E, contra seu desejo

Entregou pra seu narciso

Um aviso, uma ordem de despejo

– Assinada, seu doutor

Assim dizia a ‘pedição’

“Dentro de dez dias

Quero a favela vazia

E os barracos todos no chão”

– É uma ordem superior

Ô, ô, ô, ô, ô!, meu senhor!

É uma ordem superior

Ô, ô, ô, ô, ô!, meu senhor!

É uma ordem superior

– Não tem nada não, seu doutor

Não tem nada não

Amanhã mesmo vou deixar meu barracão

Não tem nada não, seu doutor

Vou sair daqui

Pra não ouvir o ronco do trator

– Pra mim não tem ‘probrema’

Em qualquer canto eu me arrumo

De qualquer jeito eu me ajeito

Depois, o que eu tenho é tão pouco

Minha mudança é tão pequena

Que cabe no bolso de trás

...Mas essa gente aí, hein?

Como é que faz?

Mas essa gente aí, hein?

Com’ é que faz?

Ô, ô, ô, ô, ô!, meu senhor!

Essa gente aí

Como é que faz?

Ô, ô, ô, ô, ô!, meu senhor!

Essa gente aí, hein?!

Como é que faz?

(Despejo na Favela – Adoniran Barbosa. Fonte: <https://www.lettras.mus.br/adoniran-barbosa/43966/>)

Bezerra da Silva, a partir dos anos 70, lançou muitos sucessos com a temática do malandro, da vida nos morros, da opressão pelas autoridades policiais e pela sociedade. Um deles foi “Se Não Fosse O Samba”, lançado em 1989, que traduz o preconceito sofrido e a estigmatização aos moradores dos morros:

*E se não fosse o samba
quem sabe hoje em dia eu seria do bicho?
E se não fosse o samba
quem sabe hoje em dia eu seria do bicho?
Não deixou a elite me fazer marginal
E também em seguida me jogar no lixo
A minha babilaque era um lápis e papel no bolso da jaqueta,
Uma touca de meia na minha cabeça,
Uma fita cassete gravada na mão
E toda vez que descia o meu morro do galo
Eu tomava uma dura
Os homens voavam na minha cintura
Pensando encontrar aquele três oitão
Mas como não achavam
Ficavam mordidos não dispensavam,
Abriam a caçapa e lá me jogavam
Mais uma vez na tranca dura pra averiguação
Batiam meu boletim*

*O nada consta dizia: ele é um bom cidadão
O cana-dura ficava muito injuriado
Porque era obrigado a me tirar da prisão
(...)
Mas hoje em dia eles passam,
Me veem e me abraçam me chamam de amigo
Os que são compositores gravam comigo
E até me oferecem total proteção
Humildemente agradeço
E digo pra eles: estou muito seguro
Porque sou bom malandro
E não deixo furo
E sou considerado em qualquer jurisdição
(...)
(Se Não Fosse o Samba – Bezerra da Silva.*

Fonte: <https://www.lettras.mus.br/bezerra-da-silva/1181895/>)

A música é uma denúncia das condições em que vivem as pessoas dos morros e as situações que elas enfrentam diariamente pelo fato de serem rotuladas como perigosas simplesmente pelo fato de serem pobres, como a violência, a violação à presunção de inocência, o abuso de autoridade, etc., Além disso, ela é também uma tentativa de dar voz às pessoas do morro, que sofrem calados por não terem quem protegê-los ou pelo menos ouvi-los. O samba de Bezerra da Silva dá a oportunidade de o malandro do morro ganhar voz e se expressar também, reagindo à opressão, mostrando como a desigualdade funciona e também mostrando a sua própria visão sobre a polícia, a alta sociedade, o “mané”, como se fosse a oportunidade que o malandro tem de se vingar de toda a repressão já sofrida por ele, por sua comunidade e por todos os outros malandros, e não só na música em questão, como também na grande maioria da sua obra.

O uso das gírias é um aspecto importante de ser analisado. É possível perceber que o uso de inúmeras gírias no texto dificulta a interpretação de quem não as conhece por não fazer parte do meio em que elas são criadas e comumente usadas. Entretanto, o uso dessas gírias é proposital: a língua comum das pessoas do morro é usada para excluir a elite, detentora do conhecimento sobre a linguagem formal, que por sua vez, sempre excluiu as pessoas sem formação escolar de sua comunicação, transmitindo a elas, quando necessário, apenas palavras rebuscadas que fazem com que não seja possível a eles fazer parte do processo de comunicação (o que é comumente feito no âmbito do direito, por exemplo).

Dentre todas essas composições, é possível perceber elementos que mostram que o samba é um meio encontrado para que, finalmente, o morro possa reagir a todas as mazelas que as pessoas que nele vivem sofrem e sofreram, desde a época dos seus antepassados escravos africanos até o momento em que são feitas - e, indo além, até os dias atuais.

No discurso estabelecido através das músicas, claramente, há a intenção de o locutor pobre, das favelas, excluído, emitir sua mensagem, que é o objeto do discurso, a um interlocutor de mesmas condições sociais e raízes históricas. Dessa forma, o sujeito locutor consegue excluir as possibilidades de o objeto do discurso ter como destinatários as autoridades ou as pessoas

de classe alta também, como forma de criar uma comunicação própria e sem interferência da vigilância e da imposição de regras destas em relação àquelas.

Cada uma das composições analisadas, bem como inúmeras outras de vários sambistas do século XX, desde o seu início até seus anos finais, têm seu significado, seja ele implícito, seja explícito, e a ideologia que as envolve significam, quando as analisamos discursivamente, apelo, desabafo, denúncia, vontade de se expressar e de ter sua cultura valorizada, e não mais marginalizada. A linguagem usada nas composições faz o incrível papel de relacionar o homem – o malandro, o morador do morro - e o meio em que está inerido – as favelas, em meio à pobreza, à violência e à discriminação sofrida diariamente – por meio de um discurso, cheio de ideologias reacionárias, que visa a reafirmar sua existência e fazer com que as mazelas sofridas possam ser expressadas. Nesse sentido ensina Eni P. Orlandi (2009) que:

A Análise do Discurso concebe a linguagem como mediação necessária entre o homem e a realidade natural e social. Essa mediação, que é o discurso, torna possível tanto a permanência e a continuidade quanto o deslocamento e a transformação do homem e da realidade em que ele vive. (ORLANDI, 2009, p. 15)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A música popular do Rio de Janeiro no século XX foi marcada pela presença de elementos que traduziam a realidade vivida no cotidiano das muitas pessoas que viviam nos morros, segregados da alta sociedade. Ela foi usada para levar aos ouvidos de todos que o pobre, morador da favela, descendente dos negros que foram escravizados no nosso país, que não tem acesso à educação e a nenhum meio de ascensão econômica e social, também é pessoa e possui dignidade, tem orgulho de onde veio e clama por um tratamento igualitário, como resposta a toda a opressão que historicamente sofreu e sente na pele todos os dias.

Tanto o samba quanto o malandro são frutos e expressões da resistên-

cia contra um sistema penal que almejava um controle da população historicamente mais pobre e marginalizada da sociedade, majoritariamente negra, baseado na moralidade e nos ideais de uma minoria mais rica, a classe dominante. A criminalização de práticas intrinsecamente ligadas a essas camadas mais pobres, como a capoeira e a vadiagem, que colocam sobre elas a etiqueta de criminosos, fez com que aqueles que se identificavam entre si, em meio a essa realidade excludente, se unissem e formassem uma cultura própria, desvinculada e contrária àquela que a elite pretendia a eles impor, dotada de miscigenação, de brasilidade, de resistência, cuja tradução se encontra no samba.

Mais que uma expressão artística inovadora – já que quebrou os paradigmas construídos pela elite para a arte – o samba foi o meio encontrado pelos malandros do morro para resistir às imposições verticais da elite, e foi a melhor forma encontrada de se expressar a voz histórica, científica e penalmente calada dos marginalizados da sociedade: é algo verdadeiro, oriundo deles mesmos, das suas necessidades e de seus anseios, e que, pelo menos assim, não partia de um cientista ou um juiz, incapazes de sentir em sua realidade a rotulação, a discriminação, a violência, entre outras dificuldades que faziam – e até os dias de hoje fazem – parte do seu cotidiano, para falar por eles.

REFERÊNCIAS

ABREU, M. A. Da habitação ao hábitat: a questão da habitação popular no Rio de Janeiro e sua evolução. *Revista Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 210-234, mai-ago 2003.

AZEVEDO, A. N. A Reforma Pereira Passos: uma tentativa de integração urbana. *Revista Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 39-79, mai-ago 2003.

BRASIL. Decreto nº 847 ? de 11 de Outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Não substitui o original publicado no Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 02 Out. 2015.

CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da reação social*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. 208 p.

GAMBÔA JÚNIOR, Eduardo Stelmann. “*Vai trabalhar vagabundo*”: a malandragem no banco dos réus. Rio de Janeiro: PUC – RJ, 2013. 54 p.

HAMLIN, John. *Labelling Theory (Societal Reaction Theory)*. Disponível em <http://www.d.umn.edu/cla/faculty/jhamlin/2311/Labeling%20Theory.pdf>, acesso em 06/02/2017.

LOPEZ, Jorge A. Pérez. *La Explicación Sociológica de la Criminalidad*. In: *Derecho y Cambio Social*. Disponível em http://www.derechoycambiosocial.com/revisita022/explicacion_sociologica_de_la_criminalidad.pdf, acesso em 06/02/2017.

MAZONI, Ana Paula de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. “A Teoria do Etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco”. In: **Revista de Direito Público**. Londrina, v.7, n.1, p.3-8, jan/abr. 2012.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de Discurso: princípios & procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009. 100p.

SANCHES, A.; OLIVEIRA, T. *Breve História do Samba*. [Documentário]. Produção de Andrey Sanches e Thais Oliveira. São Paulo. Curso de Comunicação Social da UNESP de Bauru-SP, 2014. Vídeo, 7:24 min color. son. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kWEhKsOgdEE>>. Acesso em: 13 Ago 2015.

ENSINO TECNÓLOGO JURÍDICO E O AGRAVAMENTO DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO

LEGAL TECHNOLOGIST EDUCATION AND THE AGGRESSION OF THE CRISIS OF LEGAL EDUCATION

*Karyna Batista Sposato¹
João Víctor Pinto Santana²*

Data de recebimento: 27/03/2018

Data de Aprovação: 04/08/2018

RESUMO

O presente trabalho, partindo da premissa de que a problemática relacionada à crise do ensino jurídico não é recente, busca discutir a implantação de curso tecnólogo jurídico como reflexo de um agravamento da crise do ensino jurídico brasileiro. Para tanto, sustenta a necessidade de ser reforçada a crítica à dogmática jurídica, com base na compreensão do *senso comum teórico dos juristas*, com o escopo de potencializar a construção do pensamento crítico do direito. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica qualitativa, procurou-se contribuir para uma análise crítica do ensino jurídico, problematizando seus principais impasses e riscos para um verdadeiro colapso. Por fim, propõe-se uma reflexão sobre os desafios a serem enfrentados diante da crise do ensino jurídico brasileiro.

¹ Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS).
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).
Email: karyna.sposato@gmail.com.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Bolsista da Fundação de Apoio à Pesquisa e à Inovação Tecnológica do Estado de Sergipe – FAPITEC/SE. Advogado. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (Portugal).
Email: j.victorsantana@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE

Tecnólogo jurídico. Impossibilidade. Agravamento da crise do ensino jurídico.

ABSTRACT

The present study, based on the premise that the problem related to the legal education crisis is not recent, seeks to discuss the implementation of a legal technologist course as a reflection of a worsening of the Brazilian legal education crisis. In order to do so, it maintains the need to reinforce the critique of legal dogmatics, based on the understanding of the *theoretical common sense of jurists*, with the scope of potentializing the construction of critical thinking in law. Using a qualitative bibliographical research, it was tried to contribute to a critical analysis of the legal education, problematizing its main impasses and risks for a true collapse. Finally, it is proposed a reflection on the challenges to be faced in the face of the Brazilian legal education crisis.

KEYWORDS

Legal technologist. Impossibility. Worsening of the legal education crisis.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho procura analisar a crise do ensino jurídico no Brasil, a partir de um olhar dirigido à complexidade de elementos que estão presentes na formação do profissional da área jurídica.

Entende-se por crise do ensino jurídico, o fenômeno complexo que envolve diversos fatores intrínsecos ao processo de aprendizagem, como a relação entre professor e aluno, assim como fatores diretamente extrínsecos, a saber: políticas públicas e decisões institucionais que direcionam a abordagem, a fiscalização e os métodos³ de ensino jurídico no país.

Há que se destacar que a crise do ensino jurídico é uma questão estrutural, imbricada no sistema de formação de categorias profissionais a ocuparem espaços e lugares institucionais pré-definidos.⁴

Sendo assim, o presente estudo sustenta a necessidade de ser reforçada a crítica à dogmática jurídica⁵, com base na “caracterização e explicitação do senso comum teórico dos juristas” (WARAT, 2004d, p. 29), com o escopo de potencializar a construção do pensamento crítico do direito.

A crítica de Warat (2004d, 2004b; 2004c; 2004) ainda continua atual e é imprescindível para a análise de alterações contemporâneas no ensino jurídico, na medida em que o *senso comum teóricos dos juristas*, representa o “conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito” (STRECK, 2013, p. 12).

³ Predomina, na cultura jurídica, o método de transmissão de conteúdo expositivo. Entretanto, é importante destacar que já existem, no Brasil, algumas experiências acerca de outros métodos de ensino, a exemplo da metodologia do Aprendizado Centrado em Problemas (*Problem-Based Learning – PBL*). Para compreender essa abordagem de ensino, e a consequente aplicabilidade no âmbito jurídico, remete-se à reflexão de Horácio Wanderlei Rodrigues (2010).

⁴ Segundo os dados do censo do Poder Judiciário, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2014), cerca de 60,8% (sessenta vírgula oito por cento) dos magistrados da justiça federal concluíram em Instituições de Ensino Públicas, enquanto que 39,2% (trinta e nove vírgula dois por cento) dos magistrados da justiça federal concluíram a graduação em Direito em Instituição de Ensino Privada.

⁵ Sobre a reprodução do paradigma dogmático, qual seja: o positivismo jurídico, é pertinente a análise de Samara Tavares Agapto das Neves (2010). Este debate é fundamental, pois “[...] tradicionalmente, o ensino do Direito sempre deu um peso maior às disciplinas dogmáticas e, quando propôs a introdução de disciplinas zetéticas, o fez sem maior preocupação de articulação com a dogmática, muitas vezes em uma clara hierarquização de saberes nos quais os conteúdos dogmáticos eram priorizados.” (ALMEIDA; CAMARGO; SOUZA, 2013, p. 20).

Nesta direção, cabe indagar se a adoção do curso tecnólogo jurídico representa um elemento de reforço ou desconstrução frente à banalização do curso de graduação em Direito e da crise do ensino jurídico. O modelo codificador do ensino estaria sendo absorvido pela demanda do ensino tecnólogo e, assim, a graduação em Direito passaria a ter um ensino crítico-reflexivo? O ensino de curso tecnólogo jurídico seria o remédio ou o veneno para a crise do ensino jurídico no Brasil?

Assim, num período em que “[...] a crise do direito aflora mais e mais, e em tempos de ensino jurídico estandardizado, com publicações simplificadas e simplificadoras pululando em rodoviárias, supermercados e aeroportos” (STRECK, 2013, p. 191), justifica-se o presente artigo pelo fato de fomentar um importante debate – tanto para a comunidade jurídica quanto para a sociedade civil – sobre o ensino jurídico atual.

A preocupação waratiana⁶ com o ensino do Direito foi nitidamente reconhecida, tanto pela pretensão de aprofundamento da criticidade quanto pela busca pela cientificidade e delimitação da epistemologia e empirismo, na ciência jurídica (WARAT, 2004), motivo pelo qual torna-se essencial compreender quais os desafios a serem enfrentados diante da crise do ensino jurídico brasileiro, adotando-se como premissa o entendimento de que “[...] el camino de las soluciones es bastante complejo; no pueden darse fórmulas invariables ni recetas milagrosas para la resolución de las diversas situaciones que la relación enseñanza aprendizaje va produciendo día a día”⁷ (WARAT, 2004c, p. 361).

Em busca de tais respostas, almeja-se também delinear possíveis alternativas para amenizar os impactos de um declínio do ensino jurídico e, conseqüentemente, evitar a banalização do papel do profissional de direito e do saber jurídico.

⁶ Em 1974, Luis Alberto Warat elaborou um curso sobre a metodologia do ensino jurídico, que fomentou o surgimento do trabalho intitulado: “*Notas para una transformación de la enseñanza jurídica*”. (WARAT, 2004c, p. 361). Nesse curso, diversos aspectos foram discutidos, dentre eles, destaca-se: “a) personalidade del profesor y sus formas de comunicación; b) objetivos de la enseñanza del Derecho; c) formas de evaluación; d) contenidos a transmitir” (WARAT, 2004c, p. 361). Alguns destes aspectos serão contextualizados no decorrer do presente artigo.

⁷ Tradução livre: “O caminho das soluções é muito complexo, não se podem dar fórmulas invariáveis nem receitas milagrosas para a resolução das diversas situações que a relação ensino-aprendizagem produz no dia-a-dia. (WARAT, 2004c, p. 361).

2 ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: BREVE HISTÓRICO

Durante muito tempo, o Brasil não possuiu ensino jurídico, visto que “[...] os cursos superiores propriamente ditos começaram a ser instalados no Brasil a partir de 1808, com a chegada de D. João VI” (SAVIANI, 2010, p. 4). A independência acadêmico-científica somente ocorreu em 1827, quando surgiram os primeiros cursos jurídicos no Brasil (SILVA, 2001, p. 308; SAVIANI, 2010, p.4), destinados aos interesses do setor economicamente dominante. (NEVES, 2010, p.78; PESSOA, 2013, p. 25-27).

Salienta-se que a referida realidade não se verificou somente no âmbito acadêmico brasileiro, pois a intelectualização da elite era um fenômeno presente em diversos países, como bem destacou Umberto Eco (1998, p. XIII).

Nesse contexto, no Brasil, o título superior, mais especificamente, a titulação jurídica, com o passar dos anos, adquiriu um prestígio social e moral na sociedade, tornando-se, assim, objeto de desejo não somente da classe abastada, mas também das demais estratificações sociais da população brasileira.⁸

Essa busca de outras classes econômicas da sociedade brasileira pela titulação jurídica contribuiu para a expansão do ensino jurídico, o que ocorreu significativamente após 1930. Nesse momento, verificou-se, portanto, o início da democratização do ensino jurídico. Acontece que essa expansão do ensino superior, ocorreu de maneira pouco articulada com os órgãos, instituições e sistemas de ensino, proporcionando uma carência entre reformas educacionais e a realidade social (CHAMON, 2006, p. 39), sendo possível constatar que não houve um acompanhamento do ensino do Direito às mudanças ocorridas na sociedade, inclusive na estrutura social, no decorrer dos anos (NEVES, 2010, p. 78).

Como consequências sociais vantajosas dessa democratização do ensino jurídico pode-se destacar, por exemplo: a possibilidade de mobilidade

⁸ Tal fenômeno social, qual seja: o prestígio da titulação jurídica, ainda encontra-se espalhado na sociedade brasileira. Na literatura, essa realidade relacionada à nobreza, no período da República, pode ser verificada na obra: *Os Bruzundangas*, de Lima Barreto, pois, para este mencionado autor, a nobreza era detentora da titulação do ensino superior, principalmente em áreas como Medicina e Direito (BARRETO, 1998).

econômica da sociedade e a difusão de conhecimento. Entretanto, como consequência desvantajosa, nota-se a banalização da crise do ensino jurídico.

3 CRISE DO ENSINO JURÍDICO: A PREOCUPANTE NATURALIZAÇÃO DO *SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS*

O ensino jurídico atual não se adequa à realidade a qual foi proposto, ou seja, o ensino jurídico no Brasil já não cumpre a função social da aprendizagem da ciência jurídica (WARAT, 2004c), pois o que se verifica atualmente é a produtividade acadêmica em padrões industriais⁹ e a valorização da mercantilização/comercialização do ensino, em detrimento da efetividade da aprendizagem.

Trata-se de uma realidade que, sem dúvida nenhuma, coloca em risco a qualidade do ensino jurídico. Nesse sentido, torna-se primordial assimilar que o ensino jurídico instrumentalizado, na realidade prática no dia-a-dia em sala de aula, não está de acordo com os parâmetros determinados pelo Ministério da Educação.¹⁰

Nessa perspectiva, compreende-se o *senso comum teórico dos juristas* como um “[...] imaginário que atua como um véu que encobre o pensar crítico dos juristas” (STRECK, 2013, p. 14). Nesse sentido, é buscando desvelar as obviedades que é possível compreender direito. Todo senso comum reproduz uma espécie de falácia realista. O senso comum compreende mal o direito. O senso comum obnubila a ciência jurídica. (STRECK, 2013, p. 14).

⁹ Intitula-se, no presente estudo, “*industrialização da atividade acadêmica*”, a lógica de meta/produtividade que atingiu o ensino superior, com o advento de padrões de avaliação de órgão como a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES e as próprias Instituições de Ensino Superior.

¹⁰ Em atenção a esta necessária verificação, tem-se que “[...] a Comissão de Ensino Jurídico do MEC, encarregada do “provão”, traçou um perfil ideal, com as seguintes características que se espera do graduando em Direito: a) formação humanística, técnico-jurídica e prática indispensável à adequada compreensão interdisciplinar do fenômeno jurídico e das transformações sociais; b) senso ético profissional, associado à responsabilidade social, com a compreensão da causalidade e finalidade das normas jurídicas e da busca constante da libertação do homem e do aprimoramento da sociedade; c) capacidade de apreensão, transmissão crítica e produção criativa do Direito, aliada ao raciocínio lógico à consciência da necessidade de permanente atualização; d) capacidade para equacionar problemas e buscar soluções harmônicas com as exigências sociais; e) capacidade de desenvolver formas extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos individuais e coletivos; f) visão atualizada de mundo e, em particular, consciência dos problemas de seu tempo e de seu espaço.” (BOVE, 2006, p. 134).

Salienta-se, também, que existem outras variáveis que indicam a crise do sistema de ensino jurídico, além da mercantilização do ensino e da industrialização da produtividade acadêmica já mencionadas, como por exemplo: a) Proliferação das Faculdade do Direito; b) O fortalecimento de um movimento codificador; c) Utilização de metodologia expositiva para a transmissão do conteúdo.

A proliferação das faculdades de Direito é uma realidade que coloca em risco o ensino jurídico, visto que, na prática, parece não haver um efetivo respeito às reservas de mercado, desrespeitando, assim, a basilar lógica econômica da oferta/demanda, sob o fundamento meramente lucrativo, sem nenhum compromisso pedagógico e/ou social.

Essa proliferação das faculdades dos cursos de Direito pode ser justificável, pelo fato de que, atualmente, o curso superior em Direito é pouco oneroso¹¹ às instituições de ensino, pois não há a necessidade de laboratórios (como ocorre na área das ciências médicas, por exemplo), de salas especializadas/individualizadas, nem de recursos de aparelhos tecnológicos de precisão (como ocorre na área das engenharias, por exemplo). No curso de Direito, basicamente, apenas há a necessidade de professor e alguns livros na biblioteca (estas muita das vezes estão desatualizados e/ou não estimulam a mínima reflexão sociojurídica). Diante disso, não restam dúvidas que o ensino jurídico se configura como uma atividade empresarial altamente lucrativa, infelizmente.

No que se refere ao movimento codificador, que reproduz meramente o teor da legislação¹², observa-se a ausência de reflexão crítico-social e do embate cognitivo crítico do Direito. Nota-se que há uma predileção ao positivismo exacerbado como norteamento para a metodologia de ensino, fomentando-se um ensino jurídico cada vez mais afastado da reflexão contextual sociocultural da norma jurídica. Essa metodologia apenas contribui para a manutenção de em sistema de ensino inteiri-

¹¹ A onerosidade aqui referida é no sentido realmente pecuniário, ou seja, de custo/benefício em relação ao mercado educacional.

¹² Também conhecido como modelo de ensino mecanicista, consiste em ser a famigerada metodologia (se é que se denominar de metodologia do ensino jurídico) de reprodução/repetição da mera literalidade da lei (lei seca). Configura-se como um ensino pautado na mera leitura de artigos da legislação, sem a devida promoção da conscientização e criticidade do aluno (BITTAR, 2013, P. 115).

ramente legalista e dogmático, pois nota-se que:

[...] la elección de los métodos didácticos en las escuelas de derecho descansan básicamente en la creencia de que la metodología del codificador es también una buena técnica educativa. Los docentes se limitan así a glosar a los codificadores sin tomar en cuenta la naturaliza de la inteligencia, el papel de la experiencia en la formación del conocimiento y os mecanismos de transmisión.¹³ (WARAT, 1972, p. 17-18).

Outro fator que contribui para a crise do ensino jurídico é a preponderância da utilização da metodologia expositiva na transmissão do conteúdo, pois:

[...] a adoção desse modelo torna problemática a aprendizagem. O professor preocupa-se em expor a matéria e negligencia a importância do interesse e da atenção do aluno. Seu discurso inclui termos que nem sempre existem na experiência dos alunos. Tantas são as ideias apresentadas que boa parte delas não é retida pelos alunos. Alguns professores falam tão rápido que muitas das ideias apresentadas não são percebidas pelos alunos. Outros falam tão baixo e de forma tão monótona que não conseguem manter a atenção dos alunos. Muitos professores ficam tão entusiasmados com a exposição a ponto de deixar de utilizar qualquer recurso audiovisual. Em suma, as aulas expositivas com frequência caracterizam-se pelo monólogo. (GIL 2009, p. 69).

Em relação à esta metodologia aplicada, a problemática do ensino jurídico é potencializada, pois se por um lado a metodologia expositiva não é uma das melhores alternativas para a efetivação da aprendizagem, por outro lado “já se apostou no autodidatismo do aluno, isso se mostra absolutamente obsoleto, do ponto de vista pedagógico, em contextos atuais” (BITTAR, 2013,

¹³ Tradução livre: “[...] a escolha dos métodos didáticos nas faculdades de direito repousa basicamente na crença de que o método de codificação também é uma boa técnica educacional. Os professores limitam-se a encobrir os codificadores sem levar em conta a naturalidade da inteligência, o papel da experiência na formação do conhecimento e os mecanismos de transmissão” (WARAT, 1972, pp. 17-18).

p. 115). Na metodologia expositiva, não há um estímulo para que o discente consiga participar da construção do conhecimento e superar a problemática jurídica.¹⁴

Assim, percebe-se a importância da influência que os docentes possuem na desconstrução de um ensino codificador e esquematizado, entretanto, nota-se, infelizmente, que:

[...] nenhum professor de direito aconselha: ‘não mencione a norma’. Talvez ajam assim por acreditarem em um conceito abstrato de direito que segue o ponto-de-vista tradicional do racionalismo, do iluminismo e do positivismo. Eles ignoram o silêncio e a abertura da normatividade jurídica e fecham os olhos ao caráter retórico do direito e às condições de sua formação. (SOBOTA, 1991, p. 272-273).

Evidencia-se, portanto, um apego exacerbado à norma.¹⁵ A concepção do sistema fora estruturada dessa forma, por este motivo nota-se a dificuldade de romper com este modelo de formação e atuação profissional. Dentro deste contexto, o discente, após a conclusão da graduação, certamente replica os ensinamentos aprendidos na realidade de sua atuação profissional, tendo em vista que a reflexão crítica passou a ser atribuição das pós-graduações¹⁶. Assim, evidencia-se que:

[...] o trabalho desenvolvido em cursos de pós-graduação tem

¹⁴ Nessa mesma linha de raciocínio, tem-se que “[...] o aluno não é estimulado, imperando nas salas de aula o normativismo, ao velho estilo, fazendo com que a integração professor aluno não exista e, conseqüentemente, nada se construa. A ausência de discussão de problemas, não fornece ao aluno o instrumental teórico e analítico para uma melhor compreensão do mundo em que vive” (BOVE, 2006, p. 137).

¹⁵ O modelo nitidamente positivista fracassou tanto pela acriticidade quanto pelo apego ao positivismo. Assim, entende-se que a experiência acadêmica deve ser amparada por uma estrutura curricular que possibilite o fornecimento de conhecimentos não somente técnico-jurídico (BITTAR, 2013, p. 115), mas também críticos e reflexivos, conectados com a realidade social.

¹⁶ Mais especificamente às pós-graduações a nível de mestrado e doutorado (as chamadas pós-graduações *stricto sensu*), que visam formar, capacitar e especializar os juristas para atuarem como docentes/pesquisadores. Atualmente, é nesse espaço acadêmico que se verifica, também, a possibilidade do contato com a temática relacionada à didática do ensino, área que não é evidenciada durante a graduação de Direito, pois nesta área do conhecimento ainda há a associação de atuação profissional com atuação de docência, entretanto, é fundamental compreender que um bom jurista não necessariamente será um bom docente. Nesse sentido, importante é a observação, fundamentada historicamente, feita por Adélia Pessoa em relação à função que a pós-graduação passou a adotar no ensino jurídico, haja vista que “[...] com a abertura de ensino de 3º grau a muitas parcelas da população, parece hoje que a manutenção da alta cultura como privilégio de alguns, só é possível através de estudos de pós-graduação” (PESSOA, 2013, p. 57).

um papel importante na continuação da qualidade do ensino jurídico, uma vez que tem a função precípua de formar profissionais para as academias, ou seja, aqueles que lidarão diretamente com o ensino jurídico e com a responsabilidade da educação continuada, rica em valores e princípios na perspectiva de formar cidadãos. (SANCHES; GIMENEZ, 2014, p. 13).

Recentemente houve um fomento à democratização do ensino jurídico, com a implantação de políticas públicas de acesso à educação, por meio de financiamentos e concessão de bolsas de estudo em instituições de ensino particular e, além disso, a ampliação de oferta de vagas em instituições de ensino públicas.¹⁷ Essa realidade contribuiu para o agravamento da crise do ensino jurídico no Brasil.

Assim, observa-se que foi, e continua sendo, crescente o quantitativo de vagas¹⁸ em cursos de Direito no Brasil, entretanto, os parâmetros para um ensino jurídico crítico e satisfatório à sociedade ainda não estão presentes. A comprovação disto é a verificação de um sistema de ensino pautado na codificação e esquematização do Direito, conforme já mencionado, e a crescente mão-de-obra, em sua maioria precária cientificamente, no mercado de trabalho, cada vez mais competitivo e exigente. Outra problemática que indica a crise do ensino jurídico é a o incentivo à democratização do ensino jurídico sem o aprimoramento da devida qualidade pedagógico-científica deste ensino.

Verifica-se, sob este contexto, que atualmente o cenário do ensino jurídico indica uma preocupante naturalização do *sensu comum teórico dos juristas* (WARAT, 2004d), diante da acriticidade do direito e da ausência de reflexão acerca da função social da ciência jurídica, proporcionando um estímulo à concepção de que o jurista resume-se a mero operador do direito.

Um dos fatores que, segundo Lenio Streck (2013), contribui para

¹⁷ Conforme já destacado em nota de rodapé alhures, o presente trabalho não pretende analisar o fenômeno da (in)efetividade destas políticas educacionais, pois evita-se, aqui, migrar para uma análise da conjuntura político-social do sistema de ensino.

¹⁸ Refere-se às políticas governamentais, como por exemplo: Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais - REUNI, Programa Universidade para Todos - PROUNI e o Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES.

essa fragilização do direito é justamente o fato de haver um “ensino jurídico, ainda dominado – ou fundamentalmente tomado – por uma cultura estandarizada”. (STRECK, 2013, p. 19). Essa banalização do ensino jurídico, de forma estandarizada, se verifica por meio das doutrinas simplificadas, sem discussão reflexiva.

Nessa toada, em virtude desse cenário, percebe-se atualmente que há a busca por outras alternativas para o ensino jurídico, uma delas, por exemplo: é a implantação do ensino do curso de tecnólogo jurídico.

Sendo assim, almeja-se compreender o porquê da implantação do ensino de curso tecnólogo jurídico ser o agravamento da crise do ensino jurídico, na medida em que pode contribuir para um verdadeiro colapso do sistema de ensino jurídico.

Diante desse cenário, compreende-se que muito provavelmente a crise do ensino jurídico não será solucionada, ou sequer amenizada, enquanto não houver uma reflexão jurídico-social aprofundada com base na crítica do direito, por meio de um debate sério e compromissado acerca da “cultura standard, simplificadora, descomplicadora, manualesca, enfim uma cultura jurídica” (STRECK, 2013, p. 205) deficiente e precária.

4 IMPLANTAÇÃO DE CURSOS TECNÓLOGOS JURÍDICOS: UMA ALTERNATIVA À CRISE DO ENSINO JURÍDICO?

Com o advento das modificações mercadológicas decorrentes do capitalismo¹⁹, no início do século XX (vinte), ocorreram transformações no sistema educacional, onde “[...] novas demandas por um novo modelo de trabalhador emergiram exigindo a construção de novas modalidades no ensino profissional institucionalizado que dessem conta dos processos de reestruturação produtiva” (DUCH, 2008, p. 5), atendendo, assim, os anseios de profissionalização da sociedade brasileira.

¹⁹ Verifica-se que, nesse contexto, “em decorrência de sucessivas crises do capitalismo internacional antecedente à década de 1960, o modelo econômico agroexportador vigente no país cede espaço para que o industrialismo tomasse grande impulso, tornando-se o pólo da economia brasileira. Uma nova ordem urbano-industrial foi se implantando no país desde então” (DUCH, 2008, p. 3).

Essa breve contextualização é pertinente para que se atente ao fato de que a implementação dos cursos tecnológicos foi estimulada diante da necessidade de mão-de-obra no mercado de trabalho.

Atualmente, no Brasil, em relação à educação profissional pode-se evidenciar a seguinte formatação, em três níveis: a) Formação inicial e continuada ou qualificação profissional; b) Educação profissional técnica de nível médio; c) Educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação, nos termos do Decreto nº 5.154/2004, que prevê atualmente a educação profissional, prevista pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996). Com isso, sinaliza-se que o objeto de estudo deste artigo se insere neste último nível, visto que analisa a educação profissional tecnológica jurídica, com *status* de graduação.²⁰

Recentemente, além da existência de cursos técnicos jurídicos²¹, há propostas para a implantação de cursos de tecnólogos jurídicos no país, razão pela qual este debate constitui-se como uma questão de ordem à luz da crise do ensino jurídico. Diante disso, primeiramente, é fundamental ressaltar a diferenciação entre curso técnico e tecnólogo.

A grande diferença é que enquanto o curso técnico em serviços jurídicos possui natureza de ensino profissional técnico, o curso de tecnólogo jurídico possui natureza de curso superior.²²

O Decreto nº 5.773/06 – ao dispor sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino – instituiu o Catálogo Nacional de Cursos Superiores de Tecnologia, que se caracterizou como um: “[...] guia referencial de orientação para estudantes, educadores, sistemas e instituições de ensino, entidades corporativas, empregadores e público em geral a respeito da oferta desses cursos” (MACHADO, 2010, p. 90). Ou seja,

²⁰ Razão pela qual não se adentrará, neste estudo, no mérito dos cursos a nível técnico. No Brasil, atualmente, sabe-se que existem cursos técnicos jurídicos, que visam formar profissionais para atuarem no apoio administrativos das atividades jurídicas.

²¹ Conforme pode ser verificado no catálogo nacional de cursos técnicos (BRASIL, 2016).

²² O que faz pressupor que, nos cursos tecnológicos, exige-se o cumprimento de algumas atividades inerentes à qualificação de ensino superior, como por exemplo: realização de estágio supervisionado e/ou elaboração um trabalho de conclusão de curso.

o mencionado catálogo possui uma importância maior do que um mero fichário de denominação de cursos, visto que trata-se de um verdadeiro norteamento para manutenção e aprimoramento da qualidade do ensino profissional.

É importante que se compreenda que a implantação de cursos tecnológicos jurídicos é uma temática complexa, que merece uma análise mais aprofundada, atentando-se para a realidade jurídico-social do ensino superior no Brasil, principalmente hodiernamente, haja vista o fomento à democratização do ensino, como fora mencionado anteriormente.

O curso de tecnólogo jurídico, que tem o *status* de um curso superior, se propõe a formar, num período de aproximadamente²³ apenas dois anos, indivíduos com uma base jurídica mínima, para serem considerados aptos a realizarem tarefas de apoio. É, sem dúvida, um discurso atrativo do ponto de vista mercadológico, num cenário atual de crise econômica, visto que há a possibilidade de conquista do diploma superior, e suposta qualificação profissional, de forma rápida.

A sensibilidade da temática é evidentemente perceptível, pois a proposta direciona-se no sentido de criar uma categoria profissional subalterna no universo jurídico, com o discurso envolvido com uma promessa de potencial mobilidade social, entretanto, sem atingir a devida função social do processo educativo.

Diante dessa conjuntura é crucial refletir qual a utilidade do ensino jurídico superior, com o objetivo de delinear os desafios para uma possível reestruturação do processo de ensino e aprendizagem.

Na concepção de Ana Carla Bliacheriene (2011), o ensino jurídico não serve meramente para “ensinar teorias jurídicas ou memorizar leis, mais sim apresentá-las como instrumentos para o desenvolvimento de valores sociais como justiça, isonomia, respeito à dignidade humana” (BLIACHERIENE, 2011, p. 150), visto que tem como escopo a construção do saber e não a mera transmissão formal de conteúdo e conhecimento técnico.

Na visão de Luis Alberto Warat (2004c; 2004; 2004b; 2004d) a função

²³ Alguns cursos possuem duração de até 03 (três) anos.

do processo educativo é contribuir para a reflexão, assim, tem-se como função estimular um:

[...] discurso que piensa los problemas que surgen de la acción educativa y no una actividad dogmática que pontifica dicha acción a través de una aspiración de trascendencia y universalidad, sugiere, así una relación crítica y dialéctica en función a la praxis pedagógica.²⁴ (WARAT, 2004c, p. 362).

Justamente sob estas concepções de Ana Carla Bliacheriene (2011) e Luis Alberto Warat (2004c; 2004; 2004b) que torna-se possível evidenciar a inviabilidade de implantação do ensino tecnológico jurídico, pois tal modalidade de ensino somente fomenta a fragilidade do ensino jurídico e agrava a situação da crise educacional no Brasil.

Tendo em vista a repercussão social da implantação de cursos tecnológicos, há a necessidade de autorização do Ministério da Educação – MEC, e é importante, também que haja a manifestação das instituições representantes de classes profissionais, como por exemplo a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB²⁵, ligadas aos cursos técnicos e/ou tecnológicos que pretendem ser criados.

Recentemente, o Ministério da Educação – MEC autorizou o funcionamento do curso superior de tecnologia em Serviços Jurídicos, apesar de expressa manifestação contrária da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.²⁶

Durante a tramitação do pedido desta mencionada autorização, a OAB manifestou-se, basicamente, sob o fundamento de que haveria a possibilidade de um conflito de competência entre o exercício das atividades advocatícias e as atividades dos futuros tecnólogos jurídicos.

Nesta toada, defende-se também que, além de extrapolar as compe-

²⁴ Tradução livre: [...] o discurso que pensa os problemas decorrentes da ação educativa e não uma atividade dogmática que pontua essa ação por uma aspiração de transcendência e universalidade, sugere, assim, uma relação crítica e dialéctica em função da práxis pedagógica (WARAT, 2004c, p.362).

²⁵ Infelizmente, não são raras as omissões que o MEC comete no que tange à fiscalização da qualidade do ensino jurídico no Brasil. Diante disso, torna-se mister reconhecer o louvável posicionamento institucional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB no combate à banalização do ensino jurídico, buscando evitar a proliferação em demasia dos cursos de Direito.

²⁶ Parecer CNE/CES N°: 68/2017 do Conselho Nacional de Educação.

tências advocatícias, os cursos tecnólogo de serviços jurídicos colocam nitidamente em risco às demandas de estágio para os graduandos em Direito, na medida em que a função/cargos dos tecnólogos pode passar a ser mais atrativas aos setores que necessitam de estagiários, pois, muitas das vezes, acabam tendo que, periodicamente em virtude da rotatividade²⁷, contratar novos estagiários, treiná-los e adaptá-los às novas funções, e isto tudo demanda tempo e dinheiro para as instituições (públicas e privadas).

Seria mais cômodo inserir neste mercado profissionais para auxiliarem os juristas de maneira regular e perene, sem a necessidade de periódicos treinamentos? Então, a quem interessaria essa inovação educacional? São problemas muito complexos, mas que tem que ser debatidos urgentemente, tanto pela academia jurídica quanto pelos órgãos competentes.

Em âmbito acadêmico, a preocupação ainda não é tão difundida, visto que não se visualizam mobilizações institucionais nesse sentido, bem como são limitadas as produções acadêmicas com esta proposta reflexiva. Tal cenário, proporciona o surgimento dos seguintes questionamentos: Quem seriam os beneficiários deste silenciamento? Quais as razões das instituições de ensino, públicas e privadas, não criarem mobilizações de resistência à estas inovações educacionais?

No que refere ao enfrentamento dos órgãos competentes, como fora dito, o MEC parece não se preocupar efetivamente com a crise do ensino jurídico, que se agrava cada vez mais, motivo pelo qual aprova a implantação de cursos sem se debruçar sobre os riscos sociais e mercadológicos (concretos e potenciais), levantados pelas entidades representativas, como é o caso da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Nesse sentido, nota-se que a manifestação pública da Ordem dos Advogados do Brasil vem sendo em defesa do ensino jurídico, na medida em que busca evitar a criação desses cursos tecnólogos.

Por outro lado, tem-se que considerar que a principal preocupação imediata tanto do MEC quanto da OAB pauta-se no que pode ser considerado

²⁷ Oriunda da própria lógica da relação de estágio, nos termos do art. 11 da Lei nº 11.788/08, que regulamenta a atividade de estágio.

como uma possível reserva de mercado profissional, mas nota-se que a problemática é ainda mais complexa, visto que atinge a qualidade, a metodologia e, conseqüentemente, o futuro do ensino jurídico.

Com o advento de cursos de tecnólogo em serviços jurídicos, o ensino jurídico é atingido como um todo, visto que se coloca em xeque tanto a formação dos cursos (havendo o risco de ocorrer diminuição da carga horária do ensino da graduação, para que exista competitividade de mercado, no tocante ao “público/clientela”)²⁸ quanto ao perfil dos docentes (pois estes podem ser envolvidos a adotar uma metodologia mais compatível com um ensino mais tecnólogo do que com a graduação em Direito, o que causaria uma espécie de indústria de docentes especialistas em simplificar o Direito).

Outro fator que deve ser considerado para uma possível implantação (bem como possível difusão/ampliação) de cursos tecnólogos em serviços jurídicos é a demanda de mão-de-obra. Acontece que o Brasil é um dos países que mais formam bacharéis em Direito no mundo. É evidente que no mercado jurídico brasileiro atual não há a necessidade urgente de mão-de-obra jurídica oriunda de curso de tecnólogo jurídico.

Com base nessa realidade que se instaura no Brasil atual, após todo o período de críticas ao ensino jurídico, desenvolvidas por Luis Alberto Warat (2004), pode-se verificar que:

[...] a dogmática jurídica pouco mudou. Pode-se dizer que em certa medida, ocorreu um retrocesso, em face da multiplicação das produções estandardizadas, formas de mercancia de conhecimento *pret-à-portêr* disponível em qualquer aeroporto, supermercado ou rodoviária do país. O saber jurídico – que acaba sendo obnubilado pela informação fragmentada – hoje cabe em 140 caracteres, para usar uma imagem tipicamente contemporânea (STRECK, 2013, p. 9)

Diante disso, sustenta-se que não há a necessidade de implantação de cursos tecnólogos jurídicos no Brasil para que se possa combater a crise do

²⁸ Infelizmente, diante dessa lógica mercadológica do ensino jurídico, essa é a realidade que se insere uma análise dos impactos e/ou conseqüências do advento de cursos tecnólogos na área jurídica.

ensino jurídico. Aliás, propõe-se que a alternativa mais adequada e sensata não seria criar cursos tecnológicos, mas sim aprimorar o ensino jurídico em vigor, estabelecimento mecanismos de controle de qualidade.²⁹

5 DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS DIANTE DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

Nessa complicada atual conjuntura de crise do ensino jurídico, é crucial delinear possíveis alternativas para buscar amenizar os impactos de um declínio do ensino jurídico e, conseqüentemente, evitar a banalização da crise do ensino jurídico, pois “[...] una nueva *jus-didáctica* implica no solo la implementación de técnicas y estrategias pedagógicas más actualizadas sino también um reexamen de lo que secularmente se viene mostrando como ‘fenómeno jurídico’”³⁰ (WARAT, 2004c, p. 362).

Repensar a função social do espaço universitário é algo necessário e deve se processar permanentemente, com o objetivo de buscar a reestruturação dos papéis desempenhados tanto pelos docentes quanto pelos discentes no processo de ensino e concretização da aprendizagem (BLIACHERIENE, 2011, p. 140-152).

Para tanto, é importante que se reconheça que a responsabilidade da atual crise do ensino jurídico é compartilhada³¹ entre o Estado, as Instituições de Ensino Superior - IES, os docentes e os próprios discentes, que devem almejar construir soluções efetivas para superar a crise do ensino jurídico.

Em relação ao Estado, a responsabilidade é evidente, pelo fato da

²⁹ A qualidade do ensino jurídico, bem como a utilização da metodologia na transmissão do conhecimento jurídico são temas complexos, visto que “[...] no existen recetas fijas, ni posibilidades de utilizar la misma estrategia em todos los países.” (WARAT, 1972, p. 16). Tradução livre: “[...] não existem receitas fixas nem possibilidades de utilizar a mesma estratégia em todos os países” (WARAT, 1972, p. 16).

³⁰ Tradução livre: “Uma nova didática jurídica implica não somente a implementação de técnicas e estratégias pedagógicas mais atualizadas mas também um reexame do que secularmente se vem mostrando como ‘fenômeno jurídico’” (WARAT, 2004c, p. 362).

³¹ Nesse contexto, são pertinentes as reflexões de Joseph Lowman (2004), ao tratar de questões centrais no que tange às relações de se estabelecem entre o ensinar e o aprender, pois: “Em que medida é o aprendizado função do ensino? Em que medida o ensino pode ser avaliado, tomando-se como base o que os estudantes aprendem?” (LOWMAN, 2004, p. 24).

educação ser um direito social fundamental, previsto pela Constituição Federal de 1988.

No tocante às Instituições de Ensino Superior a responsabilidade relaciona-se a uma obrigação de manter o ensino jurídico pautado nas exigências dos órgãos de fiscalização e controle. Nas instituições públicas, deve-se assumir o compromisso de constantes fiscalizações da qualidade, por meio de feedback institucional do ensino e atualização dos recursos que são necessários para funcionamento do curso. Já nas instituições de ensino privadas, é necessário que ocorra, além dos compromissos inerentes às Instituições de Ensino Públicas, o compromisso de manter o ensino de qualidade sem sobrepor os valores lucrativos.

Os docentes possuem crucial parcela de contribuição nesse cenário, pois devem buscar assumir o compromisso de efetivar um ensino exemplar. Nesse sentido, nota-se a dificuldade do docente, visto que:

[...] além de um sólido domínio da matéria, o ensino universitário de qualidade parece ser uma tarefa complexa, que requer a competência de se comunicar bem com os estudantes, em grandes ou pequenos grupos, em situações formais ou informais, e relacionar-se com eles como pessoas, de maneira que eles sintam como positivas e motivadoras. O ensino universitário exemplar deve engendrar um aprendizado ativo não somente dos fatos básicos, teorias e métodos, mas também das relações entre os diferentes ramos do conhecimento. (LOWMAN, 2004, p. 22).

Por outro lado, pondera-se que a responsabilidade da crise do ensino jurídico também pode ser atribuída aos discentes tanto pelo fato de que estes buscam um ensino jurídico pautado na lógica codificadora e mecanicista tanto pelo fato de que o aprendizado é “[...] algo evidenciado por uma ampla gama de qualidades e comportamentos mensuráveis do estudante” (LOWMAN, 2004, p. 25).

Dentre os desafios que merecem ser enfrentados diante da crise do ensino jurídico destacam-se: a) A multidisciplinariedade do ensino jurídico; b) O fortalecimento da fiscalização do ensino jurídico; c) A ruptura do for-

malismo no ensino jurídico.

5.1. Multidisciplinaridade do ensino jurídico

A multidisciplinariedade do Direito é praticamente inquestionável, haja vista que se trata de uma área do conhecimento que se comunica com outras áreas do saber científico.

Entretanto, nota-se que, em sua grande maioria, na prática, o ensino jurídico é pautado num isolamento acadêmico, que em nada facilita a aprendizagem, muito pelo contrário, visto que somente potencializa a cultura segregacionista que está presente no mundo acadêmico jurídico.

Assim, o conhecimento jurídico não deve ser transmitido de forma fragmentada e isolada do contexto sócio-cultural-político que vivenciam os discentes, sob o risco comprometer a qualidade do ensino, pois:

[...] a compreensão de que à aquisição de conhecimento de forma compartimentada e dissociada não representa uma forma eficaz no processo ensino/aprendizagem, quebrando assim o paradigma cartesiano da decomposição da observação do fenômeno em partes para a interpretação de uma realidade complexa que o mundo não é composto de fenômenos isolados (COLAÇO, 2006, p. 105)

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que “[...]a supremacia do conhecimento fragmentado de acordo com as disciplinas impede frequentemente de operar o vínculo entre as partes e a totalidade” (MORIN, 2004, p.14). Deve-se, assim, buscar uma forma de aprendizagem com base na realidade contextual.

Diante disso, uma possível alternativa para a crise do ensino jurídico é a utilização da multidisciplinariedade da ciência jurídica, possibilitando a formação do discente através de concepções de variadas áreas do conhecimento, por meio de palestras/aulas com professores convidados para expor a visão e o entendimento de outra ciência e a necessidade do Direito se sensibilizar como compreender o fenômeno analisado, não puramente sob o viés legalista, mas com base em um contexto científico eclético e humanamente

compreensível. Podendo, inclusive, haver um diálogo com a sociedade civil, atendendo os anseios sociojurídicos da comunidade localizada próxima às instituições de ensino.

Além disso, as atividades de prática de estágio extracurricular, poderiam ter a influência de outras áreas na construção do processo de aprendizagem, podendo, assim, contribuir para o afastamento da noção de que o estágio, na área jurídica, serve apenas como ensinar o discente como instrumentalizar o direito pleiteado em meras petições e/ou pareceres.

5.2. Fortalecimento da fiscalização do ensino jurídico

Outro desafio a ser enfrentado, à luz deste cenário de crise do ensino jurídico, é o fortalecimento da fiscalização da quantidade e qualidade do ensino jurídico fornecido pelas Instituições de Ensino Superior.

Atualmente, existe o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES³², que avalia tanto as instituições como os alunos, em relação ao ensino, à pesquisa e à extensão no curso de graduação em Direito.³³

A principal forma de avaliação do ensino é, basicamente, através da análise do desempenho dos estudantes no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – ENADE, que é um exame aplicado com certa periodicidade, que afere a qualidade do ensino por meio por meio do desempenho dos discentes em relação a alguns conteúdos mínimos necessários para atuação na área do conhecimento específica e, além disso, realiza um levantamento do perfil dos estudantes.

Acontece que, apesar da ciência jurídica ser muito dinâmica, realidade que exige dos profissionais uma atualização – tanto científica quanto pedagógica – constante, nota-se que não há uma fiscalização do nível de atualização

³² Que foi um sistema criado pela Lei nº10.861/04, com o escopo de, nos termos de seu art. 1º, §1º, tem “por finalidade a melhoria da qualidade da educação superior, orientação da expansão da sua oferta”.

³³ Outros dados quantitativos podem ser evidenciados, como por exemplo: os índices de aprovações e reprovações em provas de concursos e exame da OAB. Entretanto, apesar de fornecerem percentuais analisáveis, compatíveis com a noção de crise do ensino jurídico, evidencia-se que são fatores indiretos de fiscalização, razão pela qual não fora destacado neste estudo.

destes docentes, pois esta avaliação fica a critério da instituição de ensino. Por este motivo, sustenta-se que há a possibilidade de haver um exame para o corpo docente, nos termos do ENADE.

Além disso, a fiscalização dos cursos de graduação deveria ser realizada por meio de vistorias periódicas e semestrais, agendadas e, inclusive, não agendadas, para que se pudesse analisar a realidade da instituição através de relatórios elaborados com base na realidade *in loco*, bem como por meio de entrevistas aos discentes e corpo docente.

Tendo em vista que a fiscalização do ensino e a preocupação com a qualidade, de maneira efetiva, acabam exercidas basicamente pela OAB, haja vista a ineficiência da atuação do MEC, acredita-se que a mobilização conjunta de outras instituições públicas, a exemplo do Ministério Público, seria crucial para o aperfeiçoamento da fiscalização e aprimoramento da qualidade do ensino jurídico.

Nessa perspectiva, é pertinente considerar a reflexão realizada por Lênio Streck Streck (2013), ao abordar o ensino jurídico por meio de uma analogia com a ciência médica, com a pretensão de refletir acerca da gravidade dessa fragilidade em que se encontra o ensino jurídico no Brasil, pois é preciso questionar se: “[...] alguém se operaria com um médico que escrevesse um livro chamado ‘cirurgia cardíaca simplificada’? Ou o ‘ABC da operação de cérebro’?” (STRECK, 2013, p. 20). Muito provavelmente a resposta seria negativa. É crucial questionar o porquê dessa banalização ser verificada no Direito.

Diante dessa gravidade, entende-se que o fortalecimento da fiscalização do ensino jurídico é uma necessidade não somente dentro do âmbito do universo jurídico, mas, em verdade, trata-se de uma sociedade como um todo.

5.3. Ruptura do formalismo no ensino jurídico

Por fim, tem-se que a ruptura do formalismo no ensino jurídico é outro desafio a ser enfrentado diante da crise. Esse formalismo no ensino se verifica de diversas formas, mas, de maneira resumida, destacam-se: a) A linguagem jurídica; b) O distanciamento entre professor e o aluno;

A linguagem jurídica consiste em ser um instrumento potencializa-

dor do formalismo, pois é um tipo de linguagem que possui uma peculiaridade semântica, na medida em que se insere em um universo hermenêutico bastante próprio. Nesse sentido, é interessante observar o fenômeno da apriorização, sustentado por Pierre Bourdieu (1989):

O efeito da *apriorização*, que está inscrito na lógica do funcionamento do campo jurídico, revela-se com toda a clareza na língua jurídica que, combinando elementos diretamente retirados da língua comum e elementos estranhos ao seu sistema, acuso todos os sinais de uma retórica da impersonalidade e da neutralidade. (BOURDIEU, 1989, p. 215).

Segundo Pierre Bourdieu (1989), o processo linguístico jurídico possibilita a construção de dois efeitos: a) Neutralização, haja vista a construção de frases impessoais e objetivas; b) Universalização, visto que exprime generalidade da regra do direito, pressupondo a existência de um consenso ético. (BOURDIEU, 1989, p.215-216).

Sendo assim, ao apresentar a ciência jurídica ao discente, tem-se que o professor possui o desafio de, ao mesmo tempo de transmitir o conhecimento jurídico, estimular a construção de uma linguagem prática acessível e democrática. Nesse contexto, a multidisciplinariedade seria um fator primordial para essa construção de uma linguagem jurídica clara, objetiva e, evidentemente, acessível.

O outro pilar do formalismo no ensino é o distanciamento entre professor e o aluno, visto que, não é muito raro, haverem salas superlotadas, o que dificulta a interação entre docente e discente.

Com isso, impõe-se de forma necessária a limitação do quantitativo de discentes por professor, para que hajam proveitosas discussões práticas em sala de aula, pois “[...] a discussão requer interação entre estudante e professor, assim, sua eficácia depende rigorosamente da qualidade das relações professor-estudante” (LOWMAN, 2004, p. 157). Nessa perspectiva, salas de aula superlotadas, contribuem para o distanciamento entre o aluno e o professor e, conseqüentemente, inviabilizam um ensino jurídico crítico-reflexivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da crise do ensino jurídico, conclui-se que a implantação de cursos tecnológicos de serviços jurídicos não é uma alternativa – nem viável, nem eficaz – para que se possa combater, ou pelo menos amenizar, a banalização do curso de graduação em Direito e da crise do ensino jurídico de modo geral, visto que potencializam o risco de extrapolar competências inerentes a um curso tecnológico e, na prática, há a possibilidade de serem atingidas as atribuições de juristas e estagiários do curso de graduação em Direito.

Além dessa preocupação mercadológica, que se faz logicamente necessária, é crucial compreender, também, que a implantação de cursos tecnológicos em serviços jurídicos em nada contribuem para a solução da crise. Aliás, pelo contrário, pois a implantação destes cursos é um instrumento potencializador da utilização de mecanismos de ensino codificador. Assim, a acriticidade estaria sendo difundida para além dos cursos de graduação e entraria para o universo dos cursos profissionalizantes, em nível tecnológico. A grande diferença é que esse ensino mecanicista e ausente de reflexão estaria, nesse novo nicho mercadológico, legitimado pela própria estrutura de um curso profissionalizante, que é destinado à prática operacional e não à reflexão teórico-prática. É, portanto, um verdadeiro retrocesso para a educação jurídica.

Nestes termos, evidencia-se que a implantação de tais cursos configuraria-se como um verdadeiro agravamento da crise do ensino jurídico, tendente à banalização do *sensu comum teórico dos juristas* (WARAT, 2004d).

Nesse cenário, com o escopo de possibilitar uma análise sobre a necessária reestruturação do processo de ensino/aprendizagem, bem como acerca da função social da ciência jurídica, propõe-se o aperfeiçoamento do atual sistema de ensino jurídico, por meio da utilização da multidisciplinariedade, do fomento à fiscalização do ensino jurídico e da ruptura do formalismo. A implementação de cursos de tecnólogos jurídicos não pode ser vista como solução pedagógica para a crise do ensino jurídico no Brasil, pois não oferece (ainda que minimamente) caminhos para a construção e fortalecimento do saber jurídico como ciência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F; CAMARGO, S. B; SOUZA, A. L. D. Direito e Realidade: desafios para o ensino jurídico. In: FEFERBAUM, Marina; GHIRARDI, José Garcez. *Ensino do direito em debate: reflexões a partir do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente*. São Paulo: Direito GV, 2013. , p. 19-32.

BARRETO, A. H. L. *Os bruzundangas*. Porto Alegre: L& PM, 2001.

BENTO, F. *O estudo da ética profissional no curso de graduação em Direito*. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 4, mar. 2009. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/122>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BITTAR, E. C. B. *Curso de ética jurídica*. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BLIACHERIENE, A. C. Ensino jurídico superior como vetor da cidadania e dignidade humana. In: BEÇAK, R.; VELASCO, I. M. P. *O Direito e o futuro da pessoa: estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 140-151.

BOVE, L. A. Uma Visão Histórica do Ensino Jurídico no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito (São Bernardo do Campo)*, Universidade Metodista de SP, v. 3, n.3, p. 115-138, 2006 Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/508/506>> Acesso em mai. 2017.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 5.773 de 9 de maio de 2006*. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 mai. 2006. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/legislacao/decreton57731.pdf>> Acesso em jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. Brasília: 3ª Ed. 2016. *Catálogo nacional de cursos técnicos*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41271-cnct-3-edicao-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> Acesso em jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. *PARECER CNE/CES N°: 68/2017 do Conselho Nacional de Educação*. 2017. Disponível em: <portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=62871-pces068-17-pdf&category_slug=abril-2017-pdf&Itemid=30192> Acesso em jun. 2017.

CHAMON, M. Crise paradigmática no ensino superior: em busca do Compromisso com a produção do conhecimento e a transformação social. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *O futuro da universidade e os cursos de direito: novos caminhos para a formação profissional*. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006, p. 39-56.

COLAÇO, T. L. *Aprendendo a ensinar direito o Direito*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CONJUR. Escolas tradicionais aprovam mais no concurso do MP-SP. *Consultor Jurídico*, 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-ago-27/escolas_tradicionais_lideram_concurso_mp-sp>. Acesso em: 15 Mar 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Censo do Poder Judiciário*. 2014. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/imprensa/vide-censo-final.pdf> Acesso em Mar. 2018.

DUCH, M. A. B. G. *Estudos da implementação de Cursos Superiores de Tecnologia*. In: 1º Seminário Nacional de Educação Profissional e Tecnológica, 2008, Belo Horizonte. ANAIS do 1º Seminário Nacional de Educação Profissional e Tecnológica, 2008. Disponível em <http://www.senept.cefetmg.br/galerias/Arquivos_senept/anais/quarta_tema3/QuartaTema3Artigo6.pdf> Acesso em Jun. 2017.

ECO, H. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

GIL, A. C. *Metodologia do ensino superior*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 69.

LOWMAN, J. *Dominando as técnicas de Ensino*. Tradução: Harue Ohara Avritcher. São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO, L. R. S. Organização da educação profissional e tecnológica por eixos tecnológicos. *Linhas Críticas* (UnB), v. 16, n. 30, p. 89-180, 2010. Disponível em: <periodicos.unb.br/index.php/linhascriticas/article/viewFile/1458/1090> Acesso em jun. 2017.

MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2004.

NEVES, S. T. A. O ensino do direito e a matriz positivista. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 7, n. 7, mar. 2010. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/25>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

PESSOA, A. M. G. *Ensino jurídico no Brasil: da implantação à reforma universitária*. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (org.). Reflexões sobre a docência jurídica. Série Estudos de Metodologia. Volume 1. Aracaju: Evocati, 2013, p.21-62.

RODRIGUES, H. W. Popper e o processo de ensino-aprendizagem pela resolução de problemas. *Revista Direito GV*, v. 6 - 1, p. 39-57, 2010. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/03.pdf> Acesso em Mar. 2018

SANCHES, R. C. F; GIMENEZ, M. Z. Doze anos de mestrado em Direito do UNIVEM: formando docentes para o Brasil. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 12, jan. 2014. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/412>>. Acesso em: 21 mar. 2018

SAVIANI, D. A expansão do ensino superior no Brasil: mudanças e continuidades. *Poiesis Pedagógica*, Catalão, vol. 8, n. 2, p. 4-17, 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/poiesis/article/view/14035/8876>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

SILVA, E. M. T. Ensino de Direito no Brasil: perspectivas históricas gerais. *Psicologia Escolar e Educacional*, Campinas, v. 4, n.1, p. 307-312, 2001.

SOBOTA, K. "Don't Mention the Norm!". *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

STRECK, L. L. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WARAT, L. A. La universidad latinoamericana y la eclosión pedagógica. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 15, 1972. p.15-19 Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7204>>. Acesso em: 02 Jun. 2017.

WARAT, L. A. *Epistemologia e Ensino do Direito: o Sonho Acabou*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 2, 2004.

WARAT, L. A. Epistemologia y metodologia jurídica. In: WARAT, L. A. *Epistemologia e Ensino do Direito: o Sonho Acabou*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 2, 2004b. p. 187-192.

WARAT, L. A. Educacion y derecho. In: WARAT, L. A. *Epistemologia e Ensino do Direito: o Sonho Acabou*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 2, 2004c. p. 361-372.

WARAT, L. A. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: WARAT, L. A. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004d. p. 27-35.

HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891 E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

HISTORY OF BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW: CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF THE UNITED STATES OF BRAZIL OF 1891 AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY

*Matheus Felipe de Castro*¹
Orides Mezzaroba^{2**}

Data de Recebimento: 30/04/2018
Data de Aprovação: 03/08/2018

RESUMO

O presente artigo tem por tema a história da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, objetivando abrir um flanco de análise por meio do seu diálogo com o sistema econômico surgido no imediato fim da escravidão. O problema de pesquisa se concentra na contradição entre o texto constitucional, de modelo liberal econômico e o funcionamento do sistema econômico, então aparentemente incompatível com aquelas declarações. Parte-se da hipótese de que o problema não pode ser analisado numa relação de

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UNB); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); professor colaborador do Mestrado Profissional em Direito e Acesso à Justiça da UFSC; professor titular do Programa acadêmico de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Coordenador do Grupo de Pesquisas "Cautio Criminalis", advogado em Florianópolis.
E-mail: matheusfelipedecastro@gmail.com.

² Pós-doutor pela Universidade de Coimbra e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor nos Programas de Graduação e Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da UFSC. Coordenador do Programa do Mestrado Profissional em Direito da UFSC. Pesquisador de Produtividade do CNPq.
E-mail: oridesmezza@gmail.com.

separação entre teoria e prática, mas, ao contrário, através de uma interpenetração dessas instancias através da Lei e do funcionamento efetivo das instituições estatais. O marco teórico adotado no texto para a análise é o materialismo histórico e os autores que serviram de base para a pesquisa se inscrevem nesse contexto. O método escolhido foi o dedutivo e o artigo está dividido em introdução, capítulo analítico, considerações finais e referenciais bibliográficos.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais; Constituição de 1891; Princípio da Igualdade.

ABSTRACT

This article is about the history of the Constitution of the United States of Brazil of 1891, aiming to open a flank of analysis through its dialogue with the economic system that emerged in the immediate end of slavery. The research problem focuses on the contradiction between the constitutional text of the liberal economic model and the functioning of the economic system, which is apparently incompatible with those declarations. It starts from the hypothesis that the problem can not be analyzed in a relation of separation between theory and practice, but, on the contrary, through an interpenetration of these instances through the Law and the effective functioning of state institutions. The theoretical framework adopted in the text for the analysis is historical materialism and the authors that served as the basis for the research are inscribed in this context. The method chosen was the deductive and the article is divided into an introduction, analytical chapter, final considerations and bibliographic references.

KEYWORDS

Fundamental Rights; Constitution of 1891; Principle of Equality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo dá sequência a uma série de escritos que tem por *tema* a história das constituições brasileiras. Poder-se-ia perguntar se essa pretensão não estaria esgotada na historiografia do direito, eis que a temática já foi abordada por inúmeros autores. De qualquer maneira, a abordagem que se realiza nessa série, pensamos, difere sensivelmente de outras já apresentadas no passado. Trata-se da busca de identificar, nas respectivas cartas constitucionais, aspectos ligados às ideologias constitucionalmente adotadas e aos processos econômicos a ela subjacentes, aspectos muitas vezes menosprezados no passado.

Essa ênfase específica é que *justifica* a retomada dessa tarefa e a torna importante. Em ciências sociais, políticas e jurídicas, os temas se repetem, mas sempre com novas conotações, novas abordagens, novas necessidades e marcos teóricos impostos pelo momento histórico, pelas experiências dos povos, pelo avanço tecnológico ou simplesmente pela mudança de paradigmas que conferem alguma lógica à organização das sociedades.

Nas constituições brasileiras, desde a Constituição do Império, de 1824, é possível identificar ideologias bem determinadas. A carta de 1891 até hoje oferece desafios interpretativos, visto que, como sua antecedente, estampava um viés liberal (embora inaugurando múltiplas inovações frente à anterior), convivendo no entanto com um regime econômico de transição do trabalho escravo para o trabalho assalariado. Identificar como se operava essa articulação entre o texto constitucional e a realidade – se através de um divórcio entre teoria e prática ou se através de uma funcionalidade velada, invertida, não declarada – é o *problema* dessa pesquisa.

Mas pesquisas não se efetivam apenas com temas e problemas. O pesquisador precisa estar munido de uma lente com a qual possa enxergar um aspecto da realidade que lhe interessa em detrimento de outros, não menos importantes, mas que permanecem na sombra temporariamente, eis que não é humano realizar uma *abordagem de tudo*. O referencial teórico condensado na *Teoria dos Tipos de Estado*, de cosmovisão marxista, será um fio condutor que nos guiará na abordagem e análise dos elementos propostos no problema, tanto na

carta imperial, objeto do presente artigo, quanto nas cartas subsequentes.

Os textos das constituições brasileiras revelam o desenvolvimento do Estado brasileiro do liberalismo mais aberto ao intervencionismo de Estado mais autárquico e como, através da história, o Brasil deixou sua condição de nação eminentemente agrário-exportadora para se tornar uma nação industrial capitalista medianamente avançada, mas que acumulou impasses estruturais, herdados do passado, e que impedem o Brasil de desenvolver suas forças produtivas a ponto de construir uma real autonomia política e econômica frente a um mundo globalizado.

As constituições brasileiras refletem o seu tempo. São mais que textos de lei, constituindo a síntese do momento histórico em que existiram e a súpula dos problemas nacionais, internacionais, sociais, políticos, econômicos, culturais, ideológicos de seu tempo. Já se afirmou a importância da lei enquanto política concentrada, enquanto estado mais desenvolvido das disputas políticas colocadas na sociedade. Mas o direito, como também já se afirmou, é a unidade indissociável da lei e da sua concretização no mundo real. É na concretização da norma que o direito se torna atuação de Estado, revelando a sua característica de engenharia social consciente.

A Lei, enquanto *política concentrada* reflete um nível bastante elevado de abstração das lutas políticas reais colocadas na sociedade. Representa a súpula da correlação de forças entre os interesses sociais em disputa. Desta forma, não basta estudar o texto das constituições, como também insuficiente seria estudar a infra-estrutura econômica da sociedade de uma época, sem analisar a sua efetivação concreta na realidade, porque um modo de produção não representa apenas uma parte isolada do todo, constituindo-se antes numa unidade entre o econômico, o político e o ideológico, entre o direito e a aplicação do direito.

Mas antes, é preciso aprofundar um pouco mais a *metodologia* que guiará esta análise e que está intrinsecamente ligada ao referencial teórico escolhido. Partimos do pressuposto de que a história do Estado Nacional brasileiro conheceu ao menos dois tipos distintos de Estado: um *Estado escravista moderno* (estrutura política reprodutora de relações socioeconômicas escravocratas) que se consolida mais ou menos no período 1808-1831 e que persiste até os eventos concatena-

dos da Abolição da Escravidão, da Proclamação da República e surgimento da Constituição Republicana de 1891 e, depois, um *Estado burguês* (estrutura política reprodutora de relações socioeconômicas capitalistas), que persiste até aos dias atuais.

Mediando esses dois tipos de Estado haveria uma experiência histórica única de *Estado de transição*, que guardaria características do *velho*, o Estado escravista anterior, já portando características do *novo*, ou seja, do Estado burguês que se estabelecerá na seqüência. Esse período histórico transicional que vai dos eventos acima narrados até a Revolução de 1930 e que ficaram marcados por alguns processos específicos (República Velha, Coronelismo, Política dos Governadores, Política do Café-com-Leite), tem importância fundamental para a realidade brasileira atual, pois contribuiu para moldar formas políticas que sobrevivem ainda hoje na política brasileira como reminiscências do passado (LEAL, 1997, p. 275).

Uma última observação: todas as constituições brasileiras nasceram de momentos de *ruptura*, ou seja, de momentos de crises na história brasileira, onde se transitou entre formas societárias diferentes e isso para nós é o suficiente para trabalharmos com a categoria constitucional da *revolução*. Na perspectiva deste trabalho, o termo *revolução* será empregado na acepção que lhe confere Florestan Fernandes (2006, p. 239), denotando um conjunto de transformações econômicas, tecnológicas, sociais, psicoculturais e políticas amplas, que não precisam, necessariamente, coincidir com o momento de uma revolução política, ou seja, de um golpe de Estado ou de um grande movimento popular ou coletivo, de tomada do poder político, que é o momento visível de um processo revolucionário.

Ao contrário, a revolução é uma noção mais ampla, um grande processo de transição entre formas diferentes, onde não há necessariamente precedência do econômico sobre o político nem do político sobre o econômico, tudo dependendo das singularidades da correlação das forças sociais em disputa em dado momento histórico. O certo é que uma determinada estrutura socioeconômica não pode se estabelecer como hegemônica numa formação social sem a constituição de sua correlata estrutura política de reprodução.

Historicamente, houve formações sociais onde a revolução econômica

e social precedeu a revolução política que representou o seu coroamento, mas houve formações que primeiro presenciaram uma revolução política que criou o ambiente propício para profundas transformações nas relações econômicas e sociais. Assim, por exemplo, a Inglaterra conheceu uma revolução política burguesa de *conciliação*, dando origem a uma constituição não escrita, pactuada entre a monarquia e a burguesia, dando origem às instituições híbridas que permanecem até hoje e que permitiram a convivência de dois setores sociais historicamente anacrônicos. A França, por sua vez, conheceu uma revolução política radical, jacobina, que ao contrário da inglesa não tergiversou com a aristocracia decadente, reconstruindo totalmente suas instituições políticas e jurídicas.

O argumento é aqui levantado para demonstrar que não há modelo pré-fixado de revolução, ou seja, de processos de ruptura ou transformação social que dê origem a uma constituição. Aquelas ficam adstritas às singularidades de cada formação social e da correlação entre as forças sociais em disputa. O importante, portanto, é que as constituições surgem de fatos sociológicos, de momentos de ruptura que caracterizam fato de poder. O novo nasce e cresce por dentro do velho, gerando momentos de profunda tensão social e crise política.

Portanto, em sociedades dinâmicas, a sucessão de constituições não deve ser vista como sintoma negativo de instabilidade. É a instabilidade a natureza mesma dessas sociedades que exigem novos experimentos políticos e jurídicos. Ora, constituições nascem para morrer, para ser superadas por outras ou por novas formas de organização social, política e econômica. Tudo o que nasce está condenado a perecer e a se transformar e o direito e as constituições não estão livres disso. Duram enquanto são capazes de reproduzir certas condições para a qual foram concebidas. Esgotadas em suas funções, devem ceder o lugar a novos experimentos sem qualquer apego às tradições das formas ultrapassadas.

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891

A Constituição do Império do Brasil, de 1824, havia surgido como consequência da fundação de um Estado brasileiro, dando início à consolidação

de uma nova Nação. O contexto internacional daquela carta era o da Revolução Industrial inglesa que estava fundando as bases econômicas do moderno Modo Capitalista de Produção.

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, nasceu num contexto do desenvolvimento do Modo Capitalista de Produção onde já se debatia abertamente as alternativas socialistas a esse modelo de organização econômica. Era o momento histórico a que Lênin se referia como característico do *Imperialismo*, ou seja, a fase de superação da livre concorrência pela expansão dos monopólios internacionais, formação dos trustes e cartéis e expansionismo dos Estados europeus, valendo-se de guerras para conquista de novos mercados, que levariam a Europa poucos anos depois à Primeira Guerra Mundial³.

O padrão monetário internacional (padrão-ouro) iniciava seu colapso, levando a anterior situação de multipolaridade e equilíbrio geral de poder a uma bipolarização em blocos, que poria fim ao Concerto da Europa, esse gigantesco sistema de pesos e contrapesos internacional, iniciado em 1815. Por detrás desses fatos, era o mercado internacional auto-regulável, base de sustentação econômica daquele quadro de relativa convivência mundial e do seu sistema monetário internacional que dava os primeiros suspiros em direção a um quadro de exacerbada desorganização. (POLANYI, 2000, p. 34-35)

Esses fatos são mencionados como contexto imediatamente anterior ao nascimento das duas primeiras constituições brasileiras: por um lado, um grande desenvolvimento *capitalista* na Europa e Estados Unidos (primeiro industrial, contexto da Carta de 1824; depois, financeiro, contexto da Carta de 1891); por, a economia brasileira ainda submetida à produção primária escravocrata e dominada por um sistema de governo monárquico, evidenciando o descompasso internacional do modelo econômico (e político) brasileiro.

³Polanyi (2000, p. 33) assim descreve a conjuntura internacional de fins do século XIX: "Orçamentos e armamentos, comércio exterior e matérias-primas, independência nacional e soberania eram, agora, funções da moeda e do crédito. Já no último quarto do século XIX, os preços mundiais das mercadorias constituíam a realidade principal das vidas de milhões de camponeses continentais; as flutuações do mercado monetário de Londres eram anotadas diariamente pelos negociantes de todo o mundo, e os governos discutiam os planos para o futuro à luz da situação dos mercados de capitais mundiais. Só um louco duvidaria de que o sistema econômico internacional era o eixo da existência material da raça humana".

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, nasceria com resultado de uma dupla ruptura: ruptura econômica, expressada no colapso da economia escravocrata e ruptura política, expressada na transição da monarquia ao Estado republicano. A historiografia política brasileira não raras vezes caracterizou a Proclamação da República como uma espécie de “quartelada”, sem participação ou apoio popular, ou um acontecimento sobre o qual se construiu um “imaginário” republicano (CARVALHO, 1990). Essas interpretações captam apenas o processo isolado ocorrido em um dia determinado da história (o 15 de novembro de 1890), sem levar em consideração seus antecedentes e conseqüências que se desdobram no tempo

Na verdade, a Proclamação da República em 1889 e a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, representam o coroamento político de uma profunda revolução social e econômica que culmina com a abolição do trabalho escravo e conseqüente colapso do modo escravista de produção em vigor até 1888 (SAES, 1985, p. 181). Esse novo contexto levou Jacob Gorender (1986, p. 15) a afirmar que “a Abolição foi a única revolução social jamais ocorrida na História de nosso País”. Não foi a única sublevação, mas pelo seu caráter inaugural de transição para uma nova forma societária, adquiriu importância ímpar na história brasileira.

Por isso, não se podem isolar os três eventos que constituem uma unidade política indissociável (SANTOS, 2005, p. 68) e que representam momentos sucessivos de um mesmo processo real: a Abolição da escravidão põe termo à infraestrutura societal (o modo escravista de produção), determinando o desmoronamento da superestrutura estatal imperial (escravocrata), encarregada da administração das condições gerais exteriores à reprodução da lógica daquela forma societária e colocando a necessidade de uma nova constituição político-jurídica. Bastaram poucos meses para que, abolida a forma de trabalho escravo, o aparelho de Estado imperial-escravocrata desmoronasse, dando lugar à República, vale dizer, a um aparelho de Estado *em* transição para formas “burguesas” de organização da dominação de classe:

A Abolição, a Proclamação da República e a Assembléia Constituinte representaram etapas distintas de um único

processo: o processo de transformação burguesa do Estado brasileiro; ou dito de outra forma, o processo de formação do Estado burguês no Brasil. (SAES, 1990, p. 182)

Esse momento da história denota um conjunto de transformações sociais, econômicas e políticas cruciais para o posterior desenvolvimento da economia nacional, porque, lança as bases políticas, os instrumentos institucionais e os institutos jurídicos que preparariam o terreno para o posterior desenvolvimento de relações de produção capitalistas, que consolidariam um Modo Capitalista de Produção no Brasil, com suas características específicas.

Por isso mesmo se torna tão fundamental entender que o processo de desenvolvimento do capitalismo no Brasil não se operou segundo nenhum modelo pré-fixado. A história é um processo aberto e contingente e as formações sociais se desenvolvem sempre de maneiras desiguais. Portanto, antes de adentrar nos aspectos eminentemente constitucionais do regime jurídico inaugurado em 1888-1891, faz-se necessário realizar uma rápida digressão à questão do desenvolvimento do capitalismo no Brasil e de suas especificidades.

Quais foram as singularidades que tornaram a experiência brasileira de transição ao capitalismo singular frente à outras formações sociais? Destaquemos duas diferenças: a) uma transição à produção capitalista a partir do Modo Escravista de Produção; e b) direção do processo dinamizador do desenvolvimento pelo Estado e não pelo Mercado, vale dizer, por vias políticas e não estritamente econômicas (CASTRO, 2016, p. 135). Diversamente do processo de formação do Modo Capitalista de Produção na Europa, as relações de produção burguesas, no Brasil, não se formaram por dentro de um Modo Feudal de Produção (cujas relações de servidão podem ser encontradas, isoladamente, na realidade brasileira em toda a sua história, jamais de forma hegemônica que pudesse caracterizá-lo como sistema), mas do antigo Modo Escravista de Produção.

A burguesia industrial então atuante era diminuta e ligada à indústria de beneficiamento de produtos agrícolas. O papel mais destacado era o da burguesia mercantil associada ao latifúndio escravista, visto que sua atividade se concentrava na dinamização daquele aspecto externo da atividade econômica

brasileira: fornecimento, para as nações do centro do capitalismo, de produtos primários, com baixo valor agregado e importação de produtos manufaturados para consumo interno e abastecimento de mão-de-obra escrava, até pelo menos 1850. O Brasil, dessarte, desde a colonização, se constituiu em fonte de acumulação permanente de excedentes para o desenvolvimento do modo capitalista de produção nas nações centrais e as classes mercantis nacionais se colocaram a esse serviço.

Ora, em assim sendo, inexistindo instituições feudais a serem superadas, o principal obstáculo ao desenvolvimento de um Modo Capitalista de Produção no Brasil era a própria instituição da escravidão, que não permitia o livre desenvolvimento de uma classe trabalhadora/consumidora livre, juridicamente igual à burguesia, cujos membros individuais fossem considerados sujeitos de direitos, portanto, juridicamente capazes para vender sua força de trabalho no Mercado e constituir um mercado consumidor interno forte o suficiente para absorver a produção. Algumas das primeiras fábricas no Brasil chegaram a empregar trabalho escravo. Porém, como afirma Gorender (1986, p.19):

O modo de produção capitalista é absolutamente incompatível com o trabalho escravo. Seu desenvolvimento depende da formação de um mercado de mão-de-obra despossuída, abundante e juridicamente livre para ser assalariada, sob contratos de trabalho rescindíveis quando convier ao empregador.

A abolição da escravidão, por isso mesmo, foi um evento transformador, fruto de intensa luta política promovida pelos próprios escravos contra seus senhores (principalmente na forma da resistência passiva, através das fugas em massa), pela pequena burguesia intelectual (dinamizadora dos aspectos ideológicos do movimento abolicionista) e pelos militares, setor mais influenciado pela ideologia liberal e que viam na escravidão um obstáculo para o desenvolvimento, nas Forças Armadas, de relações fundadas no burocratismo burguês (SAES, 1990, p. 338).

Curioso é que a classe que seria privilegiada pelo processo que consolidaria as bases para o posterior desenvolvimento de relações de produção burguesas tenha se posicionado contra a abolição, por seu caráter já então depen-

dente e associado, internamente, à produção agrícola escrava e, externamente, ao capitalismo internacional comprador de matérias primas e fornecedor de produtos manufaturados, no que ela (a burguesia) se constituía em elo de intermediação negocial, de onde obtinha a fonte de seus lucros.

Tampouco o Modo Capitalista de Produção, no Brasil, foi dinamizado a partir do terreno espontâneo do Mercado, mas sim a partir da obra consciente do planejamento estatal, num momento onde a conjuntura internacional de estrangulamento externo gerou como efeito positivo e paradoxal desse quadro de extrema vulnerabilidade às flutuações do mercado internacional, a diminuição da dependência externa (TAVARES, 1975, p. 117), favorecendo a intervenção do Estado no terreno econômico, mediante relativa quebra do automatismo econômico existente desde a época colonial, permitindo, assim centralizar a direção de setores importantes da indústria de base, contra os interesses das nações de capitalismo central, às quais não interessavam o desenvolvimento de uma economia brasileira autônoma.

Dessarte, no Brasil, ao que parece, não foi o avanço das forças produtivas (inovação tecnológica) que possibilitou o estabelecimento de relações de produção capitalistas (a *forma valor*, expressa na clássica fórmula D-M-D'), mas sim a criação política (ou seja, fruto de uma engenharia política de Estado), através da lei⁴ e de sua aplicação pelo aparelho de Estado, de um ambiente propício ao desenvolvimento de relações de produção capitalistas (criação de infra-estrutura, por exemplo), quando não gerando, o próprio Estado, de forma direta, as relações de produção capitalistas, através da assunção da posição de empresário monopolista empregador.

Entretanto, não seria sob a égide da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, que essas transformações no terreno econômico ocorreriam, mas sob a égide das Constituições que lhe foram posteriores, principalmente

⁴ A criação da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho); a criação do salário mínimo; o estabelecimento de uma jornada máxima de trabalho; a criação da previdência social; a organização estatal dos sindicatos. O salário mínimo corta o efeito economicamente prejudicial de um gigantesco exército de reserva no mercado de trabalho (não permitindo que o salário seja reduzido, pela lei da oferta e da procura, a patamares irrisórios), enquanto uma jornada máxima de trabalho força os capitalistas a contratar mais trabalhadores, aumentando a empregabilidade formal. A formação compulsória de sindicatos, por sua vez, forçava à existência de estruturas de reivindicação que induziam os capitalistas a buscar inovações tecnológicas visando anular o poder dos trabalhadores, etc.

as de 1934 e de 1937 (consolidando um aparelho de Estado forte o suficiente para detonar o processo de industrialização via substituição de importações), a de 1946 e as de 1967 e de 1969.

Mas a Constituição de 1891 teve o mérito de iniciar o processo de transição para formas burguesas de organização da dominação de classe (BUONICORE, 2004, p.136), o que representou grande avanço para a consolidação da nação brasileira. Talvez, o seu momento histórico de maior efetividade social tenha sido o curto período da República da Espada (1889-1894), momento crucial para a consolidação do novo Estado, onde teve atuação destacada a figura do Marechal Floriano Peixoto, o Consolidador da República. Posteriormente, com a vitória eleitoral de Prudente de Moraes, em 1894, e de Campos Salles, em 1898, a ascensão ao poder das oligarquias agrárias paulistas levaria o Estado brasileiro a se consolidar como nas formas que ficaram conhecidas na República Velha⁵.

Assim, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, se avaliada em termos de efetividade, vale dizer, em termos de realização do Direito no aparelho de Estado (reorganizando-o conforme ao novo) e desse na sociedade (efetividade social), pode ser considerada uma *constituição de transição*. Consolidou juridicamente a abolição do trabalho escravo, mas não teve força para garantir o trabalho assalariado na realidade social⁶, proporcionando o desenvolvimento de formas de trabalho semi-escravas; declarava um regime de

⁵ Como esclarece Buonicore (2004) durante a República da Espada, as classes médias urbanas progressistas (incluídos aí os militares) fundaram uma semiditadura militar responsável pela consolidação da República, em regime de grande autonomia do Estado frente às classes reais dominantes. Entretanto, com a volta dos civis ao poder a partir de 1894, o bloco composto pelas oligarquias paulistas conseguiram isolar as classes médias e se tornar força hegemônica na direção do Estado. A partir de Campos Salles seria arquitetada a forma de Estado que vigiria até a sua derrubada pela Revolução de 1930, e que era caracterizada principalmente pela Política dos Governadores, pela Política do Café-com-Leite, pelo sistema eleitoral aberto, com "voto de cabresto", em suma, pelo Coronelismo.

⁶ O regime realmente existente da proclamação da República até a Revolução de 1930 se caracterizará como um regime pré-capitalista, de semi-escravidão, onde os homens são nominalmente livres e iguais (por ordem da Constituição), mas economicamente submetidos ao que se denominou como peonagem. A peonagem se aproximava da servidão, mas dela diferia pela inexistência de laços de lealdade entre senhor e servo, sendo que a obrigação de o trabalhador nominalmente livre ficar preso a terra se operava através da formação de dívidas. O Coronelismo reproduzia na política essa estrutura econômica (cujas características poderiam ser resumidas num federalismo oligárquico onde os oligarcas locais eram livres para determinar os destinos da totalidade social, sendo o poder central incumbido somente da defesa externa e da administração das condições gerais exteriores à reprodução daquele esquema; regime de representação política oligárquica, excludente das mulheres e analfabetos, com voto aberto, que deu origem aos processos do "voto de cabresto").

representação política popular, mas não tinha força para concretizar esse regime na realidade, permitindo que se consolidasse uma verdadeira *Democracia Oligárquica do cabresto*; declarava que todos eram iguais perante a lei, mas não impedia que os trabalhadores fossem tratados como sujeitos de direitos menos-que-perfeitos ou verdadeiras semicoisas; declarava que todos podiam ter acesso ao serviço público, mediante a “capacidade especial que a lei estatuir” (artigo 73, da Constituição de 1891), mas não criava condições para que o serviço público fosse realmente universalizado mediante o critério do merecimento.

Todos esses elementos demonstram uma “defasagem entre a formação do direito burguês e a reorganização burguesa do aparelho de Estado” nesse momento histórico (SAES, 1990, p. 185). Essa defasagem foi responsável pelo desenvolvimento de relações pré-capitalistas tanto na economia quanto no aparelho do Estado. Essa realidade de certa forma persiste no contexto jurídico-político atual, como reminiscências do passado que caracterizam as relações políticas brasileiras.

Se a Constituição do Império do Brasil, de 1824, era fortemente influenciada pelo liberalismo inglês de Adam Smith, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, era diretamente influenciada pelo liberalismo estadunidense de Thomas Jefferson, da qual importou a forma de organização do Estado denominada federação, e o sistema de governo presidencialista que possibilitaria novas formas de organização burocrática, mais adaptadas ao novo contexto político brasileiro.

Alguns pensadores, como Bagnoli (2006, p. 39), chegaram a insinuar que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, no terreno econômico, representaria uma continuidade histórica da Constituição do Império do Brasil, de 1824, porque ambas incorporavam o princípio liberal de que às constituições incumbiria somente a função de organizar o aparelho de Estado e definir os direitos e garantias individuais. Esta observação só tem alguma procedência se analisados os dois textos constitucionais isolados da realidade social em que se implantaram. Bem como levar em consideração tão-somente o aspecto da maior ou menor intervenção do Estado no terreno econômico, o que, evidentemente, privilegiaria as formas em detrimento do conteúdo de Estado.

A Constituição do Império do Brasil, de 1824, por exemplo, declara-

va nominalmente que todos os cidadãos eram iguais e que todos podiam ter acesso a cargos públicos, mas, na seqüência, afirmava expressamente que essa igualdade ficava limitada à comprovação censitária de uma renda mínima e ao pertencimento dos candidatos à ordem dos homens livres. Ou seja, por mais liberais que fossem os dispositivos da Constituição, fatos sociológicos reais impediam que as suas disposições se efetivassem para gerar uma democracia representativa universalista no Brasil.

Não bastasse isso, a Constituição do Império do Brasil, de 1824, ao garantir o direito de propriedade em sua “plenitude”, convivia em harmonia jurídica, política e econômica com o Estatuto Jurídico Patrimonial da Escravidão que se apresentava no famoso “Código Negro” da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas (2002).

A escravidão, como instituição, dessa maneira encontrava fundamento constitucional implícito, mas explicitamente apareceria de forma envergonhada na legislação infraconstitucional. A Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas (2002), documento de eficácia legal à época, é esclarecedor dessa convivência harmônica entre liberalismo teórico e escravidão prática:

Cumpre advertir, que não há um só lugar no nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condenado a extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o estado de liberdade sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão, pois, classificadas à parte, e formarão nosso Código Negro. (FREITAS, 2002, p. XXXVII).

Um Código Negro! Ou seja, uma disposição legislativa envergonhada para legitimar as relações escravocratas. Esse Código Negro funcionava elaborando-se no texto da Lei as disposições sobre a propriedade privada e colocando-se, em notas de rodapé (O Código Negro, marginal), as devidas equiparações dos escravos aos bens cuja propriedade se desejava garantir aos senhores

de escravo. Vejamos alguns exemplos do Título II, da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas sob o enunciado do direito “Das Cousas”:

Art. 42. Os bens são de três espécies: móveis, imóveis, e ações exigíveis (1).

(1) [...] Na classe dos bens móveis entram os semoventes, e na classe dos semoventes entram os escravos. Posto que os escravos, como artigos de propriedade, devam ser considerados coisas; não se equiparam em tudo aos outros semoventes, e muito menos aos objetos inanimados, e por isso tem legislação peculiar.

Art. 48. São consideradas partes integrantes das Fábricas de mineração, e de açúcar, e lavoura de canas, para se não desmembrarem nas execuções (7) as maquinas, bois, cavalos, e todos os móveis efetiva e imediatamente empregados na laboração das mesmas Fábricas, e lavouras (8).

(7) Os escravos maiores de 14 anos, e as escravas maiores de 12, também se consideram partes componentes desses Estabelecimentos, mas tão somente para se não desmembrarem nas execuções.

(8) É o denominado privilégio da integridade [...] Vulgarmente também denominado privilégio de senhor d’engenho [...] Reputam-se partes integrantes das propriedades agrícolas, para o efeito de poderem ser objeto de hipoteca (Art. 2º §1º da novíssima Lei hipotecária) os escravos e animais pertencentes às ditas propriedades, que forem especificados no contrato, sendo hipotecados com elas. (FREITAS, 2002, p. 35, 49).

A técnica consistia em designar, em notas de rodapé, que todo o direito das coisas aplicava-se aos escravos não como pessoas, mas como “coisas”, na mais ampla acepção do termo: coisas dentro do comércio, podendo ser objeto de compra, venda, doação, empréstimo, garantia, sucessão por ato entre vivos ou *causa mortis*, etc. Nesse sentido, impossível não lembrar o aforisma de Kant (1993, p. 176), de que os homens não deveriam ser confundidos com o direito das coisas!

O Código Comercial de 1850, vigente em sua plenitude até o adven-

to do Código Civil de 2002, também não se referia ao escravo em nenhum momento. Mas ao definir em seu artigo 1º que: “Podem comerciar no Brasil todas as pessoas que, na conformidade das leis deste Império, se achar na livre administração de suas pessoas e bens, e não forem expressamente proibidas neste Código”, e como a Consolidação das Leis Civis declarava o escravo não um sujeito de direitos, mas uma coisa era evidente que os escravos ficavam impedidos de exercer atos de comércio mesmo não sendo diretamente citados no texto.

Saes (1990) ressalta que o lugar onde a legislação imperial institucionalizava aberta e declaradamente a desigualdade entre os homens livres e os escravos era na legislação material e processual penal vigente à época. Para ele (1990, p. 112):

A legislação penal do Império (tanto substantiva como processual) indicava, abertamente, o seu caráter escravista. Essa legislação, do mesmo modo que a legislação civil e ao contrário dos demais códigos, mencionava expressamente o escravo: elaborada sob a pressão da escassez crescente de escravos e da luta de classes, ela conferia ao escravo, do ponto de vista criminal (isto é, enquanto sujeito e objeto de delito), um tratamento diferenciado. Assim, por exemplo, se só era legítima a punição dos homens livres quando decretada e executada pela justiça pública escravista (isto é, por latifundiários e proprietários de escravos, enquanto investidos – à maneira pré-burguesa – da função judicial), inversamente, era legítima a punição de homens escravos, em caráter privado (cárcere privado, castigos físicos), pelos seus senhores [...] Complementarmente, se todo homem livre podia apresentar, em justiça, queixa contra o seu ofensor, esse direito era expressamente vedado ao escravo, quando o seu ofensor era, ao mesmo tempo, o seu senhor.

Quando a Constituição Republicana declarava nominalmente o direito da igualdade, o realizava sobre um fato sociológico diverso da Constituição de 1824: a escravidão havia sido abolida e os negros reconhecidos seres humanos, sujeitos de direitos. Isso determinava nova lógica na interpretação/aplicação do direito republicano, ressignificando-o em direção à criação, ao menos potencial, de instrumentos de representação realmente popular por dentro do

aparelho de Estado.

Se o direito escravista do Império (porque não reconhecia o princípio da igualdade formal entre os membros das diferentes classes fundamentais) declarava os escravos *coisas*, por consequência o acesso desses homens às tarefas do Estado encontrava-se vedado, como sobreleva Saes (1990, p. 11) ao citar o jurista imperial Malheiros:

Desde que o homem é reduzido à condição de coisa, sujeito ao poder e domínio ou propriedade de outro, é havido por morto, privado de todos os direitos, e não tem representação alguma como já havia decidido o direito romano. Não pode, portanto, pretender direitos políticos, direitos da cidade, na frase do povo-rei, nem exercer cargos públicos: o que se acha consignado em várias leis pátrias antigas, e é ainda de nosso direito atual, como princípios incontestáveis, embora elas reconheçam ser este um dos grandes males resultantes da escravidão.

Somente a ordem dos homens livres e dentro dela, os que comprovassem uma renda mínima (critério censitário), podia ingressar no aparelho de Estado, então instrumento da classe dos proprietários de escravos para manutenção do Modo de Produção Escravista hegemônico. Os membros da classe produtora, da classe explorada fundamental, estavam colocados fora do Estado, objeto dele e, portanto, sem qualquer direito à representação política perante ele.

A abolição da escravidão/Proclamação da República/promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, *insere o princípio da igualdade formal de maneira plena* (e essa é a grande novidade da Constituição republicana), equiparando juridicamente todos os homens (membros das classes fundamentais exploradoras e exploradas) como sujeitos de direitos. Aqui se vê como essa forma valorativa, através da expansão que ela sofre a partir do centro do capitalismo mundial à época, a Inglaterra, passa a interferir em todos os ordenamentos jurídicos internacionais.

Estabelecendo ressignificações e conferindo-lhes nova lógica, apesar de muitas vezes tomar de empréstimo do ordenamento jurídico anterior algumas

de suas formas históricas, as quais permanecem, mas com novas significações. O que tem levado juristas tradicionais a tentar justificar instituições jurídicas modernas através de um inconsistente procedimento linear de demonstração da permanência histórica dessas instituições desde o direito romano (BAITZ, 2006, p. 40). Ou seja, equiparando o que não pode ser equiparado, porque se as formas históricas das instituições permanecem, seus conteúdos lógicos se ressignificam, conferindo-lhes sentido singular perante a sociedade em que se reproduzem.

Dessarte, a inserção na realidade jurídica brasileira do princípio da igualdade jurídica, declarava todos os homens sujeitos de direitos, capazes de contratar livremente suas mercadorias (capitais e/ou força de trabalho) no mercado, o que era consequência direta da ressignificação lógica da própria convivência humana pela *forma valor* inserida pelo Modo Capitalista de Produção que pressupõe não mais a expropriação do excedente por vias autoritárias, mas por vias econômicas fundadas no circuito D-M-D', tornando potencial o desenvolvimento das relações de produção burguesas, como descreve Buonicore (2004, p. 142):

Esse período representou um marco no processo da revolução política burguesa. Abriu caminho para que a revolução burguesa, num sentido amplo, continuasse o seu caminho e as relações de produção capitalistas pudessem se impor sobre o conjunto da economia – o que só ocorreria muitas décadas depois. A revolução política burguesa antecedeu as transformações econômicas e a própria hegemonia política do setor industrial sobre o Estado. Existiu uma natural defasagem entre o ritmo das transformações políticas e o das transformações econômicas.

A Constituição inaugural da República operou, assim, no nível do abstrato (texto normativo), ainda sem correspondência no nível do efetivo (realidade social), mas abrindo os espaços que permitiriam, posteriormente, a sua efetivação. A inserção do princípio da igualdade formal na legislação da República era inevitável porque se tornara uma necessidade histórica para o desenvolvimento de relações mínimas de expansão da *forma valor*, pois trazia consigo um efeito indesejado pelas classes dominantes: a perda relativa do controle

direto sobre o aparelho de Estado que elas tinham mantido diante do anterior modo pré-capitalista de produção.

A partir de agora, os membros das classes exploradas fundamentais (os trabalhadores livres), poderiam não só ingressar no aparelho de Estado (burocracia), como, mediante a luta por direitos políticos (vedados aos escravos) abrir o Estado burguês para a possibilidade de representação⁷ dos interesses de classe dos trabalhadores, por dentro do próprio Estado. O que é da mais absoluta importância para o direito constitucional econômico, porque possibilitará, mediante a luta política, a assimilação dos direitos sociais e econômicos ao conteúdo material das constituições posteriores, superando o seu antigo caráter liberal.

A Lei Áurea n.3.353, de 13 de maio de 1888⁸, revogou, tacitamente, o “Código Negro” da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, o que colocou a necessidade urgente de um novo Código Civil, o qual só viria décadas depois, em 1916, com a promulgação do projeto de Clóvis Beviláqua. Com efeito, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, pode-se considerar, ela sim, uma constituição liberal plena, porque declarando a igualdade formal entre os homens, permitiu o acesso potencial de todos os cidadãos ao Estado, através da burocracia ou através da representação política. Vejamos o que nos diz Santos (2005, p. 689), privilegiado contemporâneo e comentarista da Constituição de 1891:

O estatuto brasileiro é um dos mais liberais do Universo. Quase todos os outros amparam o cidadão contra os abusos do Executivo; o nosso protege tanto o nacional como o estrangeiro residente no país, contra qualquer dos poderes consti-

⁷ Esse Estado, assim resignificado, perde a característica de instrumento-de-classe para se tornar local da luta política e aparelho de reprodução do sistema e não da classe burguesa. Explica-se, se nos Modos de Produção Pré-Capitalistas a classe exploradora fundamental dirigia, diretamente, o seu aparelho de Estado, conforme aos seus interesses, diante do Estado burguês, a classe exploradora fundamental não dirigirá, necessariamente, de forma direta este aparelho, que perde a característica de ser instrumento de proteção direta dos interesses imediatos da burguesia para se tornar estrutura de administração dos interesses gerais exteriores à manutenção da forma valor, nem que para isso tenha que sacrificar os interesses dos membros da classe burguesa em particular. O Estado burguês atual reproduz o Modo Capitalista de Produção não porque seja dirigido por membros da classe burguesa, mas porque sua máquina opera a e na lógica inserida pela forma valor.

⁸ Eis o texto completo da Lei Áurea: “Art. 1º É declarada extinta, desde a data desta lei, a escravidão no Brasil. Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário”.

tucionais [...] Os países novos, como o Brasil e a República Argentina oferecem, por essa forma, uma prova solene de espírito liberal e tornam realizável o ideal de atrair e radicar o europeu e incorporá-lo, como elemento eficiente e atrativo, em todos os progressos da nacionalidade.

A constatação acima tem sentido claramente econômico. Tratava-se de atrair força de trabalho livre da Europa com a finalidade de contornar os problemas gerados pela abolição da mão-de-obra escrava. Além do fato de o comentário deixar clara a concepção liberal da divisão compartimentada e estanque entre sociedade civil e Estado. Devendo aquela ser “protegida” por este através da declaração e efetivação de direitos e garantias individuais. Em relação ao princípio da igualdade e do livre acesso de todos aos postos de Estado, prescrito no § 2º, do artigo 72, da Constituição de 1891⁹, asseverava Santos (2005, p. 692-693):

Não há igualdade absoluta, ideal entre os indivíduos. A hereditariedade, as diferenças de meio em um país vastíssimo e a educação formam tipos diversos, com aptidões multiformes, ao lado de indolentes e ineptos. A desigualdade física, moral e intelectual é um fato, que a lei reconhece e, por vezes, aprecia e apura, como sucede na seleção do pessoal para as funções públicas. O código supremo não impõe o nivelamento dos caracteres; não confere direitos absolutamente iguais ao mérito e ao demérito, à competência e à incapacidade. Proscrevem os privilégios apenas, as isenções pessoais, as regalias de classe. Redigem-se as leis de modo geral, submete-se a aquisição de direitos a condições amplas, sem distinguir entre indivíduo e indivíduo, entre uma e outra classe, religião ou posição econômica e social. Qualquer pessoa pode aspirar a todas as posições. Depende do seu esforço e das qualidades herdadas ou adquiridas o êxito alcançado com a satisfação das exigências legais, para obter uma regalia, um cargo, uma vantagem qualquer [...] Nas democracias a igualdade não prevalece a respeito de impostos e de relações civis apenas;

⁹ O texto, modernizado, do dispositivo é o seguinte: “Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”.

estende-se à política, pois permite, no provimento de todos os cargos, a mais ampla seleção das capacidades [...] A monarquia entrega o poder supremo ao primogênito real; a república aristocrática, a um fidalgo; a oligarquia, aos membros de uma família; a sociocracia, a uma classe opulenta, à dos banqueiros. A democracia não admite preferências oriundas do nascimento, das crenças, das profissões e da fortuna; ao menos teoricamente, perante a lei, só o mérito constitui condição para subir aos mais altos postos e a justiça fere indistintamente nobres e plebeus, ilustres e humildes, ignorantes e sábios, abastados miseráveis.

Se comparados esses comentários com as observações anteriormente transcritas do constitucionalista imperial Perdigão Malheiro, facilmente se percebe a ideologia absolutamente contrastante que prevaleceu no pensamento justificador adotado pela Constituição imperial de 1824 e pela Constituição republicana de 1891. O trabalho dos juristas é sempre o de justificar e legitimar os postulados do poder, expressando o supra-sumo do pensamento hegemônico de uma época.

Somente como potência inscrita numa realidade se poderia falar em projeto político de desenvolvimento nacional na Constituição de 1891. Na medida em que estabeleceu uma estrutura de Estado burguesa no Brasil, abriu a possibilidade de expansão da *forma valor* perante seus ainda muito incipientes mercados internos. Tratava-se de uma opção por um estilo de vida burguês, mas não necessariamente de uma opção política pelo desenvolvimento econômico do tipo burguês e soberano que caracterizou a expansão do capitalismo na Europa e nos EUA.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho, anunciado na sua introdução, foi verificar um aspecto pouco explorado na história constitucional brasileira, ou seja, o da convivência aparentemente contraditória entre uma constituição de modelo liberal, como a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891 e um regime econômico privado fundado em relações servis, de transi-

ção de uma ordem escravocrata recém abolida para uma ordem capitalista que só iniciaria sua consolidação no Brasil a partir da Revolução de 1930.

A hipótese inicial, confirmada no decorrer do texto, era de que um ordenamento jurídico não pode ser julgado somente pelas suas declarações formais. Como nos adverte a sabedoria popular “o papel aceita qualquer coisa” e, portanto, não se pode julgar a natureza de uma constituição pelo que ela diretamente o diz. A análise do seu discurso pressupõe, inclusive, verificar como se articulam as suas declarações com os efeitos práticos que ela exerce na realidade, embora não os declare de forma explícita.

Isso nos levou ao entendimento de que um ordenamento jurídico é a unidade indissociável entre texto e contexto, entre Lei e Aplicação da Lei por meio das instituições que compõem o aparelho de Estado, não se podendo, ainda, separar o direito público do direito privado, que no interior do Estado trabalham em íntima relação de complementação.

No caso da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, ficou evidenciado que o seu conteúdo liberal econômico não teve força normativa suficiente para implementar, na realidade sócio, política e econômica concreta da nação, relações reais que fossem correlatas aos modos de vida próprios do liberalismo que ela adotava. Basta dizer que o país se reproduziria, sob seus auspícios, como politicamente coronelista, socialmente excludente e economicamente servil, ainda baseado em formas de trabalho semi-assalariadas.

Com isso, espera-se que a análise econômica e ideológica das Constituições possa oferecer novos caminhos, ainda pouco explorados na teoria constitucional brasileira, para a análise de um ordenamento jurídico que ainda esconde tesouros não conhecidos ou explorados pelos juristas nacionais.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BAITZ, Rafael. O saber histórico na pesquisa jurídica (as teses acadêmicas e suas introduções históricas). BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Coord.). *História e método em pesquisa jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 35-51.

BUONICORE, Augusto César. A formação do Estado burguês no Brasil. In: COSTA, Silvio (org.) *Concepções e formação do Estado brasileiro*. São Paulo: Anita Garibaldi e Goiânia: UCG, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o Estado, o mercado e o projeto de desenvolvimento na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

_____. *O que é revolução*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*. Brasília: Senado Federal, 2002, v. 02.

FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

GORENDER, Jacob. *A burguesia brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1998.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

SAES, Décio. *A formação do Estado burguês no Brasil (1888-1891)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à constituição brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

TAVARES, Maria da Conceição. *Da substituição de importações ao capitalismo financeiro: ensaios sobre a economia brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

A COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA COMO FORMA DE EFETIVAR O DIREITO FUNDAMENTAL AOS SERVIÇOS PÚBLICOS NUM CENÁRIO DE ESCASSEZ DE RECURSOS

PUBLIC-PRIVATE COLLABORATION AS A WAY TO ENFORCE THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PUBLIC SERVICES IN A RESOURCE COST SCENARIO

*Carolina Dias Machado¹
Viviane Coelho de Sellos-Knoerr²*

Data de recebimento: 21/02/2018

Data de Aprovação: 21/07/2018

RESUMO

A Constituição Federal prevê que é obrigação estatal oferecer serviços públicos adequados a toda a população, sem distinções relativas à situação econômica/social. Tais serviços são caracterizados por serem uma utilidade/comodidade submetida ao direito público e prestada pelo Estado (porém, não exclusivamente). O tema é regido por princípios, entre os quais destaca-se o da universalidade, o qual dispõe que todos devem ter acesso ao serviço, ainda que por diferentes meios. Ainda, o serviço público é considerado um direito fundamental e, assim, configura cláusula pétrea e incide sobre ele a vedação ao retrocesso. Para abordar o cenário de escassez de recursos, faz-se essencial analisar as teorias do mínimo existencial (que não se limita à mera sobrevivência) e da reserva do possível (a qual não justifica a omissão pública quando se está diante

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Pós graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela EMATRA IX. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito do Trabalho.

² Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). É advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba ? UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2015/2016). Tem experiência em: Responsabilidade Social da Empresa. Dignidade da Pessoa Humana. Cidadania. Ética. Interpretação e Aplicação da Constituição. Tutela de Direitos Difusos e Coletivos.

de um direito fundamental). Além disso, recebe destaque a atuação da iniciativa privada visando a compensar os recursos limitados do ente estatal. Nesse sentido, a colaboração público-privada tem por fim assegurar o eficaz cumprimento de direitos fundamentais. Tal atuação dos particulares fica sujeita à regulação por parte do Estado, o qual impede abusos econômicos, protege o usuário e preserva a concorrência. Dessa forma, tem-se que tanto a atuação da iniciativa privada, quanto a atividade regulatória objetivam efetivar garantias constitucionais, conforme posição jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE

Serviço público, direitos fundamentais, recursos escassos, colaboração público-privada, regulação.

ABSTRACT

The Federal Constitution provides that it is a state obligation to provide adequate public services to the entire population, without distinction regarding the economic / social situation. Such services are characterized by being a utility / amenity subject to public law and provided by the State (but not exclusively). The theme is governed by principles, among which the one of universality stands out, which states that everyone must have access to the service, albeit by different means. In addition, the public service is considered a fundamental right and, thus, configures a stony clause and focuses on it the fence to retrocession. To address the resource scarcity scenario, it is essential to analyze theories of the existential minimum (which is not limited to mere survival) and the reserve of the possible (which does not justify public omission when faced with a fundamental right) . In addition, the initiative of the private initiative is highlighted to compensate for the limited resources of the state entity. In this sense, public-private collaboration aims to ensure the effective fulfillment of fundamental rights. Such action by individuals is subject to regulation by the State, which prevents economic abuse, protects the user and preserves competition. In this way, both the private initiative and the regulatory activity aim at implementing constitutional guarantees, according to the jurisprudential position.

KEYWORDS

Public service, fundamental rights, scarce resources, public-private collaboration, regulation.

1 INTRODUÇÃO

Pode o Poder Público eximir-se de suas responsabilidades por insuficiência de recursos? O presente trabalho objetiva responder a esse questionamento, discorrendo sobre a possibilidade de os particulares efetivarem o direito ao serviço público em caso de recursos escassos por parte do Estado.

A metodologia a ser utilizada é a pesquisa em obras doutrinárias, legislação vigente e referências jurisprudenciais.

Considerando que a prestação de serviços públicos é dever do Estado e direito do cidadão, deve ser ofertada independentemente da condição financeira do ente. Todavia, num contexto de recursos escassos, vez que limitados, a iniciativa privada pode atuar oferecendo tais prestações à população. Porém, sempre sujeita à regulação por parte da administração pública que, observada a conveniência e oportunidade, realizará processo licitatório para outorgar ao particular o direito de prestar o serviço público e explorar a atividade econômica.

Para desenvolver o tema, serão abordados pontos pertinentes à sua compreensão. Em primeiro lugar, será feita uma exposição sobre serviços públicos, seu conceito, seus elementos de definição e os princípios que os regem. Posteriormente, discorrer-se-á sobre os direitos fundamentais sociais, visto que o direito ao serviço público enquadra-se nessa categoria pelos motivos que serão expostos ao longo do trabalho.

Em seguida será explorada a situação de escassez de recursos, bem como as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, as quais se coadunam com o objeto de análise. Por derradeiro, desenvolver-se-á a temática colaboração público-privada: atuação de particulares, sob a regulação estatal, em atividades do Estado que visam a efetivar direitos fundamentais. Decisões judiciais serão expostas para melhor apresentar a aplicação do assunto na práxis.

2 SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 175, que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão

ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Dessa forma, a Carta Magna estabeleceu a obrigação da prestação dos serviços públicos, seja diretamente pelo Estado, seja através dos particulares, por meio de concessão ou permissão.

Ainda, determina, no parágrafo único, IV, que o serviço deve ser adequado, com o objetivo de alcançar toda a população, sem que essa dependa da atuação da iniciativa privada.

Vale ressaltar que a prestação de serviços públicos é direcionada à parcela da população que não poderia alcançar tais bens de outra forma, ou seja, tem como fim equilibrar as diferenças. No entanto, esse fator não elimina a possibilidade do gozo por parte daqueles que têm recursos econômicos para recorrer à iniciativa privada, visto que é um direito de todos, indistintamente (HACHEM, 2014, p. 151). Os serviços públicos, além de oferecerem utilidades/comodidades, visam a garantir o cumprimento de direitos fundamentais sociais, conforme será exposto mais adiante.

Daí a essencialidade dos serviços públicos para que o Estado logre propiciar às pessoas uma tutela administrativa efetiva dos seus direitos fundamentais sociais: a Administração tem o dever de prestar um serviço público adequado, ao qual corresponde o direito do cidadão de recebê-lo. (HACHEM, 2014, p. 128-129)

Por tudo isso, o serviço público é considerado um direito fundamental, protegido, portanto, por cláusula pétrea, a qual blinda garantias primordiais da Constituição protegendo a sua essência contra futuras alterações *in pejus*. Ademais, incide sobre ele a vedação ao retrocesso social no que tange ao mínimo existencial, o qual será tratado mais a frente.

2.1 Conceito

Para conhecer o objeto deste trabalho, faz-se essencial conceituar serviço público. Na perspectiva de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coleti-

vidade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, ins-tituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELLO, 2015, p. 695)

Esse conceito possui um elemento material – prestação de utilidade/comodidade que pode ser fruída pela população – e um elemento formal – submissão ao regime de direito público. Sem esse último, não há que se falar em serviço público. Na visão de Di Pietro (2015, p. 133), ainda existe um terceiro elemento: o subjetivo, o qual consiste na presença do Estado na prestação do serviço. Todavia, a autora entende que a noção de serviço público está em crise, vez que o elemento subjetivo não se faz presente em todas as situações, pois existe a possibilidade de um particular atuar e o elemento formal não é absoluto, visto que nem todo serviço público é regido exclusivamente pelo direito público.

Para Paulo Modesto (2005), a atividade, de titularidade do Estado, deve caracterizar uma prestação administrativa, ou seja, deve se dar no exercício da função administrativa, oferecendo uma utilidade/comodidade relevante a toda a coletividade. Além disso, ser submetida ao regime de direito público. Daniel Hachem (2014, p. 125) adverte que não há no ordenamento jurídico brasileiro um conceito de serviço público. Para ele, tal atividade é marcada por dois fatores: utilidade (atende necessidades humanas) e escassez (tem como objeto bens restritos).

Ainda, o instituto ora tratado não se confunde com obra pública, com poder de polícia, tampouco com exploração de atividade econômica. A primeira tem um fim, ela é estática, o que contraria a continuidade presente no serviço público. O segundo visa a limitar, condicionar, restringir a atuação dos particulares, diferente do serviço público que oferece comodidades/utilidades. Já a terceira é regida pelo direito privado, além de ter como objeto atividades não próprias do Estado. Vale destacar que o conceito não subsiste sem os elementos de definição e os princípios norteadores da matéria, os quais serão a seguir expostos.

2.2 Elementos de Definição

Primeiramente, insta determinar quais atividades podem ser consideradas serviço público. Para tanto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 274) elenca seis requisitos cumulativos, quais sejam: a prestação deve ser desfrutável pelos usuários; deve ser atividade material; deve ter como destinatário a coletividade; o Estado deve considerá-la essencial aos interesses sociais; o poder público deve ter reputado importante executar a atividade, não deixando somente à iniciativa privada; deve haver submissão ao direito público.

O serviço público constitui uma atividade por ser caracterizado pela continuidade, ou seja, por prolongar-se no tempo. Além disso, possui dinamicidade e fluência. É material por ser tangível, em contraposição a atos jurídicos. Não obstante o fato de nem todos os cidadãos desfrutarem do serviço, esse continua com seu traço público, vez que disponível à coletividade. O serviço público trata de atividade que o Estado reputou especialmente relevante e, por isso, atraiu para si a titularidade.

Quando outorga concessão, autorização ou permissão (que é a linguagem constitucional brasileira) para que seja prestada por terceiro, o que transfere é o exercício da atividade, não a titularidade sobre ela, que sempre retém para si; por isso pode retomar o serviço, se o interesse público o demandar. (MELLO, 2009, p. 280)

Vale destacar que algumas atividades são exercidas pelo Estado e pela iniciativa privada concomitantemente, ou seja, não há exclusividade na prestação, apesar da obrigatoriedade na atuação estatal, por exemplo: saúde, educação e previdência social.

No que tange ao regime de direito público, observa-se que visa a efetivar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, além de impedir abusos por parte do administrador, garantindo, assim, os direitos de ambas as partes – do particular e do Estado. Na visão de Bandeira de Mello,

O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade

de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.
(MELLO, 2009, p. 183)

Assim, percebe-se que o interesse público não é dissociado do interesse das partes individuais, mas constitui aquele dos indivíduos pertencentes a uma coletividade.

2.3 Princípios

A disciplina de serviços públicos sujeita-se ao cumprimento de determinados princípios. São eles: obrigatoriedade: ao Estado é proibido escusar-se de prestar o serviço, o qual pode ser oferecido direta ou indiretamente; supremacia do interesse público: em sua atuação, o poder público deve ter em vista o atendimento do interesse da coletividade, não podendo atender a desejos privados ou dele próprio; adaptabilidade: o serviço deve ser atual e moderno, sem olvidar as possibilidades econômicas do ente; universalidade: a prestação deve atingir a todos, para tanto, o “mundo do ser” deve atender aos reais anseios da sociedade; impessoalidade: é vedado ao Estado fazer distinções entre os usuários; continuidade: como já afirmado, não há a possibilidade de interrupção na execução do serviço, o que impede a deflagração de greve, por exemplo; modicidade das tarifas: com o intuito de alcançar toda a população, o serviço público deve ser remunerado a preços módicos, por vezes subsidiados.

Tal rol, por óbvio, não é exaustivo, mas o mais difundido na doutrina brasileira.

2.3.1 O Princípio da Universalidade

Diante da importância do princípio da universalidade para o tema ora tratado, se faz relevante estudá-lo detidamente. Esse princípio é uma das vertentes do princípio da igualdade. Sendo assim, ele tem como condão assegurar serviço a todos, independentemente do poder aquisitivo do usuário.

A universalidade do acesso consiste em um dos princípios cardais que compõe o regime jurídico dos serviços públicos. Ele determina que a Administração, ao prestar o serviço

público, está incumbida do dever de assegurar que os bens econômicos por ele fornecidos serão faticamente acessíveis a todo o universo de indivíduos que deles necessitarem. Não basta uma declaração jurídica de que todos os que precisarem poderão acedê-los: impõe criar as condições reais e efetivas para que o acesso seja garantido no mundo dos fatos. (HACHEM, 2014, p. 124)

Para Daniel Hachem, há que se determinar se tal princípio é aplicado com base na igualdade formal ou material. Se obedecida a primeira, todos devem ser tratados igualmente, sem nenhuma diferenciação social, pessoal ou econômica. Ao revés, se atendida a igualdade material, discriminações podem ser feitas legitimamente com base em diferenças fáticas entre os sujeitos, como aqueles com níveis econômicos distintos.

Na visão do autor citado, a intenção do legislador ao prever a garantia da universalidade na Carta Magna foi a de garantir o acesso de todos a um serviço público adequado. Para tanto, defende o Professor que diferenciações podem ser feitas, desde que para atender à igualdade material. Ainda, o fator de *discrímen* deve ser legítimo e deve ter correlação com a situação discriminadora.

Nesse sentido, aplica-se a “otimalidade de pareto” – teoria segundo a qual economistas afirmam que não é possível aumentar o bem estar ou a utilidade de todas as pessoas ao mesmo tempo. Vale dizer, para que a situação de um sujeito melhore, a de outro tem de, necessariamente, piorar (SEN, 2000, p. 141). Assim, para garantir a efetiva universalidade, o poder público tem a possibilidade de oferecer a prestação de um serviço a um cidadão e negá-la para outro. Todavia, como dito, o fator distintivo deve ser compatível com o tratamento desigual. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que:

(...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (MELLO, 2001, p. 17)

Dessa forma, a adequação do serviço não é sinônimo de tratamento idêntico a todos, mas sim ofertar bens escassos e úteis àquela parcela da população que não teria acesso por meios próprios. Os que estão em igualdade de condições devem receber o mesmo tratamento e, conseqüentemente, a mesma eventual diferenciação.

Não obstante a obrigação de o Estado salvaguardar os direitos dos mais necessitados, isso não significa que os mais favorecidos deixem de ser titular dos direitos fundamentais, sob pena de ferir-se o princípio da universalidade. Vale dizer, ainda que não usufruam dos serviços públicos, os cidadãos que podem arcar com os custos de um serviço privado continuam na condição de titulares das garantias constitucionais.

Diante do exposto, constata-se que a universalidade dos direitos fundamentais constitui um ponto de chegada, ou seja, o resultado relativo às garantias fundamentais deve ser alcançado por todos os indivíduos, ainda que por diferentes meios.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O desenvolvimento da ciência e a explosão demográfica fizeram surgir a necessidade de garantir-se direitos sociais. Nesse contexto, o Estado ficou incumbido de assegurar a assistência vital, a qual pode ser alcançada por meio do oferecimento de prestações, tais como saúde, educação, transporte e saneamento básico (SCHIER, 2009, p. 108-109). Na perspectiva de Daniel Ferreira:

(...) é possível afirmar que há um direito fundamental de cada um de nós ao desenvolvimento e de todos nós ao desenvolvimento de todos, portanto que se expressa individualmente, por primeiro; perpassa pela realização familiar, constrói-se na comunidade e toma dimensões de nação. (FERREIRA, 2012, p. 111)

Os direitos sociais são diretrizes a serem seguidas pelo Estado Social Democrático, com o fim de efetivar a dignidade da pessoa humana e a justiça social, atenuando desigualdades e assegurando a liberdade, portanto.

Historicamente, observa-se uma preocupação com a garantia dos direitos sociais, notadamente ligados à subsistência digna. Nesse contexto, o serviço público é meio através do qual o Estado concretiza tais direitos e promove a integração social. (SCHIER, 2009, p. 108)

De acordo com Cappelletti, o aumento populacional teve como consequência o surgimento do sentimento de coletividade. Nesse sentido, a ideia individualista dos direitos foi preterida para que a consciência coletiva ganhasse espaço. “Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos” (CAPPELLETTI, 1988, p. 11). Os direitos fundamentais são resultantes de anseios da sociedade e, por isso mesmo, são desenvolvidos gradativa e progressivamente. (AMARO, 2005, p. 118)

(...) os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou e, continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (...) O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (BOBBIO, 2004, p. 38)

Essa evolução progressiva acarretou a determinação dos direitos fundamentais em dimensões³, as quais, para a doutrina, são quatro. Vale ressaltar que essas dimensões não são excludentes entre si, mas aplicam-se com um caráter de complementação, de unidade e de indivisibilidade.

As primeiras Constituições que inauguraram o tema direitos fundamentais, ou seja, de primeira dimensão, tinham um cunho essencialmente indi-

³O termo dimensão não é sinônimo de geração. Sarlet (2007, p. 54.) afirma que geração entende-se por aquilo que pressupõe uma substituição cronológica. Já dimensão, gera uma cumulatividade, acarretando uma constante evolução dos direitos fundamentais. Tal distinção, no entanto, limita-se à nomenclatura, pois no que se refere ao conteúdo, ambas as expressões são válidas. Usualmente, tem-se preferido utilizar o termo dimensão.

vidualista, determinando limitações do Estado acerca da intervenção na esfera particular dos administrados. Portanto, direitos negativos, também tidos como direitos de defesa. Como dito, eles têm como destinatário o indivíduo, pois constituídos por alta carga subjetiva e trazem consigo consolidação mundial. Cita-se como exemplo: vida, liberdade, propriedade, participação política e expressão coletiva.

A segunda dimensão decorreu do processo de industrialização, pois surgira a necessidade de aplicar, no mundo do ser, direitos que eram consagrados tão somente no mundo do dever-ser. Nessa fase, os direitos passaram a ser positivos, pois visavam à participação coletiva no bem-estar social, tais como saúde, educação, trabalho, além das liberdades sociais. Essas conquistas tiveram como protagonista a classe operária, a qual reivindicava diminuição na assimetria com relação a seus empregadores.

A terceira dimensão originou-se do forte avanço tecnológico, o qual impactou consideravelmente as necessidades humanas. Esses direitos são marcados pelo seu caráter defensivo, com interesse coletivo e familiar, tais como: paz, desenvolvimento, propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, autodeterminação dos povos, meio ambiente equilibrado, comunicação, entre outros. Daí ser conhecida como a dimensão que afirma o lema da revolução francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.

Os direitos de quarta dimensão são pouco estudados pela doutrina. Para Paulo Bonavides (2005, p. 571), eles representam a globalização dos direitos fundamentais, vez que passaram pela aceitação por parte da sociedade. Conjugam a objetividade das segunda e terceira dimensões com a subjetividade da primeira. São eles: direito à informação, pluralismo e democracia, esta última é concretizada através da tecnologia.

Dessa forma, os direitos fundamentais são, por um lado, meios de conter o poder do homem, na medida em que tais direitos acarretam um não agir do poder público, garantindo, assim, os direitos de liberdade. Por outro lado, tais direitos são asseguradores de garantias sociais, as quais exigem atuação positiva do Estado. Aqui, incluem-se os serviços públicos.

Quando se fala em Estado Social, remete-se àquele responsável por oferecer e garantir a prestação de serviços públicos. Na perspectiva do Profes-

sor Daniel Hachem (2014, p. 132-133), o direito ao serviço público é fundamental por quatro razões.

Primeiramente, ele está implícito no art. 6^o da Constituição Federal, na medida em que aqueles direitos ali previstos jamais seriam alcançados por todos sem a prestação de um serviço público adequado e eficaz. Em segundo lugar, o art. 175, parágrafo único, IV⁵ do texto constitucional prevê que é obrigação do poder público ofertar serviços públicos adequados. Desse dever estatal decorre o direito por parte do cidadão. Um terceiro motivo refere-se ao fato de tratados e declarações internacionais sobre direitos humanos preverem a garantia da prestação do serviço público. Por fim, cita-se a importância do acesso a um serviço público adequado como forma de permitir a participação ativa do indivíduo na vida política e social da sociedade onde vive e assegurar sua existência digna.

3.1 Proibição ao Retrocesso

A partir do desenvolvimento, por conseguinte do reconhecimento e conquistas dos direitos fundamentais, evidenciadas nas dimensões/gerações desses direitos, torna-se um retrocesso social ignorar todas as realizações e transformações experimentadas nessa gama de direitos. Nesse sentido,

(...) os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos, não podem ser abandonados nem diminuídos: o desenvolvimento atingido não é passível de retrogradação. Há aqui uma proteção traduzida pela proibição de retrocesso, sendo que essa eficácia impeditiva (negativa) é imediata e por si só capaz de sustentar um controle de constitucionalidade (tanto em relação à ação quanto à omissão indevidas). (ROTHERBURG, 2000, p. 156)

⁴ Art. 6^o. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A cláusula da proibição ao retrocesso protege os direitos fundamentais, na medida em que impede alterações negativas por parte do legislador, principalmente no que tange a direitos sociais. O conteúdo de leis infraconstitucionais que regulamentam os direitos fundamentais não pode ser revogado sem substituição compensatória. Dessa forma, cria-se estabilidade e segurança jurídica quanto ao exercício e garantias dos direitos fundamentais.

A proibição ao retrocesso social é considerada um princípio, o qual tem a finalidade de impedir que um direito, já regulamentado, volte a ser omisso. No tocante aos serviços públicos, a Lei nº 8.987/95 regulou o art. 175, parágrafo único, IV da CF.

Na seara do Direito Constitucional entende-se por retrocesso social a negativa de conquistas sociais consagradas pela legislação infraconstitucional, através de sua revogação. Acredita-se, deste modo, que as leis cujos conteúdos densificam as normas constitucionais de direitos fundamentais ampliam o alcance de tais direitos, permitindo a sua máxima efetividade, razão pela qual deverão ser protegidas em face do legislador futuro. (SCHIER, 2009, p. 152)

Tal princípio não significa que as leis e a Constituição devem ser estanques. Ao contrário, devem comportar transformação, de acordo com a sociedade. O que a proibição ao retrocesso impede é a flexibilidade excessiva que acarrete uma instabilidade normativa e uma anulação de regulamentações já concretas. Além disso, importa que o núcleo essencial do direito esteja em voga e que seu conteúdo seja relevante.

4 TEORIAS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Diante do tema serviços públicos (que representam uma garantia constitucional de todos a uma vida digna) e do cenário de crise e de escassez de recursos, faz-se necessário estudar a teoria do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível.

O atendimento ao mínimo existencial – “compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa

uma vida condigna” (SARLET, 2006, p. 572) - é direito de todos e dever do Estado. Tem por fim garantir vida digna aos cidadãos, ou seja, o parâmetro para a instituição do mínimo existencial é o princípio da dignidade.

A garantia ao mínimo existencial exige a disponibilidade de recursos públicos, os quais são limitados. Nesse sentido, o administrador tem de tomar a difícil decisão de investir numa área e relegar outra à precariedade. É a chamada cláusula da reserva do possível. “A questão é extremamente complexa, pois exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolha caso a caso, que poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades mais prementes (...)”.(BARCELLOS, 2002, p. 239)

A vedação ao retrocesso encontra limites em tal cláusula, segundo a qual direitos que demandam despesas serão assegurados, desde que haja disponibilidade financeira para tanto. Portanto, deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade e aplicada a ponderação.

Aqui, há grande discussão na doutrina. Por um lado, deve-se ter em mente o custo dos direitos sociais, já que exigem dinheiro público para garantir o mínimo existencial. Por outro lado, as previsões constitucionais referentes à dignidade humana devem ser atendidas (SCHIER, 2009, p. 165-171). Nesse sentido, Alexy (2011, p. 512) assevera:

Mesmo os direitos sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto.

Corroborando o entendimento de Alexy, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ARE 745745 MG. Relator: Celso de Mello. DJ: 19/12/2014) e do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1185474 SC 2010/00486284. Relator: Humberto Martins. DJ: 29/04/2010) tem sido no sentido de não se admitir a invocação da reserva do possível quando se está diante de uma situação envolvendo o mínimo existencial (DENCZUK, 2016, p. 73). Todavia, estabelecer esse mínimo é tarefa complexa e subjetiva. Ana Paula de Barcellos exemplifica tal dificuldade:

(...) em muitos casos, o bem da vida final, a saúde, não admite gradações; não há alguma coisa como um nível mínimo de saúde. Ou se faz um determinado tratamento e se obtém (ou não) a cura, ou o indivíduo simplesmente morrerá. O que seria o mínimo para o portador de leucemia em um estágio tal que a única prestação que lhe pode trazer alguma esperança é o transplante de medula? (BARCELLOS, 2002, p. 276-277)

Ademais, o cenário de escassez de recursos deve ser observado com cautela, visto que os entes públicos têm capacidade de crédito bem flexível e sua receita é variável.

Portanto, a dignidade da pessoa humana exige, para seu pleno exercício, o despendimento de recursos, os quais devem atender ao mínimo de segurança social, “já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada” (SARLET, 2006, p. 564). Dessa forma, ao estabelecer os gastos públicos para cada setor, o Estado deve priorizar aqueles que efetivam direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente o da dignidade. Entende-se que a dignidade é alcançada quando o indivíduo tem meios hábeis para perseguir outros direitos fundamentais.

Neste sentido, o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social alcança o caráter de uma ajuda para a auto-ajuda, não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção. (SARLET, 2006, p. 566)

Dessa forma, tem-se que uma vida digna vai além da mera sobrevivência e do mínimo vital. Vale dizer, o sujeito será digno quando estiver em pleno gozo de seus direitos fundamentais. Na mesma linha, Daniel Hachem (2013, p. 211) afirma que o atendimento ao mínimo existencial engloba também a participação do indivíduo na vida social – mínimo existencial sociocultural.

Resta claro que em matéria de serviços públicos, o mínimo existencial deve ser garantido, indo além da mera sobrevivência, e não há que se falar na

cláusula da reserva do possível, vez que o Estado é obrigado a ofertar prestações que visem a assegurar o cumprimento de direitos fundamentais sociais, independentemente de haver disponibilidade financeira para tanto, desde que presente a proporcionalidade. (OLSEN, 2008, p. 326-333)

5 ESCASSEZ DE RECURSOS

Em tempos de crise e de conseqüente escassez, o poder público deve atentar-se para a necessidade de adaptação do Estado Administrativo a fim de alcançar o interesse comum e de aprimorar a sua atuação (OLIVEIRA, 2016, p. 97). Nesse contexto, a explosão demográfica, principalmente em países emergentes, demonstra um desequilíbrio entre os recursos disponíveis e os anseios sociais, o que acarreta uma situação de precariedade no que tange a serviços públicos mínimos. (SANTOS, 2008, p. 286-287)

A partir do momento em que o Estado Liberal foi substituído pelo Estado Social e Democrático, o poder público passou a ter a responsabilidade prestacional e promocional. No entanto, por escassez de recursos, tais atividades tiveram de ser prestadas também por particulares, em uma união com o Estado para atingir-se o interesse público. (OLIVEIRA, 2006, p. 514-515)

O problema da escassez orçamentária interfere diretamente na adequada prestação de serviços públicos, vez que esses exigem gastos por parte do cofre público. Aqui, insta citar a teoria da reserva do possível, a qual foi estudada em tópico próprio.

O controle da escassez é uma função essencial do Estado Social, o qual é pautado na redução de desigualdades. Nesse sentido, o princípio da subsidiariedade não pode ser barreira à intervenção estatal.

A exigência de bem-estar social teve como ponto de partida prático a idéia de que é função típica do Estado a intervenção na sociedade e, particularmente, na economia. O novo modelo recusa a visão liberal clássica de que a escassez é mais bem controlada pelo mercado. (GABARDO, 2009, p. 176)

O Estado de bem-estar é responsável pelo progresso civilizatório social, protegendo a população contra retrocessos. Tal atribuição não deve ser ex-

clusiva do mercado privado, ou seja, aquelas atividades que garantam o mínimo existencial e dignidade devem ser prestadas pelo Estado-Social com amparo das instituições privadas, razão pela qual as parcerias público-privadas encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

Num contexto de escassez orçamentária, ocorre um conflito entre a obrigação de efetivar direitos sociais e a limitação financeira. Assim, o administrador público se vê diante de um impasse que deve ser solucionado com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de ferir-se direitos fundamentais. Logo, é indiscutível o fato de direitos sociais e de liberdade serem onerosos ao Estado. (DENCZUK, 2016, p. 66-67)

Em contrapartida, de acordo com autor inglês, “baixos gastos com serviços sociais acompanharam baixos índices de crescimento na Europa ocidental como um todo” (MAZOWER, 2001, p. 293).

Diante do atual cenário de luta entre o poder econômico e as necessidades humanas prioritárias, principalmente nos países emergentes, é imprescindível que o poder estatal se faça presente. Com a transição do Estado executor para o regulador, sua principal incumbência passa a ser fiscalizar e regular as atividades prestadas por particulares, na medida em que o interesse social deve ser atendido.

A atuação estatal na economia não se limita à forma direta, mas também pode se dar através do fomento e da regulação. Com efeito, tanto a atividade fomentadora como a regulatória são formas de intervenção indireta do Estado na ordem econômica. Nelas, o poder público assume um papel passivo e os particulares atuam diretamente. (MELLO, 2010, p. 2-3)

Logo, o Estado não se desobrigou da sua responsabilidade no tocante aos serviços públicos, vez que tem funções bem delineadas: legislar sobre o assunto, averiguar o cumprimento das obrigações, punir as infrações e financiar eventualmente.

(...) não é de hoje que a lei atribui ao administrador público – e apenas a ele – a competência para escolher o quê, quando, como e em que condições eventualmente contratar junto à iniciativa privada, tendo em vista um ou mais fins públicos que podem, ou não, se exaurir com a satisfação da necessi-

dade ou da utilidade, administrativa ou coletiva. Essa é a essência da discricionariedade administrativa (...). (FERREIRA, 2012, p. 101-102)

Dessa forma, acredita-se que, delegando parte das funções públicas a particulares, as atividades são prestadas com maior eficiência e economicidade.

6 COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA E REGULAÇÃO ECONÔMICA

Do agigantamento estatal decorreram a sua incapacidade, sua ineficiência econômica e a queda na qualidade dos serviços públicos. Ao tentar abarcar suntuosa gama de funções, o poder público falhou, estafando com a figura do Estado prestador. (PRATES, 2005, p. 40-41)

O antigo conceito de serviço público (monopolizador, igualitário e garantidor do essencial) não mais alcança aos novos anseios da sociedade. Vide o exemplo do Sistema Único de Saúde, o qual tinha por escopo atender a toda a população, no entanto, se viu ineficiente diante da dimensão que tomou. Nesse sentido:

Um dos problemas que costumou ser associado à ineficiência do SUS foi o impasse que o país viveu na década de 1990, com as crises fiscais, na Previdência, e nos consequentes problemas de financiamento ao SUS. A falta de mecanismos estáveis e efetivos para seu financiamento diante do aumento da cobertura e de suas atribuições permitiu seu menor alcance e efetividade, não apenas em relação ao volume de recursos, como também em sua forma de repasse do governo federal para estados e municípios. (LUNA, 2009, p. 311)

Assim, o poder público, a cada nova necessidade, depende mais da atuação da iniciativa privada, "(...) sendo carente não apenas de recursos privados, mas de informação e colaboração". (MODESTO, 2005, p. 29)

Diante de recursos escassos, a figura do Estado regulador e garantidor dos serviços públicos deve se aperfeiçoar, sendo mais eficiente e menos burocrático. Os gastos públicos passam a ser direcionados às necessidades básicas. Disso decorre a regulação por parte das agências, as quais regulam o

mercado e garantem a prestação efetiva de serviços públicos.

Uma das manifestações mais visíveis desse novo papel do Estado traduziu-se na criação de entidades de regulação, com finalidades específicas de regulação, com o mister de garantir a constituição e o funcionamento de um verdadeiro mercado concorrencial, bem como garantir a efetivação de um serviço público universal, de qualidade, acessível (...). (OLIVEIRA, 2016, p. 100-101)

Fazendo uma digressão histórica, percebe-se que nas Cartas de 1824 a 1934, nada havia acerca do tema “intervenção do Estado na economia”. Em 1937, o constituinte inovou ao prever que o poder público poderia intervir na economia quando a iniciativa privada estivesse falha e para introduzir na esfera econômica os interesses da nação. (MOREIRA, 2013, p. 96-97)

Já nas Constituições de 1946 e 1967, o tema era tratado como uma faculdade. O que mais se aproxima da noção de planejamento que existe hoje é a previsão da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, a qual determina, em seu art. 8º, V, ser competência da União “planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacionais”.

No Brasil, a regulação teve início nos anos 90. Até então, o Estado era tido como um invasor na economia e não admitia a participação da iniciativa privada nas áreas em que atuava, ainda que prestasse o serviço precariamente. (MOREIRA, 2013, p. 87)

Segundo Calixto Salomão Filho (2002, p. 32-33), o desenvolvimento pressupõe o autoconhecimento econômico por parte da sociedade, de modo a efetivar a inclusão social. Esse é o objetivo da regulação nas economias sub-desenvolvidas, as quais não têm o poder de reconhecer as preferências de si mesmas.

O desenvolvimento depende da propagação do conhecimento econômico e é necessário que se atenuem os problemas que assolam as economias sub-desenvolvidas. O princípio redistributivo é primordial para um processo de desenvolvimento. Os centros de poder devem ser dissolvidos, possibilitando o compartilhamento de informações. Ainda, deve haver cooperação, para que

a esfera econômica não seja individualista e possa ser independente da esfera política. Nesse sentido, as agências reguladoras contam com os poderes normativo, fiscalizatório, sancionatório e de solução de conflitos. Ademais, atuam na repressão a monopólios, fiscalizam a efetiva concorrência e exercem regulação social, a qual viabiliza a universalização dos serviços.

Há quem afirme que a regulação visa tão somente a corrigir falhas do mercado e manter o seu equilíbrio, restringindo, pois, a subsidiariedade da intervenção estatal. Todavia, no Brasil, a atuação regulatória é mais abrangente, de modo a tornar viáveis certos fins que não seriam alcançados de forma autônoma pelo mercado. Pode, por exemplo, definir objetivos gerais aos agentes econômicos; criar incentivos ou restrições. (MARQUES NETO, 2009)

A regulação é pautada na possibilidade de haver participação de todos os agentes no processo econômico, para que, assim, existam opções para o consumidor. Dessa forma, a função regulatória objetiva estabelecer igualdade material entre os sujeitos, por meio da concorrência leal.

A união entre poder público e particulares acarreta uma sinergia que possibilita o alcance do interesse público da melhor forma, ou seja, otimiza o que cada um tem a oferecer, trazendo inovação e eficiência, além de assegurar a livre e efetiva concorrência. O ente privado executa e o ente público fiscaliza na posição de garante.

A moderna regulação não acarreta uma supressão do Estado na intervenção econômica, mas representa uma transformação. O Estado deixa de prestar serviços diretamente e passa a orientar o mercado (conforme art. 174⁶ da CF) através da regulação. Com a execução nas mãos de particulares, a atividade de regulação é exaltada, visto que deve garantir os direitos dos usuários, a proteção ao consumidor (que passa a ter a possibilidade de escolha e a melhora na relação custo-benefício) e a eficiência do mercado, bem como imputar responsabilidades e proteger o mercado contra abusos econômicos.

(...) especialmente no Brasil, os ‘sem serviço’ ainda são o nó principal: há milhões de pessoas sem telefone, energia ou sa-

⁶ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

neamento. Universalizar serviços básicos continua sendo um de nossos maiores desafios. Por isso, é preciso impor metas de expansão às prestadoras, no interesse dos excluídos, além de controlar a qualidade e as cobranças, no interesse do consumidor. (SUNDFELD, 2002, p. 34)

O conhecimento das peculiaridades de cada setor é imprescindível, o que se faz através da difusão do conhecimento econômico e da redistribuição. Vale ressaltar que a ética não pode ser preterida na busca de resultados. Deve haver um equilíbrio entre Estado-reguladora-regulada, para que se atinja o bem comum, de modo a garantir o cumprimento do princípio da moralidade (MOREIRA NETO, 2014, p. 11) e não comprometer os interesses de gerações futuras.

Resta claro que a colaboração público-privada, num cenário de escassez de recursos do ente governamental, tem como condão efetivar o direito fundamental aos serviços públicos, vez que os interesses de ambas as partes são atendidos de maneira eficaz. Todavia, tal atuação da iniciativa privada é submetida à regulação por parte do Estado, o qual deve assegurar os direitos dos usuários.

Em seguida, serão expostas decisões jurisprudenciais que bem representam o exposto até o momento.

7 JURISPRUDÊNCIA

As decisões abaixo transcritas demonstram com clareza casos em que o Estado não cumpriu com sua obrigação por não deter recursos para tanto (cenário de escassez de recursos). Diante disso, o Poder Judiciário determinou que a iniciativa privada atuasse para garantir um direito fundamental do cidadão (colaboração público-privada).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. RADIOTERAPIA. FILA DE ESPERA. CONTROLE JUDICIAL DE DECISÃO ADMINISTRATIVA TÉCNICA. (...) 4. É inaplicável um debate sobre o mínimo existencial e a reserva

do possível se a lei prevê o direito reclamado. A ausência de orçamento ou de meios materiais para que se proceda a um atendimento médico junto a uma unidade pública hospitalar (...) não é fato extintivo ou obstativo do direito, apesar da dificuldade da sua concretização quando da execução, que, se necessária, seria mediante ato de terceiro (iniciativa privada), sob pena de responsabilidade civil do Estado. (...) 5. “Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada” (Lei nº 8.080/90, art. 24). (...) (AG: 201400001033465. Relator: Ricardo Perlingeiro. DJ: 25/11/2014)

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ECA. APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE VAGA EM CRECHE E EM ESTABELECIMENTO PÚBLICO DE ENSINO EM TURNO INTEGRAL. DIREITO À EDUCAÇÃO. DEVER DO MUNICÍPIO. (...) 2. Mostra-se descabido limitar ao ano letivo de 2015 a vaga em creche disponibilizada, pois constitui dever do Município assegurar às crianças o acesso à educação, cabendo-lhe garantir vaga na rede pública de ensino, em turno integral, ou, então, na rede privada, às suas expensas, ou seja, cobrindo o valor integral do custo na rede privada. (...) (AGV: 70068048529 RS. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ 02/03/2016).

As decisões que seguem demonstram a importância da atividade regulatória estatal, a qual protege o usuário, garante a eficiência e impede abusos econômicos.

RECURSO INOMINADO. PLANO DE SAÚDE. COBRANÇA DE DIFERENÇAS DE HOSPITALIZAÇÃO REALIZADA FORA DA ÁREA DE COBERTURA. TAXA DE INTERCÂMBIO. REGULAÇÃO DA ANS, DECLARANDO IRREGULAR A COBRANÇA. RECURSO PROVIDO. (...) (Recurso Cível: 71004022125 RS. Relator: Adriana da Silva Ribeiro. DJ: 10/05/2013).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DA REGULAÇÃO E DIREITO DO CONSUMIDOR. 1. O tema central do feito diz respeito às punições aplicadas à apelante em razão de infrações verificadas quanto à inobservância da regra que determinava a não suspensão do atendimento a usuário de plano de saúde até o término do procedimento administrativo para demonstração da existência de doença ou lesão preexistente. 2. O Direito da Regulação vem crescendo paulatinamente no curso dos tempos e, na esfera das atividades de saúde suplementar, tem íntima relação com valores e interesses pertinentes às relações de consumo. 3. A partir do momento em que o mercado iniciou e permitiu o desenvolvimento do segmento da implantação dos planos individuais de saúde, várias práticas abusivas foram imediatamente percebidas e, entre elas encontravam-se as negativas de cobertura sob a alegação de doença ou lesão preexistentes e conhecidas dos consumidores dos planos. 4. De modo a buscar solucionar ou ao menos minimizar os problemas gerados em razão das práticas abusivas no segmento do mercado de prestação de serviços privados de saúde, sobreveio a Lei n. 9.656/98 que formalmente inaugurou o período da regulação no setor de saúde suplementar, com providências relacionadas à normatização, fiscalização e controle dos agentes econômicos e sociais no referido segmento do mercado. (...) (AC: 200451010110243 RJ. Relator: Guilherme Calmon Nogueira da Gama. DJ: 09/05/2011).

Tais ementas demonstraram a relevância da colaboração público-privada na efetivação dos direitos fundamentais num contexto de escassez de recursos e, também, expuseram a forma como a regulação estatal interfere na atuação da iniciativa privada em atividades que envolvem direitos fundamentais sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser um direito fundamental, albergado pela Carta Magna, o serviço público configura cláusula pétrea e, por isso, não deve sofrer retrocesso,

tampouco ser descumprido por insuficiência de recursos.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem de ser respeitado nesse ponto, especialmente no que diz respeito ao mínimo existencial, o qual ultrapassa o mínimo vital. A cláusula da reserva do possível não cabe ser invocada quando se está diante de serviços públicos, pois o Estado tem a obrigação de prestá-los, se não diretamente, por meio da iniciativa privada. Essa, por sua vez, atua com o objetivo de assegurar o cumprimento de direitos constitucionais (além de visar o lucro) e atua sob regulação do ente estatal.

Assim, o poder público não se desobriga do seu dever. Mesmo com a atuação indireta, ele continua titular do serviço e garantidor da adequação. Dessa forma, a colaboração público-privada apresenta-se como uma solução vantajosa para superar a escassez e a regulação possibilita a participação de todos os agentes no processo econômico, garantindo a concorrência leal, a proteção ao usuário e a maior eficácia.

REFERÊNCIAS

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

AMARO, Fernanda Pereira. O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.12, n. 50, p.115-138, jan./mar. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 fev. 1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1185474 SC 2010/00486284. Relator: Humberto Martins. DJ: 29/04/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. ARE 745745 MG. Relator: Celso de Mello. DJ: 19/12/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível: 71004022125 RS. Relator: Adriana da Silva Ribeiro. DJ: 10/05/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGV: 70068048529 RS. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ 02/03/2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AC: 200451010110243 RJ. Relator: Guilherme Calmon Nogueira da Gama. DJ: 09/05/2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AG: 201400001033465. Relator: Ricardo Perlingeiro. DJ: 25/11/2014.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DENCZUK, Tatiana. **Judicialização de políticas públicas para a concretização do direito fundamental à saúde**: aprimorando a prestação jurisdicional por meio do processo civil. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) - Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Curitiba, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

_____. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LUNA, Lara. “Fazer viver e deixar morrer”. A má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, Jessé. **Ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

MAZOWER, Mark. **Continente sombrio**. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 21, fev./mar./abr., 2010.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 28 out. 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Paulo Augusto de. Regulação e o direito administrativo da escassez. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 97-117, jan./mar. 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. 5 ed. **Revista de Direito Constitucional e internacional**. São Paulo, ano 8, n. 30, p. 146-158, jan./mar. 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 224 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143672.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GUERRA FISCAL ENTRE OS ESTADOS, A GLOSA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A AFRONTA AO FUNDAMENTO DA LIVRE INICIATIVA TRACEJADO NA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988

FISCAL WAR BETWEEN THE STATES, THE GLOSSARY OF TAX CREDIT AND THE ADOPTION OF THE FOUNDATION OF THE FREE INITIATIVE TRAFFICKED IN THE 1988 CONSTITUTIONAL CHARTER

Daniela Ramos Marinho Gomes¹
Roberto da Freiria Estevão²

Data de recebimento: 28/04/2018

Data de Aprovação: 21/07/2018

RESUMO

Em agosto de 2017 foi publicada a Lei Complementar 160/2017 cujo texto, em síntese, permitiu aos Estados e ao Distrito Federal firmarem convênio para manter os incentivos por mais tempo e perdoar dívidas tributárias de contribuintes autuados. Este trabalho objetiva demonstrar que apesar da edição

¹ Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM (2005), pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial com ênfase em Tributário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL e mestrado em "Direito Negocial" pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Atualmente é professora da graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM, nas áreas de Direito Tributário e Direito Econômico e é Vice-Líder do Grupo de Pesquisa DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E INCLUSÃO SOCIAL (GIS).

Atua como advogada na área de Direito Tributário e Econômico.

² É graduado no Curso de Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista Tupã Sp (1980), especialista em Processo Penal pela PUC-SP, mestre em direito pelo UNIVEM/FUNDAÇÃO, Doutor em Ciências Sociais pela UNESP-Marília, vice-líder do grupo de pesquisa "DIFUSO - Direitos Fundamentais Sociais". Atualmente é professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM/Fundação, de Marília, Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo - Procurador de Justiça Aposentado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal, Filosofia do Direito, Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito. Tem como principais atuações e temas: processo penal, direitos fundamentais, retórica e direito; procedimento do júri, história do Direito. Ministra palestras e cursos sobre Retórica, Oratória e Direito, temas de Direito Processual Penal, Direito Processual Penal Constitucional, Direito Penal, Direito Penal Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais e História do Direito. Atua (2016) como Vice Líder do Grupo de Pesquisa DiFuSo - Direitos Fundamentais Sociais e Participa (2017) como pesquisador do Grupo de Pesquisa "Direito, cotidiano e construção da sociabilidade"

de novas normas, o problema persiste, pois, apesar de quórum mais flexível trazidos pelas disposições normativas, os contribuintes poderão ser glosados, acaso os Estados não se entendam perante o CONFAZ – o que faz prevalecer a afronta ao fundamento da Ordem Econômica Constitucional. Para tanto, este trabalho estruturou-se em três partes. A primeira apresenta o pacto federativo e a competência para criação de tributos no Brasil. A segunda volve-se para os benefícios fiscais que são concedidos pelos Estados que acabam por deflagrar a guerra fiscal com enfoque recentes alterações normativas, oportunidade em que se apresenta o papel do Confaz atribuído pela Carta de 1988. Centra-se, por fim, na investigação da Ordem Econômica Constitucional, donde resultou o fundamento da livre iniciativa.

PALAVRAS-CHAVE

Guerra fiscal, glosa, Ordem Econômica Constitucional.

ABSTRACT

In August 2017 Complementary Law 160/2017 was published, whose text, in summary, allowed the States and the Federal District to sign an agreement to maintain the incentives for longer and to forgive tributary debts of assessed taxpayers. This paper aims to demonstrate that despite the issue of new standards, the problem persists, because, despite a more flexible quorum brought by the normative provisions, taxpayers can be glossed over, perhaps the states do not understand the CONFAZ - which makes the affront prevail to the foundation of the Constitutional Economic Order. Therefore, this work was structured in three parts. The first presents the federative pact and the competence to create taxes in Brazil. The second deals with the tax benefits granted by the states that end up triggering the tax war with a focus on recent normative changes, an opportunity in which the role of the Confaz attributed by the Charter of 1988 is presented. It focuses, finally, on the investigation of the Constitutional Economic Order, which resulted in the foundation of free Initiative.

KEYWORDS

Fiscal war, gloss, Constitutional Economic Order.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, ao judiciário se tem levado inúmeras batalhas em decorrência do conflito tributário entre os Estados, notoriamente conhecido como Guerra Fiscal do ICMS.

O ICMS – Imposto sobre Circulação de Bens e Mercadorias - é a maior receita dos Estados-membros e Distrito Federal, motivo pelo qual, quando um Estado concede benefícios e incentivos ao ICMS, outros entes federados também o fazem na incessante busca de recursos para seu território.

Tais benefícios revestem-se nas formas de isenção, redução da base de cálculo, redução de alíquotas, crédito presumido, dentre outros, conferidos pelos Estados que acabam por reduzir os tributos, figurando como atrativo às empresas para que se instalem no Estado redutor.

Ocorre que, conforme explícito dispositivo constitucional adiante tratado neste trabalho, os incentivos fiscais somente podem ser concedidos com expressa anuência do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), a quem compete promover a celebração de convênios para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto.

Apesar desta previsão, muitos Estados com o intuito de atraírem capitais e investimentos privados para seu território, concedem à determinadas empresas, incentivos tributários sem validação do CONFAZ, de forma a reduzir o valor da tributação do ICMS nas operações interestaduais. Prevalece a concepção de que os investimentos empresariais, em regra, não se destinariam ao território do Estado cedente em caso de ausência de tais vantagens. Surge então a famigerada guerra fiscal.

Uma saída encontrada pelo Estado para afastar os efeitos decorrentes da guerra fiscal foi editar atos normativos com vistas a punir seus próprios contribuintes, por meio da chamada glosa de crédito. Com esta medida, a empresa que recebe mercadorias oriundas de Estados concessionários de benefícios e aproveitam o crédito tributário destacado na nota fiscal acabam sendo submetidas a multas de grande monta.

Para afastar os deletérios efeitos da guerra fiscal, em agosto de 2017 foi publicada a Lei Complementar 160/2017 cujo texto, em síntese, permi-

tiu aos Estados e Distrito Federal firmarem convênio para manter os incentivos por mais tempo e perdoar dívidas tributárias de contribuintes autuados.

Este convênio foi, enfim, publicado em 18/12/2017 (Convênio 190/2017), estabelecendo as regras para convalidação dos benefícios fiscais existentes, mediante a publicação no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal da relação com a identificação de todos os atos normativos. Além da condição acima, para validação dos benefícios, há necessidade de expressa anuência de 2/3 das unidades federadas, e de 1/3 de cada uma das unidades federadas de cada uma das 5 regiões do país.

Neste cenário é que emerge o propósito deste trabalho que busca demonstrar que, a despeito das novas disposições normativas, a glosa de créditos aos contribuintes irá persistir, mantendo grave afronta ao fundamento da Ordem Econômica Constitucional, notadamente ao que revela a livre iniciativa, como núcleo estruturante dos negócios que se dão no ambiente brasileiro.

Com o propósito em menção, o trabalho estruturou-se em três partes. A primeira apresenta o pacto federativo e a competência para criação de tributos no Brasil, à medida em que nosso ordenamento jurídico a distribui apenas para as pessoas políticas (União, Estados, Município e Distrito Federal). A segunda volve-se para os benefícios fiscais que são concedidos pelos Estados que acabam por deflagrar a guerra fiscal, oportunidade em que se esmiuçará o papel do Confaz atribuído pela Carta de 1988 e apresentará os delineamentos das recentes alterações. Após delineamento de mencionado aspecto, este trabalho centra-se, por fim, na investigação da Ordem Econômica Constitucional para conhecer a apontar que a punição perpetrada pelos Estados às empresas que utilizam os créditos advindos de lei concessora de benefício fiscal sem validação do CONFAZ, além injusta, contraria os fundamentos ordem econômica esposada na Constituição Federal de 1988, operando na contramão do fortalecimento das empresas que constituem a força motriz da sociedade brasileira.

A pesquisa se deu de forma exploratória com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado.

1. O PACTO FEDERATIVO, A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL E OS REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DO ICMS NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS

O Brasil optou por se organizar e dividir politicamente em forma de Federação, criando-se assim, o Estado Federal Brasileiro, sendo dotado de soberania perante os entes federativos que a ele deram origem, isto é União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal.

Nessa seara, tamanha é a importância para o nosso País que tal estrutura está consagrada no artigo 60, § 4º, inciso I de nossa Constituição Federal, possuindo o *status* de Cláusula Pétrea.

Isso quer dizer que os entes que se uniram em forma de Federação, com a finalidade de preservarem suas personalidades políticas, não podem, à sua revelia, ser divididos, desmembrados ou incorporados a outros. (CARRAZZA, 2002, p.125)

Em virtude da adoção do sistema federalista, a União e os Estados-membros são entes autônomos, ocupando o mesmo plano hierárquico, devendo receber o mesmo tratamento jurídico-formal. A única diferença existente se dá nas competências distintas que receberam da Constituição Federal. (CARRAZZA, 2002, p.123)

Por força do aludido, os Estados-membros possuem a faculdade de se auto-organizarem, o que fazem por meio de suas próprias Constituições, as quais, em obediência ao pacto federativo, devem seguir os mandamentos da Lei Maior, diploma no qual estabelece toda a estrutura a ser observada.

Portanto, tem-se uma autonomia relativa. “A Constituição Federal, como já acenamos, demarca sua faculdade constituinte, mediante a repartição de competências entre a ordem jurídica parcial central (a União) e as ordens jurídicas parciais periféricas (os Estados federados).” (CARRAZZA, 2002, p.133)

Há de se ressaltar ainda que os Estados-membros não são autônomos apenas em relação à União, mas também entre si. Desse modo, não importa o seu tamanho, riqueza ou população, devendo todos receber tratamentos isonômicos, possuindo as mesmas prerrogativas, obrigações e participando, de igual modo, da formação da vontade nacional. (CARRAZZA, 2002)

Tendo em vista que é por meio de sua Lei Maior que o Estado Federal exerce sua soberania sobre os entes federados, em nosso Estado Brasileiro não poderia ser diferente, visto que “nossa Carta Magna estruturou o País sob a forma de Federação e, para reforçá-la, repartiu as competências legislativa (inclusive as tributárias) entre a União e os Estados-membros.” (CARRAZZA, 2002, p.140)

Desta forma, impende consignar que, por força do pacto federativo, cada ente deve instituir e arrecadar, em caráter privativo, o tributo que lhe fora atribuído pela Constituição Federal, sem que os demais interfiram nessa autonomia, uma vez que, em se tratando de matéria tributária, não podem estes invadir a competência alheia.

Nessa ordem de ideias, uma enorme gama do sistema de tributação brasileira está positivada na atual Constituição Federal, ao passo que esta, cumprindo o pacto federativo outrora abordado, delimita exatamente quem será competente para legislar e o que poderá ser realizado no que diz respeito aos tributos em nosso país.

Assim, quando se trata de matéria tributária e em razão de esta estar descrita na mais alta hierarquia jurídica do Brasil, qual seja, a Carta Magna, os competentes para exercitá-la deverão sempre observar e se limitar ao que este diploma os possibilita, atuando sempre à luz do texto constitucional, não ultrapassando assim suas competências. (CARRAZZA, 2002, p.23)

Com efeito, no que tange à competência para criação de tributos no Brasil, nosso ordenamento jurídico a distribui apenas (privativo) para as pessoas políticas (União, Estados, Município e Distrito Federal):

Tem competência tributária, no Brasil, as pessoas políticas, ou seja, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Isto porque só elas possuem Legislativo Próprio. E, como procuramos demonstrar, é o Poder Legislativo – e apenas ele – que, em nosso ordenamento jurídico, está credenciado a criar tributos. (CARRAZZA, 2002, p.24)

Ainda que a competência para a criação de tributos seja privativa aos entes políticos sobreditos, estes possuem determinadas limitações, haja vista

que, mesmo que dentro desta faculdade o legislador tenha uma liberdade de criação de tributos, deverá este seguir uma regra matriz para tal.

Neste palmilhar, o ordenamento jurídico delimita os tributos que cada ente político poderá criar, de modo que, cada qual não poderá invadir, anular ou usurpar a competência do outro, pois, assim, estar-se-á descumprindo o sistema federativo adotado por nosso País.

Deste modo, cabe neste trabalho, em breve linhas, demonstrar a competência distribuída pelo Estado Federal (Federação Brasileira) aos seus respectivos entes políticos.

Os Municípios estão aptos a criar os impostos contidos no artigo 156, inciso I a III de nossa Lei Maior, como Impostos sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), os Impostos sobre Serviços (ISS) e os Impostos sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

Por sua vez, o Distrito Federal, dentro de seu território, é competente para criar os mesmos impostos concedidos aos Estados-membros e Municípios, conforme preceituam os artigos 155 “caput” e 147 *in fine*, ambos da Constituição Federal.

Já a União poderá criar os tributos inseridos no artigo 153 da CF, bem como, em atenção ao artigo 154 do Diploma Supremo, outros tributos não previstos no artigo mencionado, desde que o façam por meio de lei complementar, não sendo estes cumulativos e não possuindo fato gerador ou base de cálculo próprios discriminados pela Constituição Federal. Trata-se da competência residual da União.

Por fim, porém não menos importante, aos Estados-membros compete instituir os impostos descritos no artigo 155, I a III da Carta Magna, ou seja, os Impostos sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), os Impostos sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e, finalmente, os Impostos que versem sobre a Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços Interestaduais e Intermunicipais e de Comunicação (ICMS).

Nesta tessitura, destaca-se que, após a delimitação da competência, não se sabia ao certo de quem seria a arrecadação quando a operação fosse realizada por contribuintes de Estados diferentes (operações interestaduais), dúvida que fora devidamente sanada com a escolha do regime de tributação do ICMS.

Isso porque, quando se trata de operações interestaduais, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 155, § 2º, inciso VII e VIII o fenômeno chamado de “diferenciação de alíquotas”.

O intuito dessa disposição é preservar os Estados onde estiverem localizados os consumidores finais da mercadoria ou serviços suscetíveis à tributação do ICMS. (CARRAZZA, 2002, p. 331)

Deste modo, inexistindo prestações e operações seguintes tributáveis por meio do ICMS, a diferenciação nas alíquotas funciona como um fator de compensação aos Estados.

Logo, a aludida diferenciação contempla não só vantagens aos Estados, como também aos consumidores, vez que esta, ao servir como instrumento de compensação, irá, obviamente, refletir de forma direta no preço final da mercadoria.

Com efeito, tal compensação impede que os consumidores se desestimulem a comprar os produtos à venda no próprio Estado em razão de estes possuírem carga tributária menor em outros Estados e conseqüentemente menores preços quando colocados em comercialização:

Ademais, não fosse o diferencial de alíquotas haveria um forte desestímulo à compra de mercadorias ou à fruição de serviços, por parte dos consumidores finais, nos próprios Estados em que estão sediados ou domiciliados. Com efeito, seria para estes consumidores finais muito mais vantajoso adquirir tais bens ou usufruir tais serviços em outras unidades federativas, já que a carga econômica representada pelo ICMS seria sensivelmente menor. (CARRAZZA, 2002, p. 332)

Verifica-se que alíquota diferenciada possui o propósito de repartir aos Estados produtores e consumidores – origem e destino – os valores arrecadados a título de ICMS nas operações interestaduais.

Nessa seara, imperioso destacar que nossa Carta Magna veda que os Estados efetuem discriminações tributárias em razão da origem ou destino da mercadoria.

Para a Lei Maior do Estado Federal, bens e serviços devem ser submetidos a um tratamento equânime, de modo que estes possam circular

sem quaisquer barreiras fiscais, preservando, deste modo, a unidade política econômica nacional. (BALEEIRO, 2010, p. 442)

Outrossim, com o fito de alcançar uma harmonização em relação as tributações do ICMS, a Constituição Federal, nas operações interestaduais, adota alguns princípios para que a mercadoria, bens ou serviços não sejam tributados duas vezes, isto é, no Estado de origem e no Estado de destino.

Segundo os ensinamentos de BALEEIRO (2010, p. 442) “o objetivo não é apenas impedir a elevação do preço da mercadoria pela transferência da dupla carga tributária, mas, sobretudo, permitir, em relação a certo Estado, que os bens advindos de outros possam concorrer em igualdade de condições com aqueles locais”.

Tal regime foi adotado porque, dessa forma, ao contrário da tributação ocorrida apenas no Estado de destino, ambos os Estados – origem e destino – são beneficiados com o recolhimento do ICMS.

Por essa razão, esse modelo de tributação também é conhecido como “mercado integrado”. De acordo com os doutrinadores, a opção pelo sistema contido no primeiro princípio (Estado de destino) seria um retrocesso à integração do mercado.

Cabe ao Senado Federal o poder e competência para fixar as alíquotas aplicáveis nas operações interestaduais.

Inicialmente, o Senado Federal, visando regular o tema, estabelece como alíquotas máximas interestaduais um percentual inferior ao máximo fixado para as alíquotas internas. Posteriormente, passa a se utilizar de outra ideia, qual seja se o Estado de destino da mercadoria estiver situado nas Regiões Norte, Nordeste ou Centro-Oeste (chamados de importadores-consumidores líquidos), a alíquota interestadual será reduzida, vindo a reduzir a receita do Estado de origem, situado na região Sul-Sudeste (considerados exportadores líquidos).

Para tanto, o motivo dessa diferenciação de alíquotas é justamente trazer vantagens ao Estado de destino, uma vez que, assim, a diferença entre as alíquotas – Estado de origem e Estado de destino – será maior.

Tal diferença de tratamento não é considerada ofensiva, visto que “ela pretende uma verdadeira integração, com neutralidade de resultados – ou

pelo menos sua atenuação – entre Estados consumidores líquidos e produtores – exportadores líquidos.” (BALEEIRO, 2010, p. 444).

Destarte, como meio de se manter a isonomia entre os Estados, para concessão de incentivos, isenções e outros benefícios tributários relacionados com o ICMS, exige-se prévio convênio, a ser realizado entre os Estados-membros e Distrito Federal junto ao Senado Federal.

2. OS BENEFÍCIOS FISCAIS DEFLAGRADORES DA GUERRA FISCAL E O PAPEL DO CONFAZ

Como é cediço, a Guerra Fiscal do ICMS consiste na concessão de incentivos fiscais às empresas privadas – isenção, redução da base de cálculo, redução de alíquotas, crédito presumido, dentre outros – de modo que por meio desses, o valor a ser tributado à título de ICMS será consideravelmente reduzido, gerando, desta forma, mais lucros às empresas que decidam se instalarem no Estado redutor.

Nesse passo, Alves define Guerra fiscal como “todo tipo de disputa/ conflito que decorra da intervenção estatal de entes federativos na decisão locacional de atividades produtivas e na concorrência setorial, sendo que, o instrumento tributário é o principal mecanismo de subsidiamento” (2001, p. 30).

Recorda-se que o ICMS é a maior receita dos Estados-membros e Distrito Federal, motivo pelo qual, quando um Estado concede benefícios e incentivos ao ICMS, outros entes federados também o fazem na incessante busca de recursos para seu território:

Outro fator importante para o início dos conflitos entre os entes públicos é a abismal diferença de desenvolvimento entre eles. Hoje a República Federativa do Brasil possui Estados muito à frente dos demais, no que se refere aos aspectos econômicos e sociais. Visando a equilibrar ou, quando menos, diminuir a diferença que os separam, entes com menor 21 desenvolvimento buscam, com todos os meios de que dispõem, atrair aos seus domínios territoriais empresas teoricamente capazes de alavancar o seu crescimento. Portanto, são essas disparidades econômica, social e política, tão visivelmente

encontradas no seio da nossa Federação, que movem as pessoas políticas de direito público a instaurar disputas tributárias, objetivando sempre, desenvolvimento e maior arrecadação. (MARQUES, 2010, p. 128).

O Estado “vencedor” da batalha por investimentos privados busca gerar empregos, arrecadação e desenvolvimento econômico.

Segundo Melo (2004, p. 274/275), os incentivos são divididos em 04 (quatro) grupos, a saber: fiscais, financeiros, estímulo para infra-estrutura e outros estímulos.

Em virtude das mais variadas formas, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que, no âmbito fiscal, estes não são apenas isenções, reduções na base de cálculo, dilação de prazos para pagamento ou créditos presumidos e sim todos incentivos fiscais que impliquem em uma redução da carga tributária. (ARZUA, n. 81, p. 212)

No que tange ao ICMS, os benefícios e incentivos usualmente concedidos são as isenções, reduções da base de cálculo, redução de alíquotas e o crédito presumido, que passaremos a discorrer brevemente.

Nessa seara, importante trazer o conceito de isenção, o qual nada mais é que uma limitação legal – vinculada ao princípio da legalidade – que impede o nascimento do tributo ou que o diminua quando este não possuir apenas isenção parcial. (CARRAZA, 2002, p. 361)

Em outras palavras, a isenção tributária é um benefício concedido ao sujeito passivo, desonerando-o da obrigação de pagar o imposto; ou seja, esta dispensa o contribuinte beneficiado do pagamento integral ou de parte do tributo. Daí o porquê de esta ser uma das hipóteses de exclusão do crédito tributário, conforme se depreende da análise do artigo 174, inciso I do CTN.

Como assinalado no presente trabalho, essas devem ser precedidas de anuência dos convênios celebrados com o CONFAZ, o que, na maioria das vezes, não é observado pelos entes federativos justamente com intuito de vencerem seus concorrentes (demais entes) na disputa (Guerra Fiscal) pelos investimentos de capitais privados em seu território.

Lado outro, a redução da base de cálculo ocorre quando o tributo incide apenas sobre a parte do valor desta operação ou prestação, de modo que

estas não serão completamente utilizadas como bases para o cálculo do ICMS.

Desta forma, quando houver a incidência da alíquota do aludido imposto sobre parte da base de cálculo de determinada prestação ou operação, o valor tributado a título de ICMS será reduzido.

Logo, com menos imposto a se pagar, o Estado redutor torna-se um atrativo para receber os investimentos privados.

Outro benefício comumente dado pelos Estados para atrair investimentos, é chamado de “bônus” dos entes federativos aos contribuintes do ICMS que se dá por meio do crédito presumido.

Com efeito, o crédito presumido nasce quando da apuração do valor a ser pago de ICMS na saída da operação ou prestação ocorrida (quando a operação acontece). Nesse valor incide um percentual, constituindo de forma fictícia um crédito que será utilizado para reduzir o valor do tributo.

Nessa modalidade de incentivo, verifica-se que os Estados, com intuito de seduzirem as empresas, concedem o crédito presumido aos contribuintes, os quais, quando somados com aqueles obtidos por meio de entradas de mercadorias, irão diminuir a carga tributária do ICMS. (MARQUES, 2010, p. 125)

Importante lembrar que esses incentivos somente podem ser concedidos com o aval do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), em clara conformidade ao artigo 155, §2º, inciso XII, alínea g da CF e ao artigo 2º, § 2º da LC n.º 24 de 1975.

Neste ponto, impõe esclarecer que o CONFAZ é um órgão vinculado ao Ministério da Fazenda instituído no dia 07 de janeiro de 1975 pela Lei Complementar n.º 24.

A este órgão “compete promover a celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do art. 155 da Constituição, de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea “g”, do mesmo artigo e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975.” (BRASIL)

O conselho se reúne ordinariamente a cada três meses, sendo suas reuniões presididas pelo Ministro da Fazenda ou por algum representante indicado por este. (BRASIL)

Este conselho foi criado justamente “com o objetivo de deliberarem

sobre elaboração de políticas e harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos estados e do Distrito Federal, bem como colaborar com o Conselho Monetário Nacional (CMN).” (BRASIL)

Fazem parte deste órgão os representantes de cada Estado-membro, do Distrito Federal e um do Governo Federal, o qual é nomeado pelo Chefe do Poder Executivo. (CARRAZZA, 2002, p. 365)

Frise-se que em regra, o nomeado é o Secretário da Fazenda e este é apenas um representante do Governador, não podendo, de forma alguma, legislar a respeito do ICMS. Caso isso acontecesse seria uma ofensa à Constituição Federal e ao Pacto Federativo adotado pelo Brasil como princípio de nossa República, visto que, assim, o Poder Executivo estaria usurpando a competência do Poder Legislativo.

Há de ressaltar que nas reuniões do CONFAZ também se faz presente a Procuradoria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), a Secretaria da Receita Federal (SRF) e a Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

Pois bem, em se tratando de Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços, os membros do conselho se reúnem e firmam convênios com o intuito de concederem benefícios, incentivos fiscais ou isenções tributárias aos entes federados que possuem a competência para instituir e arrecadar esse imposto.

Ressalta-se que para o nascimento desses benefícios, todos os entes federativos competentes para instituir e arrecadar o ICMS devem ratificar o convênio:

Avançando no tema, salientamos ser imprescindível que todos os Estados e o Distrito Federal ratifiquem o convênio interestadual para que a isenção do ICMS nasça. De fato, a Constituição exige que eles se coloquem de acordo, para que tal benefício passe a ter existência jurídica. (CARRAZZA, 2002, p. 367)

Ainda segundo o doutrinador, essa obrigatoriedade entre os entes se dá com o intuito de evitar a Guerra Fiscal entre as regiões de nosso País. (2002, p.367).

Ives Gandra (2013, p. 22-29) também leciona sobre o tema:

[...] o texto constitucional, quando se refere à deliberação dos Estados e Distrito Federal, no tocante aos estímulos fiscais outorgados, necessariamente impõe a deliberação de todos os Estados e Distrito federal, visto que não estabeleceu quorum mínimo.

Por esta linha de raciocínio, entendo que a unanimidade exigida pelo Confaz não decorre da legislação infraconstitucional, mas decorre, à luz da Constituição de 1988, do próprio texto supremo, tese, aliás, fortalecida com minha interpretação do art. 146-A da Lei Suprema.

Portanto, verifica-se que CONFAZ tem enorme função quanto aos benefícios fiscais e às isenções tributárias concedidas aos contribuintes na tributação do ICMS em nosso País, haja vista que é por meio de seus membros que os convênios são firmados e posteriormente, quando aprovados pelas respectivas Casas Legislativas de cada Estado-membro e Distrito Federal, tornam-se leis, passando a compor o direito interno desses entes federativos.

A técnica dos convênios reflete o dever-ser do processo legislativo de que se utiliza o Estado-membro para exercer sua competência exonerativa em relação ao ICMS. Os convênios de Estados expressam uma solução de compromisso entre a necessidade de preservar a autonomia tributária dos entes locais, sem risco para a unidade econômica da Federação e a realidade de um imposto nacional. (COELHO, 1996, p. 293)

Como se verifica, os convênios firmados pelos Estados-membros e Distrito Federal junto ao CONFAZ trazem consigo uma tentativa clara de isonomia aos Estados Federativos, haja vista que todos estes devem participar de suas elaborações e posteriormente dar a eles um *status* de lei, diminuindo a possibilidade de incidência da Guerra Fiscal no Brasil.

Todavia, em que pese os aludidos convênios, os Estados-membros, com o intuito de atraírem capitais e investimentos privados para seu território, concedem a determinadas empresas incentivos tributários, que reduzem o valor da tributação do ICMS nas operações interestaduais. Esses são concedidos

em razão de que os investimentos empresariais, em regra, não se destinariam ao território do Estado cedente sem tal vantagem. Por esse motivo, o STF, em tentativa de acabar ou diminuir a Guerra Fiscal vem declarando insistentemente a inconstitucionalidade desses incentivos, *in verbis*:

[...] 10. A outorga de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal é manifestamente inconstitucional. Precedentes: ADI 2906/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 2376/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3674/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3413/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 4457/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.6.2011; ADI 3794/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.6.2011; ADI 2688/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.6.2011; ADI 1247/PA, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.6.2011; ADI 3702/ES, rel. Min. Dias Toffoli, 1º.6.2011; ADI 4152/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 3664/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 3803/PR, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.6.2011; ADI 2549/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1º.6.2011.³

Contudo, posteriormente a declaração de inconstitucionalidade, os entes federados editam novas leis concedendo novamente os benefícios. Em razão dessa desobediência dos Estados-membros e Distrito Federal, essa medida para encerrar a Guerra Fiscal não vem sendo satisfatória:

No tocante à propositura de ADINs pelos Estados prejudicados junto ao STF, não raras vezes, quando aquele Tribunal Constitucional Maior lhes concede liminares favoráveis, suspendendo a eficácia da medida política (o STF, instado a manifestar-se sobre a matéria, construiu reiterado entendimento sobre a inconstitucionalidade da concessão, pelo Estado, de benefícios fiscais sem Convênio prévio celebrado nas hostes do CONFAZ), os Estados mudam formalmente o instrumento legislativo, continuando a conceder os mesmos favores fiscais sob outra roupagem. (CARVALHO, 2006, p. 31)

³ ADI 429/CE, Rel. Min. Luiz Fux, julgada em 04/08/2010.

Destarte, mesmo inconstitucionais e flagrantemente irregulares no que tange à competência dos entes federativos para desonerar (conceder benefícios), os Estados-membros e Distrito Federal, permanecem a guerrear pelos investimentos privados, concedendo incansáveis benefícios às empresas.

Em virtude deste cenário, para tentar encerrar conflito afeito à guerra fiscal, em agosto de 2017 foi publicada a Lei Complementar 160/2017 cujo texto, em síntese, permitiu aos Estados e Distrito Federal firmarem convênio para manter os incentivos por mais tempo e perdoar dívidas tributárias de contribuintes autuados.

Este convênio foi, enfim, publicado em 18/12/2017 (Convênio 190/2017) estabelecendo as regras para convalidação dos benefícios fiscais existentes.

Mencionado Convênio condicionou a validação dos benefícios fiscais à publicação no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal da relação com a identificação de todos os atos normativos. Melhor explicando: para que a empresa obtenha o perdão administrativo, cada Estado deve publicar uma lista dos benefícios fiscais que concedeu e, três meses depois, apresentar perante o CONFAZ a “documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais”. Os benefícios fiscais não publicados deverão ser revogados. Tudo isso será público, disponibilizado pelo Confaz no Portal Nacional da Transparência Tributária.

Ou seja, o legislador oportunizou a todos os Estados sanarem os supostos equívocos praticados com a concessão pretérita de benefícios fiscais não convalidados pelo CONFAZ.

Todavia, para isso ocorra, há necessidade de expressa anuência de 2/3 das unidades federadas, e de 1/3 de cada uma das unidades federadas de cada uma das 5 regiões do país.

Disto resulta que, a despeito das novas disposições normativas, a glosa de créditos aos contribuintes irá persistir. Isto, pois, se não houver o quórum acima para autorização dos incentivos se irá a glosa dos créditos contra quem não deu causa ao indigitado conflito (já que os Estados concessionários são responsáveis), o que, conforme vertente deste trabalho, se configura grave afronta ao fundamento da Ordem Econômica Constitucional, notadamente ao que revela a livre iniciativa, como núcleo estruturante dos

negócios que se dão no ambiente brasileiro.

3. A GLOSA DOS CRÉDITOS FISCAIS E A AFRONTA AO FUNDAMENTO DA ORDEM ECONÔMICA PRECONIZADOR DA LIVRE INICIATIVA PREVISTA NA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988.

3.1 A glosa de créditos fiscais

Uma saída encontrada pelo Estado para afastar os efeitos decorrentes da guerra fiscal foi editar atos normativos com vistas a punir seus próprios contribuintes, por meio da chamada glosa de crédito.

Nesse passo, salienta-se que a glosa de crédito ocorre de duas maneiras: a primeira quando o Estado, por meio de edição de normas, retira do contribuinte o direito aos créditos oriundos das prestações anteriores; ou seja, quando este for recolher o ICMS, deverá arcar com a parte que o outro sujeito passivo creditou em sua nota fiscal mas que no entanto deixou de recolher em virtude de possuir benefícios e incentivos fiscais (crédito presumido).

Exemplificando, o contribuinte do Estado X declara em sua nota fiscal o recolhimento da quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais) à título de ICMS, de modo que o contribuinte posterior, situado no Estado Y, ao efetuar nova circulação da mercadoria, deveria arcar com R\$ 300,00 (trezentos reais) de ICMS; todavia, por força do princípio da não-cumulatividade, se credita do valor anteriormente recolhido, sendo necessário o pagamento de apenas R\$ 100,00 (cem reais) para quitar integralmente o imposto devido em decorrência dessa operação.

Ocorre que, por possuir benefícios fiscais, o contribuinte do Estado X recolheu apenas R\$ 100,00 (cem reais); isto é, menos do que descreveu em nota fiscal, motivo pelo qual o Estado Y retira de seu contribuinte a possibilidade de creditar-se do valor integral contido na aludida nota, devendo este realizar o pagamento de R\$ 200,00 (duzentos reais), onde R\$ 100,00 (cem reais) refere-se a sua parte do ICMS e R\$ 100,00 (cem reais) diz respeito ao acréscimo da quantia não recolhida pelo sujeito passivo anterior.

A segunda forma de ocorrência da glosa de crédito se dá por meio de fiscalização, a qual acontece após o contribuinte ter se creditado do valor de-

clarado a título de ICMS em nota fiscal pelo sujeito passivo situado no Estado concessor de benefícios sem anuência do CONFAZ.

Essa forma resulta em autos de infrações aos contribuintes que se valerem do crédito destacado em documentos fiscais das prestações anteriores, sem que, contudo, fossem devidamente recolhidos em razão de os contribuintes destas gozarem de benefícios tidos como irregulares.

Verifica-se, portanto, que independente da forma em que acontece, a glosa de crédito é o ato administrativo pelo qual os Estados anulam o direito de seus contribuintes aos créditos oriundos de prestações anteriores.

3.2 A glosa de crédito como afronta ao fundamento da livre iniciativa prevista na Carta Constitucional de 1988

A glosa de crédito traz um exorbitante prejuízo aos contribuintes visto que estes são punidos por observarem o princípio da não-cumulatividade – regra matriz do ICMS – creditando-se de um imposto declarado em documento fiscal de operações anteriores, o qual o contribuinte entende como legítimo, haja vista não possuir conhecimento acerca dos benefícios e incentivos fiscais concedidos irregularmente por outras unidades federativas aos seus contribuintes.

Há de ressaltar que tal punição onera consideravelmente o contribuinte, sendo este o maior prejudicado de uma batalha que nem se quer faz parte (Guerra Fiscal), onde não raras às vezes se vê obrigado a encerrar as atividades de sua empresa em razão de não conseguir arcar com as vertiginosas multas perpetrado pelos Estados.

Na verdade, a empresa brasileira está sendo punida por algo que não deu causa. A atitude dos Estados de lavrar auto de infração em face de contribuintes não é outra senão a de transferir aos destinatários de mercadorias/serviços (os contribuintes), o ônus de analisar a legalidade/constitucionalidade de incentivo fiscal concedido pelo Estado de origem aos seus fornecedores. Certo é que o contribuinte não pode ser penalizado por ato de terceiro (Estado concessor de crédito) e tampouco deve ser impelido ao juízo de constitucionalidade de incentivos fiscais.

Os contribuintes, na verdade, são apenas vítimas de uma guerra que não lhes pertence. Acaso essa situação se perpetue, estar-se-á dando azo à visceral lesão ao fundamento da ordem econômica disposta no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que trouxe para o Brasil os delineamentos de uma Constituição Econômica.

Sobre a Constituição Econômica, Vital Moreira (1979, p. 15), em dissertação intitulada *Economia e Constituição*, afirma que a expressão “constituição econômica” parece ter aparecido pela primeira vez pela pena do fisiocrata Baudeau, que com ela encabeçou um dos capítulos da sua *Première Introduction à La Philosophie Économique* (1771). Significava aí o conjunto dos preceitos jurídicos reguladores da “société économique”.

Porém, foi na literatura econômica que a expressão em primeiro lugar obteve um delineamento, mas com sentido diverso, significando o mesmo que estrutura econômica ou sistema econômico, ou seja, os elementos estruturais que determinam as leis e condicionam o processo de evolução da economia.

Moreira (1979, p. 22) entende que foi após a Primeira Guerra Mundial – marco do fim de uma época econômica e política do capitalismo e início de outra – que o conceito de Constituição Econômica surge de forma mais incisiva.

As Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial tem algumas características comuns: a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais ou direitos de prestação, ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos: estas novas Constituições são consideradas parte do novo “constitucionalismo social” que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e em alguns americanos. Em torno destas Constituições, adjetivadas de sociais, programáticas ou econômicas, vai se dar um intenso debate teórico e ideológico.

Bercovici (2005, p. 13) entende que a Constituição Econômica não é uma inovação do constitucionalismo social do século XX, mas está presente em todas as Constituições, inclusive nas liberais dos séculos XVIII e XIX. Todas as Constituições liberais possuíam disposições econômicas em seus textos, as quais buscavam sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de co-

mércio, de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, os direitos de propriedade.

O debate em torno das Constituições Econômicas intensificou-se no século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Formalmente, as Constituições do século XX diferenciam-se das anteriores por, entre outros motivos, conterem uma expressão formal de Constituição Econômica, com uma estrutura mais ou menos sistematizada em um capítulo próprio.

A diferença essencial que surge a partir do constitucionalismo social do século XX e que delimita o debate sobre a Constituição Econômica é o fato de que estas Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas alterá-la: assim, positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas Constituições é programática, dirigente. A Constituição econômica que se concebe surge quando a estrutura econômica se revela problemática, quando se esvai a crença na harmonia operada pelo mercado. Então surge com a pretensão de ser uma nova ordem econômica, de molde a alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado.

Na verdade, o que caracteriza a Constituição Econômica é a sua inserção, nas constituições modernas, do econômico como material constitucionalizável e a atribuição a ele de um “quadro de ordem”, isto é, a sua estruturação jurídica mais ou menos sistemática, abrangendo todos os domínios do econômico. Consoante já mencionado, esse quadro de ordem não pretende receber a estrutura econômica existente – ao invés, pretende alterá-la. O que caracteriza essa ordem constitucional da economia é o fato de integrar declarações de tarefas a realizar na economia, no sentido de conduzir a certos objetivos.

Volvendo especificamente para o caso brasileiro, há de ser dito que, embora tenha sido elaborada num momento de reflorescimento das idéias pertinentes à limitação da atuação do Estado e de redução dos direitos de caráter social, a Constituição Brasileira de 1988 adotou o figurino do Estado de bem-estar social, o que é compreensível numa sociedade que, à época, apresentava profundos padrões de desigualdades.

Bradando sobre a realidade em menção, GRAU assim escreveu:

Erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção do desenvolvimento econômico.

[...] Existe o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais. Eis um quadro de subdesenvolvimento, incontestado que, todavia, pretende reverter. Essa reversão nada tem, porém, em relação aos padrões do capitalismo, de subversiva. É revolucionária apenas quando voltada apenas enquanto voltada à modernização do próprio capitalismo. Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos [...] (GRAU, 2003, p. 218)

Foi neste cenário que a Constituição Federal de 1988, traçou, em seu art. 170, os ditames da ordem econômica.

No capítulo voltado à mencionada ordem econômica, observa-se a reunião de princípios, normas e institutos jurídicos voltados para sua regulamentação.

Esse conjunto de preceitos voltados à regulação da economia em nível Constitucional, recebeu o nome de “Constitucionalização da Ordem Econômica”. (ARAÚJO, 1999, p.347).

Convém destacar neste trabalho que a disposição nuclear desta ordem econômica brasileira está retratada na primeira parte do art. 170 da Constituição, ao prescrever: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”

Extrai-se deste cenário que a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica. Ao tratar sobre os fundamentos da Ordem Econômica, SILVA (2002, p. 765), esclarece que:

Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem

capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridades ao trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

Por ser uma declaração de princípio, o professor Silva afirma que essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na Economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil.

Ao tratar da valorização do trabalho o jurista Eros Grau (p.64, 2004) assevera que esta caracterização representa uma preocupação com um tratamento distinto ao trabalho que, “em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional”. Quando a capacidade laboral é interrompida ou cessa, os aspectos securitários amoldam-se no Direito Previdenciário. Mas sendo o trabalho um fator de produção, por certo o tema diz respeito à política econômica, melhor conduzida quando inserida na normatividade propiciada pelo Direito Econômico, sempre a partir da Constituição Federal (PETTER, 2005, p. 167)

Quanto à livre iniciativa, que é o que mais interessa ao corte metodológico deste trabalho, esta ser traduzida no direito que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco (PETTER, 2005, p. 177).

Para REALE:

Não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados.(REALE, 1988, p.a-3)

Conforme os autores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a livre iniciativa estampada no texto constitucional possui uma densidade normativa, da qual se pode extrair a “faculdade de criar e explorar uma

atividade econômica a título privado” e a “não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei” (ARAÚJO; SERRANO JUNIOR, 2006, p. 466).

Silva (2002, p.765) comenta que a livre iniciativa consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, já que é um princípio básico da ordem capitalista. Ensina que “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”.

Eros Grau, por sua vez, pondera que a liberdade de iniciativa não se identifica apenas com a liberdade de empresa, pois abrange todas as formas de produção individuais ou coletivas, dando ensejo às iniciativas privada, cooperativa, autogestionária e pública (2004, p. 186-187).

Certo é que a livre iniciativa sugere a liberdade de empresa, que pode ser entendida sobre três vertentes: “liberdade de investimento ou acesso; liberdade de organização; liberdade de contratação” (VAZ *apud* ARAÚJO; SERRANO JUNIOR, 2006, p. 465).

Cotejando tais ensinamentos ao objetivo deste trabalho, deve-se afirmar que a glosa ao crédito decorrente de guerra fiscal com punição da empresa que utiliza de tais créditos é medida que afronta os postulados da Ordem Econômica Constituição porquanto as multas que são impostas pelos Estados revestem-se em verdadeiros atos que obstam a livre iniciativa. Isto, pois, as empresas, ao invés de empreender sua atividade e obter os benefícios da lei (porque os créditos são usufruídos com base na lei), quedam-se coagidas e optam por desenvolver as atividades de forma tímida, sem aproveitamento dos créditos a que fazem jus, circunstância que certamente afetará a geração de empregos, perpetuando, assim, a lesão ao também postulado da Ordem Econômica pertinente à valorização do trabalho humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As linhas traçadas neste trabalho evidenciaram que o ICMS – Imposto sobre Circulação de Bens e Mercadorias - é a maior receita dos Estados-membros e Distrito Federal, motivo pelo qual, quando um Estado concede benefícios e incentivos ao ICMS, outros entes federados também o fazem na incessante busca de recursos para seu território.

Tais benefícios revestem-se nas formas de isenção, redução da base de cálculo, redução de alíquotas, crédito presumido, dentre outros, conferidos pelos Estados que acabam por reduzir os tributos para atrair empresas que optem por se instalar no Estado redutor e investir na geração de emprego e produção de riquezas de seu território.

Todavia, conforme demonstrou-se ao longo deste trabalho, os incentivos fiscais somente podem ser concedidos com expressa anuência do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), a quem compete promover a celebração de convênios para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto.

Diante de ausência de consenso e muitos Estados acabam concedendo benefícios sem autorização do CONFAZ, derivando daí a guerra fiscal.

Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal, visando por termo à Guerra Fiscal, vem declarando insistentemente a inconstitucionalidade desses incentivos. Posteriormente à declaração de inconstitucionalidade, os entes federados editam novas leis concedendo novamente os benefícios.

Buscando alternativas para diminuir seus prejuízos, os Estados prejudicados promovem a glosa de crédito, a qual acontece com lançamento de multas vertiginosas, após o contribuinte ter se creditado do valor declarado a título de ICMS em nota fiscal pelo sujeito passivo situado no Estado conessor de benefícios sem anuência do CONFAZ.

Em virtude deste cenário, para tentar encerrar conflito afeito à guerra fiscal, em agosto de 2017 foi publicada a Lei Complementar 160/2017 cujo texto, em síntese, permitiu aos Estados e Distrito Federal firmarem convênio para manter os incentivos por mais tempo e perdoar dívidas tributárias de contribuintes autuados.

Mencionado Convênio condicionou a validação dos benefícios fiscais à publicação no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal da relação com a identificação de todos os atos normativos. Melhor explicando: para que a empresa obtenha o perdão administrativo, cada Estado deve publicar uma lista dos benefícios fiscais que concedeu e, três meses depois, apresentar perante o CONFAZ a “documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais”. Os benefícios fiscais não publicados deverão ser

revogados. Tudo isso será público, disponibilizado pelo Confaz no Portal Nacional da Transparência Tributária.

Ou seja, o legislador oportunizou a todos os Estados sanarem os supostos equívocos praticados com a concessão pretérita de benefícios fiscais não convalidados pelo CONFAZ.

Todavia, para que isso ocorra, há necessidade de expressa anuência de 2/3 das unidades federadas, e de 1/3 de cada uma das unidades federadas de cada uma das 5 regiões do país.

Disto resulta que, a despeito das novas disposições normativas, a glosa de créditos aos contribuintes irá persistir, pois, se não houver o quórum para autorização dos créditos, as Fazendas dos Estados continuarão multando os contribuintes,

Este cenário revela que a situação dá azo à visceral lesão ao fundamento da ordem econômica disposta no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que trouxe para o Brasil os delineamentos de uma Constituição Econômica.

Ao fim e ao cabo, pode-se afirmar que a glosa ao crédito decorrente de guerra fiscal com punição da empresa e dos contribuintes que utilizam de tais créditos é medida que afronta os postulados da Ordem Econômica Constituição, porquanto as multas que são impostas pelos Estados revestem-se em verdadeiros atos que obstam a livre iniciativa. Isto, pois, as empresas, ao invés de empreender sua atividade e obter os benefícios da lei (porque os créditos são usufruídos com base na lei), quedam-se coagidas e optam por desenvolver as atividades de forma tímida, sem aproveitamento dos créditos a que fazem jus, circunstância que certamente afetará a geração de empregos, perpetuando, assim, a lesão ao também postulado da Ordem Econômica pertinente à valorização do trabalho humano.

REFERÊNCIAS

ARZUA, Heron. *ICMS: caráter nacional: guerra fiscal e seus mecanismos de atuação: o regime dos incentivos fiscais no ICMS*. Revista de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, n. 81.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

BRASIL, **Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 out. 1966.

_____. **Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975**. Convênios para a Concessão de Isenções ao ICMS. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 jan. 1975.

_____. **Sobre o CONFAZ: Conselho Nacional de Política Fazendária**. Disponível em: <http://www.sefaz.mt.gov.br/portal/confaz/?acao=sobre>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. **Competência**. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/menu-de-apoio/competencias>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. **CONFAZ**. Disponível em: <http://www.sefaz.pi.gov.br/index.php/institucional/teste>. Acesso em: 17 out. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAMARGO, R. A.L. **Breve Introdução ao Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARRAZA, Roque Antônio. **ICMS**. 8^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. **A guerra fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as glosas de crédito**. São Paulo: MP Editora, 2010.

MARTINS, Ives Gandra. **Estímulos Fiscais do ICMS e a Unanimidade do CONFAZ**. In. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, jan-abr, 2013.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**. Coimbra: Editora Limitada, 1979.

_____ **A ordem jurídica do capitalismo**. Centelha: Coimbra, 1977.

JACQUES MARITAIN Y EL CAMINO HACIA LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Agustín Máximo GARAY¹

Data de Recebimento: 30/04/2018

Data de Aprovação: 26/07/2018

RESUMEN

En esta investigación queremos proponernos dos objetivos centrales: por una parte, rescatar el concepto de derecho natural a la luz del pensamiento del filósofo francés Jacques Maritain, y la manera en la que, a partir de su conocimiento, se puede fundamentar la existencia de los derechos humanos. Y por otra parte, tras repasar los principales acontecimientos que desde finales del siglo XIX coadyuvaron a generar un ambiente propicio a la definición y protección de los derechos humanos, estudiaremos la influencia del pensamiento y la acción de Maritain en los trabajos que cristalizaron en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

PALABRAS CLAVE

Jacques Maritain, ley natural, derechos humanos, Declaración, práctica.

¹ Ingeniero Civil por la Universidad Católica de Córdoba. Tesista de Magister en Relaciones Internacionales.
Profesor de nivel medio de Física y Matemáticas. Vocal del Colegio de Ingenieros Civiles de Córdoba.

Miembro del Instituto Jacques Maritain de Argentina

PARTE I: FUNDAMENTACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

LA LEY NATURAL Y EL DERECHO NATURAL

Principiaremos nuestro estudio partiendo de las reflexiones de Jacques Maritain en relación a la ley natural y el derecho natural, reflexiones desde las cuales el filósofo francés fue construyendo su pensamiento en torno al concepto de lo que en este siglo se han dado en llamar los *derechos humanos*. Maritain estudió esta rama del Derecho buscando una manera de explicitar los derechos básicos y fundamentales de que goza toda persona humana por su mera condición de tal, derechos que por su misma naturaleza son anteriores a toda forma de Estado y a toda codificación positiva de derechos. Y por supuesto que el objetivo práctico central de esta explicitación de derechos, va a ser que a partir de ello, tales derechos se puedan ir conociendo, valorando, respetando, e incorporando, tanto a la legislación positiva de los distintos países, como a convenciones y tratados internacionales.

Sabemos que todo el pensamiento de Maritain se estructura a partir de una fundamentación en un ser superior, una Divinidad, o, como dice López Casquete, “un espíritu separado y absoluto que constituye la ley eterna (Dios), del cual deriva toda norma”. [Casquete, p 407] La existencia de esta Divinidad va a ser entonces esencial y necesaria para todo aquello que tiene ser; ello vale por consiguiente también para la ley natural, que es la vinculación con la que esa Divinidad ha previsto que se rijan la vida y las relaciones entre todos los seres. De la relación entre el hombre y la Divinidad, planteada como una relación entre creatura y Creador, y al considerar que el hombre es un ser que tiene un espíritu trascendente, que a inspiración de la Divinidad está dotado de inteligencia, libertad y voluntad, según infiere Maritain surge el concepto de dignidad del hombre, que lo distingue de una manera propia y única entre todas las demás creaturas.

Este pensamiento ontológico como fundamentación del hombre, tiene su correlato en el pensamiento jurídico a través de la llamada corriente iusnaturalista del derecho. Ésta es la corriente que sostiene que existe una naturaleza común con la que se identifican todos los seres humanos, de toda época y de

todo lugar. Afirma que en la mente y el corazón de todo hombre, existen, en virtud de tal naturaleza común, normas a las cuales el hombre se siente inclinado de manera implícita a obedecer, es decir una ley no escrita de forma positiva, común a toda la humanidad. Se trata de una normatividad indisolublemente unida a la naturaleza humana, es decir que forma parte inseparable de la ontología del hombre. El derecho natural va a ser entonces una deducción inmediata de la ley natural, en cuyo punto de partida se van a reconocer, al decir de Pozzoli y Pereira, una serie de “derechos iguales, irrenunciables, inalienables y que acompañan al hombre desde su nacimiento.” [Pozzoli y Pereira, p 92]

Partiendo de reconocer la existencia de estos derechos, el gobernante, el legislador, el abogado, el jurista, el juez, van a deber necesariamente plantearse preguntas como las que inteligentemente plantea Peña y Gonzalo: “¿Tienen vigencia jurídica los derechos humanos o derechos fundamentales del hombre? ¿Desde cuándo? ¿Sólo donde y cuando hayan sido positivizados al incorporarse a leyes efectivamente promulgadas? Y, si poseen valor jurídico independientemente de tales promulgamientos, ¿en virtud de qué?” [Peña y Gonzalo, p 48] Como vamos a ver, no son sencillas las respuestas a estos planteamientos; nuestro análisis, más que intentar abordar estas respuestas, se va a limitar a tratar de fundamentar y de seguir la evolución histórica de tal fundamentación, de estos referidos derechos que acompañan al hombre desde que es llamado a la vida.

A todo esto, Maritain lo expresa afirmando que «existe, en virtud de la misma naturaleza humana, un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir, y según la cual la voluntad humana debe actuar para estar en concordancia con los fines necesarios del ser humano. La ley no escrita o el derecho natural no es otra cosa que esto.» [Casquete, p 410, citando a Maritain, p 658]

La ley natural, si bien consideramos está inscrita en el corazón de todo ser humano, de alguna manera debe ser explicitada, debe ser puesta por escrito, dentro de ciertos cánones de convención social, para su mejor conocimiento y el mejor consecuente cumplimiento de sus contenidos. Su explicitación parte de un axioma o principio fundamental, expresado claramente por Maritain al decir, como nos recuerda Beuchot, que “el único conocimiento práctico que todos los hombres tienen natural e infaliblemente en común, es que es preciso

hacer el bien y evitar el mal.” [Beuchot, p 11, citando a Maritain, 1972, p 67] A partir de este primer principio, que es de orden moral, se van a deducir toda una pléyade de derechos, que “surgen de una manera necesaria del solo hecho de que el hombre es hombre, en ausencia de toda otra consideración”. [Beuchot, p 12, citando a Maritain, 1972, p 68]

De estas ideas fundamentales se desprenden como deducciones directas, algunos corolarios tales como:

1-) Todo hombre, por el solo hecho de existir, es sujeto de derechos, constituyendo esto una característica ontológica del hombre. Maritain lo explicita diciendo que “la persona humana tiene derechos por el hecho mismo de que es una persona, es decir en un todo señor de sí mismo y de sus actos; en consecuencia, no es solamente un medio, sino un fin, un fin que debe ser tratado como tal”. [Pozzoli y Pereira, p 98, citando a Maritain, p 87]

2-) Por lo tanto, todo hombre tiene una dignidad propia, que lo constituye un ser acreedor del respeto por parte de todos los demás hombres en igualdad de condiciones.

3-) Estos derechos, al ser inherentes a la mismísima condición de persona humana, son, como citamos arriba, irrenunciables, intransferibles e imprescriptibles, de la misma manera que una persona no puede dejar de ser persona mientras viva, aún a costa de su voluntad.

4-) El conocimiento (epistemología) y la observación de estos derechos marca el primer deber ser (deontología) de la convivencia humana, condición bajo la cual se debe construir toda la estructura legal y jurídica de la vida en sociedad.

5-) Toda norma convencional o positiva que contradiga, lesione o niegue estos derechos y su consecuente dignidad, no constituye una legislación lícita, sino una forma de agresión, de regresión social, o de degradación de la condición humana; en suma, de injusticia. Javier Hervada lo dice concluyentemente: “en la dignidad del hombre se contiene el fundamento de todo derecho, de manera

que, fuera del respeto a lo que el hombre es y representa, no hay derecho, sino prepotencia e injusticia, aunque los instrumentos de éstas tengan formas de ley”. [Casquete, p 406, citando a Hervada, p 11]

Maritain pone en su justo lugar la superioridad y la antelación de la persona humana respecto de instituciones o creaciones obra de la mano del mismo hombre. Éstas, aunque se desprendan en su caracterización y finalidad de la misma naturaleza humana, y tiendan a expresar y canalizar características tan naturales como la sociabilidad, no poseen la espiritualidad ni la trascendencia que sí posee el alma humana, alma que es obra de un Dios que está por encima de las dimensiones físicas de tiempo y espacio. Particularmente, Maritain se refiere al Estado, institución cuyo rol de supremacía respecto de la vida en comunidad, estaba en agitado debate en las décadas del 30 y del 40 del pasado s. XX, especialmente a partir de las experiencias totalitarias del comunismo y del fascismo, ambas en múltiples variantes. Dice nuestro filósofo: “Es importante insistir sobre el hecho de que, ya en el mismo orden natural, la persona humana trasciende al Estado, por cuanto el hombre tiene un destino superior al tiempo y pone en juego lo que en él interesa ese destino”. [Beuchot, p 13, citando a Maritain, 1972, p 79]

EL CONOCIMIENTO DE LA LEY NATURAL

El hombre cuenta entonces con su inteligencia y su razón para llegar al conocimiento de la ley natural; Pozzoli lo afirma claramente cuando dice que “el ser humano es reconocido como ser racional por la propia condición de su naturaleza y de su capacidad para determinar por sí mismo los fines que le son propios”. [Pozzoli y Pereira, p 94] Ese conocimiento o capacidad para determinar por sí mismo, se va perfeccionando progresivamente a medida que avanza la evolución humana. En palabras de Pozzoli, “el conocimiento de la ley es vivenciado a través de un proceso histórico de cambios sociales e intelectuales, desarrollado por el propio hombre. Por lo tanto, cuando se perfecciona el juicio de inteligencia moral, proceso antropológico, es posible hablar del perfeccionamiento del conocimiento de la ley no escrita” [Pozzoli

y Pereira, p 95], proceso epistemológico.

“Queda claro entonces que el conocimiento de la ley natural es siempre imperfecto: permanece como una tarea, un desafío que la historia le arroja al hombre.” [Pozzoli y Pereira, p 95, citando a Alves, p 234] Así, “una declaración de los derechos del hombre no podrá ser exhaustiva ni definitiva. Irá avanzando al par de la conciencia moral del mundo.” [Beuchot, p 16] De esta manera, se encuentra atado el conocimiento de la ley natural, al grado de desarrollo y maduración del nivel de pensamiento y de civilización de la sociedad.

La razón humana, facultad constitutiva de la naturaleza del hombre, es perfectamente apropiada para llegar a un conocimiento acabado de la ley natural. En este planteamiento epistemológico, Maritain sigue a Tomás de Aquino en su afirmación de que es completamente posible “el conocimiento de la ley natural por las inclinaciones de la naturaleza humana, es decir, el conocer a partir de la razón práctica, de la intuición metafísica del ser y de su finalidad.” [Pozzoli y Pereira, p 95] En sentido coincidente, Casquete cita expresamente a Santo Tomás, quien afirma en la Suma Teológica, I-II, q.94, a.2, que “en los primeros principios prácticos captados intuitivamente, la razón no puede equivocarse; sí, en cambio, puede errar en la justificación racional”. [Casquete, p 414]. Tal justificación va a ser de esta manera uno de los objetos más delicados y dignos de atención al momento de descubrir dichos principios prácticos; a partir de ella, pueden derivarse infinidad de normas que causen enormes beneficios o perjuicios a la humanidad.

A medida que va avanzando el conocimiento y la toma de conciencia de la fundamentalidad de la ley natural por parte de la civilización, se va dando “un dinamismo que impulsa a la ley no escrita a expandirse en ley humana, y a volverla progresivamente más perfecta y más justa en el campo de sus determinaciones contingentes. De acuerdo con este dinamismo, los derechos de la persona humana toman forma política y social en la comunidad”. [Beuchot, p 13, citando a Maritain, 1972, p 76] Maritain hace así, de una manera lineal pero contundentemente clara, un relato de la evolución de la humanidad en la valoración efectiva de los derechos naturales (hoy llamados humanos) y su paulatina incorporación a la legislación positiva. Pozzoli lo dice de una manera particularmente bella y profunda, afirmando que, cuando los vínculos “pre-

sentes en la convivencia se colocan en términos de derecho y deber, los seres humanos se abren al mundo de los valores culturales y espirituales, o sea a la verdad, la justicia, la caridad, la libertad, tomando conciencia de pertenecer a ese mundo”. [Pozzoli y Pereira, p 99]

DERECHO NATURAL Y DERECHOS HUMANOS

Como dice el filósofo colombiano Angelo Papacchini desmenuzando e interpretando el pensamiento de Maritain, “la razón humana no es algo absoluto y autosuficiente, (...) [sino que tiene que] adecuarse a una norma y a una idea de bien que tiene su origen en una instancia superior y trascendente. (...) La razón humana no crea por sí misma de manera autónoma la legislación a la que se somete, (...) [sino que debe] aceptar la necesidad de adecuarse a una ley que tiene la garantía de su validez precisamente en su origen divino”. [Papacchini, p 191]

A partir entonces de una tal ontología de la ley natural, nos podemos adentrar con Maritain en el trabajo de precisar ciertos derechos básicos fundamentales inalienables, precisamente los hoy llamados derechos humanos, o derechos propios de la naturaleza humana. Su razonamiento parte de decir que “la verdadera filosofía de los derechos de la persona humana, reposa sobre la idea de ley natural. La ley natural que nos prescribe nuestros deberes fundamentales, en virtud de la cual toda ley obliga, es la misma que nos prescribe nuestros derechos fundamentales.” [Pozzoli y Pereira, p 97, citando a Maritain, p 88]

“Gracias a la ley natural, los derechos humanos pueden gozar de un soporte sólido y confiable, que los asegura frente a las decisiones arbitrarias, a las decisiones despóticas y al vaivén de la historia. Sólo por medio de una ley natural comprendida en su dimensión correcta como una emanación de la ley eterna y de la voluntad divina, es posible (...) establecer la existencia de derechos naturalmente inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción”. [Papacchini, p

191, citando a Maritain, p 72] De esta manera se ponen los derechos humanos a la salvaguarda tanto de caprichos de dictaduras o de oportunistas, como de desviaciones sociales o culturales, que involuntariamente podrían deformar, ocultar o desconocer los derechos humanos en todo o en parte.

Papacchini concluye, en base a su lectura de Maritain, que “si Dios no existiese, todo estaría permitido, y no existirían razones válidas para oponerse a los teóricos del poder, que recomiendan prácticas y formas de vida basadas exclusivamente en una racionalidad instrumental, por fuera de cualquier referencia a principios morales.” [Papacchini, p 191]

MARITAIN Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO NATURAL

Maritain considera que las ideas referidas a los derechos del hombre, plasmadas por primera vez en la historia moderna de una manera propia y específica en la Declaración de Derechos de Virginia y la Declaración de Independencia de EEUU, ambas de 1776, y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 producto de la Revolución Francesa, tienen su fuente en las ideas de derecho natural provenientes de la Antigüedad clásica (Sófocles, Platón, Aristóteles; Zenón y los estoicos) y trabajadas por la escolástica de la Edad Media (Santo Tomás, la Escolástica Española). Estas ideas en cierto modo fueron deformadas y empobrecidas en la modernidad “a partir de Grocio y del advenimiento de una razón totalmente geométrica” [Beuchot, p 15, citando a Maritain, 1976, p 112]; así califica Maritain al tamiz racionalista por el que el enciclopedismo y la ilustración pasaron al derecho natural. Sostiene que, al contrario de este pensamiento, la “justificación de tales derechos debe buscar las connotaciones metafísicas de éstos, [pues] en la naturaleza del hombre y de la sociedad hay ciertas cargas de moralidad, esto es, de exigencias morales universales y válidas dondequiera, que aluden a la conciencia”. [Beuchot, p 15]

Este racionalismo tan francés que cuestiona Maritain, a su vez francés hasta la médula y con todas la herencia cultural y espiritual de Francia impregnando su espíritu, no le quita mérito a la Declaración de 1789. Es muy importante destacar que en esta Declaración es en donde por primera vez se habla

de manera expresa de *derechos del hombre* sin más, entendiéndose como de todo miembro de la especie humana, más allá de que también se mencione la condición de “ciudadano”. Además, la Declaración se trata de “un texto que quiere tener vigencia jurídica, y que acabará adquiriéndola cuando, a regañadientes y forzado por el motín del pueblo parisino, Luis XVI se resigne a sancionarla y promulgarla el 5 de octubre del mismo año.” [Peña y Gonzalo, p 49] El gran aporte entonces del pensamiento revolucionario francés será este “humanismo naturalista”, que excede toda soberanía, todo Estado, incluso todo ordenamiento jurídico. Lamentablemente la Revolución se manchó tanto las manos con sangre, que se demoró mucho más de lo que se hubiera deseado la difusión de este novedoso concepto de los derechos del hombre.

Piero Viotto sintetiza muy bien el análisis de Maritain respecto al tratamiento del derecho natural en la Edad Moderna. Dice que “el filósofo parisino critica las posiciones de Grocio y del iusnaturalismo de la ilustración, que han referido el Derecho Natural sólo a la razón humana, alejándolo de la acción creadora de Dios” (López Casquete, p 408, citando a Viotto, p 30). “El iusnaturalismo estoico, el de Cicerón y el de la segunda escolástica, planteaban una idea de ley civil como referida a la ley natural, y ésta a la ley eterna. En un segundo momento, el iusnaturalismo ilustrado niega toda remisión a la ley eterna, separando legalidad de moralidad. Finalmente, el iuspositivismo reconoce legitimidad sólo al derecho positivo. (...) La posición de Maritain, continúa Viotto, es radicalmente distinta, ya que, para él, no se puede fundamentar la ley natural sin referencia a la ley eterna. El esfuerzo del autor se orienta a actualizar los argumentos tomistas relativos a la ley natural, afirmando que la humanidad continúa avanzando en su conocimiento a través de la historia.” [Casquete, p 408]

“Maritain plantea que la modernidad supuso un ataque frontal al iusnaturalismo y el inicio de la profunda crisis en que aún se encuentra inmerso. Con el racionalismo, la voluntad y la libertad ocupan el lugar de fuente de la ley natural. Se abre así un proceso en el que los derechos de los individuos pasan a ser derechos absolutos (los derechos de un dios, dice Maritain). Así, en Kant y en Rousseau, la persona sólo debe estar sometida a la ley que se da a sí mismo; (...) toda norma que emanase de la naturaleza sería considerada

heterónoma, y por tanto destructora de su autonomía y su dignidad, ya que los derechos divinos del hombre rechazarían toda limitación.” [Casquete, p 408]

PARTE II: LOS TRABAJOS POR EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

DERECHOS HUMANOS: ANTECEDENTES EN EL SIGLO XX

Desde fines del s XIX y principios del XX, habían comenzado a manifestarse en el mundo legítimas preocupaciones por diversos problemas de carácter humano o humanitario, que si bien no cuajaron en una convención o declaración de carácter general, tuvieron el mérito de comenzar a instalar la preocupación, el debate, el interés por lo que después se decantaría como la temática de los derechos humanos. El Derecho Internacional clásico fue una de las ramas del Derecho que más se interesó por estas cuestiones, al tener que analizar problemas como, por ejemplo, las masivas migraciones y las situaciones de las minorías producidas como consecuencia de la Primera Guerra Mundial y el consiguiente rediseño de los mapas nacionales al finalizar la guerra.

Estas preocupaciones tuvieron un fuerte impulso a partir de la creación de la Sociedad de las Naciones, la antecesora de las Naciones Unidas, que, aunque terminó en un fracaso como entidad coordinadora de la política internacional, facilitó la realización de distintos eventos y la firma de varios tratados que sentaron precedentes muy importantes en relación al respeto a los derechos humanos o algunos de ellos. Y, para ser justos, debemos reconocer que la Sociedad de las Naciones en sí misma, en su Pacto constitutivo, si bien no hacía mención a derechos personales o humanos, tenía algunos artículos que se referían explícitamente a temáticas relacionadas a los derechos humanos. Sirven como ejemplos de esto: 1) El art 22, cuando, refiriéndose al sistema de mandatos, dispone para esos territorios la prohibición de “abusos tales como la trata de esclavos”, y exige que se den condiciones que “garanticen la libertad de conciencia y de religión”. 2) El art 23, en el que indica que los Estados miembros de la Sociedad “a) se esforzarán en asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para el hombre, la mujer y el niño (...); b) se

comprometerán a asegurar un trato equitativo de las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración; c) confiarán a la Sociedad la inspección general de la ejecución de los acuerdos relativos a la trata de mujeres y niños (...); d) se esforzarán por adoptar medidas de orden internacional para evitar y combatir enfermedades”.

Como ejemplos importantes de documentos relacionados con la protección de los derechos humanos, que podemos señalar como hitos fundamentales en los últimos 150 años de historia, podemos mencionar:

I El Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el trato de los militares heridos en los Ejércitos en campaña;

II Los Tratados de París del 18 de mayo de 1904 y del 4 de mayo de 1910, sobre la trata de blancas;

III El Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, de 1921, firmado en Ginebra tras una Conferencia convocada específicamente para analizar este tema, reunida en dicha ciudad del 30 de junio al 5 de julio de 1921;

IV La Convención Internacional relativa a la represión de la trata de mujeres mayores de edad, complementaria del Convenio anterior, firmada en Ginebra el 11 de octubre de 1933;

V La Declaración de los Derechos del Niño de 1924, publicada en Ginebra por la Sociedad de las Naciones a iniciativa de la Alianza Internacional Save the Children, fundada en Londres en 1919;

VI La Convención sobre la esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926;

VII La Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de octubre de 1933.

En los Tratados de Paz con los que se saldó la Gran Guerra, se establecieron sistemas de protección de las minorías nacionales, que en general quedaron al cuidado y vigilancia de la Sociedad de las Naciones. Se trataba, acotan Oraá y Gómez, de regímenes jurídicos basados “en los principios de igualdad de trato y no discriminación, (...) [que otorgaban] amplios derechos a las minorías en lo que concierne a la conservación de su lengua, su religión, su sistema escolar e, incluso, preveía ciertos derechos políticos.” [Oraá y Gómez, p 23] El problema de las minorías evidenció las consecuencias de una alta incapacidad política al momento de diseñar los nuevos mapas de los países; este problema terminó siendo un excelente argumento en manos de Hitler, para poder presionar por sus insaciables reclamos territoriales, como cuando consiguió, por ejemplo, en 1938 en base al reclamo por los Sudetes, el desmembramiento de Checoslovaquia.

Un antecedente muy auspicioso, pero que careció de reconocimiento político a nivel de los Estados, lo constituyó la “Declaración de Derechos Internacionales del Hombre”, del 12 de octubre de 1929, declaración que fue elaborada por una Comisión presidida por el jurista ruso-francés André Mandelstam, a cargo del Instituto de Derecho Internacional (fundado en Gante, actualmente con sede en Ginebra). En los prolegómenos de dicha Declaración, se reconoce que “la conciencia jurídica del mundo civilizado exige el reconocimiento al individuo de derechos excluidos de todo atentado por parte del Estado [al tiempo que] es necesario extender al mundo entero el reconocimiento internacional de los derechos humanos.” [Oraá y Gómez, p 25]. En esta Declaración se reconocen, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la propia religión, a la nacionalidad, a la no discriminación por sexo, raza, religión, nacionalidad o lo que fuera, etc...

“Todas estas aportaciones a la internalización de los derechos humanos por parte de la Sociedad de las Naciones fueron creando el caldo de cultivo óptimo para que, en el período de entreguerras, se fuera originando un amplio movimiento en favor del reconocimiento internacional de los derechos humanos.” [Oraá y Gómez, p 24]

Otro hito importante lo constituyó la “Declaración de las Naciones Unidas”, del 1 de enero de 1942, realizada en Washington por las naciones aliadas

en plena guerra (el nombre “Naciones Unidas” fue propuesto por Roosevelt y es el usado hasta hoy por la Institución homónima), en la cual se señalaba que “es esencial obtener una victoria absoluta sobre los enemigos para defender la vida, la libertad, la independencia y la libre profesión de cultos, así como preservar los derechos humanos y la justicia, tanto en el propio suelo como en otras tierras”.

Una tercera referencia digna de ser evocada, fue la que se hizo en la Propuesta de Dumbarton Oaks, surgida de la Conferencia realizada en ese lugar de Washington DC en agosto de 1944. Esta Propuesta consistió en un borrador acerca de las características y funciones de la futura organización supranacional, que ya se vislumbraba se debería crear al finalizar la guerra en reemplazo de la ya obsoleta Sociedad de las Naciones. La propuesta surgió tras varios días de intensos debates entre los delegados de los entonces llamados “Cuatro Grandes”, la URSS, los EEUU, el Reino Unido y la China. Si bien no hubo un gran acuerdo en torno a los derechos humanos, sobre todo por las reservas del Reino Unido (preocupada por la posibilidad de que las Naciones Unidas se involucraran en la política interna de los Estados para defender los derechos humanos; una preocupación basada en que se cuestione su política colonial) y la frialdad de la Unión Soviética, en la parte referida a la cooperación internacional de la Propuesta, se decía que la futura Organización de “Naciones Unidas” tendría entre sus objetivos “facilitar la solución de los problemas internacionales, económicos, sociales y humanitarios, y promover el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.” [Oraá y Gómez, p 29]

Una vez constituida formalmente la Organización de las Naciones Unidas, ésta se definió a sí misma en sus principales aspectos en lo que es la Carta de las Naciones Unidas, firmada por los países fundadores de la Organización en San Francisco, el 26 de junio de 1945. Entre otros conceptos importantes para nuestra temática de los derechos humanos, encontramos en su Preámbulo que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos a “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, como también a “promover el progreso social y a ele-

var el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. Este último enunciado, “va a ser de una importancia excepcional para la ampliación del concepto tradicional de los derechos humanos. Si este concepto tradicional se ha centrado exclusivamente en los derechos civiles y políticos surgidos de las revoluciones liberales del s XVIII, con el pronunciamiento en torno a un “concepto más amplio de la libertad”, la Carta de las Naciones Unidas (...) va a dar entrada a los derechos de la segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales.” [Oraá y Gómez, p 36]

En otros puntos del articulado de la Carta, también se mencionan de manera explícita conceptos vinculados a los derechos humanos. Es el caso de: “Los Propósitos de las Naciones Unidas son: (...)

Art 1.2: Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.

Art 1.3: Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Art 55.c: [La Organización promoverá] el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”

MARITAIN Y LA DECLARACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE 1948

En 1947 se le encarga a Maritain por parte de la Unesco, reunir y organizar en una sola publicación, las respuestas a una encuesta referida a los derechos humanos, formulada por escrito a una serie de personalidades del momento. Se trataba de personalidades muy diversas, tanto en lo que hace a

su filosofía de pensamiento, como respecto a su actividad personal y su origen geográfico; había entre ellos políticos, filósofos, artistas, etc...; Maritain era uno de ellos. En el desarrollo de esta labor, Maritain se ve gratamente sorprendido por una inesperada coincidencia; se da cuenta de una importante concordancia en las respuestas que tiene para compilar, concordancia que se verifica “no sobre la base de un pensamiento especulativo común, pero sí sobre la comunidad de un pensamiento práctico; no sobre la afirmación de un idéntico concepto del mundo, del hombre y del conocimiento, pero sí sobre la afirmación de un mismo conjunto de convicciones respecto a la acción.” [Beuchot, p 17, citando a Maritain, 1972, p 21] Maritain “argumentaba que era posible lograr un acuerdo en los *cómo*, sin necesidad de partir de un *por qué*. De hecho, que el proyecto [de redacción de la Declaración] ya hubiera arrancado –lo hizo en diciembre de 1946– era una prueba de ello” [Pallares, p 179, citando a Maritain, 1949, p 15], como afirma en la Introducción a la citada publicación.

Nuestro filósofo “explicaba que, si en la práctica era posible acordar unos comportamientos dirigidos a la realización de las exigencias elementales de la persona y su dignidad sin partir de una teoría común, esto se debía a una doble causa. Por una parte, existía una condición humana compartida que se manifestaba tendiendo a unos fines propios (...). Por otro lado, la persona posee una capacidad racional espontánea, natural y esencial a la naturaleza humana que capta el deber de honrar esos fines cuando se pusieran en juego con la acción”. [Pallares, p 179] Esto quiere decir que más allá de civilización, religión, raza, filosofía o experiencia vital, parece que todos los hombres del mundo pensamos y sentimos más o menos lo mismo y llegamos a las mismas conclusiones, cuando se trata de considerarnos como individuos, como personas, como especie. Se confirma así una vez más la unidad en la diversidad de la inmensa familia humana.

Maritain era consciente de la interminable lista de desprecios y violaciones que venían de sufrir los derechos humanos en la Guerra Mundial que acababa de terminar, y en muchas otras situaciones de agresión y de injusticia que se vivían en ese momento en distintas partes del mundo. Pero esa conciencia no le nubla la esperanza ante el importantísimo granito de arena que está por aportar junto a otros pensadores de la condición humana: “En espera de

cosa mejor, ya será algo grande una Declaración de los Derechos del Hombre en que concuerden las naciones: promesa para los humillados y vejados de todo el orbe; augurio de las transformaciones que el mundo necesita; condición primera y previamente requerida para el futuro establecimiento de una Carta Universal de la vida civilizada “. [Beuchot, p 20, citando a Maritain, 1972, p 32]

En un sentido estricto, no podemos decir que Maritain participó de la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la ONU en 1948. Formalmente, no integró el Comité de Redacción de la Declaración, designado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1947. Se buscaba redactar un texto que, al decir de Pallares, “fuera universal y al mismo tiempo intercultural”, [Pallares, p 177] un texto que, como pensaba Julien Huxley, entonces Secretario General de la Unesco, debía fundamentarse en “un cierto humanismo científico mundial, global en su extensión y con base en la teoría de la evolución”. [Pallares, p 178, citando a Huxley, p 8] O sea un pensamiento naturalista laico, completamente alejado del tomismo y del cristianismo profesados por Maritain.

Pero la influencia de su pensamiento se dejó sentir claramente en el contenido de la Declaración, como lo atestiguan muchos de sus contemporáneos. Así, citamos a René Mougel cuando dice: «Por su parte, René Cassin, quien fuera uno de los principales redactores de la Declaración, hacía referencia a estos documentos y al discurso de México, reconociendo públicamente en una sesión de la Unesco en la que Maritain recibió una memorable ovación, que la Declaración de 1948 había sido orientada siguiendo la inspiración de Jacques Maritain, en un espíritu de idealismo práctico.» [Casquete, p 415, citando a Mougel, p 13]

Los “estos documentos” a los que según Mougel se refiere Cassin, son las respuestas a la encuesta sobre los derechos humanos que mencionamos más arriba; Maritain, además de su propia respuesta, redactó por encargo personal de Julien Huxley, la introducción y presentación del informe con todas las demás respuestas, informe dirigido formalmente a la Comisión de Redacción de la Declaración de DDHH.

Y el mencionado discurso de México, es el de Maritain en la sesión inaugural de la Segunda Conferencia General de la Unesco, realizada en Ciu-

dad de México en noviembre de 1947. Maritain inauguró con sus palabras la Conferencia, hablando en nombre de la delegación de Francia que a la sazón presidía; recordemos que en ese momento Maritain desempeñaba una función diplomática, al ser el Embajador de Francia ante el Estado del Vaticano. Se trató de un discurso fundacional, de antología, que marcó de ahí en más la tónica que iba a primar en toda la Conferencia. Así lo relata emotivamente Roger Seydoux:

«Los delegados de las naciones representadas le escuchaban en silencio, cautivados. Sobre la escena internacional, que no era rica en personalidades fuertes, un hombre nuevo aparecía: Jacques Maritain (...). Su llamada a todos los hombres de buena voluntad era una respuesta a un texto de Julian Huxley titulado “L’Unesco, ses buts et sa philosophie”. Tras la intervención magistral de Jacques Maritain, Huxley cesó de invocar su línea de conducta, puramente materialista. Empezó a hablar de cooperación entre los hombres, de tareas prácticas a desarrollar. La conversión inspirada por el jefe de la delegación francesa fue, en definitiva, aceptada por todos.» [Casquete, p 414, citando a Seydoux, p 27]

Cooperación práctica, conclusiones prácticas comunes, encuentro en las realizaciones prácticas; son todas formas similares de mencionar el mismo concepto, que fue lo que distinguió la enorme e imponderable labor de Maritain en pos del encuentro entre todos los hombres. Podemos decir entonces con Casquete, que tal consenso es posible gracias a un “mismo sustrato ético conocido por *inclinación* y compartido por todos los hombres con anterioridad a la reflexión intelectual.» [Casquete, p 416] Este autor afirma con convencimiento y seguridad, que los conceptos que virtió Maritain en su discurso ante la Unesco están motivados por su más íntima convicción de que los acuerdos prácticos a que se refiere, están fundamentados en intuiciones basadas en la ley natural, la ley no escrita sino inscrita; no escrita por los hombres, sino inscrita por el Creador en el corazón de todos los hombres. Es la ley “que nos inclina hacia la virtud práctica en función de nuestra común identidad humana. (...) [De todos modos,] esta perspectiva de acuerdo práctico en la Declaración de 1948 no significa que Maritain no esté interesado en abordar una sólida fundamentación teórica de los derechos. Partiendo de la ley natural y su correlación de derechos

y deberes, Maritain afronta una prolija elaboración de la cuestión en la que detalla los deberes sociales respecto al bien común que deben ser satisfechos prioritariamente.” [Casquete, p 416]

CONCLUSIONES

La conclusión principal que sacamos de todo este repaso del proceso de fundamentación y elaboración de la Declaración, es que, si bien Maritain no tuvo participación efectiva en la redacción del articulado de la Declaración, fue el gran promotor “de un lenguaje, de unas categorías y de un ambiente cultural favorable a los derechos humanos, principalmente entre los círculos católicos de su época” [Pallares, p 198], contribuyendo así de una manera mediata a familiarizar a los pensadores, a los políticos, a los divulgadores, a la opinión calificada, con el concepto *derechos humanos*. Maritain, “articuló por primera vez desde el catolicismo una explicación que conectaba las ideas de naturaleza humana, existencia y dignidad. Anteriormente, nadie había traducido esos conceptos tomistas al lenguaje de los derechos humanos, ni recuperaba los elementos positivos de la filosofía moderno-ilustrada en el que habían nacido los derechos naturales del individuo. Si la preocupación por los derechos humanos irrumpió en las Naciones Unidas, se debe en gran medida a la creatividad de Maritain”. [Pallares, p 176]

Y el gran aporte de Maritain a los trabajos de la Declaración, a partir de su labor en la Conferencia de la Unesco, fue el de cumplir un rol que recuerda al de un mediador o negociador diplomático, al demostrar efectivamente que, prescindiendo de filosofías y de fundamentaciones teóricas, es posible arribar a conclusiones prácticas semejantes, en este caso respecto de los derechos fundamentales de todo hombre. Es posible coincidir entre todas las civilizaciones y culturas, incluso las tradiciones, las ideologías políticas y las religiones, en un mismo “cuadro de convicciones prácticas” [Casquete, p 415], lo que él llamó “*el cuadro moral del mundo civilizado*”. Este concepto instrumental, que se incorporó como una manera de destrabar el trabajo por un acuerdo, terminó iluminando toda la labor de la Comisión de Redacción. Maritain entonces no estuvo físicamente presente, pero su prédica y su labor intelectual influyeron

de manera decisiva en el poder llegar a una redacción definitiva de la Declaración, que dejara razonablemente satisfechos a todos.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFIA

BEUCHOT, MAURICIO – *La fundamentación filosófica de los derechos humanos en Jacques Maritain*. Artículo publicado en *Tópicos*, publicación de la Universidad Panamericana, México, Núm 4, 1993. Edición digital en la web:
<http://biblio.upmx.mx/textos/r0010037.pdf>

AUTORES CITADOS POR BEUCHOT:

MARITAIN, JACQUES – *Los derechos del hombre*, Ed La Pléyade, Buenos Aires, 1972.

MARITAIN, JACQUES – *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*, en *Los derechos del hombre*, Ed. Laia, Barcelona, 1976.

LOPEZ CASQUETE DE PRADO, MANUEL – *La ley Natural en el pensamiento de Jacques Maritain*. Artículo publicado en *Pensamiento, Revista de Investigación e Información Filosófica*, publicación de la Pontificia Universidad de Comillas, Madrid, Vol 73 Núm 276, 2017. Edición digital en la web:
<http://revistas.upcomillas.es/index.php/pensamiento/article/view/7990/7731>

AUTORES CITADOS POR CASQUETE:

MARITAIN, JACQUES – *Les droits de l'homme et la loi naturelle* (1942), en *Oeuvres complètes*, Ed Saint Paul, Friburgo – París, 1986.

HERVADA, JAVIER – *Introducción crítica al Derecho natural*, Ed EUNSA, Pamplona, 1988.

VIOTTO, PIERO – *Dalla cristianità istituzionalizzata alla città dell'uomo*, en *Notes et documents* n° 16, enero-abril 2010.

MOUGEL, RENE – *Jacques Maritain et la déclaration universelle des droits de 1948*, en *Cahiers Jacques Maritain* n° 37, 1988.

SEYDOUX, ROGER - *Jacques Maritain à Mexico*, en *Cahiers Jacques Maritain* n° 10, 1984.

ORAA ORAA, JAIME, y GOMEZ ISA, FELIPE - *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Ed de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1997.

PALLARES YABUR, PEDRO - *Una introducción a la relación entre Jacques Maritain y algunos redactores nucleares de la DUDH*. Artículo publicado en *Persona y Derecho*, publicación de la Universidad de Navarra, Pamplona, Vol 68 / 2013/1. Edición digital en la web:

<https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/viewFile/2708/2579>

AUTORES CITADOS POR PALLARES:

MARITAIN, JACQUES - *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración Universal / Introducción*, Ed F.C.E., México-Buenos Aires, 1949.

HUXLEY, JULIEN - *UNESCO, Its Purpose and Its Philosophy*, Preparatory Commission of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Ed UNESCO, París, 1946.

PAPACCHINI, ANGELO - *Filosofía y Derechos Humanos*, Ed Facultad de Humanidades, Universidad del Valle, Cali, 2003.

AUTORES CITADOS POR PAPACCHINI:

MARITAIN, JACQUES - *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*, en *Los derechos del hombre - Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal*, Ed F.C.E., México-Buenos Aires, 1949.

PEÑA Y GONZALO, LORENZO - *Una fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos*. Artículo publicado en *Bajo palabra*, publicación de la Universidad Autónoma de Madrid, Época II, Núm 08, 2013. Edición digital en la web:

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/14035/65798_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y

POZZOLI, LAFAYETTE y PEREIRA LACERDA, LUANA - *Declaração Universal dos Direitos Humanos: A visão de Jacques Maritain*. Artículo publicado en *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Maranhão, Jul/ Dez 2017. Edición digital en la web:

file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Mis%20documentos/Downloads/2465-11368-1-PB%20(1).pdf

AUTORES CITADOS POR POZZOLI Y PEREIRA:

MARITAIN, JACQUES - *Os direitos do Homem e a Lei Natural*, Ed Jose Olympio, Rio de Janeiro, 1942.

ALVES, JOSE ANASTACIO DE GOUVEIA - *Os Direitos do Homem e a Lei Natural em Jacques Maritain*, Artículo en *Revista Didaskalia*, Núm XXVI, 1996.

LAS CONFERENCIAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO – COP: COMPROMISO DE ESTADOS, EMPRESAS Y COMUNIDAD

“los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad”
(Naciones Unidas 1992).

Elsa Inés DALMASSO¹

Data de recebimento: 26/03/2018

Data de Aprovação: 25/07/2018

RESUMEN

La Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC) establecida en mayo de 1992, en la «Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro», entró en vigor en marzo de 1994 con la premisa de reforzar la conciencia pública a escala mundial sobre los problemas relativos al Cambio Climático. Entre sus objetivos principales se destaca la estabilización de las concentraciones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) en la atmósfera, para impedir riesgos en el sistema climático. La Conferencia de las Partes (COP) se establece como el órgano supremo de la Convención y la asociación de todos los países que forman parte de ella. Como asimismo lo es en calidad de Reunión de las Partes del Protocolo de Kioto (PK). En las reuniones anuales

¹ Doctorado en Derecho: “Derechos Humanos y Libertades Fundamentales” por la Universidad de Zaragoza (España) (2002)

*Tesis doctoral: “El derecho al trabajo: concepto y alcances. Investigación en la Unión Europea y el Mercosur”. Maestría en “Relaciones Internacionales Económicas y Sociales”; Universidade Do Minho, Portugal (1998) *Tesis: “Integración sub-regional en el MERCOSUR: El caso CRECENEA-CODESUL”. Especialización “Comercio Internacional”; Universidade do Vale do Itajaí, Brasil (1996) Diploma de Estudios Avanzados -DEA- en Filosofía del Derecho; Universidad de Zaragoza, España (2000) Especialización “Agente de Igualdad de oportunidades para las mujeres”; Universidad de Zaragoza y Red ALFA de la Unión Europea (2000) Docencia Universitaria: Universidad de Zaragoza (2000) Curso de Mediación: Centro de Altos Estudios en Métodos Adecuados de Administración de Conflictos del Colegio de Abogados de Rosario (2008)

de la COP participan expertos en medio ambiente, ministros, jefes de estado y organizaciones no gubernamentales con la función de supervisar y examinar la aplicación de la Convención y del Protocolo. El objetivo es preparar inventarios de las emisiones de gases de efecto invernadero por las fuentes y su absorción por los sumideros, promoviendo y facilitando el intercambio de información sobre las medidas adoptadas y el desarrollo del proceso de negociación entre las Partes de la Convención. Concluyendo con la elaboración de un Compromiso de Estados, Empresas y Comunidad respecto a la regulación de los efectos sobre cambio climático.

PALABRAS-CLAVE

Cambio Climático; Naciones Unidas; Conferencia de las Partes.

ABSTRACT

The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) established in May 1992, at the “Earth Summit of Rio de Janeiro”; It entered into force in March 1994 with the premise of strengthening public awareness on a global scale about the problems related to Climate Change. Among its main objectives is the stabilization of concentrations of greenhouse gases (GHG) in the atmosphere, to prevent risks in the climate system. The Conference of the Parties (COP) is established as the supreme organ of the Convention and the association of all the countries that are part of it. As it is also in the capacity of the Meeting of the Parties to the Kyoto Protocol (KP). Environmental experts, ministers, heads of state and non-governmental organizations participate in the annual meetings of the COP, with the function of supervising and examining the application of the Convention and the Protocol, in order to prepare inventories of greenhouse gas emissions. greenhouse effect by the sources and their absorption by the sinks, promoting and facilitating the exchange of information on the measures adopted and the development of the negotiation process between the Parties to the Convention. Concluding with the elaboration of a Commitment of States, Companies and Community regarding the regulation of the effects on climate change.

KEYWORDS

Climate Change; United Nations; Conference of the Parties

INTRODUCCION

Sabemos que desde que la tierra existe su clima y su temperatura han cambiado. Inclusive, los cambios recientes han sido pequeñísimos en comparación a los cambios que tuvieron lugar tempranamente en la historia de la tierra, desde hace millones de años.

Deben diferenciarse las dos causas principales del cambio climático: a) las naturales, que pueden estudiarse por períodos de tiempo comparables y b) las antropogénicas, que se producen por la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y se suma a las causas naturales. Esta causa, producto de la actividad del hombre, se ha visto acelerada desde hace poco más de 200 años, poniendo como punto de partida la revolución industrial. Sin embargo no existió conciencia generalizada de los efectos de los cambios climáticos hasta apenas 50 años atrás².

Aunque existían estudiosos que alertaban sobre el impacto que se iban produciendo debido a los gases efecto invernaderos³ y sus consecuencias, los líderes políticos, tal vez demasiado comprometidos en los programas económicos y el desarrollo social no dieron muestras de preocupación hasta ya entrada la segunda mitad del siglo XX. La sociedad mundial acompañó este desconocimiento, haciendo salvedad de algunas organizaciones sociales que tempranamente hicieron oír sus voces.

1. INICIATIVAS INTERNACIONALES SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO⁴

1.a - Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano - 1972

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 se convirtió en la primera normativa de las Naciones Unidas que le da impor-

² Según las cifras de la ONU, se prevé que la temperatura media de la superficie del planeta aumente entre 1,4 y 5,8 C de aquí a 2100, a pesar de que los inviernos sean más fríos y violentos en algunas zonas.

³ Los principales gases efecto invernadero son: Vapor de agua (H₂O); Dióxido de carbono (CO₂); Metano CH₄); Clorofluorcarbono (CFC); Óxido de nitrógeno (N₂O); Ozono (O₃). Correspondiendo el mayor impacto para el cambio climático al vapor de agua, seguido por el dióxido de carbono y el metano.

⁴ Fuente: Conferencia: "CAMBIO CLIMATICO: ACUERDO DE PARIS 2015 - COP21". realizada en la Universidad Autónoma de Encarnación - UNAE por las Dras. Elsa Dalmasso y Norma Pascas con motivo del II Congreso de la RED ACINNET, Encarnación, Paraguay, Mayo de 2016

tancia internacional al tema ambiental, incitando a realizar actividades gubernamentales encaminadas a integrar el medio ambiente en los planes de desarrollo nacionales y crea el Programa de Naciones Unidas para medio ambiente –PNUMA, que ha mantenido desde sus inicios una especial relación con la sociedad civil, trabajando de una manera integrada para la concientización de ciudadanos y gobiernos en el cuidado del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

La Conferencia propone a los gobiernos y a los pueblos que aúnen esfuerzos para preservar y mejorar el medio ambiente humano en beneficio del hombre y de su posteridad, detallando una serie de principios, entre los que se destaca: El derecho fundamental del hombre a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna, así como sus responsabilidades.

1.b - Cumbre de Río o Cumbre de la Tierra sobre Medio Ambiente y Desarrollo – 1992

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), conocida como “Cumbre para la Tierra”, se celebró en 1992 en Río de Janeiro. Los objetivos fundamentales eran lograr un equilibrio justo entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y de futuras y sentar las bases para una asociación entre los países desarrollados y en desarrollo; entre los gobiernos y la sociedad civil, sobre las necesidades y los intereses comunes.

En la Conferencia de Río se aprueba: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático –CMNUCC o UNFCCC (por sus siglas en inglés),. También fueron ratificados: la Declaración de Principios relativos a los Bosques; el Convenio sobre Biodiversidad; el Convenio sobre el Clima y la Agenda 21⁵.

⁵Agenda 21: El Programa 21 es un plan de acción que debe ser adoptado en todo lugar (a nivel internacional, nacional y muy especialmente con referencia al local) en cada zona donde el ser humano influya en el medio ambiente. Para ello se detallan algunos principios generales, sobre los cuales pueden resumirse en lo siguiente:

Las personas son el centro del desarrollo sostenible

Control estatal de los recursos naturales

Prioridad a las necesidades de países vulnerables

Criterio de “quien contamina paga”

La importancia de mujeres, jóvenes y pueblos originarios

La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son indivisibles.

1.b.1 - Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático –CMNUCC⁶, de 1992

En los considerando de la Convención sobre Cambio climático⁷ se deja expresa la normativa internacional que le sirve de fundamento:

-“las disposiciones pertinentes de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16/06/1972, - “la Carta de las Naciones Unidas”⁸ y “los principios del derecho internacional” de soberanía de los Estados en la cooperación internacional para hacer frente al cambio climático,

- “las disposiciones de la resolución 44/228 y 44/207 de la Asamblea General, de 22/12/1989, relativa a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”; así como las resoluciones 43/53 de 6/12/1988, 45/212, de 21/12/1990 y 46/169 de 19/12/1991, relativas a la protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras,

- la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985⁹, y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 1987 (ajustado y enmendado el 29 de junio de 1990),

- “Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima¹⁰, aprobada el 7/11/1990”, entre las más destacadas.

De acuerdo al Art. 2º: El objetivo último de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes, es lograr la

⁶ La Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), es el órgano de la ONU responsable del clima, cuya sede se encuentra en Bonn, Alemania.

⁷ Ver documento completo en: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>

⁸ CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS firmada en San Francisco, Estados Unidos el 26 de junio 1945.

⁹ Los objetivos del Convenio de Viena es alentar a las Partes a promover cooperación a través de observaciones sistemáticas, investigaciones e intercambio de información sobre el impacto de las actividades humanas en la capa de ozono y para adoptar medidas legislativas o administrativas en contra de actividades que puedan producir efectos adversos en la capa de ozono. El Convenio de Viena se complementa con el Protocolo de Montreal, el cual tiene establecidas medidas de control y planes para la reducción en el consumo y producción de las sustancias agotadoras del ozono.

¹⁰ Los esfuerzos para informar sobre los efectos de los cambios climáticos se incrementaron durante la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima celebrada del 29 de octubre al 7 de noviembre de 1990. En su Declaración ministerial, la Conferencia mencionó que el cambio climático constituía un problema...”. <https://unchronicle.un.org/es/.../de-estocolmo-kyoto-breve-historia-del-cambio-clim-ti...>

estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático.

Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible.

Para lograr ese objetivo, en el Art 3º se establecen principios:

- Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas.

- En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos. Teniendo en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático.

- Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Asumiendo Compromisos, según el Art 4º:

- Todas las Partes, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas, deberán:

. Elaborar periódicamente, publicar y facilitar a la Conferencia de las Partes, inventarios nacionales de las emisiones antropógenas

. Promover y apoyar con su cooperación el desarrollo, la aplicación y la difusión, incluida la transferencia, de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero.

. Promover y apoyar con su cooperación la investigación científica, tecnológica, técnica, socioeconómica y de otra índole, la observación sistemática y el establecimiento de archivos de datos relativos al sistema climático, con el propósito de facilitar la comprensión de las causas, los efectos, la magnitud y la distribución cronológica del cambio climático, y de las consecuencias económicas y sociales de las distintas estrategias de respuesta, así como el intercambio pleno, abierto y oportuno de

la información

Mediante el Art 6º se indica la necesidad de educación, formación y sensibilización del público sobre el cambio climático y sus efectos, así como el acceso a la información.

En el Art 7º se establece una Conferencia de las Partes- COP¹¹, en calidad

¹¹ CMNUCC: Artículo 7- Conferencia de las Partes.

- 1. Se establece por la presente una Conferencia de las Partes.
- 2. La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomara las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención. Con ese fin:
 - a) Examinará periódicamente las obligaciones de las Partes y los arreglos institucionales establecidos en virtud de la presente Convención, a la luz del objetivo de la Convención, de la experiencia obtenida de su aplicación y de la evolución de los conocimientos científicos y técnicos;
 - b) Promoverá y facilitará el intercambio de información sobre las medidas adoptadas por las Partes para hacer frente al cambio climático y sus efectos, teniendo en cuenta las circunstancias, responsabilidades y capacidades diferentes de las Partes y sus respectivos compromisos en virtud de la Convención;
 - c) Facilitará, a petición de dos o más Partes, la coordinación de las medidas adoptadas por ellas para hacer frente al cambio climático y sus efectos, tomando en cuenta las circunstancias, responsabilidades y capacidades de las Partes y sus respectivos compromisos en virtud de la Convención;
 - d) Promoverá y dirigirá, de conformidad con el objetivo y las disposiciones de la Convención, el desarrollo y el perfeccionamiento periódico de metodologías comparables que acordará la Conferencia de las Partes, entre otras cosas, con el objeto de preparar inventarios de las emisiones de gases de efecto invernadero por las fuentes y su absorción por los sumideros, de evaluar la eficacia de las medidas adoptadas para limitar las emisiones y fomentar la absorción de esos gases;
 - e) Evaluará, sobre la base de toda la información que se le proporcione de conformidad con las disposiciones de la Convención, la aplicación de la Convención por las Partes, los efectos generales de las medidas adoptadas en virtud de la Convención, en particular los efectos ambientales, económicos y sociales, así como su efecto acumulativo y la medida en que se avanza hacia el logro del objetivo de la Convención;
 - f) Examinará y aprobará informes periódicos sobre la aplicación de la Convención y dispondrá su publicación;
 - g) Hará recomendaciones sobre toda cuestión necesaria para la aplicación de la Convención;
 - h) Procurará movilizar recursos financieros de conformidad con los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 4, y con el artículo 11;
 - i) Establecerá los órganos subsidiarios que considere necesarios para la aplicación de la Convención;
 - j) Examinará los informes presentados por sus órganos subsidiarios y proporcionará directrices a esos órganos;
 - k) Acordará y aprobará, por consenso, su reglamento y reglamento financiero, así como los de los órganos subsidiarios;
 - l) Solicitará, cuando corresponda, los servicios y la cooperación de las organizaciones internacionales y de los órganos intergubernamentales y no gubernamentales competentes y utilizará la información que éstos le proporcionen; y
 - m) Desempeñará las demás funciones que sean necesarias para alcanzar el objetivo de la Convención, así como todas las otras funciones que se le encomiendan en la Convención.
- 3. La Conferencia de las Partes, en su primer período de sesiones, aprobará su propio reglamento y los de los órganos subsidiarios establecidos en virtud de la Convención, que incluirán procedimientos para la adopción de decisiones sobre asuntos a los que no se apliquen los procedimientos de adopción de decisiones estipulados en la Convención. Esos procedimientos podrán especificar la mayoría necesaria para la adopción de ciertas decisiones.
- 4. El primer período de sesiones de la Conferencia de las Partes será convocado por la secretaria provisional mencionada en el artículo 21 y tendrá lugar a más tardar un año después de la entrada en vigor de la Convención. Posteriormente, los períodos ordinarios de sesiones de la Conferencia de las Partes se celebrarán anualmente, a menos que la Conferencia decida otra cosa.
- 5. Los períodos extraordinarios de sesiones de la Conferencia de las Partes se celebrarán cada vez que la Conferencia lo considere necesario, o cuando una de las Partes lo solicite por escrito, siempre que dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la secretaria haya transmitido a las Partes la solicitud, ésta reciba el apoyo de al menos un tercio de las Partes.
- 6. Las Naciones Unidas, sus organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica, así como todo Estado miembro o todo observador de esas organizaciones que no sean Partes en la Convención, podrán estar representados en los períodos de sesiones de la Conferencia de las Partes como observadores. Todo otro organismo u órgano, sea nacional o in-

de órgano supremo que examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes. La Conferencia de las Partes se deben celebrar anualmente y procurar movilizar recursos financieros, para conseguir los objetivos de la Convención.

Se establece también (Art.12) que las Partes que son países en desarrollo podrán proponer voluntariamente proyectos para financiación, precisando las tecnologías, los materiales, el equipo, las técnicas o las prácticas que se necesitarían para ejecutar esos proyectos, e incluyendo, de ser posible, una estimación de todos los costos adicionales, de las reducciones de las emisiones y del incremento de la absorción de gases de efecto invernadero.

La puesta en Práctica de esta Convención se efectiviza mediante el PROTOCOLO DE KIOTO de 1997.

1.c- Protocolo de Kioto (Japón-1997)¹²

El Protocolo de Kioto (PK) sobre el cambio climático es un protocolo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), y un acuerdo internacional vinculante de control de las emisiones por parte de los Estados. Tiene por objetivo comprometer a los países a reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero que causan el calentamiento global que son: dióxido de carbono (CO₂), gas metano (CH₄) y óxido nitroso (N₂O), y los otros tres son gases industriales fluorados: hidrofluorocarburos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆), en un porcentaje aproximado de un 5 %, dentro del periodo 2008 a 2012, en comparación a las emisiones de 1990¹³.

ternacional, gubernamental o no gubernamental, competente en los asuntos abarcados por la Convención y que haya informado a la secretaría de su deseo de estar representado en un período de sesiones de la Conferencia de las Partes como observador, podrá ser admitido en esa calidad, a menos que se oponga un tercio de las Partes presentes. La admisión y participación de los observadores se regirá por el reglamento aprobado por la Conferencia de las Partes.

¹² Conferencia: "CAMBIO CLIMATICO: ACUERDO DE PARIS 2015 - COP21". realizada en la Universidad Autónoma de Encarnación - UNAE por las Dras. Elsa Dalmasso y Norma Pascar con motivo del II Congreso de la RED ACINNET, Encarnación, Paraguay, Mayo de 2016

¹³ Por ejemplo, si las emisiones de estos gases en 1990 alcanzaban el 100 %, para 2012 debieron reducirse como mínimo al 95 %. Este 95%, no significa que cada país debiera reducir sus emisiones de gases regulados en un 5 % como mínimo, sino que este es un porcentaje a escala global y, por el contrario, cada país obligado por Kioto tiene sus propios porcentajes de emisión que debe contribuir a disminuir en la contaminación global.

La entrada en Vigor del PK, adoptado el 11 de diciembre de 1997 en Kioto, se produjo en 2005, estableciéndose que el compromiso sería de obligatorio cumplimiento cuando lo ratificasen los países industrializados responsables de, al menos, un 55% de las emisiones de CO₂. Esto se consiguió después de la ratificación por parte de Rusia el 18 de noviembre de 2004, dado que es un gran país contaminante.

El PK, fue estructurado en función de los principios de la Convención. Establece metas vinculantes de reducción de las emisiones para 37 países industrializados y la Unión Europea, reconociendo que son los principales responsables de los elevados niveles de emisiones de Gases Efecto Invernadero (GEI) que hay actualmente en la atmósfera, y que son el resultado de quemar combustibles fósiles durante más de 150 años, entre otros. En este sentido el Protocolo tiene un principio central: el de la responsabilidad común pero diferenciada.

Se establece la cooperación entre las partes para fomentar la eficacia individual y global de las políticas y medidas que se adopten. Pero la realidad ha demostrado un incumplimiento generalizado de estos postulados. Por dar los ejemplos más destacados: Estados Unidos, el mayor emisor de gases de efecto invernadero mundial, no ratificó el protocolo. China tampoco lo había firmado en su momento¹⁴. La falta de participación de estos dos países, quienes conjuntamente son responsables de casi el 50% de las emisiones de gases de efecto invernadero en el mundo, hace poco practicable los compromisos firmados en Kioto¹⁵.

Por su parte, la Unión Europea, como agente especialmente activo en la concreción del Protocolo, tampoco ha cumplido en la proporción que corresponde. Si bien cada país de la UE tiene un margen distinto en función de

¹⁴ China y Estados Unidos ratifican el acuerdo climático global de París (COP21) en 2015. www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-37266184

¹⁵ En 2002 Brasil ratificó el Protocolo de Kioto. El entonces presidente Fernando Henrique Cardoso dijo que la defensa del medio ambiente "es una de las prioridades de Brasil para contribuir a la sobrevivencia del planeta" Señaló que Brasil espera que el Protocolo de Kioto sea ratificado por la mayoría de los países que firmaron la convención en 1997. El presidente de la Cámara de Diputados, Aécio Neves, calificó como un "pésimo ejemplo" que Estados Unidos no haya ratificado la lucha mundial contra el medio ambiente al no ratificar el Protocolo de Kioto, pese a ser responsable del 36% de las emisiones de gas de dióxido de carbono. <https://www.laprensa.com.ni/2002/07/24/internacionales/836559-brasil-ratifica-protocolo-de-kioto>.

variables económicas y medioambientales para reducir sus emisiones totales.

1.d – Aporte de las Religiones

Cristianismo, islamismo, hinduismo, budismo, judaísmo, han hecho sus prédicas sobre el cuidado del medio ambiente en diferentes oportunidades.

1.d.1 – El Cristianismo: Encíclica LAUDATO SI (2015)

En mayo de 2015 el Papa Francisco, incrementando la Doctrina social de la Iglesia, recoge el aporte de Papas predecesores, científicos, filósofos, teólogos, organizaciones sociales y también de otras Iglesias y religiones respecto al empeño que debe ponerse para salvaguardar una auténtica ecología humana, en la Carta Encíclica LAUDATO SI¹⁶. Exhortando en un mensaje ecuménico *“El desafío urgente de proteger nuestra casa común incluye la preocupación de unir a toda la familia humana en la búsqueda de un desarrollo sostenible e integral, pues sabemos que las cosas pueden cambiar.”*

2 - LA CONFERENCIA DE LAS PARTES (COP)

Las funciones de la COP, como se vio *up supra*¹⁷ se establecen en el artículo 7 inciso 2 de la CMNUCC y, podrían resumirse en:

- Examinar periódicamente las obligaciones de las Partes, los arreglos institucionales en el marco del Convenio, y la evolución de los conocimientos científicos y tecnológicos sobre el cambio climático.
- Promover y facilitar el intercambio de información sobre las medidas adoptadas por las Partes para abordar el cambio climático y sus efectos.
- Preparar los inventarios de emisiones de gases de efecto invernadero por las fuentes y la absorción por los sumideros, y medidas para reducir emisiones y fomentar su absorción.
- Guiar al mecanismo financiero de la Convención estableciendo políticas, prioridades y criterios para financiar actividades que implementen la Convención.

¹⁶ Carta Encíclica LAUDATO SI “Sobre el cuidado de la casa común” (Mi llamado, 13). Papa Francisco. 2015.

¹⁷ Ver nota al pie N°10.

En resumen: Todas aquellas funciones que sean necesarias para la consecución del objetivo de la Convención.

En la COP participan principalmente las Naciones Unidas – ONU, sus organismos especializados y las Partes (todo país miembro de la Convención). Cada Parte en la Convención está representada en la COP por una delegación autorizada a representar y negociar en nombre de su gobierno. Participan también diversos organismos en calidad de observadores, como organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales.

Los acuerdos a que arriban no son jurídicamente vinculantes pues se trata de un proceso voluntario y de fondo. Sin embargo el Acuerdo es un instrumento jurídico que debe tomarse como compromiso internacional en materia de cambio climático¹⁸.

2. a- Breve reseña histórica de las COP¹⁹

En 1995, en Berlín se realiza la primera Conferencia COP1. De ella salió el “Mandato de Berlín” que expresaba una serie de compromisos para llegar al objetivo de la reducción de gases de efecto invernadero - GEI, que permitía a los países escoger las iniciativas ajustados a sus necesidades particulares.

- En 1996 se realiza la COP2 en Ginebra. Se adoptó por consenso la necesidad de fijar “objetivos cuantitativos vinculantes” sobre la limitación de emisiones de GEI por los países industrializados, con reducciones precisas para 2005, 2010 y 2020, y se conviene tratar esta materia el siguiente año en Kioto, Japón

- En 1997, Kioto, en la COP3 Nace el Protocolo de Kioto. Se establecieron los objetivos vinculantes para las emisiones de GEI para 37 países industrializados. Se acordó que el Protocolo de Kioto entraría en vigencia once años después, en 2008, y su fecha de vencimiento venía pre marcada para 2012, estableciendo que los países desarrollados debían reducir en esos cinco años sus emisiones de GEI en un 5% respecto al nivel de 1990.

¹⁸ <https://sgerendask.com/breve-historia-de-las-cop-conferencias-sobre-el-cambio-climatico/> consultado en febrero de 2018

¹⁹ Fuente: Breve historia de las COP – Conferencias sobre el Cambio Climático **Por Sandor Alejandro Gerendas-Kiss**
Publicado septiembre 2015 – Actualizado a febrero de 2018

- Entre 1998 y 2006 se celebran nueve COP con pocos avances, a saber: 1998, COP4, Buenos Aires; 1999, COP5 en Bonn; 2000, COP6 en La Haya y (2ª parte) en 2001 en Bonn; la COP7 en Marrakech, en 2002, donde los gobiernos expresan estar listos para ratificar finalmente Protocolo de Kioto. La COP8, Nueva Delhi; en 2003 COP9, Milán; en 2004 la COP10, nuevamente en Buenos Aires. En 2005, COP11, sede Montreal; 2006 la COP12, Nairobi. Fueron nueve años empleados principalmente en la ultimación de los detalles del Protocolo de Kioto, con miras a 2008.

- En 2007, la COP13, en Bali, adopta la ruta hacia la sustitución del Protocolo de Kioto, basada en cuatro “pilares”: Mitigación, Adaptación, Tecnologías y Financiamiento, a fin de facilitar la puesta en marcha, especialmente de los países en vías de desarrollo. Resultando una visión compartida sobre la reducción de emisiones provenientes de la deforestación y la degradación de bosques. Se delinea el proceso para negociar un acuerdo global y surge el concepto de “NAMA”²⁰ por la necesidad de cerrar la brecha de emisiones que se origina entre los compromisos de Kioto y las proyecciones de emisiones futuras. Dicha brecha no permitiría alcanzar el objetivo de mantener el calentamiento global por debajo de 2°C, por ende se genera un mecanismo soberano por medio del cual los países en desarrollo puedan colaborar con la mitigación del cambio climático

- La COP14, en 2008, (Poznań-Polonia), prepara la COP15 de 2009 en Copenhague. Aquí se acuerda la creación del Fondo Verde del Clima a fin de centralizar y coordinar los recursos financieros disponibles para la consecución de la meta establecida por el Protocolo de Kioto.

- En 2010, en la COP 16 de Cancún, se logra planificar la Creación del Fondo Verde Climático, una herramienta imprescindible mediante el cual se establece un monto de cien mil millones de dólares cada año, a partir de 2020, y treinta mil millones de dólares para el período 2010-2012, con objeto de ayudar a los países de menores recursos a sufragar los costos de la lucha contra el Cambio Climático.

²⁰ Las NAMAs son un conjunto de actividades factibles definidas de manera soberana por un país y que conducen a reducir emisiones de una manera medible, reportable y verificable. Se llaman así por sus siglas en inglés: Nationally Appropriate Mitigation Action (acción de mitigación apropiada a cada país)

- En 2011, en la COP 17, de Durban-Sudafrica, fue establecido el Fondo Verde, al aprobarse un Instrumento de Gobierno exclusivo, como institución legalmente independiente, con su propia Secretaría y actuando el Banco Mundial como administrador fiduciario provisional. El fondo, constituido por el aporte de los países desarrollados, que son los mayores emisores de gases efecto invernadero, financiará actividades para la habilitación y soporte a la adaptación, mitigación, desarrollo, transferencia de tecnología y la preparación de informes nacionales, a favor de los países en vía de desarrollo. Los países en desarrollo pueden acceder a la financiación del Fondo Verde para el Clima a través de entidades de implementación multilaterales, tales como los bancos de desarrollo multilaterales y los organismos de las Naciones Unidas²¹.

- En 2012 (Doha-Qatar) la COP18 confirma la falta de acuerdo para una solución más decisiva. Se extiende la meta del Protocolo de Kioto hasta 2020, para dar cumplimiento a los objetivos, comprometiendo sólo a la Unión Europea, Australia y un grupo de países en desarrollo²².

- 2013, Varsovia, en la COP19, se llega a un acuerdo que establece una hoja de ruta hacia el 2015. Todos los Estados deberán comunicar sus contribuciones en materia de reducción de gas de efecto invernadero antes de la Conferencia de París²³.

- En 2014 se realiza la COP20 en Lima, en la cual se hace un llamado a la acción a cada una de las Partes para que comunique a la Secretaría Ejecutiva de la Convención sus contribuciones nacionales, en el primer trimestre del 2015, contribuyendo a darle forma a algunos de los aspectos sustantivos del acuerdo que se espera alcanzar en París.

²¹ <http://finanzascarbono.org/cop17-durban>, consultado en marzo de 2018

²² La mayoría de las delegaciones manifestaron su malestar porque el acuerdo final no cumplía las recomendaciones científicas, que solicitaban acciones enérgicas para contrarrestar el calentamiento global. Las emisiones de dióxido de carbono para 2012 ya doblaban las tasas de 1990. <http://finanzascarbono.org/especial-cop-18-cmp-8-doha>

²³ El objetivo inicial en Polonia era llegar a un acuerdo para que en 2015 se pudieran reducir las emisiones de gases contaminantes. Sin embargo, a este acuerdo se opusieron varios países, entre ellos el anfitrión, poseedor de una industria basada en el carbón. Cabe destacar que en esta ocasión la ONU presentó un documento donde se asegura con una certeza de casi 100% que el ser humano es el principal causante del calentamiento global desde la década de los 1950. Finalmente se concretó una hoja de ruta hacia un pacto global y vinculante en 2015, pero quedaron muchas rendijas abiertas para ser resueltas en la cumbre de Lima del año siguiente. Hecho resaltante fue el abandono masivo, a un día del cierre de la cumbre, de las ONG y los sindicatos, hecho inédito hasta ese momento en las COP. <http://finanzascarbono.org/especial-cop-19-cmp-9-varsovia/>

- En la COP21 de 2015, en la capital francesa nace el Acuerdo de París²⁴. Su objetivo fue generar una renovada legislación que cuente con gran adhesión y la firma de más países, especialmente los desarrollados, con el compromiso real y vinculante de todos. Su aplicación se iniciará en 2020 con meta de cumplimiento máximo real en 2030²⁵.

- En Marrakech, durante la COP22 (2016) y en Fiji y Bonn, COP23 (2017), se trabajó sobre la forma de aplicar el Acuerdo de París, cuya puesta en marcha se estableció para 2020.

Lamentablemente Estados Unidos se presentó a la COP 23 con una delegación de bajo rango, tras la decisión del Presidente Donald Trump de abandonar el Acuerdo de París. La salida de EEUU supone que, el que es hoy el segundo mayor emisor de CO2 en el mundo (el primero es China), deja a todos los demás que resuelvan el problema. Por un lado, esto hace mucho más difícil el esfuerzo colectivo para que el aumento de la temperatura media del planeta no suba más de 2 °C, como es la meta para 2030²⁶. No obstante concluyó con la aprobación de un documento en el que los países se comprometen a evaluar sus emisiones de CO2 en el año 2018.

2.b – Mirada prospectiva hacia las COP futuras

- La COP24, de 2018, se desarrollará en Katowice, Polonia. Durante los meses

²⁴ El Acuerdo de París supuso un hito por unir a tantos países de la Tierra contra el cambio climático, aunque no todos tienen la misma responsabilidad en este problema. Dentro del pacto están los países más industrializados que históricamente son los más culpables de que el planeta se esté calentando a causa de los gases de efecto invernadero lanzados a la atmósfera desde la Revolución Industrial por la quema de carbón o petróleo (como la UE, EEUU, Japón, Canadá, Rusia...). También incluye a las naciones emergentes que sin haberlo causado sí que resultan ahora decisivas para resolver el problema (como China, India, Brasil...). Y cuenta además con el apoyo de las naciones petroleras (Arabia Saudita, Qatar...) o el conjunto de los países en desarrollo.

²⁵ En el Acuerdo de París un total de 195 países se comprometió a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero para mitigar el impacto del cambio climático. Los gobiernos pactaron un objetivo a largo plazo: mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2 °C sobre los niveles preindustriales, es decir, sobre la temperatura media registrada antes de 1850. Para la comunidad científica, los 2 °C son una "barrera segura", ya que sobrepasada esta temperatura "el cambio climático podría entrar en una fase de no retorno". "El aumento de las temperaturas no sigue una evolución lineal, sino exponencial, y a partir de un determinado momento se activarían algunos mecanismos que harían que el aumento de las temperaturas se disparara", explica el investigador de la Universidad de Valladolid (UVA) Jaime Nieto. <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/investigadores-pronostican-que-la-temperatura-sera-4-grados-mas-caliente-en-2050-articulo-720115>

²⁶ <https://www.univision.com/.../que-significa-que-trump-saque-a-eeuu-del-acuerdo-de-...>

previos habrá reuniones y charlas en las que se definirán los bocetos finales para tratar la implementación del Acuerdo de París. Patricia Espinosa, secretaria ejecutiva de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático y coordinadora del evento ha dicho que “2018 será otro año importante para la diplomacia climática.”²⁷

- La COP25, en 2019, desempeñará un papel importante para garantizar que las acciones y ambiciones se aceleren antes del 2020. Brasil se ofrece para acoger la Cumbre del Clima de 2019²⁸. Es probable que la 25ª Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se celebre en América Latina, pero el país y la ciudad aún no se han definido.

- En 2020, para la COP26, la ONU espera que todas las naciones y todos los interesados en el clima concluyan en un mensaje sólido para alcanzar el objetivo de desacelerar el aumento de la temperatura global a 2 ° en 2030 y 1.5 grados en 2050, respecto a la época preindustrial.

REFLEXION FINAL

El Acuerdo de París sobre cambio climático adoptado por 195 países en diciembre de 2015, modificó en parte el Protocolo de Kioto haciendo más factible el cumplimiento de las medidas de ayuda a la reducción de las emisiones de gases efecto invernadero y la adaptación al impacto del calentamiento, trazando el camino hacia un mundo sostenible en la economía global.

El objetivo es contener el aumento de la temperatura por debajo de los 2 °C respecto a la era preindustrial, aunque muchos especialistas sobre el clima dudan de que se pueda lograr. Los expertos del Panel Intergubernamental del Cambio Climático estiman que es necesario reducir las emisiones entre 40 y 70 por ciento hasta 2050 para permanecer por debajo de los 2 °C. El Acuerdo no especifica metas obligatorias a cada país, como sí lo hacía el protocolo de Kioto.

²⁷ <https://sgerendask.com/cop24-katowice-2018>

²⁸ En el marco COP23, en Alemania, la delegación de Brasil expresó su deseo de ser la sede de la edición 25 de la Conferencia climática. El anuncio fue realizado por el ministro de Medio Ambiente, Sarney Filho: signisalc.org/noticias/ecologia/17-11-2017/brasil-quiere-ser-sede-de-la-cop25

Cada cual se fija a sí mismo sus propios objetivos de reducción de emisiones para 2025 o 2030. De esta manera los planes de acción nacionales evitarían los cataclismos previsibles si se superara un incremento de la temperatura global mayor de 4° o 5°C.

Sobre una base voluntaria se prevé un balance en 2018, sobre todo tomando en cuenta que las tecnologías “verdes” serán más accesibles. Los países también deben comunicar para 2020 su estrategia de desarrollo para la emisión de baja cantidad de dióxido de carbono para el 2050.

Un panorama desalentador es que Estados Unidos, uno de los mayores contaminantes, se había comprometido a reducir sus emisiones entre un 26 y un 28 por ciento hasta el 2025 y, no obstante, anunció su retiro del Acuerdo de París.

En las COP15 y 16, de 2009 y 2010 respectivamente, con la creación del Fondo Verde para el Clima, los países ricos habían prometido que su ayuda aumentaría hasta alcanzar a los 100 mil millones de dólares en 2020, para financiar infraestructuras energéticas limpias y adaptarse al impacto negativo del calentamiento global. En la COP21 se establece que los 100 mil millones de dólares son apenas un mínimo anual y que se fijará un nuevo objetivo para 2025. Sin embargo los países ricos son renuentes a la ayuda.

Conociendo la complejidad del tema sobre nuestro futuro, en los aspectos prácticos y especialmente financieros, podría resumirse que los tres desafíos ineludibles que debe enfrentar la comunidad mundial, son:

1. El control del cambio climático.
2. La concepción de una nueva arquitectura de la gobernanza mundial con solidaridad.
3. La transición hacia un nuevo modelo de civilización con educación en valores.

La normativa internacional presenta suficiencia y aspira a ser cada vez más eficiente, pero depende de la voluntad de los pueblos lograr su eficacia. Tampoco podemos pensar que con leyes u ordenanzas los gobiernos pueden lograr las metas. Es la sociedad quien, concientizada del problema, debe actuar.

Las Conferencias internacionales anuales de Partes – COP, como se ha visto, sólo pueden trazar programas y los Estados Partes políticas. Además es

indiscutible que los países en desarrollo necesitan de la ayuda económica de los países desarrollados, que son los mayores contaminantes. Para esto se creó el Fondo verde.

Es necesario la concientización del problema climático mediante la información. Cada uno en su medio, por pequeño que sea, logrará encaminar nuestra “casa” hacia un mundo ordenado y habitable. Y no se trata sólo del clima, sino de mitigar los problemas sociales, solucionando la educación; la inserción al trabajo; la pobreza extrema; el hambre; la corrupción; la delincuencia.

No es fácil pero hay que comenzar ya. Las metas se logran comenzando a subir el primer escalón hacia los objetivos propuestos. Como ciudadanos debemos tomar conciencia: Las normas internacionales necesitan del consenso de la sociedad mundial.

A EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NOS MUNICÍPIOS

Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso (Orientador)

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado (UNIVEM)

Prof. Dr. Renato Bernardi (UENP)

CASTILHO, Ana Flávia de Andrade Nogueira. **A extrafiscalidade ambiental como instrumento ao desenvolvimento sustentável nos municípios**. 2018. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

RESUMO

Entre os problemas urbanos estão os problemas ambientais de degradação do meio ambiente resultantes da urbanização, da industrialização e dos avanços tecnológicos. Fatos que ensejam o exercício de manejos sustentáveis por todos os setores da sociedade e um esforço paritário dos entes públicos. Sob esta perspectiva, objetivou trabalhar a função extrafiscal dos tributos como um instrumento implementador das políticas ambientais. O problema se assenta na necessidade de uma maior participação do governo local em prol do meio ambiente. A justificativa para essa posição vem da assimetria ambiental brasileira. Neste contexto, considerando que a obrigação tributária vigora para todos os atores do sistema econômico, de competência de todas as esferas de governo, o uso dos tributos como indutor comportamental em favor do meio ambiente surge como uma prática de colaboração coletiva voluntária. A

consistência para abordar a concepção de utilizar-se mais da extrafiscalidade dos tributos municipais, além de ser assistida pela existência de características geológicas distintas, com problemas ambientais diversos e específicos para cada local, se fortalece diante da atuação de protagonismo dos municípios no que diz respeito às políticas de desenvolvimento urbano. A pesquisa apontou, entre outras considerações, haver a necessidade de maior participação municipal na adesão de programas de políticas ambientais estaduais e federais, assim como, avançar mais nas iniciativas próprias quanto aos incentivos fiscais sustentáveis. No demais, considerou por meio da pesquisa de campo, que as normas extrafiscais ambientais são mais eficazes quando dispõem de contraprestação vantajosa ao contribuinte, em comparação com a norma extrafiscal ambiental coatora. Utilizou-se do método de pesquisa hipotético-dedutivo, com abordagem mista (qualitativa/quantitativa), de objetivos exploratórios e explicativos.

PALAVRAS-CHAVE

Economia verde. Extrafiscalidade ambiental. Função promocional do Direito. Solidariedade intergovernamental. Sustentabilidade.

A TUTELA DA DIGNIDADE DO CONSUMIDOR SOB A ÓTICA DOS PROJETOS DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: O SUPERINDIVIDAMENTO NO AMBIENTE DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Gabriela Cristina Bezen

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto (Orientador)

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli (UNIVEM)

Prof. Dr. Renato Bernardi (UENP)

BEZEN, Gabriela Cristina. **A tutela da dignidade do consumidor sob a ótica dos projetos de atualização do código de defesa do consumidor: o superindividamento no ambiente do comércio eletrônico.** 2017. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo verificar e analisar o comércio eletrônico e o superendividamento no contexto do ordenamento jurídico brasileiro sob a perspectiva de alteração do Código de Defesa do Consumidor a partir dos Projetos de Lei nº 3514/2015 e 3515/2015. Por meio de revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, no contexto da linha de pesquisa Construção do Saber Jurídico, objetiva-se apresentar os fundamentos constitucionais para a tutela do consumidor e destacar o surgimento da sociedade de consumo que estimula a aquisição de bens, e descrever como esses fenômenos, juntamente

com as práticas de assédio de consumo, criam o ambiente propício para o endividamento do consumidor. Analisam-se as normas legislativas já existentes para tutelar esses fenômenos e a perspectiva em face de eventual alteração da norma pelo poder legiferante. Em que pese reconhecer-se que o comércio eletrônico facilitou o acesso à informação, conclui-se que, apesar disso, algumas práticas realizadas no contexto do comércio eletrônico, como o assédio de consumo, corroboram para o agravamento da vulnerabilidade do consumidor, bem como, é causa para o superendividamento que, por sua vez, priva o indivíduo de uma vida digna, violando o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo necessário para a sua subsistência.

PALAVRAS-CHAVE

Comércio Eletrônico; Dignidade; Direito do Consumidor; Proteção do Consumidor; Superendividamento.

A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA: UMA VIOLAÇÃO EXPRESSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO RETROCESSO SOCIAL

Thiago Medeiros Caron

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Orientador)

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli (UNIVEM)

Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther (UNICURITIBA)

CARON, Thiago Medeiros. **A reforma trabalhista brasileira**: uma violação expressa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e do retrocesso social. 2018. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2018.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a recente reforma trabalhista que fora realizada no ordenamento jurídico brasileiro, objetivando verificar se a mesma caracteriza-se como instrumento expresso de violação aos princípios constitucionais da segurança jurídica e do retrocesso social, ao passo que alteraram significativamente o âmbito de proteção juslaboral até então existente em nosso país, reduzindo significativamente direitos que até então compunham o cardápio protetivo laboral brasileiro. Não se pode olvidar que se tratou de uma reforma que fora realizada as pressas pelo legislativo, sem

haver, contudo, a necessária consulta popular sobre a matéria, permitindo concluir que a mesma não se caracteriza como verdadeiro projeto de nação, por ausência de contornos democráticos, o que acaba por revelar o interesse do capital por trás desta reforma. Assim, utilizando-se do método dialético, eis que o assunto ainda não se encontra assente neste primeiro momento, buscar-se-á dissertar sobre o tema proposto, identificando no curso da pesquisa os conflitos existentes, além das contradições envolvidas, contribuindo assim para uma séria análise do assunto, a fim de afastar discursos falaciosos e destituídos de fundamento. Para atingir esse objetivo, utilizar-se-á da linha de pesquisa “Construção do Saber Jurídico”, com área de concentração em “Teoria do Direito e do Estado” do programa de mestrado do UNIVEM que permite a investigação aprofundada e concreta da problematização proposta.

PALAVRAS-CHAVE

Direito fundamental ao trabalho - Dignidade humana - Segurança jurídica - Violação do retrocesso.

PARECER JURÍDICO-LITERÁRIO

Me. Jefferson Antonione Rodrigues¹
e-mail: drjeffersonrodrigues@gmail.com

João Victor Coelho de Campo²
e-mail: joaojogs@outlook.com

ELES, OS JUÍZES, VISTOS POR UM ADVOGADO

No livro *“Eles, os Juízes, vistos por um Advogado”*, composto por Piero Calamandrei, uma literatura de cunho jurídico, o literato esmiúça suas experiências como advogado na Itália da primeira metade do século, relatando acontecimentos onde atuou em algumas decisões proferidas. O relato do enredo, conta-nos, sobretudo, as impressões que tivera sobre as condutas e as características comportamentais peculiares dos juízes que conheceu.

Ressalta-se ainda, que nesta obra, o autor torna nítido e cristalino a Aplicabilidade Florence em prática, uma vez que Piero expõe no tecer das seções alguns métodos a serem usados por advogados diante a presença dos magistrados.

Com o transcorrer da leitura, à nós leitores, torna-se possível identificar e exaltar, com júbilo e prazer no percorrer das páginas, que o autor enfatiza o realismo empregado através dos dois bancos de uma audiência: em um dos lados o advogado e do outro, a figura magistrado; explicitando a dificuldade

¹ RODRIGUES, Jefferson Antonione. Mestre em Teoria do Direito e do Estado, pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília/SP; Especialista em Direito Ambiental Urbano, pela Universidade Federal do Estado de Mato Grosso – UFMT, Cuiabá/MT; Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal; Coordenador do Curso de Segurança do Trabalho, Coordenador de Projetos Sociais, Docente e Líder do Grupo de Pesquisas “Direito, Historiografia e Cultura brasileira” da Faculdade Católica Rainha da Paz – FCARP, Araputanga/MT. Docente e Líder do Grupo de Pesquisas “Processualística Penal, Direitos Humanos e Cultura” da Universidade Estadual de Mato Grosso – UNEMAT, Cáceres/MT.

² Acadêmico do 2º semestre do curso de bacharelado em Direito e monitor junto ao Grupo de Pesquisas “Direito, Historiografia e Cultura brasileira” da Faculdade Católica Rainha da Paz – FCARP, Araputanga/MT; Membro nato do Grupo de Pesquisas “Processualística Penal, Direitos Humanos e Cultura” da Universidade Estadual de Mato Grosso – UNEMAT, Cáceres/MT.

na aplicação da tutela jurisdicional frente aos que seria em probabilidade a convivência entre ambas as partes.

Nesta inclusão contígua e espacial reflexiva, o presente “manual” apresentado por Calamandrei é imprescindível ao conhecimento de todos os leitores, especialmente diante da atual conjuntura vivenciada, visto que, ao sair das universidades, muitos bacharéis em Direito encontram-se desorientados ao formularem suas teses diante de uma audiência. Dessa forma, essa breve análise traz-se certa perspectiva do que é a prática floresce em ação, bem como alguns requisitos dos quais o advogado deve seguir para que consiga atingir o desfecho almejado diante de um julgamento frente à figura de, senão o maior, o mais importante protagonista garantidor da tutela jurisdicional, quer seja, o magistrado.

É cediço que em nossa contemporaneidade vivenciamos uma superlotação de processos judiciais, desencadeando assim uma série de conturbações, reclamações e desencantamentos, tanto por parte dos advogados, quanto pelos seus clientes que almejam a conquista da tutela jurisdicional em prol do direito de ação que a todos é garantido. Sendo assim, o autor apregoa a brevidade dos advogados, tanto nas petições iniciais quanto nas sustentações orais (argumentação e retórica jurídicas), para que o magistrado aplique de forma célere e eficaz a justiça conforme sua consciência jurídica (juízo de convencimento e admissibilidade).

Útil é aquele advogado que fala o estritamente necessário, que escreve clara e concisamente, que não entulha a audiência com sua personalidade invasiva, não aborrece os juízes com sua prolixidade e não os deixa suspeitosos com sua sutileza – exatamente o contrário, pois, do que certo público entende por grande advogado. (CALAMANDREI, 2000, p.132).

Um dos principais requisitos que o autor enfatiza no decorrer desta trama é demonstrar ao advogado o quão ele crê que, obterá um feito justo em suas eloquências, seja ela na forma oral ou escrita, como assevera em uma de suas transcrições: “*Cumpra, pois, livremente seu dever, que é o de falar; mas faça-o de maneira a nos ajudar a cumprir o nosso, que é o de compreender*”. (idem, p. 69).

Insta ressaltar, que o autor preconiza as experiências que o mesmo

tivera em sua prática florence e, suas ambiguidades no que concerne a postura dos magistrados nas decisões, pois ele afirmava que os advogados e os juízes devem caminhar em comunhão na luta comum da dor, buscando sempre a aplicabilidade da justiça. Vale ainda ressaltar, a importância da obra no que tange a vida jurídica, uma vez que auxilia os operadores do direito nesse mister em que eles labutam ao defender suas causas e dar o seu melhor para que o Juiz, em sua total jurisdição, profira sua decisão da melhor e mais justa forma. O autor se vale de várias tabulações abstratas, de cunho concreto, inclusive para com sua época e, usa exemplos ao demonstrar esta importante função do magistrado que é o de julgar.

Cabe à nós, instigar a leitura da obra, pois esta evidencia a sensação de uma extraordinária descoberta sobre os dois lados de um tribunal, seja a dos juízes, seja a dos advogados, uma vez que todos são personagens ímpares, pois mesmo que de lados opostos ou antagonicos, em prol do acerto de um concreto propósito, possuem o mesmo fito, quer seja o de defenderem pontos de vista vislumbrando e aspirando sempre a mais legítima e cristalina Justiça que a todos encanta.

Desta forma, indicamos esta obra a todos os operadores do direito, visto que, nela estão os ditames de todo o procedimento jurídico ao qual o jurista deve, a nosso ver, se orientar para que possa conseguir o ensejo que busca em suas explanações judiciais, dado que é explanado na mesma, alguns dos caminhos pelos quais o advogado deve percorrer para que consiga granjear seus objetivos e atingir seus fins, maneira purista junto à mesma.

REFERÊNCIA

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO E DISPOSIÇÕES GERAIS

1. ARTIGOS

Reserva-se à Revista EM TEMPO a prioridade da publicação (impresa e eletrônica) do artigo entregue, em conformidade com as regras estabelecidas pelo sistema *Qualis* da CAPES. Nenhuma modificação de estrutura, conteúdo ou estilo será feita sem o consentimento do autor.

2. FORMATO

Os artigos devem conter entre 10 e 15 laudas. Tamanho A 4. Processador de texto Word.

ESTRUTURA:

- Título do artigo (Em português e inglês. Tamanho 14, Times New Roman, Centralizado. Sem grifo ou negrito. Parágrafo único. Sem recuo primeira linha).

- RESUMO (max. 10 linhas) /PALAVRAS-CHAVE/ABSTRACT/KEYWORDS (tamanho 12, Times New Roman, justificado, espaçamento simples)

Obs. Restringir a, no máximo, 5 (cinco) as palavras-chave do texto, que devem exprimir conexão com a temática principal do artigo.

Elementos textuais:

- INTRODUÇÃO (não numerado)
- DESENVOLVIMENTO (tópicos numerados)
- CONSIDERAÇÕES FINAIS (não numerado)
- REFERÊNCIAS (conforme normas da ABNT ou do UNIVEM)

Elementos pós-textuais:

FORMATAÇÃO - CORPO DO TEXTO:

- Corpo do Texto: Times New Roman. Tamanho 12. Sempre recuo especial (parágrafos) primeira linha de 1,5 cm.
- Títulos: Times New Roman. Maiúsculo, Tamanho 12. Negrito.

- Subtítulos: Times New Roman. Apenas as iniciais maiúsculas. Tamanho 12. Negrito.

- Notas de Rodapé: Times New Roman. Justificada. Tamanho 10.

- INTRODUÇÃO, Corpo do texto, CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Formatar > parágrafo

Alinhamento: Justificado

Recuo esquerdo: 0 cm

Recuo direito: 0 cm

Especial (parágrafos): 1,5 cm primeira linha

Espaçamento antes: 0

Espaçamento depois: 0

Espaçamento entre linhas: 1,5

Formatar > fonte

Times New Roman

Formatar > espaçamento entre caracteres

Normal

CITAÇÕES:

- Citações: recuo 4 cm. Times New Roman. Tamanho 11. Espaçamento simples. Sistema **Autor-Data**.

OUTROS:

- Margens: 2 cm

- Os títulos de ilustrações, tabelas e figuras (todas estas devem estar centralizadas) contidas no artigo, devem vir acima destas em fonte Times New Roman, tamanho 11, centralizado, sem negrito, itálico ou sublinhado. Abaixo das mesmas deve constar sua fonte, Times New Roman, tamanho 10, centralizado, sem negrito, itálico ou sublinhado.

- As siglas e abreviaturas deverão ser precedidas pelo seu significado por extenso,

¹ Restringir a notas explicativas.

² Utilizar sistema autor-data, de acordo com a norma NBR 10.520.

na primeira vez que forem empregadas em texto escrito. Deverão, ainda, serem usadas sem pontuação, sem acentuação, sinais diacríticos e não admitirão plural.

- Deve ser retirada de toda e qualquer referência a autoria do artigo no arquivo a ser anexado no sistema.

- Anexos e apêndices devem ser evitados. Quando sua utilização for indispensável, devem ser anexados em “DOCUMENTOS SUPLEMENTARES”, na plataforma de submissão de artigos, em formato .doc ou .docx (as imagens devem ser digitalizadas em inseridas no Word) acrescidos de identificação, ordem e título, conforme modelo a seguir. A visualização deve estar inquestionavelmente nítida.

Modelo: *Apêndice A - Questionário*

3. SUBMISSÃO DO ARTIGO

Os artigos devem ser submetidos pela plataforma de revistas do UNIVEM, disponível em www.univem.edu.br> menu “PORTAL DE REVISTAS” (ou diretamente pelo link <http://revista.univem.edu.br>) . É necessário cadastrar-se no local indicado.

4. INFORMAÇÕES

Núcleo de Apoio à Pesquisa e Extensão - NAPEX - do UNIVEM

(14) 2105-0808

napex@univem.edu.br

www.univem.edu.br/napex

Mestrado em Direito

(14) 2105-0880

mestradojus@univem.edu.br

Av. Hygino Muzzi Filho, 529 – Campus Universitário

Cep. : 17.525-901

Marília/SP