



entrementes

Semana Acadêmica da FADISMA

• **ANAIS 2012** •



FADISMA - Faculdade de Direito de Santa Maria
Coordenação de Pesquisa e Monografia

FADISMA, Faculdade de Direito de Santa Maria, 2012.

Anais da 9ª Semana de Ensino, Pesquisa e Extensão - ENTRE/MENTES FADISMA; por FADISMA - Faculdade de Direito de Santa Maria; Santa Maria, 2012. XX p.

1. Novos Direitos, Multiculturalismo e Internacionalização de Direitos 2. Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania 3. Meio Ambiente, Ecologia e Transnacionalização do Direito

Os anais dos Trabalhos Completos são resultados da 9ª Semana de Ensino, Pesquisa e Extensão - ENTRE/MENTES FADISMA realizada no período de 08 e 09 de novembro de 2012.

As opiniões externadas nestes anais são de responsabilidade exclusiva dos seus autores.

ÍNDICE	03
O PASSADO VISTO DE HOJE: MÁSCARA ILUSÓRIA, OU ALGO MUDOU?	05
ENCONTRAVA NOSSO PAÍS APÓS A INDEPENDÊNCIA DOS MANDOS DE PORTUGAL	08
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA IDOSAS ASILADAS: UM ESTUDO DE CASO NO LAR DAS VOVOZINHAS	13
A IMPORTÂNCIA DA CENTRALIDADE DA FAMÍLIA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE AO AMBIENTE FAMILIAR E COMUNITÁRIO	17
A ATUAÇÃO DO DIREITO NA PREVENÇÃO À DELINQUÊNCIA JUVENIL ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO	24
O DIREITO DE RESISTÊNCIA COMO FORMA DE LIMITAÇÃO DO ESTADO DIANTE DA PRECARIÉDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO	29
CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS: DIREITO A VIDA E A LIBERDADE DE CRENÇA	37
O PERÍODO COLONIAL: CARACTERÍSTICAS DE UM PERÍODO MARCADO PELO PODER NA MÃO DE POUCOS	42
NAZISMO: DA HISTÓRIA AO DIREITO	46
UM BREVE ESTUDO SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS DESDOBRAMENTOS NA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	52
TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA	60
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO DEVIDO PROCESSO LEGAL	63
PESSOA JURÍDICA: CONCEITO, REQUISITO E EXTINÇÃO	68
O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PROMOTORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	71
ANÁLISE DOS MEIOS DE INGRESSO NAS UNIVERSIDADES E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: A CONSTITUCIONALIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DE COTAS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS UNIVERSAIS	79
O PERÍODO COLONIAL: CARACTERÍSTICAS DE UM PERÍODO MARCADO PELO PODER NA MÃO DE POUCOS	86
MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO: POR UMA TUTELA COLETIVA EFETIVA	90
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE LEIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO JÚLIA GOMEZ LUND À LUZ DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	98
A UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO MEIO PARA ESTABELECEER INDENIZAÇÕES SOBRE OS FATOS OCORRIDOS DURANTE O PERÍODO DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA	111
DIREITO CIVIL BRASILEIRO: O CONFLITO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À EUTANÁSIA E O ABORTO	124
A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	128
VIOLÊNCIA CONJUGAL CONTRA A MULHER E A LEI MARIA DA PENHA: UM ESTUDO SOCIOLÓGICO NA CIDADE DE SANTA MARIA	135
CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO: EM BUSCA DO EMPODERAMENTO DA MULHER	138
A NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO ENTRE ESTADO, SOCIEDADE E FAMÍLIA PARA A EFETIVA INSERÇÃO DO JOVEM NO MERCADO DE TRABALHO	144

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO FERRAMENTA PARA PREVENIR E ERRADICAR O TRABALHO INFANTIL	150
JUSTIÇA RESTAURATIVA: TRANSPONDO A ALIENAÇÃO SOCIAL PARA SUA EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO	156
ADMINISTRAÇÃO CONDIVISA: A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA GESTÃO PÚBLICA	163
OS MITOS JURÍDICOS : A UNIÃO ESTÁVEL, SUA DISSOLUÇÃO E A GUARDA DO MENOR, NA CIDADE DE SANTA MARIA -RS	167
O ALINHAMENTO DO PADRÃO ECONÔMICO DESENVOLVIMENTISTA COM A HERMENÊUTICA ECOLÓGICA: A EMERGÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO MEIO AMBIENTE	168
A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE QUALIDADE DE VIDA E AS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE	173
DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO: UM ESTUDO A PARTIR DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL	183
A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE	189
O TRANSEXUAL E OS DIREITOS PERSONALÍSTICOS: A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PRENOME E ESTADO SEXUAL NO REGISTRO CIVIL	198
TESTAMENTO DE ESTRANGEIRO	206
UMA ANÁLISE DA REAÇÃO SOCIAL AO MENSALÃO À LUZ DAS TEORIAS PSICANALÍTICAS DA CRIMINALIDADE	210
HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO: DO PATRIMONIALISMO- BUROCRÁTICO AO CORPORATIVISMO - NEPOTISTA NA ÉPOCA DO BRASIL - COLÔNIA1	217
OS DIREITOS SOCIAIS E O PROBLEMA DO SISTEMA DO <i>WELFARE STATE</i> NO BRASIL.	222
DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E A CORTE DE HAIA: ESTUDOS PARA A COMPETIÇÃO PHILIP C. JESSUP LAW MOOT COURT COMPETITION, DURANTE OS ANOS DE 2011 E 2012.	232
A POSSIBILIDADE DO CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO CONSEQUÊNCIA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº. 132 E ADI Nº. 4277	235
LEI MARIA DA PENHA: UM NOVO OLHAR A PARTIR DOS RECENTES JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	241
A EDUCAÇÃO EM UM MUNDO GLOBALIZADO: UM ESTUDO A PARTIR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SUA INFLUÊNCIA EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES	247
DIREITOS AUTORAIS	254
O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO E A ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DEFESA DOS DIREITOS	258
NOVOS DIREITOS NO SÉCULO XXI	267

O PASSADO VISTO DE HOJE: MÁSCARA ILUSÓRIA, OU ALGO MUDOU?

Júlio Monti de Assis Brasil Rocha¹

Considerações iniciais

Emmanuel Sieyès em sua obra busca mostrar as grandes diferenças sociais existentes na época, chamando a classe oprimida e com direitos benéficos quase inexistentes de Terceiro Estado. O autor tenta exprimir a grande importância do Terceiro Estado, considerando este a grande nação, pois todo o serviço considerado difícil é desempenhado através desse², e afirmando que os 'privilegiados' (classe rica, poderosa) que contem leis próprias, não fazem parte da nação comum, pois somente assim poderia ser considerado quem fizesse parte das leis gerais e não específicas. Ainda arrisca dizer que sem os privilegiados o Terceiro Estado fluiria igualmente ou até melhor, afirmando:

“Quem ousaria dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa?” Ele é um homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada à nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros³ [...].

Neste pequeno fragmento, percebe-se a enorme relevância que a população desfavorecida (Terceiro Estado) tem sobre a nação, embora não tenha os mesmos direitos e privilégios que a alta classe. Emmanuel ainda mostra a grande desproporção entre os privilegiados – que não chegavam a duzentas mil pessoas – e a classe oprimida – que chegava a mais de vinte e cinco milhões de pessoas (na época)⁴, afirmando que essa massa de pessoas viveria de maneira tranquila e sem malefícios se os Estados Gerais não existissem.

A considerar o pensamento de Sieyès em seu estrito sentido, não há como negar que a sua proposta revolucionária é restauradora, onde os usurpados e politicamente acuados do Terceiro Estado, devem readquirir aquilo que perderam, pela força de antigos conquistadores⁵. Sieyès divide sua obra em sete capítulos, alguns desses com subdivisões.

¹ Estudante do segundo semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA.

² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte Burguesa, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 3.

³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte Burguesa, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 3 e 4.

⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte Burguesa, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 23.

⁵ Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resenhas/filosofiadodireito/219000-resenha-sobre-o-livro-a-constituente-burguesa--quest-ce-que-le-tiers-etat--de-emmanuel-joseph-sieyes>> Acessado em: 20 ago. 2012

Metodologia

O método utilizado no desenvolvimento da presente pesquisa trata-se do hipotético-dedutivo, uma vez que parte de uma consideração geral para verificação específica.

Classe oprimida, classe revolucionária

No capítulo I (*O Terceiro Estado é uma nação completa*) Sieyes afirma que para a subsistência de uma nação, são necessárias duas coisas: trabalhos particulares, que ele divide em 4 grupos (1- trabalho no campo que fornece matéria-prima, 2- a indústria humana que aprimora essa matéria-prima, 3- os negociantes, que vendem, trocam e compram essa matéria-prima e por último 4- profissões científicas e liberais, até serviços domésticos menos valorizados) e funções públicas, o qual o Terceiro Estado dispõe, portanto, podendo manter-se por si só.

No capítulo II (*O que o Terceiro Estado tem sido até agora? Nada*) ele fixa bem a divisão entre clero, nobreza e o Terceiro Estado e ainda declara que tudo que é privilegiado pela lei, de qualquer forma, sai da ordem comum, constitui uma exceção à lei comum, e conseqüentemente, não pertence ao Terceiro Estado⁶.

Já no capítulo III (*O que pede o Terceiro Estado? Ser alguma coisa*) Emmanuel cita petições que foram dirigidas pelas municipalidades ao governo requerendo igualdade ao dos privilegiados em questão de influência, que pedem para ter representantes oriundos verdadeiramente do Terceiro Estado nos Estados Gerais, pedem também para substituir o voto por ordem pelo voto por cabeça e por último, para igualar o número de representantes ao das outras duas ordens⁷. Portanto foram três petições (1- Que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado, 2- Que seus deputados sejam em número igual ao da nobreza e do clero e 3- Que os Estados Gerais votem não por ordens, mas por cabeças).

O capítulo IV (*O que tentaram fazer pelo Terceiro Estado. As propostas do governo e dos privilegiados*), um dos maiores, ele divide em sete subcapítulos, cada um trazendo um tema específico, tanto sobre privilegiados, quanto a Constituição Inglesa. Nos três últimos capítulos (V- O que deveria ter sido feito. Os princípios fundamentais, VI- O que falta fazer. A execução dos princípios e VII- A Assembleia Nacional), ele continua a afirmar que toda nação deve ser livre⁸, mostra o que é necessário para o Terceiro Estado adquirir seus direitos políticos de uma forma útil para nação⁹ e por fim, diz que a Assembleia deve ter comprometimento com o interesse comum, e que tudo que for acumulado por um cidadão, como terras e indústrias, desde que não ultrapasse a lei, deve ser protegido¹⁰.

Considerações finais

Cada dia que passa, o rico fica mais rico e o pobre mais pobre, é algo perceptível, que devido a má distribuição econômica – como é possível observar também no texto – assombra muitas pessoas que são restringidas de seus direitos (que muitas vezes nem sabem que os têm), como ao mesmo tempo trás a grande felicidade de quem se beneficia. Entrando em questões sobre divisão das riquezas, Winston Churchill em uma das suas frases, define bem essa distribuição, fazendo referência ao capitalismo x socialismo, na qual ele cita: “O vício inerente ao capitalismo é a distribuição desigual de bem-estar, o do socialismo é a distribuição por igual das misérias”. A relação principal que se pode fazer com o texto - até mesmo porque perdura até os tempos atuais - é a ausência de equilíbrio na ordem social, trazendo para os olhos de quem quer ver, enorme disparidade em todas as questões que norteiam a sociedade.

Também percebe-se no texto atitudes que hoje já não são bem aceitas pela sociedade (embora um enorme número de pessoas ainda cultive esses hábitos), como o machismo evidente no texto. Sieyès, em um de seus argumentos diz:

Não pode haver em gênero algum uma liberdade ou um direito sem limites. Em todos os países, a lei fixou caracteres preciosos, sem os quais não se pode ser nem eleitor, nem elegível. Assim, por exemplo, a lei deve determinar uma idade abaixo da qual as pessoas não estão aptas para representar seus concidadãos. E as mulheres, estão em toda parte, por bem ou por mal, impedidas de receber essas procurações. É certo que um vagabundo, um mendigo não possa receber a confiança política¹¹ [...]

11 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte Burguesa*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 18.

Não só o machismo mas como também o preconceito com pessoas menos favorecidas (continua praticamente igual atualmente) e a restrição de idades para votar e se eleger. Por fim, é extremamente importante analisarmos textos como este, antigo, para percebermos que a sociedade não evolui tanto na parte humana (em mais de 100 anos) como se diz na mídia, e sim continua estagnada – ou talvez até regrediu – nas suas ideologias egocêntricas, buscando sempre crescer individualmente, aumentando as próprias riquezas e o poder, enquanto outras ficam a mercê .

Referências:

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État*. 4ª ed. trad. por Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

6 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte Burguesa*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 8.

7 Disponível em: < <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/teoria-constitucional/46-aconstburg.html>> Acesso em: 21 ago. 2012.

8 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte Burguesa*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 45.

9 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte Burguesa*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 62.

10 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte Burguesa*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 72 e 73.

ENCONTRAVA NOSSO PAÍS APÓS A INDEPENDÊNCIA DOS MANDOS DE PORTUGAL¹

Caroline Anversa Antonello²
Kimberly Farias Monteiro³

“Liberdade-essa palavra
que o sonho humano alimenta:
que não há ninguém que explique,
e ninguém que não entenda”
Cecília Meireles. Romanceiro da Inconfidência.

Palavras-Chave: Direitos Individuais. Escravidismo. Interesses Políticos. Indiferença

RESUMO

Para que entendamos de forma correta os acontecimentos brasileiros atuais é necessário que se enxergue a história e os fatos sociais existentes desde a época em que o Brasil se tornou independente de Portugal. É necessário, principalmente no mundo jurídico um estudo mais aprofundado das práticas e costumes políticos e sociais da época citada, das influências do trabalho escravo e da corrupção e indiferença da maioria, que acobertava esta prática na busca de lucros econômicos.

Considerações Iniciais

Atualmente, em pleno século XXI, ao ligarmos a televisão ou abrirmos revistas e jornais nos deparamos com escândalos de corrupções, desvios de dinheiro público e outras fraudes que são cometidas visando apenas os interesses econômicos de certas pessoas, que mesmo percebendo as carências sócias de nosso país, aceitam tais privilégios ilícitos, prejudicando boa parte da população.

Então, nos questionamos a origem destes costumes deploráveis, onde a propriedade privada vale muito mais do que a vida e a dignidade humana, que são direitos fundamentais. Ao estudarmos a história brasileira, percebemos que tais atitudes não são costumes apenas da atualidade, sendo que esses jogos de interesses já aconteciam no passado, visando privilegiar elites e políticos importantes da época pós-independência⁴. Dessa forma, a população era deixada à margem da miséria e da calamidade, enquanto essas pessoas corruptas enriqueciam as custas do dinheiro público. .

Porém o período também foi marcado por mudanças positivas que surgiram na sociedade brasileira desta época, como a evolução do Direito nacional, a criação das primeiras constituições próprias e instituições de ensino jurídico, entre outras coisas que trouxeram fôlego a população, numa perspectiva de dias melhores.

Neste artigo será abordada a questão histórica e política da época no intervalo entre a independência e a proclamação da república brasileira, bem como aspectos e características do Direito em nosso país e sua influência e contribuição nas questões fundamentais vividas pelo povo naqueles tempos.

Atualmente, em pleno século XXI, ao ligarmos a televisão ou abrirmos revistas e jornais nos deparamos com escândalos de corrupções, desvios de dinheiro público e outras fraudes que são cometidas visando apenas os interesses econômicos de certas pessoas, que mesmo percebendo as carências sócias de nosso país, aceitam tais privilégios ilícitos, prejudicando boa parte da população.

⁴ Tema baseado nas informações presentes no Capítulo III, Estado, Elites e Construção do Direito Nacional de Antônio Carlos Wolkmer.

⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

Então, nos questionamos a origem destes costumes deploráveis, onde a propriedade privada vale muito mais do que a vida e a dignidade humana, que são direitos fundamentais. Ao estudarmos a história brasileira, percebemos que tais atitudes não são costumes apenas da atualidade, sendo que esses jogos de interesses já aconteciam no passado, visando privilegiar elites e políticos importantes da época pós-independência⁴. Dessa forma, a população era deixada à margem da miséria e da calamidade, enquanto essas pessoas corruptas enriqueciam às custas do dinheiro público.

Porém o período também foi marcado por mudanças positivas que surgiram na sociedade brasileira desta época, como a evolução do Direito nacional, a criação das primeiras constituições próprias e instituições de ensino jurídico, entre outras coisas que trouxeram fôlego à população, numa perspectiva de dias melhores.

Neste artigo será abordada a questão histórica e política da época no intervalo entre a independência e a proclamação da república brasileira, bem como aspectos e características do Direito em nosso país e sua influência e contribuição nas questões fundamentais vividas pelo povo naqueles tempos.

O contexto histórico e as influências europeias no período pós-independência

Em 1822, logo após a independência, quando o Brasil finalmente se viu livre dos mandos e explorações de Portugal, o povo viu nascer à esperança de que vivendo em um país livre, longe destas exigências abusivas, teria a chance de melhorar suas condições precárias de vida e assim, possuir a tal dignidade que tanto havia sido pregada pelos movimentos que visavam à independência. No entanto, esse sonho não se concretizou, as ideologias vindas da Europa que tiveram origem no liberalismo⁵ e que pregavam a liberdade e menor interferência do Estado na vida dos cidadãos, acabaram no Brasil ganhando nova figura deturpada, sendo o Direito a propriedade muito mais valorizado do que o respeito às pessoas. Tanto é que o escravismo continuava sendo um dos negócios mais rentáveis da época, recebendo inclusive proteção vinda da legislação vigente⁶, num tempo em que a justiça preferia se esconder atrás de sua venda, para não enxergar os problemas de um povo à beira do caos.

Neste sentido, também é importante ressaltar que a maioria da população vivia na zona rural e que a principal fonte de economia brasileira era a agricultura, cultivada de forma rústica e manual. É justamente por este motivo, que os grandes senhores de terras eram consideradas as pessoas mais importantes e influentes deste período. Seus interesses eram protegidos na sociedade, mesmo que suas vontades representassem injustiças graves, em troca de favores políticos e financeiros.

Para manter esta elite no poder, uma vez que os favores prestados por ela eram válidos para o governo, foram utilizadas diversas ferramentas para garantir que o escravismo continuasse existindo, por mais que os valores liberais pregassem a igualdade e a liberdade⁷, os negros não eram considerados seres da mesma espécie que os brancos, podendo ser escravizados, humilhados e mortos por eles de formas extremamente cruéis. Com o tempo estes conceitos foram mudando e a Constituição de 1924 já proibia que os negros fossem mortos por seus senhores, porém, continuava permitindo a escravidão⁸.

Nesta época, caracterizada pela presença marcante das oligarquias, utilizar homens e mulheres como empregados não remunerados, podendo fazer estes se sujeitarem às suas vontades, mesmo que fossem absurdas e abusivas, representava um grande ganho econômico nas fazendas de nosso país. Além disso, os grandes escravocratas da época recebiam incentivos em suas atividades e proteção em caso de revolta ou fuga de escravos, sendo esses cassados como se fossem animais e devolvidos, sofrendo as consequências por tal insubordinação⁹.

Não eram apenas os negros que eram discriminados na sociedade, mas também os índios, e mais tarde com a abolição da escravatura, os imigrantes vindos de várias regiões da Europa assumiram o papel dos negros, também sofrendo crueldades e preconceitos, além de serem submetidos a condições de vida indignas. As mulheres não podiam de forma alguma expressar a sua vontade ou opinião, sendo totalmente submissas a seus pais e a seus maridos, que acreditavam que elas podiam ser apenas donas de casa e mães de seus filhos, sem outra função na sociedade, eram apenas figurantes de uma história triste, pois assistiam tudo sem poder reagir e lutar pelo que acreditavam¹⁰.

O povo vivia em uma quase completa ignorância, sendo a maioria analfabeta e não tendo acesso a nenhum tipo de ensino. O governo e as oligarquias logo perceberam que essa condição era

favorável para que seus interesses fossem concretizados e assim mantiveram por muito tempo o povo sem acesso ao conhecimento, para evitar que estes percebessem os atos corruptos e jogos de interesses que aconteciam, evitando que ocorresse uma revolta que atrapalhassem seus objetivos egoístas.

Com a Independência, outras mudanças também ocorreram, como a abertura dos portos para que o Brasil comercializasse com os demais países, fazendo assim com que o nosso país se colocasse presente no cenário da economia mundial. Além disso, começou a surgir na sociedade, para agradar as elites, movimentos culturais, que tinham por objetivo trazer lazer e distração para a classe alta brasileira.

No campo político, uma informação que não pode ser esquecida, é que o nosso país passava por um período chamado regência, já que Dom Pedro II era ainda menor de idade, e segundo a Constituição vigente na época, ainda não poderia assumir o comando do país como imperador, sendo este poder entregue na mão de pessoas que eram chamados de regentes¹². Por este motivo ocorreram várias discussões e conflitos para decidir de quem seria o Direito de governar. O mais alarmante, é que entre os que discutiam a respeito deste assunto a preocupação não estava com o futuro da nação e sim com a oportunidade de conseguir vantagens para si e para terceiros. Devido às condições em que se encontrava o povo e pela falta das mudanças que havia sido pregadas pelos defensores da Independência, esse período foi marcado também por inúmeros conflitos, sendo eles de cunho territorial, social, militar e político, explodindo assim em inúmeras revoltas regionais que mostravam o total descontentamento do povo frente à situação em que se encontrava o nosso país¹³.

Devido a pressões de várias correntes e grupos da época, que visavam interesses, foi decidido pelo golpe da maioria¹⁴, que deveria ser a tomada de poder por Dom Pedro II, antes do 18 anos que estavam previstos na Constituição, como uma tentativa de acalmar os grupos de revoltantes e afirmar o poder da Monarquia no Brasil. Por tanto aos 14 anos, em 1840, Dom Pedro II recebeu a coroa e se tornou o chefe do executivo de nosso país.¹⁵ Seu reinado duraria de 1840 até 1889, quando foi proclamada a República e quando Dom Pedro II foi expulso do Brasil com sua família por militares na calada da noite. Isso só aconteceu porque um ano antes, a filha de Dom Pedro II, a Princesa Isabel¹⁶, que por mais que fosse considerada uma mulher submissa, ao ver-se com a oportunidade necessária, decidiu assinar a carta que abolia de vez a escravatura no Brasil. Causando revolta e indignação por parte dos fazendeiros, que apoiavam a Monarquia em troca de proteção de seus interesses escravocratas. Isso aliado a outros descontentamentos, inclusive os referentes ao descumprimento das promessas feitas aos militares que voltaram da Guerra do Paraguai¹⁷, culminaram no desfecho de um novo Brasil, republicano e democrático, onde o escravismo já fazia parte do passado.

6 WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

7 MOTA, Myriam; Braick, Patrícia. Livro de História das Cavernas ao Terceiro milênio. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

8 WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

9 DOMINGUES, Cândido. Nas Ondas do Tráfico. Revista de História da Biblioteca Nacional. Rio de Janeiro: maio 2012, p.40-3.

10 BARMAN, Roderick. Redentora e Prisioneira. Revista de História da Biblioteca Nacional. Rio de Janeiro: maio 2012, p.18-21.

11 MATOS, Alexandre. Organização Social de Política Brasileira. São Paulo: Ibep, 1975.

12 MOTA, Myriam; Braick, Patrícia. Livro de História das Cavernas ao Terceiro milênio. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002. 13 MOTA, Myriam; Braick, Patrícia. Livro de História das Cavernas ao Terceiro milênio. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

14 MOTA, Myriam; Braick, Patrícia. Livro de História das Cavernas ao Terceiro milênio. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

15 MATOS, Alexandre. Organização Social de Política Brasileira. São Paulo: Ibep, 1975.

16 BARMAN, Roderick. Redentora e Prisioneira. Revista de História da Biblioteca Nacional. Rio de Janeiro: maio 2012, p.18-21.

17 MOTA, Myriam; Braick, Patrícia. Livro de História das Cavernas ao Terceiro milênio. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

18 WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 52.

O Direito e sua influência no período pós-Independência

O Direito representou um importante instrumento desta época para legitimar e amparar os interesses das elites, muitas vezes servindo mais como um garantidor de injustiças do que um protetor de Direitos e Deveres. Por este motivo, ao analisarmos esta época, percebemos que muitas foram às táticas utilizadas para tornar o Direito uma espécie de ferramenta num jogo de interesses. Porém, também este período trouxe grandes mudanças positivas na construção do Direito Nacional. Foi por volta de 1928 que surgiram os primeiros cursos de Direito, com o intuito de formar profissionais do Direito legitimamente brasileiro, por mais que por trás de tal iniciativa estivesse os interesses burocráticos do governo¹⁸. Nos bancos de faculdade as ideias abolicionistas foram tomando cada vez mais forma e força, por mais que vários dos estudantes que tinham tais ideologias fixadas preferiam escondê-las por medo das punições severas a que seriam submetidos caso fossem descobertos, já que a maioria dos estudantes eram filhos dos grandes. Também ocorreu um grande progresso com o surgimento de algumas figuras e instituições que tinham por objetivo sistematizar e tornar o acesso à justiça um pouco mais simplificado, como o juiz de paz, ainda que na época a burocratização ganhasse grande destaque, sendo muito cultuada.¹⁹

Em 1924, Dom Pedro I outorgou a primeira Constituição propriamente brasileira.²⁰ Nela estavam previsto quatro poderes: O Executivo, desempenhado pelo Imperador através de seus ministros. O Legislativo, que era exercido pela Assembleia Geral, que tinha por missão criar e discutir leis. O Judiciário, que deveria fiscalizar a aplicação das leis, era desempenhado por juízes e tribunais. E por último, existia ainda o poder Moderador, que era concedido exclusivamente ao Imperador e que foi apelidado de “máscara do absolutismo”, pois através deste era possível uma gama de poderes, sendo possível vetar, escolher e modificar as decisões aprovadas pelos demais poderes.²¹

latifundiários, que dependiam do trabalho escravo para desenvolver a sua produção agrícola.

Outra mudança que aconteceu neste período de grande importância foram as referentes ao escravismo, sendo que os senhores de escravos a partir da Constituição de 1824 não poderiam mais matar seus escravos²⁵. Ao longo do tempo, o Direito, através das pressões vindas dos grupos abolicionistas e de influências europeias, foi caminhando lentamente para a abolição da escravatura e para o futuro com dias melhores.

A justiça, que deveria ser imparcial, ou seja, não olhando as partes do processo e sim o caso concreto, não existia, pois ela era mantida em um falso pedestal sustentado pelos interesses dos poderosos, que se utilizavam dela para conseguir o maior número de benefícios possíveis, mesmo que estes não atendessem as verdadeiras propostas da justiça. Além disso, as decisões dos tribunais, em quase sua totalidade já estavam definidas antes mesmo do processo acontecer, pois todos sabiam que em primeiro lugar estavam assegurados os Direito e interesses da classe alta.

Era utilizado também pelo Direito, na tentativa de manter essa situação, o poder de polícia²², para obrigar o cumprimento de certas medidas que havia sido postuladas pelo Direito. Era evidente, que os tribunais da época estavam sujeitos a corrupção e a esquemas de interesses. Sendo as decisões judiciais em geral facilmente compradas e burladas, e o poder de polícia garantia muitas vezes que tais esquemas ilícitos permanecessem.

Em 1832, surgiu uma mudança de grande importância no campo do Direito, a aprovação do Código de Processo Criminal, através dele os juízes de paz puderam ter maior autonomia na aplicação da justiça. No ano de 1834, foi aprovado o Ato Adicional que trazia importantes modificações na Constituição de 1824²³, uma das mudanças foi conceder maior autonomia para as províncias. Porém, apesar de inicialmente tais medidas serem vistas de forma positiva pelos liberais, ao longo do tempo pode ser percebido que elas possuíam um caráter ambíguo, que dificultava muito a interpretação e aplicação das novas normas. O que motivou em 1840 a aprovação da Lei de Interpretação do Ato Adicional, que revogou a autonomia das províncias²⁴.

Considerações Finais

Observando os detalhes da história brasileira, percebemos vários aspectos importantes que influenciam e muito a realidade atual de nosso país. Muitas vezes os acontecimentos presentes são simplesmente uma consequência de costumes que foram sendo trazidos desde a época em que nosso país se tornou livre de Portugal.

Nesse sentido, é de extrema importância e relevância para a construção de nosso futuro o estudo do passado e de nossa história, para que erros e episódios tristes não se repitam e sejam verdadeiramente deixados para trás.

Talvez seja a escravidão, vivida no passado, o mais revoltante episódio da história brasileira. Dessa forma, ela deveria ter se extinguido no momento em que a Princesa Isabel assinou a abolição da escravatura. Porém, sabemos que na prática a realidade foi outra, uma vez que por muitos anos a população negra continuou sendo explorada, discriminada e maltratada no Brasil. Ainda nos dias de hoje percebemos a existência, muitas vezes de forma camuflada de discriminação e humilhação acontecer contra negros.

Quanto à corrupção, percebemos que guardar interesses de pessoas influentes em prol de outras ainda é um costume vigente em nossa sociedade. Por mais que a mídia e o Direito busquem terminar com isto, os desvios de dinheiro ainda continuam ocorrendo. E hoje, podemos perceber a gravidade de tais atos ilícitos, pois muito dinheiro público que deveria ser empregado para defender o povo, investindo em necessidades da população, acaba parando em contas de pessoas mal intencionadas, que não possuem preocupação alguma com a qualidade de vida dos brasileiros.

Felizmente, olhando para o passado, percebemos que o Direito evoluiu muito desde o tempo pós-Independência, já que as instituições jurídicas e os profissionais do Direito foram se adaptando com o tempo a realidade de nossa sociedade atual. Desta forma, o passado serviu de exemplo para que mudanças ocorressem no sentido de trazer melhorias e segurança no sistema judiciário brasileiro.

Referências Bibliográficas

BARMAN, Roderick. Redentora e Prisioneira. *Revista de História da Biblioteca Nacional*. Rio de Janeiro: maio 2012, p.18-21.

DOMINGUES, Cândido. Nas Ondas do Tráfico. *Revista de História da Biblioteca Nacional*. Rio de Janeiro: maio 2012, p.40-3.

MATOS, Alexandre. *Organização Social de Política Brasileira*. São Paulo: Ibep, 1975.

MOTA, Myriam; Braick, Patrícia. Livro de História das Cavernas ao Terceiro milênio. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

VICENTINO, Claudio. História Geral. 9. ed. São Paulo: Scipione, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.

19 WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003,p.52.

20 MATOS, Alexandre. Organização Social de Política Brasileira. São Paulo: Ibep, 1975.

21 MATOS, Alexandre. Organização Social de Política Brasileira. São Paulo: Ibep, 1975.p.92-4.

22 MOTA, Myriam; Braick, Patrícia. Livro de História das Cavernas ao Terceiro milênio. 2. ed. São Paulo: Moderna,2002.

23 MATOS, Alexandre. Organização Social de Política Brasileira. São Paulo: Ibep, 1975.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA IDOSAS ASILADAS: UM ESTUDO DE CASO NO LAR DAS VOVOZINHAS

Paola Stuker¹
Rosane Brasil Esbick²
Jamile Costa³
Clair Côrte Real⁴
Mari Cleise Sandalowski⁵

Introdução

A violência doméstica contra idosos constitui um novo parâmetro de discussão apresentado pelo meio acadêmico. Diante das situações de violência os asilos servem muitas vezes de amparo a estas pessoas que sofreram algum tipo de violência ou que estão vulneráveis a isso. Nesse sentido, este trabalho tem o objetivo principal de verificar se há relação entre uma idosa estar asilada e ter sofrido violência doméstica.

Parte-se da hipótese de que algumas idosas podem estar asiladas em razão da família achar que o asilo tem melhor estrutura para cuidar da idosa, mas continuam em constante contato com esta, em contrapartida, acredita-se que muitas delas possam estar asiladas em razão de terem sofrido algum tipo de violência, incluindo aqui o abandono.

Destaca-se que a violência contra o idoso, além de física, pode ser sexual: contato sexual não consensual de qualquer pessoa com um idoso; emocional ou psicológica: definido como inflação de angústia ou dor emocional; financeira ou material: uso ilegal ou impróprio de bens/ativos de idosos; abandono: deserção do idoso por um indivíduo que teve custódia física ou tinha assumido responsabilidade por prover cuidado pelo mesmo; e negligência: recusa ou fracasso em cumprir obrigações ou deveres para com um idoso (Sanches, Lebrão, Duarte, 2008). Assim, a partir dessas categorias, este trabalho estrutura-se em torno do seguinte problema de pesquisa: há relação entre uma idosa estar em um asilo e ter sofrido violência doméstica?

A pesquisa deu-se na Associação Amparo Providência Lar das Vovozinhas, que está situado na cidade de Santa Maria e é o maior asilo do estado do Rio Grande do Sul. Atualmente abriga 193 pessoas, entre idosas e mulheres que estavam em situação de vulnerabilidade social. Todavia, mesmo que o Lar abrigue mulheres de todas as faixas etárias o nosso filtro de pesquisa abarcou idosas com mais de 60 anos – com base no estatuto do idoso – e que tenham boa saúde mental.

Esta pesquisa abrange em uma única categoria duas classes que lideram as estatísticas como vítimas de violência: idosos e mulheres. Dados disponibilizados pela Delegacia de Polícia de Proteção ao Idoso da cidade de Santa Maria, divulgados pelo Jornal Diário de Santa Maria (2010), mostram que em 2007 foram registrados 717 crimes; em 2008, 677; e em 2009, 618 casos; sendo que a maioria esmagadora das vítimas são mulheres: em 2007, 519 são mulheres; em 2008, 476; e em 2009, 389, de 618 crimes, são contra idosas. Dessa forma, o objeto de estudo desta pesquisa foi a relação entre o asilo e a violência doméstica contra idosas.

1 Autora. Acadêmica do 6º semestre do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Maria.

2 Co-autora. Acadêmica do 6º semestre do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Maria.

3 Co-autora. Acadêmica do 6º semestre do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Maria.

4 Co-autora. Acadêmica do 6º semestre do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Maria.

5 Orientadora. Doutora em Sociologia. Professora do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Maria.

Ao contrário da violência familiar, o conceito de violência doméstica para as ciências sociais é mais amplo, pois abrange não apenas os conflitos existentes entre membros consanguíneos, mas também os embates sociais vivenciados no âmago das relações interpessoais entre os indivíduos que possuem algum tipo de relação doméstica. Deste modo, ela engloba além do grupo familiar aquelas formas de violências praticadas por amigos, empregados, vizinhos e parentes afins (Saffioti, 2000; Soares, 1999).

O período brasileiro é marcado pelo aumento do número de idosos com possibilidade de atingir elevadas faixas etárias, o que traz a necessidade de pesquisas nesse campo, devido à demanda apresentada por essa nova parcela da população. A questão da violência doméstica contra idosos tem se ampliado e sugere necessidade de maior campo de investigação nessa área, dado o risco suposto ao qual essa população idosa está submetida. (Sanches, Lebrão, Duarte, 2008).

Entretanto, mesmo que a temática da violência contra o idoso tenha sido explorado por diversas pesquisas, ainda é pouco desenvolvida pelas ciências sociais, resultando em uma escassez de trabalhos nessa área, o que também justifica esta pesquisa. Nesse sentido, trazem-se nas linhas, gráficos e tabelas que se seguem, os métodos e técnicas empregados nesta pesquisa e os resultados e conclusões que se obteve.

1. Metodologia

Metodologicamente este trabalho fez uso da abordagem indutiva, que é responsável por generalizações, ou seja, parte de algo particular para se definir o geral. Sendo assim, a partir de dados particulares, se buscou uma verdade geral, ou seja, partindo da caracterização da amostra se caracteriza toda a população. Os procedimentos utilizados foram a medição e o estudo de caso. O método de medição permite elaborar inferências empíricas e generalizá-las a populações mais amplas, através de uma análise quantitativa. Assim, os resultados apresentam-se em forma de quadros estatísticos. Dessa forma, através da aplicação de doze questionários, nossa pesquisa coletou dados primários que foram proporcionados por informantes individuais, nesse caso as idosas asiladas no “Lar das Vovozinhas”. A sistematização dos dados fora realizada através do programa informacional SPSS.

Fez-se uso também de entrevista semiestruturada, com a utilização de um roteiro previamente elaborado, que foi realizada com uma assistente social da instituição. No entanto, reconhecendo que, conforme indica Greenwood, “a maior lacuna do método de medida consiste em sua falta de intensidade” (p. 340), este estudo fez uso também da análise documental e da observação não participante.

A análise documental refere-se ao estudo de documentos dos quais podem-se obter dados que se referem ao objeto ou sujeito de estudo. Nesta pesquisa, a análise documental foi realizada através de um registro cursivo, o Estatuto do Idoso, lei 10.741/2003, que serviu de complemento na investigação do nosso sujeito de pesquisa, servindo-nos de apoio para o entendimento da legislação vigente de amparo ao idoso.

A observação não participante caracteriza-se por permitir uma compreensão profunda e intensa do fenômeno. Sendo assim, todas as ramificações do caso são examinadas.

2. Resultados

2.1 A observação participante

Como forma de inserção em campo para as posteriores entrevistas e aplicações de questionários, bem como para observar as idosas e identificar seus sentimentos e a suas relações com a instituição, foram realizadas visitas ao Lar com o intuito de conviver e, dentro do possível, conversar com as idosas, que carinhosamente chamou-se de vovós.

De forma a estabelecer os primeiros contatos com as idosas participou-se da festa anual realizada nesta instituição, que no corrente se realizou nos dias 11 e 12 de junho. Como o clima era de descontração teve-se facilidade para conversar com estas mulheres. Dessa maneira, de forma informal conheceu-se muitas delas, que se mostraram carentes ao exigirem nossa atenção constante para falarem de suas vidas, o que foi extremamente positivo para pesquisa.

A visita ao Lar no dia da festa foi de extrema importância para o reconhecimento do campo e para iniciar o processo de familiarização com o local, entretanto foi a partir da segunda visita que pode-se participar da verdadeira rotina das idosas e, conseqüentemente, observar fatos que o dia de

festa oculta. Nesta primeira visita após a festa, assim que chegamos encontramos as idosas realizando atividades físicas, com profissionais do ramo. Evidentemente, as atividades respeitavam os limites das idosas e tinham a intenção, além de movimentá-las, de integrá-las.

Através destas visitas foi possível observar melhor as rotinas, emoções e anseios das idosas, que não temiam em transparecer tudo isso para nós. Quanto a rotina, elas têm horários específicos para cada atividade, sendo assim, preenchem o dia com horários fixos para seus afazeres, o que acaba disfarçando o tédio e a tristeza. No entanto, o que se percebeu é que mesmo realizando atividades juntas, há pouca interatividade entre elas.

Percebeu-se também através das expressões corporais, faciais e verbais destas mulheres, que são tristes e vivem sob o peso de terem sido abandonadas por suas famílias. Notou-se este sentimento não só através das palavras, mas destacadamente também através de expressões, gestos e fisionomias.

É preciso destacar que no período que se realizou a pesquisa, foram presenciadas apenas duas visitas familiares, uma quando uma das assistidas estava em um estado grave de saúde e a família foi chamada pelos funcionários do Lar e outra quando uma delas foi buscada para passear. Todavia, algumas daquelas que não costumam receber visitas buscam compensar suas carências com formas alternativas, como, por exemplo, o caso da vovó que cuida de uma boneca como se fosse seu filho, chamando-o inclusive pelo nome de “Paulinho”. Ela carrega o Paulinho sempre consigo em uma cadeira de rodas que faz de carrinho de bebê. Além disso, veste-o com roupas e mantilhas de acordo com a temperatura do dia.

Tal situação mostra o quanto a boneca representa uma companhia para a idosa, denunciando o quanto se sentem sozinhas mesmo estando juntas, tendo em vista que desejar uma boneca e tratá-la como filha(o) pode traduzir a saudade da família, como quando se é criança e brinca-se assim em função de planejar uma. Só que aqui o fato é inverso, com a criança a brincadeira promove o futuro e com a idosa retoma o passado, que inclusive pode não ter sido como desejado. Assim, diante da técnica de observação não participante é imprescindível constatar que as idosas do Lar das Vovozinhas sentem-se sozinhas, mesmo estando juntas, indicando o peso da violência do abandono.

2.2 Estatuto do idoso: uma análise documental

O Estatuto do Idoso é fruto de estudos que ampliam atendimento às pessoas de mais idade em contexto político/social voltado para a reparação de discriminação e mais atenção à pessoa idosa. Pode-se constatar que com o Estatuto do Idoso um leque de benefícios foram estabelecidos para essas pessoas em nova fase de suas vidas, cujo benefício maior foi a redução da idade de sessenta e cinco anos para sessenta anos de idade.

O Estatuto traz medidas de proteção ao idoso em situação de risco, como a regulamentação de entidades de atendimento ao idoso, competências de órgãos para intervir em situações que sejam necessárias a defesa do idoso, tipificando os crimes e estabelecendo penas para condutas que sejam lesivas. Entende-se que o Estatuto do Idoso contempla amplos setores para proteger a pessoa idosa e é importante ferramenta como carta de direitos.

No que se refere especificamente a violência contra o idoso, foi realizado uma análise de registro buscando no texto do Estatuto a frequência com que aparece a palavra violência, constatando que esta palavra aparece apenas três vezes. No entanto, quando se fez a análise de contexto – onde, além da frequência, explorou-se o contexto em que a palavra violência aparece - averiguou-se a pertinência do documento no que se refere a violência contra o idoso. Os três segmentos em que aparece esta palavra são:

“Art. 4º: Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, *violência*, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”;

“Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de *violência* praticada contra idosos serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária”;

“§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se *violência* contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico”.

Todavia, o segundo capítulo do estatuto fala ainda dos crimes em espécie e da pena aplicada em cada um deles. Em consonância com o interesse da pesquisa pode-se citar os artigo 98 que estipula que: “Art. 98. *Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa*

permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.”

Porém, mesmo que o Estatuto contemple de forma satisfatória, através dos artigos citados, a questão da violência contra o idoso, há uma desarmonia com a realidade, indicando que a lei 10.741 não é completamente efetiva. Atentando para o artigo 98, vê-se de forma explícita que o abandono de idosos é crime e a pena vai de 6 meses a 3 anos de detenção e multa. No entanto, através da experiência tida nessa pesquisa, é possível afirmar que isso não condiz com a realidade. Assim sendo, percebe-se que a elaboração do Estatuto do Idoso, reveste-se de total importância clamando ainda na atualidade por mais atenção de setores relevantes como o Ministério Público, Sociedade e Família. Ou seja, necessita de maior atenção de todos os poderes citados para sua implementação total.

2.3 Dados dos questionários e da entrevista

Buscando responder o problema de pesquisa de se “há relação entre uma idosa estar em um asilo e ter sofrido violência doméstica?”, o questionário aplicado às idosas do Lar das Vovozinhas privilegiou esta categoria. No entanto, além de perguntas específicas sobre violência, foi abrangido questões que direta ou indiretamente indicam se as idosas têm algum sofrimento psicológico.

Primeiramente, faz-se necessário traçar um perfil dessas mulheres asiladas. A pesquisa constatou que são mulheres desfavorecidas socioeconomicamente. Em geral, elas têm baixo grau de escolaridade, dividindo-se entre analfabetas, semianalfabetas e com ensino fundamental incompleto e 75 % delas recebem apenas um salário mínimo.

No que diz respeito especificamente à violência, apenas duas delas afirmaram terem sofrido violência enquanto idosa, sendo que as duas foram vítimas de um irmão mais novo, caracterizando a violência doméstica.

Todavia, é preciso se levar em consideração o que elas consideram por violência. No gráfico a baixo, vê-se que para a maioria delas, o que totalizou 60% dos dados válidos, a violência restringe-se à agressão física.

Gráfico 1 – O que é violência para senhora?

Fonte: elaboração própria a partir de pesquisa no Lar das Vovozinhas.

Sendo assim, se fizermos um cruzamento do “o que é violência para a senhora?” e “você já sofreu algum tipo de violência enquanto idosa?” percebe-se que as únicas que responderam “sim” à segunda pergunta, caracterizaram a violência como agressão física, ao dizerem que violência é “bater, surrar, agredir”. Nesse sentido, para a maioria dessas idosas a violência limita-se à agressão física, não reconhecendo a violência sexual, a emocional, a financeira, o abandono e a negligência. Sendo assim, no momento em que as idosas não identificam estas demais categorias como violência elas podem ter sofrido esses tipos sem reconhecer como tal.

Assim, mesmo que elas tenham dito “não” quando questionadas se sofreram algum tipo de violência, percebeu-se através das visitas que um grande número delas é vítima de violência emocional, consequência da violência do abandono. Tal fato é comprovado quando 50% delas confirmam não receberem visitas familiares. Além disso, aquelas que afirmam receberem visitas, relatam que essas ocorrem raramente. No entanto, as idosas não percebem isso como uma violência, tendo em vista que as mesmas que afirmam não receberem visitas alegam não serem vítimas de violência, conforme dados expostos no quadro abaixo.

Quadro 1 - Cruzamentos das perguntas: Recebe visitas familiares? e Você já sofreu alguma violência enquanto idosa?

Você já sofreu alguma violência enquanto idosa?		Total	
		Não	
Sim			
Recebe visitas familiares?	Sim	2	4
	Não		6
Não	0	6	6
Total	2	10	12

A IMPORTÂNCIA DA CENTRALIDADE DA FAMÍLIA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE AO AMBIENTE FAMILIAR E COMUNITÁRIO¹

Analice Schaefer de Moura²

Simone Andrea Schwinn³

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas mudanças pertinentes aos direitos da criança e do adolescente. O reconhecimento dos infantes como sujeitos de direitos, respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento levou à adoção da Teoria da Proteção Integral. Ao lado disso, a constituição adotou também a chamada tríade, Estado, Sociedade e Família, como responsável pela promoção e garantia dos direitos dos infantes.

Nesse contexto, o presente artigo tem como finalidade realizar uma abordagem sobre a corresponsabilidade do Estado, da família e da sociedade como estrutura basilar para a proteção dos direitos da criança e do adolescente. Abordando a história do direito da criança e do adolescente, marcada por políticas assistencialistas e com o viés da institucionalização, cabe-nos repensar a história do ponto de vista das famílias desamparadas pelo Estado e culpabilizadas por sua falta de recursos para criação dos filhos.

A partir dessa análise, busca-se analisar a família como a primeira entidade a influir no desenvolvimento da criança e do adolescente, passando a ideia de afeto, valores, regras, limites. E ao lado disso, a família desestruturada, tida aqui, não como a que não segue o modelo idealizado de família patriarcal, mas sim a que desrespeita os direitos das crianças e adolescentes. Desse modo, o direito à convivência familiar e comunitária, bem como as políticas públicas que visam o fortalecimento de vínculos têm grande importância no desenvolvimento das crianças e adolescentes. Um vez que, havendo a necessidade de afastamento da convivência familiar, é imperioso dar prioridade para que a criança continue no ambiente social ao qual está familiarizada.

Ressalta-se, por fim, que somente por meio de ações eficientes do Estado, em conjunto com a sociedade, através da implementação de políticas públicas com centralidade na família, será possível a desconfiguração de estereótipos de violência e a promoção de uma cultura de paz, quando esta faltar à família, em razão de ambientes vulneráveis e violentos.

¹Trabalho orientado pela Prof. Pós-Dr. Marli Marlene Moraes da Costa. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Coordenadora do Grupo de Estudos "Direito, Cidadania e Políticas Públicas" da UNISC. Professora da Graduação em Direito na FEMA - Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa. Psicóloga com especialização em terapia familiar. Coordenadora dos Projetos de Pesquisa: "O Direito à Profissionalização e as Políticas Públicas da Juventude na Agenda Pública: desafios e alternativas para a inserção dos jovens no mercado de trabalho - um estudo no município de Santa Cruz do Sul - RS." e "O Brincar e a Construção da Cidadania nas Escolas: uma releitura do Estatuto da Criança e do Adolescente". Endereço eletrônico: marlicosta15@yahoo.com.br

²Graduanda do 4º semestre de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista PIBIC - CNPq no projeto de pesquisa "O direito de proteção contra a exploração do trabalho infantil e as políticas públicas de saúde no Brasil". Integrante do grupo de pesquisa "Direito, Cidadania e Políticas Públicas" do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Unisc. E-mail: analicesm@hotmail.com

³Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, área de concentração Demandas Sociais e Políticas Públicas, linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Integrante dos Grupos de Pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Profa. Pós Dra. Marli da Costa; Direitos Humanos, coordenado pelo Prof. Pós Dr. Clóvis Gorczewski e Estado, Sociedade e Administração pública, coordenado pelo Prof. Rogério Gesta Leal, todos da UNISC. Bacharel em Direito. Email: sofiasm@ig.com.br.

1 DA INSTITUCIONALIZAÇÃO AO ASSISTENCIALISMO: O HISTÓRICO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Durante grande parte da história brasileira a criança se viu com poucos direitos, sendo oprimida e vítima das desigualdades sociais. Na realidade, o reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos vem a ser uma conquista recente da sociedade brasileira. Tal mudança se deu principalmente pela promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, bem como com a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), em 1993 e com a ratificação da Convenção dos Direitos da Criança em 1990 (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2006, p. 15).

É fundamental que se conheça a história da criança e do adolescente na sociedade brasileira para, então, passar-se a analisar essa transição da infância como opressão, em que a criança e o adolescente não podiam expressar sua vontade, viviam sob o olhar adulto opressor e, enfim, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito, respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

No período imperial, existia uma grande preocupação com os menores abandonados. Na realidade esse problema tinha vários fatores como mães escravas que abandonavam seus filhos para serem amas de leite, e mulheres brancas que abandonavam seus filhos por serem fruto de relações extraconjugais, afinal o adultério era um problema que recaía sobre a mulher e a criança (SAETA; SOUZA NETO, 2006, p. 20-21). Nesse contexto de preocupação com a quantidade de crianças abandonadas criou-se a Roda dos Expostos que vinha “solucionar” o problema com a caridade institucional.

Custódio e Veronese afirmam que a produção jurídica no período imperial a respeito da criança e adolescente

será o instrumento efetivo para a regulação das relações de desigualdade social, estimulando o assistencialismo, a caridade e a filantropia, regulando a exploração militar da mão de obra da criança por meio das Companhias de Aprendizes, legitimando a exploração econômica do trabalho dos meninos escravos, impondo, juridicamente, o trabalho aos meninos considerados “delinquentes”, ou seja, produzindo e reproduzindo desigualdades e exclusões (CUSTÓDIO; VERONESE, 2008, p. 28).

Devido ao sistema de assistência e proteção, qualquer criança em situação de pobreza estava sujeita a se enquadrar na ação da Justiça e assistência. Sob a afirmação de “prender para proteger”, adolescentes e crianças eram confinadas em grandes instituições (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2006, p. 15). Nesses termos, o Código de 1890 considerava inimputáveis os menores de 9 anos (SAETA ; SOUZA NETO, 2006, p. 22). O Código de Menores de 1927, por sua vez, em seu inciso V, definia menor abandonado como aquele, menor de 18 anos, que se encontrava em estado habitual de vadiagem, mendicância ou libertinagem (CUSTÓDIO; VERONESE, 2008, p. 55). Percebe-se que essa etapa não trata as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, mas apenas como objetos da norma.

Caminhou-se, como o passar do tempo, na linha da institucionalização e não do reconhecimento da criança e adolescente enquanto sujeitos de direitos.

Por outro lado, verifica-se que a partir do século XX, iniciaram-se uma série de mudanças do sistema jurídico brasileiro no que se refere aos direitos das crianças e adolescentes. Passou-se a admitir a questão da pobreza como problema social, porém a família era considerada a principal responsável pelo abandono de seus filhos. Passou-se, assim, a investir em educação como meio de prevenir a criminalidade. Em 1921, criou-se um plano de proteção e assistência à criança e ao adolescente com o Decreto 16.272 onde a criança abandonada não era mais considerada uma questão de polícia e sim de assistência (SAETA; SOUZA NETO, 2006, p. 23-24).

Destaca-se, nesse contexto, que a primeira Constituição a fazer referência aos direitos da criança e do adolescente foi a Constituição de 1934, mas se restringia principalmente a regulamentar o trabalho de crianças e adolescentes. Ela estabeleceu:

a proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres a menores de 18 anos – artigos 121, § 1º. Prescrevia, ainda, sobre os serviços de amparo à maternidade e à infância e sobre os referentes ao lar e ao trabalho feminino – art. 121, § 3º (VERONESE; COSTA, 2006, p. 49).

Entretanto, é a partir da Constituição de 1937 que é ampliada a proteção aos direitos da criança e do adolescente. O art. 127 da Carta de 1937 trata especificamente da criança e do adolescente ao estabelecer:

A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, a Constituição de 1946 continuou resguardando o direito da criança e do adolescente, sendo que tais deveriam ser assegurados desde a maternidade. É importante ressaltar, porém, que tais Constituições não foram realmente efetivas no combate à exploração da criança e do adolescente. Na verdade o cumprimento da totalidade dos seus princípios não ocorreu.

Em 1979 o Novo Código do Menor ainda tinha sua maior preocupação voltada para o abandono. O referido Código procurava resolver a questão a partir da institucionalização dessas crianças. A este respeito Saeta e Souza Neto (2006, p. 28) afirmam que essa legislação tinha por objetivo “mais puni-lo por sua pobreza do que melhorar suas condições de vida. Consequentemente, visava mais ajustar os pobres, para não perturbarem a sociedade, do que reduzir a desigualdade social”.

Entretanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente influenciariam uma nova corrente de proteção aos direitos da criança e do adolescente.

O maior avanço, quando se fala em direitos da criança e do adolescente, deu-se efetivamente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, unida ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, regulamentando a teoria da proteção integral, que segundo Marques (2011) “se sustenta em dois pilares: a concepção da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e a afirmação da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

Nestes termos, tem-se expressamente no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 que compete à família, juntamente com o Estado e a sociedade em geral, assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, nos quais está inserido o direito à convivência familiar e comunitária.

Ademais, a Carta Magna trouxe para ao contexto brasileiro a Teoria da Proteção Integral, instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU), com a Declaração de Genebra, de 26 de setembro de 1924, enquanto medida para garantir a efetivação dos direitos dos menores de idade. A ratificação dessa teoria veio com a edição da Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, trazendo em seu conteúdo um conjunto de valores da Doutrina da Proteção Integral. Assim, ensinam Custódio e Veronese (2009, p. 106):

Neste momento, a Declaração de Genebra reconhece a proteção da criança, independentemente de qualquer discriminação de raça, nacionalidade ou crença. Afirma o dever de auxílio à criança com respeito à integridade da família e o oferecimento de condições de desenvolvimento de maneira normal, envolvendo as condições materiais, morais e espirituais. Além disso, recomenda que a criança deve ser alimentada, tratada e reeducada, refletindo a força do ideário higienista e positivista da época nos campos da educação e saúde, revelados pelos conceitos de tratamento e normalidade.

Verifica-se, portanto, a positivação do reconhecimento universal das crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, tornando-se imprescindível, portanto, um ambiente social em que seja possível a efetivação e exercício pleno desses direitos. Assim, nas palavras de Custódio e Veronese (2009, p. 110), “o Direito da Criança e do Adolescente afirma-se no contexto jurídico brasileiro como instrumento garantidor de transformações”.

Importante destacar que de acordo com a Doutrina da Proteção Integral, entender a criança e adolescente enquanto “sujeitos de direitos” é fundamental para a sua efetivação. Nesse sentido, são oportunos os ensinamentos trazidos pelo Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária:

A palavra “sujeito” traduz a concepção da criança e do adolescente como indivíduos autônomos e íntegros, dotados de personalidade e vontade próprias que, na sua relação com o adulto, não podem ser tratados como seres passivos, subalternos ou meros “objetos”, devendo participar das decisões que lhes dizem respeito, sendo ouvidos e considerados em conformidade com suas capacidades e grau de desenvolvimento (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2006, p. 25).

Disso, depreende-se que, pelo fato da criança e adolescente terem direitos, são beneficiários de obrigações por parte de terceiros, quais sejam o Estado, a família e a sociedade. Cabendo a eles a proteção dos direitos da criança e do adolescente, a promoção das condições adequadas para o seu pleno desenvolvimento, especialmente no ambiente familiar e na comunidade.

Ao encontro de tal assertiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente reconheceu a condição peculiar da criança e do adolescente em desenvolvimento expresso no artigo 6º, do referido diploma legal. Assim, o desenvolvimento adequado da criança e do adolescente deve estar caracterizado em processos biológicos, psicoafetivos, cognitivos e sociais, em que são necessários no ambiente que os cercam, uma série de condições e contrapartidas para se efetivar esse desenvolvimento conforme prescreve a legislação. Nesse contexto, destaca-se o papel fundamental da família, para a promoção desses direitos. Contudo, muitas vezes, é no ambiente familiar que esses direitos são violados. Diante disso, é fundamental que se compreenda esse processo de violação de direitos no contexto da família. É o que segue

2 DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR FRENTE ÀS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Amparado na evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente, percebe-se que levou-se muito tempo para serem reconhecidos enquanto sujeitos de direitos. O que, efetivamente, só veio a ocorrer com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse novo contexto, a legislação brasileira reconheceu a família, a sociedade e o Estado enquanto estrutura basilar para a proteção e garantia dos direitos da criança e do adolescente. A família, por sua vez, é o espaço privilegiado e essencial para o desenvolvimento dos infantes, amparados em um crescimento humanizado para promover o desenvolvimento integral enquanto indivíduos.

Justamente por ser referência de afeto, proteção e cuidado, é na família que se constrói os primeiros vínculos afetivos, a relação de limites, o certo e o errado, e é também onde primeiro se vivenciam os primeiros conflitos (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2006, p. 28- 30).

Nesse contexto, cabe entender a centralidade do investimento de políticas públicas de fortalecimento e resgate de vínculos familiares em situação de vulnerabilidade, afinal toda família tem a possibilidade de se (re)organizar para superar seus desafios e dificuldades, sendo a melhor e menos lesiva forma de lidar com violações perante as crianças e adolescentes. Nesse sentido, tem-se que

O fortalecimento e o empoderamento da família devem ser apoiados e potencializados por políticas de apoio sóciofamiliar, em diferentes dimensões que visem à reorganização do complexo sistema de relações familiares, especialmente no que se refere ao respeito aos direitos de crianças e adolescentes. (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2006, p. 31)

Vale ressaltar que, muitas vezes, a família tem se revelado ambiente inadequado para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, principalmente quando há uma família desestruturada, em situação de pobreza e com ambiente doméstico violento. Nesse cenário, a família encontra dificuldades para proteger e educar os filhos. O Estado, corresponsável, traduziu essas dificuldades como uma “pretensa incapacidade da família de orientar os seus filhos” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2006, p. 15). Esse argumento possibilitou a intervenção do Poder Público através do desenvolvimento de políticas paternalistas voltadas para o controle e a contenção social, principalmente para a população mais pobre, com total descaso pela preservação de seus vínculos familiares.

A criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento devem ter assegurados e mantidos o vínculo afetivo e a estabilidade familiar a partir de um ambiente onde sejam assegurados os seus direitos. Evidentemente nem sempre isso ocorre. Isto é, por vezes crianças e adolescentes são violentados pelas pessoas de seu próprio vínculo familiar. É nesse ambiente onde a criança mais precisa de apoio, onde ela deveria ser amada e respeitada que ocorre a violência doméstica.

As pessoas que atentam aos seus direitos são as pessoas que ela depende totalmente e a quem ela confia. A violência doméstica contra crianças e adolescentes pode ser definida como: todo ato ou omissão praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que – sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima – implica, de um lado, uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento (GUERRA, 2001, p.32-33). O problema da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes deve ser pensado como uma questão de relações hierarquizadas (pais/parentes em relação a crianças/adolescentes) de poder com fim de dominação, em que ela não tem sua vontade reconhecida, pois está oprimida pela vontade do adulto. Assim a criança se encontra desprotegida e submissa, sem possibilidade de libertação.

Guerra (2001, p. 32-33) afirma que a violência doméstica intersubjetiva consiste: primeiramente numa *transgressão do poder disciplinador do adulto*, em que a diferença de idade se converte numa desigualdade de poder; consiste também na *negação do valor liberdade*, a violência exige que a criança ou adolescente sejam cúmplices do adulto num pacto de silêncio, e por fim numa *forma de processo de vitimização* como forma de diminuir a vontade da criança e submetê-la ao adulto.

Diante da condição de desenvolvimento da personalidade da criança e adolescente é evidente o papel destrutivo que a violência intrafamiliar propicia. Essas vivências de violência muitas vezes acabam por introduzir crianças e adolescentes no mundo das demais violências.

Ou seja, é nesse ambiente familiar que a criança obterá seus registros de violência, opressão e vitimização, ela terá dificuldade em lidar com os limites, ou com a falta deles e, na maioria dos casos tornar-se-á transgressora das regras morais, sociais, éticas, etc., podendo envolver-se em atos infracionais.

3 O DIREITO À CONVIVÊNCIA COMUNITÁRIA

Ao lado da família, o desenvolvimento da criança e do adolescente também é fortemente influenciado pelo contexto em que estão inseridos. Como disciplina Nasciuti (1996) é na relação com os espaços sociais, que as crianças e adolescentes se deparam com o coletivo, ideia de papéis sociais, regras, leis, e valores, imprimem a sua individualidade e se deparam com importantes contribuições para o seu desenvolvimento.

Nesse diapasão, os espaços e as instituições sociais contribuem cabalmente para a construção de relações afetivas e estruturação da identidade individual e coletiva. Diante do exposto, ao se tratar da necessidade do afastamento do convívio familiar, é importante ressaltar que as crianças e adolescentes devem, prioritariamente, permanecer contexto social que estão inseridas. Afinal, a convivência comunitária além de contribuir, e muito, para o desenvolvimento pessoal, favorece o fortalecimento de vínculos familiares e a inserção social da família.

Por fim, pode-se afirmar que os vínculos familiares e comunitários possuem uma dimensão política, visto que o seu fortalecimento depende de diversos fatores, dentre eles de destaca o investimento por parte do Estado em políticas públicas voltadas à família, à assistência social, à educação, saúde, trabalho, combate à violência, ao abuso e à exploração de crianças e adolescentes além de distribuição de renda e diminuição da desigualdade social, dentre outras ações afirmativas (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2006, p. 33). É nesse sentido que a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes necessita de um conjunto articulado de ações que envolvam a corresponsabilidade do Estado, família e sociedade explicitada com excelência na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 ACENTRALIDADE DA FAMÍLIA : POLÍTICAS PÚBLICAS

O direito das crianças e dos adolescentes à convivência familiar e comunitária está diretamente ligado à inclusão social de suas família.

Portanto, diante de situações de risco social e vulnerabilidades vividas pelas famílias brasileiras, principalmente por pressões geradas pelos processos de exclusão social e cultural, essas famílias precisam ser apoiadas pelo Estado e pela sociedade, para que possam cumprir suas responsabilidades. (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2006, p. 69)

Deste modo, o apoio tem por objetivo maior, superar as vulnerabilidades e riscos aos quais as famílias brasileiras estão expostas por meio de políticas públicas que favorecem o fortalecimento desses vínculos. É nesse sentido que a centralidade da família nas políticas públicas se torna fundamental, contribuindo para superar os desafios pertinentes para alcançar políticas públicas mais eficientes no que tange à família. Como assevera Carvalho (2012, p. 269), os referidos desafios são:

A questão da partilha de responsabilidades na proteção social, justificada pela pobreza persistente, por desemprego, envelhecimento populacional;

A questão da partilha de responsabilidades formativas, que se deve à exacerbação do individualismo, à perda de valores, a menor eficácia dos educadores institucionais na socialização de crianças e adolescentes;

O descrédito e o descarte de soluções institucionalizadas de proteção social (internatos, manicômios, orfanatos, etc.).

Nesse sentido, verifica-se atualmente a implementação de processos mais efetivos na proteção social, ressaltando principalmente as políticas públicas de saúde e assistência social. Também abandonou-se as estratégias de políticas públicas institucionalizadoras. Tal conquista só foi possível com a retomada da família e da comunidade como locais e sujeitos necessários para a proteção social, utilizando da solidariedade familiar, e do serviço coletivo como instrumentos complementares.

As políticas de combate à pobreza também dão primazia à família e à comunidade. A pobreza vitimiza diversas famílias, as quais são culpabilizadas por sua situação de risco e consequentemente deficiência na criação dos filhos por falta de recursos. Tais famílias necessitam de uma "rede de proteção e de desenvolvimento socioeconômico voltado às famílias e comunidades vitimizadas pela pobreza" (CARVALHO, 2010, p. 270).

Enfim, tanto o Estado quanto a família desempenham funções que se assemelham em parte, afinal ambos normatizam, estabelecem direitos, poderes, deveres de proteção e assistência. Nesse sentido, pode-se dizer que a família e as políticas públicas são imprescindíveis para o desenvolvimento e proteção do direito à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente.

CONCLUSÕES

Historicamente a assistência à família brasileira foi marcada pela facilidade da institucionalização das crianças devido à falta de condição dos pais, também há, culturalmente, uma tradição de colhimento de crianças entre famílias, nesse sentido, um grande contingente passa boa parte da sua vida fora da casa de seus genitores. Ainda nesse contexto, persiste o estereótipo da incapacidade e incompetência das famílias pobres de cuidar de seus filhos.

A Constituição Federal de 1988, inaugurou a discussão sobre o papel da família, do Estado e da sociedade no desenvolvimento de crianças e adolescentes. Nesta tríade, em primeiro plano, tem-se a família como a figura principal para a promoção e a garantia dos direitos da criança e do adolescente.

Nesse sentido se destaca o direito fundamental à convivência familiar e comunitária garantido à todas as crianças e adolescentes o qual exige diferentes iniciativas de políticas públicas eficientes. O fortalecimento e a efetivação desses direitos só será possível com a concretização de políticas públicas interdisciplinares que assegurem a centralidade na família.

Por fim, basta esclarecer que o método de pesquisa adotado para o tema em questão, foi o hipotético-dedutivo, aplicando-se como técnica a pesquisa bibliográfica como base teórica para o desenvolvimento do estudo. Devido ao fato de a pesquisa estar em andamento os resultados ainda estão sendo aferidos. Contudo é indiscutível que as políticas públicas centradas na família são mecanismos adequados para a efetivação dos direitos e garantias das crianças e adolescente.

REFERÊNCIAS

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

CARVALHO, Maria C. B. Família e políticas públicas. In: ACOSTA, A. R.; VITALE, M. A. F. (Org.). *Família: redes, laços e políticas públicas*. São Paulo: Cortez, 2010.

- CUSTÓDIO, A V.; VERONESE, J. R. P. *Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009. p. 28
- GUERRA, Viviane N. de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: A tragédia revisitada*. São Paulo: Cortez, 2001.
- MARQUES, Jacqueline Bittencourt. *A absoluta prioridade da criança e do adolescente sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2837, 8 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18861>>. Acesso em: 6 mar. 2012.
- NASCIUTI, J. R. A instituição como via de acesso à comunidade. In: R. H. F. Campos (Org), *Psicologia social e comunitária: Da solidariedade à autonomia* (pp. 100-126). Rio de Janeiro: Vozes, 1996.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília/DF, 2006. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/plano_nacional.pdf> Acesso em 09 Mar. 12.
- RIZZINI, IRENE. Reflexões sobre o Direito à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes no Brasil. SBP – Sociedade Brasileira de Pediatria. Rio de Janeiro/RJ, 2005. Disponível em: <http://www.sbp.com.br/show_item.cfm?id_categoria=74&id_detalhe=1354&tipo=D> Acesso em: 10 Out. 12.
- SAETA, B. R. P.; SOUZA NETO, J. C. de. A criança e o adolescente na sociedade brasileira. In: SOUZA NETO, I. C. de; NASCIMENTO, M. L. B. P. (Org.). *Infância: violência, instituições e políticas públicas*. São Paulo: Expressão e Arte, 2006.
- VERONESE, J. R. P.; COSTA, M. M. M. da. *Violência doméstica: quando a vítima é a criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/S C Editora, 2006. P. 49

A ATUAÇÃO DO DIREITO NA PREVENÇÃO À DELINQUÊNCIA JUVENIL ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO¹

Ana Paula Arrieira Simões²
Líria Ana Ramos Duarte³

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Devido ao avanço científico experimentado com a Revolução Industrial na Inglaterra do séc. XVIII, a produção de bens tornou-se mais eficaz e intensa. Com o incremento de produtos lançados no mercado, a necessidade de um aumento de demanda por tais objetos tornou-se uma incógnita impossível de ser ignorada nos cálculos dos donos de indústrias e economistas. Tem sido pelos últimos trezentos anos, na verdade. O problema se resolveu, então, com a concessão de poder de compra a uma classe a que antes era obstruído o uso de tal faculdade. Desde a época da famosa revolução francesa até a dos tubarões das grandes corporações financeiras e redes inseridas no mercado de produtos e serviços, então, viu-se o nascimento de um fenômeno que só poderia se criar dentro de um modelo econômico como o capitalismo, proliferando-se em boa porcentagem do mundo: o consumismo.

Tal fruto do liberalismo econômico experimentado por diversas nações do globo alcançou não só adultos, mas crianças. Em vários pontos do globo teve-se comprometido o entendimento de diversas destas sobre o que é necessário à manutenção de uma vida humana digna e enfraquecidos os valores sociais que serviriam de alicerce às ações que visam o progresso de uma sociedade. Vítimas que são dessa deturpação de valores, esses jovens acabam afetados por seus efeitos caóticos que tem dentre eles a exclusão social e, vinculada a isso, a ascensão do número de casos de delinquência juvenil em diversos pontos do globo.

Com o objetivo de prevenir que mais indivíduos tenham um futuro aprisionado pelos ditames desta cultura consumista, instituições privadas e públicas engajam-se na árdua tarefa de levar o conhecimento necessário à sua libertação através da cooperação com escolas, acreditando ser a educação sobre as relações de consumo o meio ideal através do qual operar. Como exemplo, será abarcado pelo presente trabalho o projeto desenvolvido por estudantes do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) em parceria com a Brigada Militar do Vale do Rio Pardo – RS por intermédio de oficinas realizadas nas escolas da região.

1. CONSUMISMO

Arquitetado pelo Ministro da Economia (Fazenda) dos EUA, John Maynard Keynes, esse fenômeno foi o que tirou o citado país da grande depressão de 1929. Keynes criou o mito do consumo como sinônimo de bem-estar e meta prioritária do processo civilizatório, que foi rapidamente absorvido pela sociedade capitalista industrial. Nesse sentido, diz João Verdura que a capacidade aquisitiva foi, então, gradualmente, se transformando em medida para (des)valorizar os indivíduos e também fonte de prestígio social. A ânsia de adquirir e Acumular bens deixa de ser um meio para a realização do bem-estar, tornando-se um fim em si mesmo, o símbolo da felicidade capitalista.

1 Trabalho orientado pela professora Mestre em Direito Rosane Teresinha Carvalho Porto.

2 Graduada em Direito, Bolsista PAPEDS e integrante dos grupos de pesquisa Educação para Consumo da professora Pós-Dr. Marli Marlene Moraes da Costa, Jurisdição Constitucional Aberta da professora Pós-Dr. Mônia Clarissa Henning Leal e Teorias do Direito da professora Dr. Caroline Müller Bitencourt na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

3 Graduada em Direito e Bolsista PAPEDS e integrante do grupo de estudos Educação para Consumo da já mencionada professora Pós-Dr. Marli Marlene Moraes da Costa na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

4 HAMUCHE, Desiree M.N. Consumismo exagerado causa problema para jovens. Disponível em: <http://projetovivervida.blogspot.com.br/2008/06/blog-post_26.html>. Acesso: 18 jul. 2012

5 ESTADÃO, Jornal. Jovens estouram contas das famílias. São Paulo. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,jovens-estouram-contas-das-familias,504142,0.htm>>. Acesso: 23 jul. 2012.

6 Idem.

O fato de o jovem estar em processo de formação e por isso muito suscetível à opinião de outros, pode facilitar para que este se torne consumista. Uma pesquisa feita pela Kantar Worldpanel⁵ revelou que famílias com jovens de 12 a 19 anos tem gastos cinco por cento (5%) maiores que o ganho mensal. Embora tal realidade dificilmente seja desencorajada devido à tendência adotada pelas sociedades ocidentais de ignorar o desperdício e focar no aquecimento econômico, a compra exacerbada de produtos gera consequências negativas em diversas direções. São milhares de famílias brasileiras endividando-se na busca do que acreditam ser um aprimoramento do seu padrão de vida.

Educadores e pais também se deparam com a exclusão social provocada pela associação de poder aquisitivo de uma pessoa com seu potencial feita pelas crianças e adolescentes, mesmo que não expressa de forma explícita. Para o coordenador do projeto Viver Vida⁶ “o jovem está cada vez mais materialista, portanto a necessidade de trazer o foco social e humano de volta à sociedade através da educação e da cidadania”.

2. DELINQUÊNCIA JUVENIL COMO UM DOS FATORES DA EXCLUSÃO SOCIAL

Conceituada pelo sociólogo francês Robert Castel (1990), a exclusão social foi definida como o ponto máximo atingível no decurso da marginalização, sendo este, um processo no qual o indivíduo se vai progressivamente afastando da sociedade através de rupturas consecutivas com a mesma. Essas rupturas podem se dar em diferentes níveis e por diferentes fatores tais como raça, credo, orientação sexual, poder aquisitivo, etc.

Trazendo essas palavras para o meio em que foi desenvolvido este trabalho, é possível identificar essas rupturas na conduta da criança e do adolescente, que no que diz respeito à sua formação, estão muito mais suscetíveis a serem influenciados por amigos e por ideias de que eles precisam de determinados produtos e marcas para serem aceitos pela sociedade. Nesse momento é importante que a escola, como um espaço de socialização, assuma o papel de equilibrar as relações entre os indivíduos e incentive a cooperação entre os mesmos, não a competição. Visto que é comum a associação de poder aquisitivo com o valor pessoal entre os mais novos.

Acordando com Victor Strasburger quando este diz ser:

Importante destacar que pelo fato de estarem em uma peculiar condição de desenvolvimento, crianças e adolescentes têm, originalmente, maior vulnerabilidade à influência de fatores externos desfavoráveis⁷.

Pela leitura de casos concretos vividos diariamente por milhares de jovens como aquele em que uma criança é impedida pelos colegas de participar de determinadas atividades em grupo por não atender à moda ou não ter condições de realizar um passeio, ler um livro ou ver um filme do momento, devido ao seu baixo poder aquisitivo, é possível perceber que, sem uma estruturação e auxílio externos, a criança ou adolescente poderá sentir-se revoltada e afastar-se do convívio social. Em algumas situações a atitude a seguir pode ser o furto, o roubo ou grave depredação de algum princípio ou bem jurídico e social.

O termo delinquência juvenil⁸, que é o termo utilizado internacionalmente para se referir aos delitos cometidos por adolescentes, foi empregado pela primeira vez em 1815, na Inglaterra, a partir da realização do julgamento de cinco meninos, com idades entre oito e doze anos. Logo, a expressão pejorativa “delinqüente” vem sendo utilizada indiscriminadamente, dependendo da concepção e veiculação de opinião por quem a utiliza. O emprego de tal terminologia, tanto delinqüente como delinquência juvenil, tem suscitado diversas críticas ocasionadas pela variação de sentidos, que podem significar comportamentos anti-sociais⁹ praticados por menores de idade tipificados em lei, conforme caráter exclusivamente jurídico ou significar comportamentos irregulares, anormais, indesejáveis, assim como relacionados a jovens que necessitam de cuidado, proteção e integração.¹⁰

7 STRASBURGER, Victor C. *Os adolescentes e a mídia*. Impacto Psicológico. Porto Alegre: Artmed, 1999. p.117.

8 No Brasil, após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), emprega-se o termo infração.

9 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. In: CURY, Munir (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* - Comentários Jurídicos e Sociais. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.540-541.

10 SOARES, Orlando. *Curso de Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.95-96

Ao falar em delinquência estamos falando de desamparo do ser humano, das crianças, dos jovens, dos pais e da sociedade como um todo e, principalmente, da família. Diante dessa realidade, é visível como a descrença nas instituições e a introjeção de valores de consumo se mostraram muito mais eficazes do que os padrões morais de direito e respeito por si mesmos e pelos outros. Torna-se imprescindível, então, encontrar meios de religar os laços com criança e adolescente, contribuindo com a construção de um futuro em que estes possam desfrutar de seus direitos de que, outrora, foram privados.

3. PROJETO PREVENTIVO

Vinculando temas trabalhados em sala de aula como consumo (de energia, roupas), reciclagem, exclusão social e mídia, o projeto “O Direito vai à escola: consumo x educação para cidadania de crianças e adolescentes na rede escolar de ensino fundamental” liga estudantes do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) às Ações Integradas, programa de iniciativa da Brigada Militar do Vale do Rio Pardo – RS, tendo como meta a conscientização de crianças e adolescentes para os aspectos positivos e negativos das relações de consumo. A escola como o segundo núcleo de socialização, sendo a família o primeiro, tem a responsabilidade pelo crescimento saudável do ser humano em desenvolvimento. A escola, assim, é tida como uma das principais instituições responsáveis pela formação de cidadãos. Ensinar aos jovens o complexo sistema do mundo no qual todos estão inseridos e conectados, a perceber a responsabilidade por trás dos até mesmo mais banais atos, tem repercussão no seu modo de interpretar e interagir com os outros indivíduos. Sejam eles seus pais, tios, professores, colegas. É através da escola que une o aprendizado formal com projetos e ações culturais e sociais que se vê o comprometimento desta em permitir que o jovem explore e se desenvolva, visto que há necessidade da educação alicerçada em valores como preparo para a integração social. Valores que se estendem além das disciplinas obrigatórias.

Em especial, a escola comprometida com a boa formação do ser humano, compreende seu potencial como instituição educadora e através de seu envolvimento em ações de cunho social, cultural e político propicia a troca de informações necessária ao engajamento do indivíduo à sociedade. As Ações Integradas, iniciativa da Brigada Militar aliada a instituições públicas e privadas, assumem o compromisso social de auxiliar na árdua tarefa de educar os cidadãos de amanhã mediante oficinas recreativas e preventivas organizadas e apresentadas por seus colaboradores.

Tendo-se, pois, que se:

a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda. Se a nossa opção é progressista, se estamos a favor da vida e não da morte, da equidade e não da injustiça, do direito e não do arbítrio, da convivência com o diferente e não de sua negação, não temos outro caminho se não viver a nossa opção. Encarná-la, diminuindo, assim, a distância entre o que dizemos e o que fazemos.¹¹

Adotando o método hipotético dedutivo, numa perspectiva analítica e crítica, os universitários engajados no projeto encontraram no teatro de bonecos (fantoques) um meio ideal de comunicação com os infantes. Trabalhando o lado mágico da imaginação e da criação de um mundo diferente, através de encenações, buscou-se explorar assuntos como o consumo exagerado – entende-se aqui, consumismo –, a exclusão social, a influência da mídia e o consumo consciente. O diálogo entre os personagens e as crianças possibilitou observar quais valores já haviam sido, ou estavam sendo, abordados tanto no ambiente escolar quanto familiar que, somados às manifestações provenientes das mentes novas, influenciaram na dinâmica das apresentações que a cada escola adaptava-se de forma a tornar o aprendizado mais espontâneo, divertido e eficaz.

Com isso, pretende-se levar os infantes a refletirem sobre a necessidade de estarmos atentos as nossas reais necessidades de consumo, estimulando-os a fazerem uma distinção clara entre necessidade e possibilidade de se obter determinado produto em determinado momento de nossas vidas e construir um filtro crítico voltado às mensagens proliferadas pela cultura consumista em que estão inseridas.

11 FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1981.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O consumismo confirmou-se como uma doença típica das sociedades capitalistas. Na implementação de sua política de valorização do indivíduo não por aquilo que ele é, mas por aquilo que ele tem levou a sociedade a ser vítima de muitos problemas que afligem crianças e adolescentes e suas famílias, por comprometer valores e princípios responsáveis pela boa integração social, política e cultural entre os indivíduos. A exclusão social e a delinquência juvenil são exemplos disso, na medida em que são traços perceptíveis na conduta de crianças e adolescente da sociedade contemporânea. A exclusão social é por si só um ato de crueldade para com o ser humano, privando do contato com outros, algo que pela natureza política do homem é essencial à sua boa integração social e, com isso, existência harmônica. Ela esmorece o indivíduo até que ele revolte-se com tudo o que o cerca e tome atitudes que afrontam inclusive as leis estatais. Nesses casos, caracteriza-se a delinquência juvenil que, pela desilusão da criança ou adolescente, é conduta ditada pela violência, reflexo adquire. Ambas são consequências de muitas causas que variam e mudam com o tempo.

Destarte, a construção deste trabalho mostrou ser evidente a necessidade da recuperação de valores sólidos que sirvam de alicerce a uma educação que permita um desenvolvimento saudável dos jovens, sendo que é um direito que lhes deve ser garantido não somente através de matérias escolares, mas políticas básicas voltadas para a juventude, integrando família, escola, sociedade e Estado. Ações que permitam às crianças e adolescentes expandir seus horizontes e realizar mudanças positivas, contribuindo para o preparo destes para a tomada de decisões no futuro.

Embora ainda seja cedo para se avaliar os reflexos da articulação das atividades realizadas com os alunos das escolas envolvidas nas ações da BM, acredita-se na formação dos seus alunos em cidadãos que consomem de forma consciente, pensam nas consequências de suas escolhas em longo prazo e, assim, promovem o bem estar geral pela integração em um modelo de conduta capaz de diminuir as consequências negativas do consumismo, da exclusão social atrelada a ele e, por fim, à delinquência juvenil. Tratando-se de jovens, é possível que ainda se veja, num futuro, o nascimento de uma comunidade mais organizada e unida. Graças à consciência e participação efetiva de seus integrantes na tomada de decisões de ordem geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTEL, Robert (1990). *Extreme Cases of Marginalisation, from Vulnerability to Desaffiliation*, comunicação apresentada no *European Seminar on Social Exclusion*, realizado em Alghero (Itália), em Abril de 1990.

ESTADÃO, Jornal. *Jovens estouram contas das famílias*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,jovens-estouram-contas-das-familias,504142,0.htm>>. Acesso: 23 jul. 2012.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1981.

GADOTTI, Moacir. *Escola cidadã: uma aula sobre a autonomia da escola*. 5. ed. São Paulo. Cortez, 1999.

HAMUCHE, Desiree M.N. *Consumismo exagerado causa problema para jovens*. Disponível em: <http://projetovivervida.blogspot.com.br/2008/06/blog-post_26.html>. Acesso: 18 jul. 2012

LIMEIRA, Tânia M. Vidigal. *Comportamento do consumidor brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MATURANA, Humberto. *Formação humana e capacitação*. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 5. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2002.

- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. In: CURY, Munir (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* - Comentários Jurídicos e Sociais. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- RASSIAL, Jean Jacques. *O Psicanalista e o Adolescente*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 1999.
- SOARES, Orlando. *Curso de Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- STRASBURGER, Victor C. *Os adolescentes e a mídia*. Impacto Psicológico. Porto Alegre: Artmed, 1999.
- STRASBURGER, Victor C. *Crianças, adolescentes e a mídia*. Victor C. Strasburger, Barbara J. Wilson e Amy B. Jordan; tradução: Sandra Mallmann; revisão técnica: Márcia Benetti. – 2. ed. – Porto Alegre: Penso, 2011.
- VERDURA, João. *Consequências do consumismo*. Disponível em: <<http://jaoverdu.wordpress.com/2008/05/27/consequencias-do-consumismo/>>. Acesso: 24 out. 2012.

O DIREITO DE RESISTÊNCIA COMO FORMA DE LIMITAÇÃO DO ESTADO DIANTE DA PRECARIÉDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Bruna Almeida Cordeiro¹
Eduardo Pazinato da Cunha²

Resumo: Sob a luz de uma sociedade moderna e de uma Constituição Federal baseadas nos direitos e garantias fundamentais do ser humano, é possível fazer uma análise crítica diante do problema penitenciário que atualmente o Brasil enfrenta. O Estado, de um lado, tem como função privar a liberdade de um indivíduo que age contra as normas previstas no ordenamento jurídico, e o homem tem o direito de resistir à essa ação estatal se, de certa forma, ela se direcionar contra os direitos e garantias constitucionais.

No tocante à esfera penal-penitenciária, o agente é preso com o intuito de se reeducar para, futuramente, conviver em sociedade, e o Estado possui o dever de dar estrutura para que essa reintegração ocorra. Diante da precária situação das prisões, o homem passa a ter o direito de resistir à punição, visto que o Estado já não está mais cumprindo seu papel, mas sim violando os princípios fundamentais do homem, colocando-o sob essas condições.

Palavras-chave: Resistência. Preso. Estado.

Introdução:

O presente estudo tem como propósito geral abordar o direito à resistência do preso como causa suprallegal de exclusão de infração penal diante das más condições em que as penitenciárias atualmente se encontram, colocando em evidência os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, previstos na Constituição Federal Brasileira.

A necessidade de avaliar a viabilidade de uma possível provocação do Estado para que modifique a situação atual se faz necessária, haja vista a preocupação social com os direitos fundamentais do preso. A análise quanto à problemática apresentada está compreendida nos argumentos a seguir expostos.

Assim, para trabalhar a questão, primeiramente, será feita uma explanação sobre o Estado Moderno e suas funções de manutenção da ordem pública, indicando as limitações diante de seu poder legítimo de punição. Em seguida, será abordado o direito de resistência do homem, com uma maior abordagem na condição de preso, em posição de cumprimento da pena em condições desumanas e sem qualquer estrutura de reintegração à sociedade. Por fim, o terceiro ponto destina-se às penitenciárias brasileiras, momento em que se procura demonstrar sua realidade atual, na medida em que carece de atividades que incentivem o restabelecimento social do presidiário, situação que propicia o exercício de resistência, e conseqüentemente, desafiando possíveis fugas e rebeliões.

1 Autor. Graduando do curso de Direito (acadêmico do 9º semestre) da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: brunalcor@gmail.com.

2 Orientador. Graduado em Ciências jurídicas e sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador do Núcleo de Segurança Cidadã e Professor na área de Segurança Pública na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: edupazinato@gmail.com.

O Estado e seu poder punitivo³

O Estado Moderno surgiu a partir da evolução da sociedade⁴, momento em que passou monopolizar o poder de manutenção da ordem pública, juntamente com o exercício legítimo de punir condutas contraditórias àquelas previstas em lei. Salo de Carvalho, em sua obra, transcreve uma afirmação de Weber em relação à definição do Estado Moderno neste contexto, veja-se: O monopólio da coação nas mãos do Estado tornou-se, portanto, uma das principais conquistas da modernidade. O Estado moderno, segundo Weber, *constituir-se-ia numa comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado - reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. Logo, o Estado se transforma na única fonte do 'direito' à violência*⁵.

Assim, através do poder punitivo, atribuiu-se ao Estado legitimidade de utilizar-se da violência física como justificativa de manutenção do controle social. É através da coação que o sistema penal estatal estabelece um controle social, isto é, as sanções foram criadas como meio de punição do agente que contrariar as determinações legais que regem o convívio pacífico da sociedade.

Partindo do pressuposto de que foi instituído um pacto social com o Estado, onde este teve como encargo a ampla garantia e respeito aos direitos individuais e sociais, bem como o poder de punir em caso de violação das leis, o cidadão, por sua vez, adquiriu o direito de resistência a punições tirânicas, quando o poder estatal extrapolar funções pré-estabelecidas. Perante o individualismo liberal de John Locke, no que se diz respeito ao direito à resistência da sociedade em relação ao governo, afirma-se que, quando o poder executivo ou legislativo violam a determinação legal e atentam contra a propriedade, o governo deixa de cumprir o fim a que fora destinado, tornando-se ilegal e degenerando em tirania. Assim entende Francisco Weffort: A doutrina da legitimidade da resistência ao exercício ilegal de poder reconhece ao povo, quando este não tem outro recurso ou a quem apelar para sua proteção, o direito de recorrer à força para a deposição do governo rebelde. O direito do povo à resistência é legítimo tanto para defender-se da opressão de um governo tirânico como para libertar-se do domínio de uma nação estrangeira.⁶ Outrossim, importante mencionar de forma rápida como exemplo, o período de ditadura militar, momento em que a sociedade sofreu opressão estatal e através de manifestações e reivindicações, alcançou o controle do Estado, resistindo ao autoritarismo e tirania

Dessa forma, nota-se que o direito do homem de resistir contra qualquer fator que ameace sua sobrevivência ou que represente uma violência a valores éticos ou morais humanistas surge como um tipo de prevenção, em última instância, para evitar certa tirania ou opressão que o Estado venha a ter contra a sociedade.

O direito de resistir é uma realidade constitucional que dispõe sobre os limites do poder estatal, concedendo ao atingido a garantia de poder enfrentar, por ação ou omissão, ato³ injusto de normas jurídicas, de governantes, de regimes políticos e até perante terceiros, fundamentado em razões jurídicas e morais. Susana Falsoni⁷, quando cita Hanna Arendt em seu estudo, aborda a seguinte questão: A cidadania é o direito a ter direitos, podendo-se, então, afirmar que uma das prerrogativas da cidadania é a resistência ao cumprimento de leis tidas como injustas e desarrazoadas, pois o cumprimento destas leis não é obediência, mas sim servidão e ofende ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, principal atributo do homem.

O indivíduo só será obrigado a obedecer às normas e curvar-se aos poderes do Estado, se estes estiverem de acordo com as garantias previstas na Constituição Federal Brasileira. Os direitos humanos devem ser respeitados a todo instante, independente da situação em que o agente se encontra, inexistindo no Estado democrático de Direito qualquer justificativa para que seus princípios basilares sejam violados.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência

do controle penal. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

4

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas: São Paulo: Martin Claret, 2001.

5 CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

6 WEFFORT, Francisco Correia. Os clássicos da política. São Paulo: Ática, 1989, p. 88

2. O direito de resistência e o apenado

O Estado, através do poder legítimo de punir o indivíduo que age em desacordo com a lei, encontrou um meio de separar o criminoso do restante da sociedade: privando sua liberdade. Salo de Carvalho, em sua obra "Penas e Garantias", afirma que tal função "é a cessão da liberdade individual o ato que funda o Estado, estruturando e justificando o poder de punir"⁸. Ainda no mesmo contexto, o autor cita a concepção de Adela Asúa, em "Reinvidicación o superación del programa de Beccaria", veja-se: O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo o exercício de poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior liberdade que o soberano conservar aos súditos.⁹ Assim, cabe salientar ainda, que qualquer ato coercitivo do Estado que fuja daquilo que foi acordado na teoria do contrato social é considerado abuso. O pacto inclui essencialmente a perda de liberdade, e somente esta pode ser executada, qualquer outro tipo de privação de direito é considerado ilegítimo.

O direito de resistência intervém para tutelar garantias fundamentais¹⁰ quando são violadas, mas não pode, por sua vez, ser tutelado, visto que não está explicitamente previsto no ordenamento jurídico. O Estado não pode garantir o direito à resistência, que se manifesta somente quando o cidadão percebe abuso estatal.

Trata-se do último recurso utilizado pelo cidadão, quando se vê diante de situações de extrema ofensa de seus direitos, liberdades e garantias¹¹, por ações do Estado. Com relação ao preso, que se vê em más condições, é evidente constatar a violação de seus direitos, o que dá margem a ele para exercer seu direito de resistir.

Importante salientar que os direitos fundamentais aqui mencionados dizem respeito à liberdade, igualdade e solidariedade, abrangidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, previsto ela Constituição Federal.

O Código Penal Brasileiro, no art. 38, garante que "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral". Pode-se constatar, portanto, que ao sentir seus direitos violados perante as condições subumanas em que se encontra, o presidiário terá facilidade de resistir e tentar fugir daquela situação, visto que seu direito previsto no art. 5º, III¹² foi violado. É claro e evidente que o apenado não tentará resistir por ter pleno conhecimento de seus direitos, mas sim por seu instinto de sobrevivência, buscando o seu bem-estar físico e psicológico.

3. A ineficiência dos direitos fundamentais perante a precariedade do sistema penitenciário brasileiro

A pena privativa de liberdade não tem apenas o objetivo de punir o agente, mas também de excluí-lo totalmente do meio social para que possa ser reintegrado. O artigo 83 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) prevê para o estabelecimento penitenciário dependências com áreas de serviços para as atividades do tratamento reeducativo, sobrepondo-se às imposições de segurança. A estrutura do sistema carcerário no Brasil está explicitamente abordada no ordenamento jurídico, demandando atendimento ao princípio de classificação penitenciária prevista na Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º, inc. XLVIII. Entretanto, tal estrutura está funcionando atualmente de forma precária, em sua maioria, tanto no que diz respeito à parte física, como na concretização de projetos de reabilitação dos internos. O espaço é inadequado para o grande número de presidiários, os dormitórios são escassos e sem a mínima condição de higiene.

7 FALSONI, Susana Ferreira. **Obediência ao direito e direito de resistência: algumas bases filosóficas para**

reflexão sobre a chamada "Lei seca". Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 24 julho. 2008.

8 CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 122.

9 Op. cit, p.122

10 SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª Ed. Livraria do Advogado, 2012.

Ademais, há pouco incentivo e investimento na reintegração do indivíduo na sociedade, o que solucionaria através do oferecimento de emprego, educação e reestruturação psicológica. Através do endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça¹³, é possível obter informações quanto ao número de presos, capacidade projetada e déficit de vagas, em âmbito nacional. As estatísticas são alarmantes:

INFORMAÇÕES NACIONAIS
NÚMERO DE PRESOS 505.794
CAPACIDADE PROJETADA 336.860
DÉFICIT DE VAGAS 168.934

E mais: do número total de presos, apenas 366 estão em regime de trabalho interno e 305 estudam durante o cumprimento de sua pena. Percebe-se assim, que a atual situação de precariedade no país está diretamente relacionada com a ineficiência penal, haja vista que o Estado deixou de cumprir o seu papel de reintegrar o agente criminoso¹⁴. A pena de liberdade deixa de cumprir o seu objetivo inicial, que se dá pela confinamento do indivíduo a fim de que o mesmo possa obter uma aprendizagem a partir desse isolamento. Some-se isso ao posicionamento de Zaffaroni quanto à volta do presidiário à sociedade:

Hasta aquí hemos señalado violaciones a la legalidad que operan dentro de la arbitrariedad o renuncia planificada por la misma ley, pero, además de estas violaciones, en la operatividad social de los sistemas penales latinoamericanos tiene lugar un violentísimo ejercicio de poder al margen de toda legalidad. Basta revisar cualquier informe serio de organismos regionales o mundiales de Derechos Humanos para comprobar el increíble número de secuestros, homicidios, torturas y corrupción, cometidos por agencias ejecutivas del sistema penal o por su personal. A esto debemos agregar la corrupción, las actividades extorsivas y la participación en los beneficios de actividades tales como el juego, la prostitución, el contrabando, el tráfico de tóxicos prohibidos, lo que no suele ser registrado en los informes de los organismos de Derechos Humanos pero que pertenece a la incuestionable realidad de nuestros sistemas penales marginales.¹⁵

Dessa forma, segregado de sua família, amigos e da sociedade como um todo, esperase que o preso venha a refletir sobre seu ato criminoso, sendo este o objetivo mais direto da sua punição. No entanto, a filosofia do Estado está muito distante deste ideal. Autores como Lafer, determinam esses presos como “apátridas”, não no sentido da distinção entre nacionais e estrangeiros, mas, como define também Salo de Carvalho, “provoca em algumas pessoas situação de perda dos elementos mínimos de conexão com a ordem jurídica interna dos Estados, destituindo-os da legalidade e da jurisdição. Tal condição retiraria o status de cidadania do homem”¹⁶. A experiência na execução penal demonstra uma cruel historiografia: ao demonstrar risco para a sociedade, o indivíduo é preso, momento em que ingressa em um ambiente desprovido de condições mínimas de sobrevivência, de forma que tal provação de sua liberdade demonstra uma declaração de “não-cidadania” e de ausência total de defesa de direitos fundamentais, como o princípio garantidor da dignidade do homem, propiciando o pluralismo e resguardando determinada esfera da pessoa na qual é ilícito proibir, julgar e punir: a esfera do pensamento, das idéias, das paixões e das convicções.

12 “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

13 Disponível em www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios, acessado em 30/10/2012.

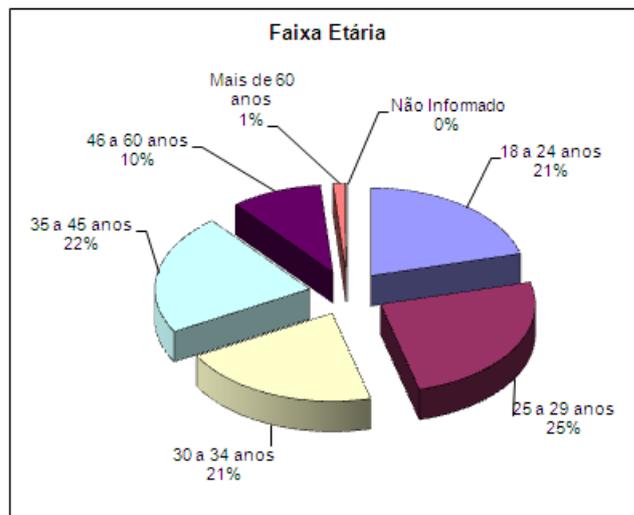
14

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

A Constituição Federal de 1988 incorporou princípios como o da inviolabilidade à intimidade, respeito à vida privada, liberdade de manifestação de pensamento, de consciência e crença religiosa, liberdade de convicção filosófica e política, garantia da livre manifestação do pensar entre outros, bem como determinou a forma de cumprimento das penas, de modo que garantam tais direitos ao presidiário. Entretanto, a realidade na estrutura e funcionamento do atual sistema carcerário brasileiro acaba por agredir tais previsões constitucionais. Salo de carvalho, mais uma vez, ao citar Cristina Rauter, demonstra a situação enfrentada pelos presidiários:

Lancemos um olhar sobre nossas prisões e veremos que elas não podem rigorosamente ser chamadas de espaços disciplinares. Façamos uma visita a nossas delegacias, onde muitos detentos cumprem penas irregularmente, e vejamos que eles estão literalmente amontoados – aqueles corpos promiscuamente misturados, sem qualquer atividade, sem classificação, sem número, permanecendo ali por meses ou até anos. Ou mesmo em penitenciárias, onde o diretor requentemente não sabe qual é o efetivo carcerário, não sabe quantos presos têm direito a benefícios, o que configura uma realidade bem pouco ‘panóptic.¹⁷ Outro problema enfrentado pelo presidiário é a sua exclusão social, a consequência disso é demonstrada através da população carcerária, formada em sua maioria por jovens de baixa escolaridade e renda, já reincidentes, isto é, já possuíam desvio de conduta em seu histórico. Este, infelizmente, tornou-se o perfil do criminoso brasileiro. Os dados estatísticos fornecidos pela Superintendência dos Serviços Penitenciário –SUSEPE/RS, confirmam a triste realidade no estado do Rio Grande do Sul, veja os gráficos a seguir:

Figura1



15 ZAFFARONI, Rau Eugenio . **En Busca de Lãs penas Perdidas**. Ediar Soctedad Anónima Editora Comercial,

Industrial y Financiera, Tucumán 927, P. 6º Buenos Aires. 1998 . Pg 33

16 CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152.

17 Op. Cit. 218/219.

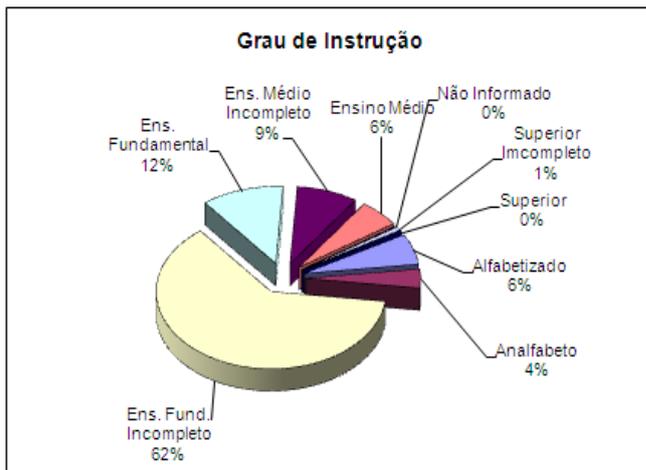


Figura 2

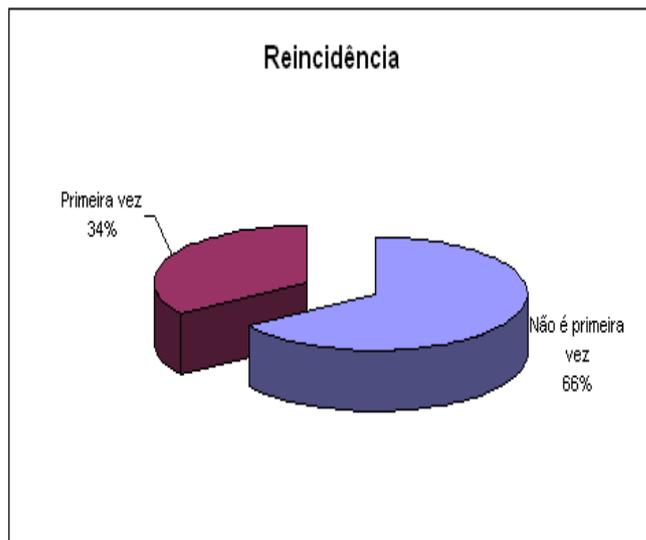


Figura 3

A figura 1 demonstra que 62% dos penitenciários não completaram o ensino fundamental escolar, enquanto que, a figura 2 informa que $\frac{1}{4}$ (25%) dos presos possuem de 25 a 29 anos. O percentual maior é o apresentado pela figura 3, onde mais da metade (66%) dos presidiários são reincidentes do crime. Os dados são alarmantes e o que se busca é demonstrar às autoridades competentes que também devem realizar projetos preventivos dentro dos presídios, com vistas a diminuir a desigualdade social dos presos, para que sejam reintegrados à sua vida após o cumprimento da pena sem a prática do crime. De acordo com a Lei de Execução Penal, o Poder Judiciário, deveria realizar visitas mensais aos presídios federais e estaduais, com o intuito verificar as necessidades dos presos. Infelizmente, essa prática é rara.

4. As condições desumanas do sistema penitenciário e o direito de resistência

Diante das problemáticas já mencionadas do sistema carcerário brasileiro, levanta-se a questão do poder estatal ser legítimo para privar a liberdade do indivíduo que agiu em desacordo com a lei, entretanto, também deve proporcioná-lo condições dignas de sobrevivência para que cumpra sua pena conforme o objetivo pelo qual ela foi criada: reintegração do apenado à sociedade. Contudo, segundo dados já demonstrados, não é o que ocorre atualmente. Assim, a rebeldia do presidiário em tentar a fuga diante da situação precária em que se encontra está diretamente ligada ao seu direito de resistência ao poder do Estado.

18 Disponível em <http://www.susepe.rs.gov.br>. Acessado em 30/10/2012.

Em determinadas circunstâncias, é prevista no ordenamento jurídico a legitimidade do indivíduo praticar a autotutela, isto é, permite à pessoa que proteja e reivindique seus direitos sem o auxílio do Estado. São situações de necessidade que exigem a ação direta do indivíduo, seja para reagir contra o perigo (estado de necessidade) ou para se defender através da agressão (legítima defesa). Porém, tal previsão legal enquadra-se quando uma pessoa deve agir contra outra. Quando este fato ocorre contra o próprio Estado, não há norma que dê uma previsão esclarecedora.

Salo de Carvalho aborda essa questão: Enquanto a dogmática jurídica não potencializa instrumentos para obrigar o Estado ao cumprimento de seu dever em sede de execução penal (v.g. ação civil pública), a única alternativa admissível para resgate dos direitos dos apenados é a inclusão do direito de resistência entre as causas supralegais de exclusão do delito, assim como os já consagrados princípios da Insignificância, adequação social, consentimento do ofendido e inexigibilidade de conduta diversa. Entendido como descriminante transindividual, o direito de resistência permitirá ação política reivindicatória direcionada à mobilização da Administração Pública em prestar minimamente seu dever constitucional, a dizer, respeitar a integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, CF).¹⁹

O direito de resistência, portanto, define-se como uma forma de ação necessária do preso contra o Estado, cujo poder de punir perde sua finalidade no momento em que proporciona más condições de sobrevivência no cumprimento da pena. A partir daí, as fugas e as rebeliões nos presídios podem ser vistas como uma consequência da negligência estatal, onde o preso estará exercendo seu direito de ruptura contra a ordem constituída, segundo Norberto Bobbio “*que põe em crise o sistema pelo fato de produzir-se, como acontece em um tumulto, uma sublevação, uma rebelião, uma insurreição, até no caso limite da revolução*”²⁰. Independente de ter cometido alguma infração penal, os direitos e garantias fundamentais do homem devem ser assegurados, principalmente a sua dignidade, que é um princípio constitucional. As fugas e rebeliões mostram o exercício do direito de resistir do preso, quando este entra em conflito com o poder estatal, que por sua vez, não está proporcionando assistência necessária para manter ordem pública.

Considerações finais

Por fim, conclui-se que, no momento em que o Estado não oferece assistência necessária para exercer sua legitimidade de punir, acaba por violar direitos fundamentais do homem. A resistência apresenta-se com uma forma de reivindicação, no qual surge para tutelar os princípios constitucionais que estão sendo violados. O apenado quando resiste ou quando provoca fugas e rebeliões está exercendo seu direito de ser tratado de forma digna, como um ser humano que tem amparo de uma Constituição totalmente voltada e baseada em princípios e garantias. O poder estatal quando pune o agente criminoso de maneira ilegítima está dando margem para a continuação da criminalidade, ao invés de cumprir o seu papel de ordem pública. O que se busca através do presente estudo, é demonstrar que, a fim de evitar conflitos e reivindicações no meio carcerário, é necessário que o Estado ofereça as condições necessárias à sobrevivência digna do presidiário durante o cumprimento de sua pena. Não se objetiva aqui, garantir o direito de fuga do apenado, pois é certo que o mesmo deve ser punido de forma proporcional ao delito que praticou, de acordo com as determinações legais. Requerse maior atenção aos presídios brasileiros, que não haja margem para que fugas e rebeliões tenham razão de acontecer. Conforme já citado, Salo de Carvalho traz uma possível solução para a presente problemática, que se destina a impor ao Estado o cumprimento de sua obrigação. A concretização disso pode ser dar no meio processual, através de ação civil pública. O ordenamento jurídico prevê toda a estrutura que deve ser necessária para a punição atingir o seu objetivo principal de reintegração social, a fim de que o apenado possa retornar à sociedade de forma honesta, e, no entanto, o que está escrito raramente é praticado. As penitenciárias devem ter condições de manter de forma digna à pessoa que passará longos períodos cumprindo sua punição, e que, esse criminoso possa ter a oportunidade de recomeçar e conseguir seguir as exigências mínimas que um convívio social harmonioso exige. Se não houvesse negligência do Estado, o direito de resistência do apenado não teria como característica a necessidade de exercê-lo como forma de defesa contra o poder público.

¹⁹ CARVALHO, **Salo de. Pena e garantias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.239.
²⁰ Op. Cit. p. 240.

THE RIGHT OF RESISTANCE AS A FORM OF LIMITATION OF THE STATE BEFORE THE RECARIOUSNESS OF THE PENITENTIARY SYSTEM

Abstrac: Under the light of a modern society and a Federal Constitution based on the fundamental rights and guarantees of the human being, it is possible perform a critical analysis before the enitentiary problem that Brazil currently faces. The State, on one side, has the function to deprive the freedom of an individual who acts against the standards laid down in the legal system, and the man has the right to resist this state action if, somehow, she directs against the rights and constitutional guarantees. Regarding the sphere penitentiarycriminal, the agent is arrested with the intention of been re-educated for, in the future, live together in society, and the State has the duty to give structure for that reintegration occurs. Before the precarious situation in the prisons, the man have the right to resist the punishment, since the State in no longer fulfilling its role, but violating the fundamental principles of man, by putting it under these conditions.

Keywords: Resistance. Imprisoned. State.

Referências:

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
- _____, Vera Regina Pereira de. Sistema Penal Máxima x Cidadania Mínima. Códigos da Violência na Era da Globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas: São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial – volume 1.13º edição - São Paulo: Saraiva 2008.
- CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- Conselho Nacional de Justiça. Disponível em www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios, acessado em 30 de outubro de 2012.
- FALSONI, Susana Ferreira. Obediência ao direito e direito de resistência: algumas bases filosóficas para reflexão sobre a chamada "Lei seca". Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acessado em 29 de outubro de 2012.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: Nascimento da prisão. 29. Edição. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.
- PRÉTTE, Emanuella Machado. A Clínica da Vulnerabilidade à luz de uma política criminal alternativa voltada a egressos do sistema penitenciário. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acessado em 28 de outubro de 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice. O social e o político na pósmodernidade. São Paulo: Cortez, 2003.
- Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.susepe.rs.gov.br>. Acessado em 30 de outubro de 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais. 11ª Ed. Livraria do Advogado, 2012.
- WEFFORT, Francisco Correia. Os clássicos da política. São Paulo: Ática, 1989.
- ZAFFARONI, Rau Eugenio . En Busca de Lãs penas Perdidas. Ediar Soctedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán 927, P. 6º Buenos Aires. 1998

CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS: DIREITO A VIDA E A LIBERDADE DE CRENÇA¹

Caroline Anversa Antonello²
Kimberly Farias Monteiro³

“[...] Não te criamos celestial nem terrestre, nem mortal nem imortal, mas de modo que pudesse ser livre de acordo com a tua própria honra, para seres teu próprio criador e construtor. A ti, somente, demos crescimento e desenvolvimento, dependentes de tua própria livre vontade. Trazes em ti os germes de uma vida universal. [...]”
(Pico Della Mirandola. *O Medo da Liberdade*).⁴

RESUMO

O Direito Civil atualmente possui caráter humanístico por estar sob a luz de nossa Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º estabelece os direitos e garantias individuais. Dessa forma, ao debatermos algumas situações, entramos em conflito com certos princípios. Uma dessas situações é a que diz respeito à Transfusão de Sangue para adeptos de certa religião que se baseia em princípios bíblicos, onde acontece o conflito entre a vontade do paciente e de seus familiares, a urgência médica em salvar vidas e o Direito como mecanismo de conciliação de conflitos.

Palavras-Chave: Direito Individuais. Religião. Liberdade de Escolhas. Ética médica.

1 O presente artigo foi elaborado como instrumento de avaliação da disciplina de Direito Civil I no curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria-FADISMA.

2 Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria-FADISMA
Endereço eletrônico: Caroline-ant@hotmail.com

3 Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria-FADISMA. Endereços eletrônicos: Kimberlyfmonteiro@hotmail.com

4 MIRANDOLA, Pico Della. *Oratio de Hominis Dignitate*. In: Fromm, Erich. *O Medo da Liberdade*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1974.

INTRODUÇÃO

Atualmente⁵, vivemos numa sociedade em que o respeito aos direitos e garantias fundamentais deve reger as relações existentes, uma vez que tanto nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, como as leis infraconstitucionais põem a salvo estes aspectos que são de extrema importância. Nesse sentido, é evidente que tais direitos devem ser salvaguardados e aplicados aos casos concretos.

O direito à vida, que está elencado no rol dos direitos e garantias individuais, presente no artigo 5º, é um dos mais importantes da nossa Constituição Federal, já que este é pré-requisito para os demais direitos do homem. Além disto, juntamente com este, também se encontra o direito a integridade física. É importante percebermos que sem estes direitos postos a salvo os demais direitos e garantias fundamentais não possuem razão de ser.

Porém, encontramos conflitos ao nos depararmos com algumas religiões, como é o caso das Testemunhas de Jeová. Esse movimento religioso é caracterizado também por não aceitar em sua religião a transfusão de sangue para os seus seguidores. Estes, baseados em certos princípios bíblicos preferem abrir mão da própria vida e de seus familiares, recusando a transfusão de sangue⁶, mesmo que este seja o único recurso possível a ser empregado no caso, em respeito à vontade divina que está expressa nas páginas bíblicas. Rotineiramente, ouvimos falar na mídia sobre estas situações, que muitas vezes são expostas com informações prestadas ao público de forma errônea e sem fundamentação.

Também é importante ressaltar que inúmeros são os casos desta natureza que precisam ser levados aos Tribunais para serem resolvidos, já que tendo de um lado os preceitos religiosos e de outro a urgência médica de salvar a vida do paciente, dificilmente se encontra com facilidade a solução para o conflito. Esses casos colocam em xeque os princípios de ética médica⁷ que devem ser seguidos em momentos críticos, como é o caso dos pacientes que necessitam ser submetidos a procedimentos arriscados, como são os de transfusão de sangue.

Ao analisarmos estas questões, se torna imprescindível entendermos todo mecanismo por traz da crença que é seguida pelos adeptos desta religião, bem como a compreensão de sua forma

singular de interpretar algumas passagens bíblicas, que servem como Carta Magna para guiar suas vidas e seus atos. Outro ponto que não pode passar despercebido, é o que diz respeito aos aspectos que estão inseridos nos Direitos Fundamentais.

Este artigo científico possui por objetivo esclarecer de forma simples e fundamentada, as razões e justificativas que fazem com que os adeptos da religião das Testemunhas de Jeová, adotem este comportamento de sacrifício e obediência aos ensinamentos bíblicos, que são interpretados de forma radical por eles. Além disto, também buscamos no presente artigo abordar de forma mais específica à explicação quanto ao direito a vida e a integridade física, trazendo de forma sintética a opinião de alguns doutrinadores para amparar o assunto tratado, já que por geralmente criar polêmica na mídia, nas redes sociais e na opinião pública, provoca inúmeras dúvidas e até mesmo revoltas.

É importante deixar claro anteriormente que o presente artigo não possui de maneira alguma missão de criticar esta religião, e sim por em pauta a discussão acerca deste assunto, que desperta muita curiosidade, e por isso possui a necessidade de ser debatido e esclarecido.

Para melhor desenvolvimento, separaremos o assunto em dois tópicos: Inicialmente tratando dos aspectos religiosos, e posteriormente abordando os direitos fundamentais que entram em conflito com a liberdade de crença e por isto causam polêmica quando casos de urgência médica acontecem.

As Testemunhas de Jeová e o respeito pelo sangue⁸

É importante sabermos que os adeptos da religião das Testemunhas de Jeová buscam viver rigorosamente sob a luz dos princípios bíblicos, pois julgam ser através destes ensinamentos que Jeová, seu Deus, envia os comunicados de como quer que seus fiéis se portem e ajam diariamente. Quem conseguir adotar verdadeiramente essa vida de fé e comprometimento com Jeová, no final será recompensado por Ele, com a vida eterna, onde segundo os seguidores da religião, não há dor e nem sacrifício, e os que não forem dignos desta benção, ao morrerem não irão para o paraíso, tendo como resultado final apenas a morte.

Justamente por essa crença que baseia suas atitudes, as Testemunhas de Jeová buscam fazer visitas de casa em casa, intituladas de estudos bíblicos, para anunciar os ensinamentos divinos, dando testemunho fiel do estilo de vida que agrada Jeová. O nome da religião apoia-se a um trecho da Bíblia⁹ onde Jeová pede aos fiéis que sejam suas testemunhas e que preguem suas doutrinas¹⁰. Também com essas visitas, os seguidores dessa religião acreditam estar salvando outras pessoas do mal e do pecado¹¹. Além disto, não podemos esquecer de mencionar que esta é uma religião cristã muito antiga, e que possui grande número de seguidores ao redor do mundo.

As Testemunhas de Jeová, além de seguirem de forma rigorosa os ensinamentos da Bíblia, também possuem uma interpretação singular da mesma, uma vez que outras religiões cristãs não entendam certos ensinamentos da mesma forma. Dentre estes ensinamentos, é notório destacar que existem passagens bíblicas que são usadas para justificar alguns atos polêmicos, como a dispensa do Serviço Militar e não participação em comemorações de aniversários. Além destes, o que com certeza chama mais atenção e causa polêmica perante a população em geral, são aqueles ensinamentos referentes ao respeito ao sangue, baseado nas profecias bíblicas presentes no Levítico, capítulo 17 versículo 10¹² e no Gênesis capítulo 1 versículo 29¹³. Mesmo utilizando na alimentação carne de animais, as Testemunhas de Jeová seguem arrisca uma espécie de ritual para abater esses animais, fazendo a sangria de forma específica e atirando pó sobre o sangue, para respeitar o mandamento bíblico, que considera o sangue o símbolo da vida e da justiça.

Outro ponto que chama a atenção, é que eles carregam uma carteira de identificação particular desta religião, para que em caso de emergência médica, sua vontade de respeitar o mandamento que proíbe o uso de sangue seja ouvida, mesmo em qualquer circunstância. Se por acaso o médico, lutando na tentativa de salvar a vida do paciente, não respeitar a vontade deste, de não receber transfusão de sangue, poderá ser processado por constrangimento ilegal¹⁴, pelo mesmo ou por seus familiares.

É importante deixar claro, que os adeptos da religião, preferem tratamentos alternativos, que são ditos por eles mais seguros do que a transfusão de sangue, que muitas vezes acaba acarretando alguns processos infecciosos que podem também levar o paciente a morte. Dentre estes tratamentos há o emprego de medicamentos e alguns fluídos que substituem o papel que desempenharia a transfusão de sangue¹⁵. É interessante notarmos a postura conformista das

Testemunhas de Jeová em relação a morte, que também é característica de um ensinamento bíblico¹⁶.

Direito Fundamentais: Direito a vida e a Integridade Física

Ao tratarmos a respeito dos Direito Fundamentais da pessoa humana, imediatamente pensamos no Direito a vida, que sem sombra de dúvida é a base fundamental para a concessão dos demais direitos. Sem a vida, não há sentido a proteção dos demais direitos da personalidade. Segundo Pamplona e Gagliano, “a vida é o direito mais precioso do ser humano” 17.

Também não podemos esquecer que atualmente o Código Civil de 2002 possui como característica sua Constitucionalização, já que seus artigos obedecem e seguem as normas que estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tornando assim as leis mais humanas e justas. Neste artigo, estão previstos alguns direitos do homem que devem ser salvaguardados, já que são de extrema relevância para que a sociedade e o indivíduo possuam dignidade e segurança jurídica.

Juntamente com o direito a vida, não podemos esquecer de falar sobre o direito a integridade física, já que estes estão interligados e são imprescindíveis para o indivíduo possuir garantias de manter sua saúde preservada, quando é submetido a algum procedimento médico.

Dessa forma, é necessário explicar que baseado no art. 13 18 do Código Civil, o paciente pode manifestar sua vontade ao ser submetido a algum procedimento desta natureza. Porém, há um conflito de princípios ao analisarmos o artigo referido acima e o artigo 11 do Código Civil de 2002¹⁹.

Estes artigos além de sofrerem um choque de princípios entre eles, em determinados casos ainda são razões que suscitam dúvidas ao serem postos diante da liberdade de escolha religiosa. Isto acontece, quando nos deparamos com situações que envolvem a liberdade de credo e de escolha de algumas pessoas, que se negam a receber transfusão de sangue para si ou para algum familiar em nome de uma convicção religiosa, como é o caso referido do capítulo anterior das Testemunhas de Jeová.

Além disto, quando isto ocorre, os princípios de ética médica são desafiados, fazendo com que o profissional tenha dúvida de qual atitude tomar, visto que ao fazerem seu juramento prometem sempre presar pela vida das pessoas, mas entram em choque com a decisão do próprio paciente e de seus familiares. É relevante lembrarmos, que em caso de emergência e perigo de vida do paciente, o médico não será responsabilizado pelo crime de Constrangimento Ilegal²⁰.

5 Este artigo teve como referências a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

6 Disponível em: <http://www.brasilecola.com/religiao/testemunhas-de-jeova.htm>. Acesso em 16 de setembro de 2012.

7 Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/transfus.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

8 Informações retiradas do livro “O que a Bíblia Realmente Ensina”, Ed.2009, da Watch Tower Bible and Tract society of Pennsylvania.

9 O ensinamento bíblico usado é este: “Estas boas novas do reino serão pregadas em toda a terra habitada.” — Mateus 24:14.

10 Disponível em: <http://www.brasilecola.com/religiao/testemunhas-de-jeova.htm>. Acesso em 16 de setembro de 2012.

11 Informações baseadas a partir de entrevistas feitas com adeptos da religião das Testemunhas de Jeová durante uma pesquisa escolar.

12 Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e deveras o deceparei dentre seu povo.

13 Somente a carne com a sua alma-seu sangue-não deveis comer.

14 Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.

15 Disponível em: <http://www.jw.org/pt/> acesso em: setembro de 2012.

É de suma importância dizer que os direitos da personalidade possuem como características fundamentais, serem imprescritíveis, indisponíveis e impenhoráveis, o que nos mostra que o titular do direito não pode em tese abrir mão deles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando o que foi exposto nos capítulos acima e refletindo a respeito dos princípios religiosos que são adotados aos casos citados, percebemos a importância de uma análise aprofundada do assunto, para um bom conhecimento por todos nós. Além disto, é de extrema importância se por em pauta os métodos alternativos apresentados aqui para o tratamento que dispensa sangue, o que seria uma das soluções para salvar as vidas em risco sem desafiar os preceitos religiosos a que são adeptos as testemunhas de Jeová.

O Direito, que serve como método garantidor da harmonia, da segurança e da proteção dos direitos e garantias fundamentais, não deve servir como opressor da vontade e da liberdade e sim como porto seguro ao indivíduo que recorre a ele para resolver os conflitos existentes.

Embora, ainda não exista uma súmula vinculante que traga de vez a solução para estes conflitos religiosos, médicos e legais, é importante percebermos que a maioria das Jurisprudências que tratam do assunto estão tendendo a autorizar o procedimento médico, mesmo que este vá contra os princípios religiosos, uma vez que a conduta omissiva do médico caracteriza uma eutanásia passiva.

Para nós, fica claro que o mais importante nestes casos, são que todas as ações sejam voltadas para o uso do bom senso, tendo como missão fundamental a vida da pessoa, que a nosso ver não deve ser perdida em prol de princípios religiosos e filosóficos. E sem sombra de dúvida, não devemos olhar a questão com preconceito e sim com compreensão e zelo.

16 Todo aquele que quiser salvar a sua vida, perdê-la-á; mas todo aquele que perder a sua alma por minha causa achá-la-á (Mateus 16:25).

17 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil- Parte Geral*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

18 Art. 13 do Código Civil: Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

19 Art. 11 do Código Civil: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

20 Art.146,§ 3º, I do CP.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. *O que a bíblia realmente ensina?* Pennsylvania: 2009.

BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988.

Brasil. *Código Civil*. Brasília: Congresso Nacional, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil- Parte Geral*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva 2012.

MIRANDOLA, Pico Della. *Oratio de Hominis Dignitate*. In: Fromm, Erich. *O Medo da Liberdade*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1974.

Disponível em: http://biblia.gospelmais.com.br/levitico_17:13/. Acesso em 16 de setembro de 2012.

Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/transfus.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

Disponível em: <http://www.brasilecola.com/religiao/testemunhas-de-jeova.htm>. Acesso em 16 de setembro de 2012.

Disponível em: <http://www.brasilecola.com/religiao/testemunhas-de-jeova.htm>. Acesso em 16 de setembro de 2012.

O PERÍODO COLONIAL: CARACTERÍSTICAS DE UM PERÍODO MARCADO PELO PODER NA MÃO DE POUÇOS¹

Kimberly Farias Monteiro²
Caroline Anversa Antonello³

RESUMO

É necessário um estudo aprofundado, desde a chegada da Coroa Portuguesa ao Brasil, para que seja possível ter um maior conhecimento em relação aos acontecimentos ocorridos na atualidade. Para que seja possível entendermos principalmente o âmbito jurídico temos que analisar os contextos históricos, sociais e econômicos desde os primórdios da criação das sociedades antigas.

PALAVRAS-CHAVE: Escravidão. Engenho. Inferiorização.

INTRODUÇÃO

O Brasil por ser palco de grandes períodos, marcado por lutas e grandes revoluções, tem uma história completa e rica em detalhes que fazem toda a diferença na sua estrutura social, econômica e jurídica. Um dos períodos históricos de grande importância foi denominado período colonial o qual apresentou muitas perspectivas e modificações, influenciando sobre a cultura brasileira.

Ao analisarmos os fatos históricos podemos perceber grandes expedições e revoltas realizadas nesse período pela Coroa portuguesa, que ao chegar ao Brasil deu um passo para o desenvolvimento do país que reflete até os dias de hoje. Um dos acontecimentos realizados pela Coroa foi a intitulação de divisões territoriais, concedendo o poder de um lote de terra a um chefe encarregado de realizar várias funções. Esses homens encarregados de tais funções, deveria somente administrar e comandar o seu território, não podendo intervir no espaço cedido a outrem pelo fato de entre eles não haver inferioridade, pois nessa relação quem possuía o papel superior era a Coroa portuguesa⁴.

Já outro destaque no período colonial foi a produção açucareira. Nessa sociedade o poder e o direito eram somente repassados a quem detinha o maior número de terras e posses, assim, conseguindo ter uma maior quantidade de empregados para a realização de um trabalho eficaz. Diante desses aspectos se tornava fácil e claro visualizar realmente como era o Direito nessa época e quem seria capaz de tê-lo, visto que este poder na maior parte das vezes demonstrava a superioridade de umas pessoas sobre as outras, deixando explícita a distinção entre classes sociais.

Em primeiro momento falarei das capitânicas hereditárias e do governo geral que ao longo do tempo permitiram a coroa portuguesa que tivessem suas capitânicas reais, dando um passo na economia, implantando assim os mais variados tipos de produções e busca por produtos.

Em um segundo momento falarei da produção açucareira que era muito aceitável em outros países e rendia grande quantidade valorativa, e como eram tratados os donos dessas sociedades, que, por vezes, comandavam a elite econômica e submetiam os menos favorecidos ao seu poder.

1 O presente artigo é um instrumento da disciplina de História do Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

2 Estudante do primeiro semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço Eletrônico: kimberlyfmonteiro@hotmail.com.

3 Estudante do primeiro semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço Eletrônico: Caroline-ant@hotmail.com.

A Sociedade Açucareira, a Inferioridade da Família e de Escravos e o Direito Legitimando esses Poderes

Durante todo o período colonial a população esteve dividida em grupos. O grupo superior e de maior destaque foi o dos senhores de engenho, os quais detinham a posse de escravos.

O senhor de engenho ou senhor de escravos, fazia parte da elite econômica da época, por serem os donos de terras, máquinas e de mão de obra, que eram extremamente necessárias para a produção açucareira⁵. A posse de produção açucareira rendia ao senhor de engenho o poder absoluto e o prestígio social, além da posição de mando que exerciam sobre a família e os escravos.

Com tamanho poder, a sociedade açucareira se constituía patriarcal e era completamente concentrada nas mãos do senhor de engenhos que, por vezes trata os outros integrantes da família, inclusive parentes distantes de status social inferior, filhos adotivos e filhos ilegítimos reconhecidos⁶, principalmente a mulher com enorme inferioridade e podendo até matá-la se suspeitasse que ela o estivesse traindo⁷. As suas mulheres os senhores destinavam apenas as atividades domésticas.

Por dominar a elite e ter o direito legitimando todos os tipos de inferioridade diante dele, o senhor de engenho era respeitado por todas as outras classes, nas quais estavam inseridos os homens livres, que eram: padres, feitores, capatazes, militares, comerciantes e artesãos⁸. Esses grupos se encontravam em um índice muito baixo em relação aos que realmente detinham o poder e possuíam uma área de trabalho fortemente reduzida, os centros urbanos, visto que toda a economia estava inserida no campo rural e era realizada pelos escravos, pois, para o senhor de engenho o que importava eram suas terras e ele não queria saber de trabalhar. O trabalho manual era mau visto nesses tempos, pois lembrava o trabalho de escravos, o qual era tido como alguém inferior na sociedade brasileira da época⁹.

Os escravos eram a base econômica da produção açucareira de acordo com as palavras mencionadas pelo Jesuíta Antonil, jesuíta italiano que chegou a Salvador em 1681: 'Os negros são as mãos e os pés dos senhores de engenho' ¹⁰. Esses escravos, indígenas e africanos, ao chegarem ao Brasil, foram obrigados a adaptar-se a cultura do Branco, ficando com suas crenças e valores profundamente atingidos e ficando por isso doentes chegando a morte ('banzo')¹¹. Por essas doenças e pelo esgotamento físicos escravos viviam somente até os seus 30 anos. Nem mesmo nos primórdios da escravidão o direito estava conferido aos negros e sim a quem o detinha, pois regulavam como deveriam agir e lhes atribuíam todos os tipos de trabalho.

Com sua chegada aos canaviais, os escravos passaram a ser propriedades do senhor de engenho, que quanto mais terras mais escravos poderiam ter para realizar a mão de obra com o intuito de incluir como polo comercial as colônias portuguesas na África¹². Nas fazendas dos senhores de escravos, viviam em senzalas e alojamentos, vestiam roupas de algodão grosso, não usavam calçados e chegavam a trabalhar quase vinte horas por dia sob o comando dos feitores, que eram trabalhadores assalariados, responsáveis pela administração do engenho.

Os feitores agrediam e castigavam os escravos constantemente, ganhando assim uma pequena confiança do senhor de engenho, pois demonstravam também que os escravos deveriam ser inferiorizados, sem direitos sob suas próprias vidas servindo somente para a exploração do trabalho como os senhores realmente queriam.

4 Disponível em: <http://www.historiadorbrasil.net/capitaniashereditarias/>. Acesso em 01 de julho, 2012.

5 Baseado na apostila do cursinho pré-vestibular Totem. Ed 2010.

6 Fontes retiradas do portal São Francisco. Disponível em <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/brasil-colonia/sociedade-acucareira-no-brasil-colonial.php>. Acesso em 01 de julho, 2012.

7 Disponível em www.suapesquisa.com/historiadorbrasil/escravidao.htm. Acesso em 01 de julho, 2012.

8 Baseado na apostila do cursinho pré-vestibular Totem. Ed 2010.

9 Fontes retiradas do portal São Francisco. Disponível em: <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/brasil-colonia/sociedade-acucareira-no-brasil-colonial.php>. Acesso em 01 de julho, 2012.

10 Dados retirados da Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

11 Dados retirados da Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

12 Dados retirados da Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

As Capitanias Hereditárias e o Governo Geral

O primeiro sistema de colonização portuguesa criada pelo rei Dom João III em 1534 foi as capitanias hereditárias, nome atribuído a divisão do território em 15 lotes de terras, realizados pelo próprio rei português, mediante a falta de recursos financeiros pra empreender uma ocupação em grande escala na colônia¹³. Esses lotes de terras foram doados a 12 investidores privados, chamados donatários, os quais tinham poder vitalício e hereditário sobre os lotes e arcavam com os gastos internos repassando quase que inteiramente á Coroa Portuguesa¹⁴. No momento da posse das capitanias, o donatário recebia dois importantes documentos chamados de Carta de Doação e Foral. O primeiro documento expressava que a capitania cedida ao donatário não poderia ser vendida sob hipótese alguma. No segundo documento ficavam determinados os direitos e obrigações que o investidor privado teria em suas mãos¹⁵.

O donatário não era um trabalhador autônomo e seu poder era limitado, pois, trabalhava na verdade como mandatário do rei. Não tinha capital nem recursos suficientes para expandir suas terras, mas ganhava os privilégios da Coroa¹⁶. O poder nas capitanias era descentralizado visto que, mediante os 12 donatários nenhum exercia papel superior em relação ao outro.

As capitanias criadas foram: *'Capitania do Maranhão, do Ceará, do Rio Grande, de Itamaracá, de Pernambuco, Da Baía de Todos os Santos, de Ilhéus, de Porto Seguro, do Espírito Santo, de São Tomé, de São Vicente, de Santo Amaro e por fim a capitania de Santana'* ¹⁷.

Apesar de tantos métodos e regras impostas aos donatários, as capitanias hereditárias não prosperaram e não conseguiram enfrentar os diversos problemas que foram aparecendo ao longo do tempo. Os problemas mais notáveis foram os ataques indígenas e a falta de manutenção e investimentos por parte dos donatários. Porém, duas capitanias conseguiram prosperar, devido ao cultivo do açúcar, a de Pernambuco e a de São Vicente¹⁸. Logo após essas capitanias começaram a desaparecer por ação do ministro Marquês de Pombal.

Diante desses problemas, Portugal decidiu impor-se fortemente e centralizar a administração colonial, assumindo assim o controle ao criar o Governo Geral com sede na capitania da Bahia e capital na cidade de Salvador¹⁹, que mesmo diante de sua criação não extinguiu as capitanias hereditárias. As instruções passadas para o governador-geral eram claras e já conhecidas: *'combater as ameaças indígenas e repelir os corsários, fundar povoações e construir fortes, garantir o monopólio real sobre o pau-brasil, incentivar a cultura canavieira, buscar metais preciosos e defender os colonos'*²⁰.

Os principais governadores-gerais foram: Tomé de Souza, Duarte da Costa e Mem de Sá. Logo após a morte de Mem de Sá, Portugal começou a fazer divisões de seus governos em territórios, porém a que vigorou de fato foi á criação do Brasil e do Estado do Maranhão.

As capitanias e o governo geral começaram a ser extintas por volta de 1808²¹, pois a Coroa conseguiu criar suas próprias capitanias reais, visto que as extintas não eram rentáveis, quanto seriam as reais.

Logo, com o término do governo geral foi possível ver os resultados realizados por esse sistema ao longo de sua duração, os mais marcantes foram: desenvolvimento agrícola, incentivo á vinda de mão de obra escrava africana para as fazendas brasileiras e a catequização de indígenas, já que os jesuítas chegaram ao Brasil no período do governo-geral e intitularam-se na maioria catequizadores.

13 Baseado na apostila do cursinho pré-vestibular Totem. Ed 2010.

14 Disponível em: <http://www.historiadobrasil.net/capitaniashereditarias/>. Acesso em 01 de Julho, 2012.

15 WOLKMER, Antonio. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

16 Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/capitaniasdobrasil>. Acesso em 01 de Julho, 2012.

17 Disponível em <http://www.historiadobrasil.net/capitaniashereditarias/>. Acesso em 01 de Julho, 2012.

18 Dados retirados da Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

19 Dados retirados da Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

20 Dados retirados da apostila do cursinho pré-vestibular Totem. Ed 2010. p.11.

21 Dados retirados da apostila do cursinho pré-vestibular Totem. Ed 2010.p.12.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Coroa Portuguesa chegou ao Brasil com o intuito de trazer modificações no território. As mudanças começaram a acontecer quando a metrópole portuguesa dividiu o território brasileiro em capitanias, visando melhorar a administração da colônia. Porém, esse sistema fracassou devido aos ataques indígenas e a falta de investimento por parte dos donatários, os quais deviam se encarregar com as manutenções internas.

Com a queda do sistema de capitanias instituiu-se o Governo Geral, que com o seu fim deixou marcas relevantes nas áreas da educação e da agricultura. Na educação o que se destacou foi a catequização dos índios, já na agricultura a produção açucareira foi ressaltada, visto que era uma das produções mais rentáveis.

A sociedade açucareira no Brasil colonial era segregada e o poder absoluto estava concentrado nas mãos do senhor de engenho, que submetiam a mulher e os escravos ao seu comando. Esses aspectos foram alguns dos pontos negativos mais marcantes da época, uma vez que seus efeitos estenderam-se até a atualidade, representados pelo racismo, que distingue as pessoas negras das pessoas de pele branca e o machismo, no qual os homens tratam as mulheres de forma bruta, desigual e ignorante, uma vez que a mulher exerce um papel fundamental.

Por fim, é evidente que esses valores imorais não condizem com a sociedade brasileira atual, já que estamos em um século de evolução da valorização do respeito dos direitos humanos, tentando a cada dia extinguir de nosso cotidiano esse tipo de inferiorização bárbara que alguns detêm sobre os outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Disponível em: <http://www.historiadobrasil.net/capitaniashereditarias/>.

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/capitaniasdobrasil>.

Escravidão. Disponível em: www.suapesquisa.com/historiadobrasil/escravidao.htm

GARLET, Jhones Devis. *História do Brasil. A conquista e a colonização do Brasil*. Santa Maria: Totem, 2010.

Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

Sociedade Açucareira. Disponível em: <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/brasil-colonia/sociedade-acucareira-no-brasil-colonial.php>.

NAZISMO: DA HISTÓRIA AO DIREITO¹

Caroline Antonello²
Dienifer Jorge³
Everton Ramborger⁴
Kimberly Monteiro⁵
Luiz Felipe Queiroz⁶
Luiz Guilherme Soares⁷
Candisse Schirmer⁸

As maiores mudanças revolucionárias do mundo seriam impensáveis se sua força motivadora, ao invés do fanatismo, sim, a paixão histórica, tivessem sido meramente as virtudes ordinárias da lei e da ordem. (Adolf Hitler)

RESUMO: A história da nossa civilização passou por vários momentos marcantes, tanto que serviram como exemplos para a melhora (ou piora) da nossa sociedade hoje em dia. Uns desses momentos marcantes foram no século XX com a Segunda Grande Guerra e o Nazismo. Com isso, surgiram novas perspectivas de realidade como o Direito e suas circunstâncias e a atuação do governo no provimento do país e personagens que marcaram/marcam a história como foi Adolf Hitler.

Palavras-chave: Nazismo. Ideologias. Guerras. Direito

INTRODUÇÃO

Ao investigarmos a história mundial nos deparamos com aquele que foi o mais cruel e conhecido regime que provocou o maior massacre da humanidade, o Nazismo. Pesquisando em diversas fontes, como livros, filmes, artigos e revistas nos impressionamos com os motivos e métodos utilizados pelos líderes nazistas, para destruir milhões de pessoas em campos de concentração, ignorando a importância da dignidade humana e respeito à vida.

Ao olharmos para traz, também devemos ter o cuidado de observar com atenção o cenário em que tais fatos aconteceram, uma vez que o Partido Nazista surgiu no período pós Primeira Guerra Mundial, onde a Europa encontrava-se completamente devastada e com sérias perdas tanto no campo material como humano, o que só aumentava o caos e pavor nos sobreviventes, que se viam na miséria e sem nenhuma perspectiva de possível melhora.

Outro ponto de extrema importância que não deve ser esquecido e que pode ter sido o motivo de muita das atrocidades terem conseguido ser realizadas, é o sentimento exacerbado de nacionalismo e amor à pátria que o povo possuía na época, uma vez que o culto aos símbolos nacionais e as batalhas na defesa do país eram defendidas desde cedo nas escolas, para criar cidadãos comprometidos com tais ideias, dar a vida para salvar seu país era com certeza o valor mais importante dessa época. As pessoas eram incitadas a todo instante a aderirem a essa causa, uma vez que até mesmo os cartões postais traziam imagens e frases para esse fim, inclusive convidando mulheres a pegarem em armas e lutarem juntamente com os homens em nome do bem maior, a pátria. Muito mais do que lutarem com o objetivo de defender o seu país, essas pessoas lutavam contra *monstros estrangeiros* que queriam a destruição de seu povo, de sua família, uma vez que a maioria não soubesse a verdadeira realidade que existia por traz de cada bala disparada, de cada morte em campo de batalha.

Foi justamente esse sentimento que foi abordado e incitado por Hitler quando tentou ganhar adeptos as suas teorias. Talvez tenha sido a falta de esperança de um povo sofrido que fez com que o Nazismo prosperasse, apoiando as ideias que vinham da única fonte que trazia expectativa de um futuro melhor ao povo alemão.

No presente trabalho trataremos como pontos principais as causas e consequências do Nazismo, sua influência na época em que estava inserido, bem como a relação entre o Direito e o Nazismo.

1. Momento histórico e causas do nazismo

Para encerrar a Primeira Guerra Mundial, em 1918 o então presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson, trouxe como proposta às negociações um tratado que possuía 14 pontos principais, estabelecendo medidas para “uma paz sem vencedores”, já que a Europa se

encontrava em situação de calamidade e completa destruição, não trazendo lucro para a indústria Norte Americana, que tinha o continente europeu como principal comprador de seus produtos. Não satisfeitos com tais propostas, os principais países rivais da Alemanha, Inglaterra e França, exigiram que fossem aplicadas medidas abusivas e severas para punir a nação germânica. Baseado nestas ideias surgiu então o famoso Tratado de Versalhes, com mais de 400 tópicos que traziam punições severas e pouco plausíveis para o povo alemão, que foi obrigado à aceita-lo de forma humilhante, tendo ainda mais prejuízo com a guerra⁹.

Também na época foi criada a Liga das Nações, que pretendia trazer acordos de paz entre as principais potências da época, tal união foi proposta pelos Estados Unidos. Porém, esta já nasceu falida e fracassada, pois o próprio país idealizador decidiu se abster de participar, visando futuros acordos com a Alemanha em troca de lucros econômicos. Além dos Estados Unidos, países de extrema relevância na época como Rússia e Alemanha foram excluídos de tal tratado¹⁰.

Após a Primeira Guerra Mundial, a Alemanha entrou em um estado de decadência. Altos índices de desemprego fizeram com que os níveis de produção caíssem e grande parte da população passou a viver na miséria. Além disso, o país estava fragilizado militar e economicamente devido às imposições do tratado de Versalhes, que muito mais do que simplesmente punir o país derrotado, também feria e revoltava o íntimo do cidadão alemão, que era incitado pelos governantes que afirmavam que a Alemanha saíra derrotada pela traição de certos povos e aplicação de medidas descabidas de razão.

Neste contexto o povo alemão dividiu-se em dois partidos, o nazista e o comunista, porém logo a burguesia com medo do regime comunista se instaurar apoiou o partido nazista e perseguiu os comunistas. Esse contexto carregado de crises e miséria contribuiu para a ascensão do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, também conhecido como partido Nazista, que em 1920 surge com ideias que prometiam tirar o povo alemão do terrível caos que se encontrava, além de trazer uma espécie de proteção contra o comunismo que se alastrava em alguns países do continente europeu, uma vez que iria trazer graves ameaças as classes burguesas alemãs e ao país como um todo, pois nesse período os países que eram capitalistas se viam afetados e prejudicados pela proximidade destas ideias.

O partido Nazista era considerado de extrema direita e tinha como principal símbolo a “suástica”, que lembrava a figura de uma cruz quebrada, seu principal líder era o austríaco Adolf Hitler, que havia servido no exército Alemão e desenvolvera uma visão de exclusão e xenofobia após a Primeira Guerra Mundial. Hitler, líder nazista, deu um golpe de estado tornando-se o Fühler e disseminou o nazismo pela Alemanha através de uma forte propaganda, usando de um método de educação voltado para a adoração dos valores pregados pelo partido, programas de radio e desfiles do exército que inspiravam ainda mais o nacionalismo.

Poucos anos depois surge um problema que piora muito a situação, o mundo passa a sofrer com a crise financeira de 1929, que se espalhava pelo globo causando desemprego, falência em massa de empresas e bancos e grande aumento do número de miseráveis nas ruas, pois os bancos começaram a confiscar as terras de pequenos produtores endividados. No dia 29 de outubro ocorreu em Nova York o Crash de 1929 (quebra da bolsa de valores), causando desestabilidade econômica e social em todos os países capitalistas. A crise atingiu apenas os países capitalistas liberais, pois sua causa teve base em práticas utilizadas nesses países. A crise de 1929 foi decorrente da superprodução industrial e agrícola norte americana, que não encontrou compradores para seus produtos após a reconstrução dos países europeus debilitados pela primeira guerra mundial, que antes eram grandes consumidores das mercadorias norte americanas. Assim, a sobra de produtos no mercado levou a queda dos preços, que gerou a falência de muitas empresas. O governo republicano como era liberal resolveu não interferir no problema econômico. Essa omissão do estado norte americano piorou ainda mais a crise, contribuindo para que ela se fortalecesse e se disseminasse pelo mundo.

9 Textos baseados nas informações históricas trazidas pelos polígrafos do Totem Pré-Vestibulares e do Riachuelo Pré-Vestibulares, ambos escritos no ano de 2011.

10 BECHO, Myriam. BRAICK, Patrícia. *História das Cavernas ao Terceiro Milênio*. 1ª ed. Moderna: 1999.

Esta crise fortaleceu os regimes intervencionistas, ditatoriais e nacionalistas na Europa, criando Estados totalitários, como por exemplo, o estado nazista na Alemanha. Esses novos Estados totalitários surgiram porque o capitalismo e a democracia após e durante a crise não conseguiam atender as necessidades do povo contendo e amenizando os efeitos econômicos e sociais catastróficos dela.

Apesar da grande popularidade do partido nazista, em 1932, Hindenburg vence as eleições a presidência, derrotando o Partido Nazista representado por Adolf Hitler, porém esse obteve um número considerável de votos. No ano seguinte ele assumiu a chancelaria, e no mesmo ano conseguiu a vitória na Assembleia Nacional, essa conquista lhe concedeu plenos poderes sobre a nação. Fazendo parte da Assembleia Nacional, desenvolveu um plano econômico que geraria resultados alavancando a produção do país.

Com as inúmeras conquistas Hitler ganha a aprovação do povo e após a morte de Hindenburg em 1934 realiza-se um plebiscito que concede ao chanceler o cargo de chefe de Estado e chefe de Governo. Assim, o partido Nazista conquista de vez o poder na Alemanha, sem limites às suas decisões, mesmo a maioria sendo absurdas e levando, cada vez mais, o país a futuras Guerras, onde mais sangue iria ser derramado e vidas perdidas em nome de uma ideologia.

2. Hitler e o nazismo

Nascido em 1889, na cidade austríaca de Braunau, Alta Áustria, Adolf Hitler era filho de Alois Hitler, funcionário aduaneiro e Klara Hitler. Quando era jovem o que mais chamava a atenção das pessoas nele era a sua inteligência e mau humor. Foi nessa época que ele desenvolveu um incrível dom e paixão pela arte e arquitetura, porém não conseguiu o apoio do pai, que o discriminava por isso.

Já adulto, em 1923, observando a situação revoltante do povo alemão, que sofria com as consequências do Tratado de Versalhes, decidiu dar um golpe de Estado em uma cervejaria. Sua tentativa foi frustrada e ele e seus seguidores foram presos. Na prisão Hitler teve a oportunidade e o tempo necessário para escrever um livro, que se tornaria a cartilha para o nazismo: "Mein Kampf" (Minha luta). Também foi neste local que arquitetou quais seriam os passos certos a seguir para desenvolver seus planos de criação da raça pura.

A capacidade de persuasão e o convencimento desempenhado por ele, que ostentava uma falsa modéstia não querendo ser chamado de imperador, eram tantas ao ponto de que no intuito de agradá-lo e venerá-lo, muitos dos seus seguidores matavam, prendiam e torturavam inocentes para conseguir um mínimo de atenção de seu líder.

Uma característica peculiar de Hitler, é que como gostava de arquitetura e sabia desenhar muito bem, ele se dizia arquiteto amador, e era de sua própria autoria as obras monumentais que construía na Alemanha, inclusive os campos de concentração, minuciosamente desenvolvidos. Justificava as gigantescas construções como servindo de inspiração ao povo, para que pensem grande, tão grande como são tais obras.

3. Ideias do nazismo

Teoria do arianismo: Os nazistas defendiam a superioridade de uma raça pura, a ariana, os alemães seriam descendentes de um povo indo-europeu puro e superior. E, por isso deveriam realizar uma "limpeza" na Alemanha matando todos os seres de raças inferiores, ou seja, não ariana. Os representantes da raça ariana tinham pele clara, olhos azuis e cabelos loiros, fenótipo típico dos cidadãos alemães.

Racismo e antissemitismo: O regime nazista pregava a perseguição e execução de diversos povos, que não eram de raça ariana. Esses povos eram os ciganos, judeus e negros. E, perseguiram os deficientes físicos e mentais, pois os consideravam inferiores também. A execução e perseguição dessas pessoas caracterizaram o fenômeno do Holocausto.

Espaço Vital: Essa teoria nazista pregava a expansão territorial alemã como necessidade do país para se desenvolver completamente e era justificada com a teoria de que os alemães eram um povo superior e puro.

Combate ao capitalismo liberal: O sistema capitalista liberal pregava a não intervenção do Estado na economia e diminuía a participação do estado na vida do povo. O Estado nazista era extremamente intervencionista, pois acreditava que sem o controle do estado na economia e na

sociedade, tudo viraria um caos, como na crise de 29, logo o nazismo combatia o capitalismo liberal.

4. Nazismo e a segunda guerra mundial

As grandes potências da época: Inglaterra, França e Estados Unidos acreditavam que uma Alemanha forte livraria o Ocidente das influências da União Soviética, que assina um pacto de não agressão com a Alemanha em 1939, se comprometendo em não promover ataques mútuos. Assim a Alemanha passou a contar com créditos e recursos internacionais, surgiram indústrias de minério, petróleo e borracha contribuindo com o cenário de desenvolvimento do país. Também esta época foi marcada pelo crescente desenvolvimento da indústria bélica alemã, sendo que a Segunda Guerra Mundial foi marcada pelo uso de bombas atômicas, que eram o que se tinha como mais moderno em termos de armamento na época.

A recuperação econômica favorecia o Partido Nazista que cada vez mais conquistava a popularidade e a nação alemã recuperava a autoconfiança. Com o poder em suas mãos Hitler deixa de cumprir o Tratado de Versalhes (que restringia o poder militar e proibia o desenvolvimento bélico) e torna o serviço militar obrigatório no país, usando cada vez mais medidas violentas de treinamento para assim ingressar em uma Guerra que começava a dar sinais de que estava mais próxima do que se esperava. Uma característica que não deve ser ignorada é que a política expansionista era muito incitada pelos regimes totalitários, que buscavam novas terras com o intuito de aumentar seu poder a nível mundial.

5. O direito nazista

Antes de qualquer coisa, quando se fala em Direito na época do Nazismo deve-se ter a ideia clara de que a ascensão de Hitler no poder foi legal e as leis criadas por ele que se opunham a muitos direitos fundamentais eram válidas, em face do positivismo jurídico que era adotado pela Alemanha nesta época.¹² Para poder entender o Direito Nazista é importante realizar um apanhado histórico.

Logo após Hitler ser libertado da prisão por uma tentativa frustrada de dominar o governo bávaro, ato que ia contra a República de Weimar no ano de 1923/13, ele se dedica ao Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP), se tornou famoso pela obra *Mein Kampf* (Minha Luta), escrita enquanto estava detido, começou a espalhar suas ideias pela Alemanha. Em 1932, Hitler consegue ficar em segundo nas eleições para a presidência, porém a NSDAP conseguiu levar 230 deputados para o parlamento, tornando-se o maior partido e em seguida o único. Pouco tempo depois Paul Von Hindenburg o presidente (chefe de Estado) vencedor obrigou o general nomeado chanceler (chefe de governo) a renunciar e em seu lugar entrou Hitler, agora comandando o III Reich, na capital que volta a ser Berlim.

No dia 23 de março de 1933 foi aprovado o pacote político de que quase todas as decisões que eram pertencentes ao Parlamento passassem a ser da competência do Poder Executivo. Hitler tinha o poder de criar, invalidar e modificar leis, seu poder sob o governo era total já que o presidente nunca interferiu em suas decisões. Várias medidas passaram a ser adotadas, começou neste mesmo ano a construção do primeiro campo de concentração em Dachau, os livros de autores não alemães eram queimados e ocorreu o boicote em todo país contra os estabelecimentos judeus, infelizmente isso era só o começo, pois logo em julho de 1933 os nazistas já elaboraram e aprovaram leis que pretendiam exterminar com pessoas que possuíam algum tipo de doença ou deficiência física ou mental, com a lei da profilaxia.

A Constituição de Weimar, no artigo 48 previa algumas ações cometidas pelo III Reich como a suspensão dos Direitos Fundamentais.

11 Informações e curiosidade obtidas da leitura da Revista *Guia da História*, Os Ministros de Hitler. São Paulo: 2012.

12 Conhecimento obtido nas aulas de Filosofia Geral e Jurídica ministrada pelo professor Clodoveo Ghidolin em conjunto com a pesquisa realizada.

13 Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Adolf_Hitler>. Acesso em: 15 de jun. de 2012.

Caso a segurança e a ordem pública sejam seriamente perturbadas ou feridas no Reich alemão, o presidente do Reich deve tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, com ajuda se necessário das Forças Armadas. Para este fim ele deve total ou parcialmente suspender os Direitos fundamentais.

Após a morte do presidente Hindenburg no ano de 1934, Hitler assume as duas funções, chefe de governo e chefe de Estado. A sociedade alemã se reestruturou tendo como base principal a organização e a ordem, que era muito valorizada pelos nazistas. Hitler denominou-se “juiz supremo do povo alemão”, os juízes afirmavam que ele era a lei. Existiam duas Cortes: Sondergericht, que julgava os crimes contra o governo e os crimes políticos. Volksgerichtshof, que julgava os casos de traição. As decisões tomadas eram absolutas, ou seja, não havia apelações e ocorriam de forma rápida.

O Governo detinha de uma força coercitiva muito grande, possuíam vários órgãos repressores: o próprio partido nazista NSDAP; a GESTAPO (Geheime Staatspolizei), que era a polícia política; SA (Sturmabteilung), que eram as tropas de assalto; SS (Schutzstaffel), sua principal função era a proteção dos líderes nazistas; SD (Sicherheitsdienst) era o serviço de inteligência da NSDAP.

No ano de 1935 passaram a ter validade as Leis de Nuremberg, divididas em duas, a Lei da cidadania do Reich e a Lei para a proteção do sangue e honra alemã. A partir disto a perseguição contra os judeus só aumentou perderam seus direitos e sua cidadania, independente se a norma era justa ou não ela era aplicada, devido ao positivismo jurídico¹⁴.

14 Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/lei-de-nuremberg-1935-ou-lei-da-cidadania-do-reich-1912933.html>>. acesso em: 19 de jun. de 2012.

CONCLUSÃO

Levando em conta tudo o que foi apresentado de forma sintética acima, percebemos como é importante nos dias atuais revermos o passado histórico mundial, mesmo que este nos traga episódios extremamente trágicos e cruéis, onde milhões de pessoas inocentes tiveram suas vidas e destinos ceifados por ideologias e teorias criadas por algumas pessoas que se aproveitaram da fragilidade de um povo que estava à beira da miséria e do caos, num período pós-guerra. Porém, também através deste trabalho, buscamos mostrar quais foram os motivos que incentivaram a ira de algumas pessoas nesse período e como conseguiram tanto apoio em seus planos cruéis, afinal de contas a história deve ter dois lados de uma mesma moeda, sendo que ambos precisam ser investigados a fim de que se tire conclusões verdadeiramente equilibradas e plausíveis.

Concluimos que só iremos rumar a um futuro melhor, próspero e verdadeiramente digno, com respeito à vida e as diferenças de cada um, quando olhando para o passado nazista vemos que este foi completamente deixado para atrás, sendo que suas ideias e teorias jamais devem fazer parte da nossa realidade atual.

BIBLIOGRAFIA

Apostila de conteúdo geral. Riachuelo pré-vestibular 2011.

Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/lei-de-nuremberg-1935-ou-lei-da-cidadania-do-reich-1912933.html>>. Acesso em: 19 de junho de 2012.

GARLET, Deives Jhones. Mundo contemporâneo 2: A expansão capitalista e início do século XX.1.ed. Santa Maria: Totem LTDA, 2010.

GARLET, Deives Jhones. Mundo contemporâneo 3: Os séculos XX e XXI.1.ed. Santa Maria: Totem LTDA, 2010.

MOTA, Myriam; BRAICK, Patrícia. *Livro de História das Cavernas ao Terceiro milênio*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

PEIXOTO, Sérgio Silva. *Revista Guia da História*. São Paulo: Nova Sampa Diretriz.

VICENTINO, Claudio. *História Geral*. 9.ed. São Paulo: Scipione, 2002

1 O presente artigo foi elaborado como instrumento de avaliação da disciplina de Teoria Geral do Estado no curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

2 Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: caroline-ant@hotmail.com

3 Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: n.e.f.i@hotmail.com

4 Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: everton_l.ramborger@hotmail.com

- 5 Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: Kimberlyfmonteiro@hotmail.com
- 6 Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: felipezqueiroz@hotmail.com
- 7 Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: luiz_guidesoares@yahoo.com.br
- 8 Orientadora.

UM BREVE ESTUDO SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS DESDOBRAMENTOS NA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS¹

Daniela Richter²

Lucas Mateus Canabarro Rodrigues³

INTRODUÇÃO

Antes de abordar-se especificamente a expansão da jurisdição constitucional e de seus desdobramentos no chamado neoconstitucionalismo, cumpre analisar-se algumas questões relevantes e de grande importância no constitucionalismo moderno, quais sejam, a designação desses direitos, a sua suposta universalidade com os respectivos desafios impostos a sua implementação dentro desse contexto.

Nesse sentido, a íntima e indissociável vinculação entre os mesmos, constitui, na atualidade, o postulado em que o Direito Constitucional se assenta. Todavia, mesmo que, para alguns, seja metodologicamente incontroversa tal relação, por sua vez, como logo se terá oportunidade de demonstrar torna-se inafastável uma vez que a própria noção de Direitos Fundamentais, seu conteúdo, alcance, entre outros pontos que serão comentados, constituem pressuposto indispensável deste estudo, inclusive, para que se possa propiciar uma compreensão mínima da eficácia das normas constitucionais.

Cientes disso se fará, inicialmente, um desdobramento da caracterização do constitucionalismo contemporâneo, para após, desdobra-se a questão do surgimento do neoconstitucionalismo como uma das formas de expansão da jurisdição constitucional. Em seguida, serão abordados alguns pontos relevantes da eficácia das normas constitucionais como um desdobramento do referido neoconstitucionalismo. É o que se passa a demonstrar.

METODOLOGIA

Para a realização do presente trabalho será utilizado o método hipotético-dedutivo, construído a partir dos ensinamentos de Karl Popper (1980), por ser mais adequado a abordagem de temas que se mostram em constante evolução, como o é o tema escolhido para o presente estudo. Não se objetiva, uma resposta imutável sobre o assunto, pois a complexidade do mesmo não permitem tais respostas, ou seja, pretende-se discutir, falsear a construção das hipóteses e, ao final, enquanto não sobrevier outra teoria ou resposta mais adequada, ser capaz de indicar resultados, ainda que provisórios sobre o fato do neoconstitucionalismo ser ou não uma teoria capaz de dar eficácia as normas constitucionais.

RESULTADOS

1. RELATO HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO

Antes de tudo, buscando um melhor entendimento do tema abordado irá se traçar alguns pontos históricos relevantes para o tema escolhido, qual seja o constitucionalismo, bem como de sua conceituação e de seu alcance. Desse modo, introduz-se o estudo do surgimento do ideal constitucional com as sábias palavras de Barroso⁴, pois para ele, “no princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses – múltiplos, ameaçadores, vingativos”. Da mesma forma, o autor comenta que “os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos”, e que “na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas”.

Assim, com o início do processo civilizatório começam as “regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade” e, com isso, um desenrolar dos ideais constitucionais. Deste modo, torna-se imperioso, igualmente, conceituar a atual designação de constitucionalismo.

Destaca-se, como ponto fundamental, que a doutrina é majoritária quanto à existência de diversos sentidos para o significado dessa palavra. Bullos⁵ entende que se pode associá-la em um primeiro momento aos movimentos político-sociais, com limitação do poder arbitrário; numa segunda acepção, observa-se a imposição das cartas constitucionais; seguidamente os propósitos e funções de uma constituição na sociedade. O constitucionalismo teve seu surgimento na antiguidade clássica. Karl Loewenstein *apud* Tavares⁶ foi quem identificou o nascimento desse movimento entre os hebreus, onde havia limitações ao poder político, por meio de imposição da

“lei do Senhor”. Comparado ao seu atual estado de desenvolvimento, o constitucionalismo nesta época mostrava-se bastante tímido, mas cabe ao povo hebreu o mérito de sua primeira aparição.

Já, Canotilho⁷ apresenta uma importante definição de constitucionalismo moderno, pela conceituação histórico-descritiva, onde se enfatiza o movimento histórico do constitucionalismo inserido no contexto filosófico da modernidade, livre de aspectos valorativos ou apropriações ideológicas. Segundo esta definição:

fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

Portanto, para o referido autor “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Nessa seara, o constitucionalismo moderno representa “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”, transportando, assim, “um claro juízo de valor”.

Desse modo, o termo constitucionalismo, tal como se entende hoje, é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental, pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionário francês e americano, muito embora, como dito existem autores que referem sua existência desde os profetas hebreus e da Carta Magna de 1215, como Lenza⁸, exemplificativamente.

Nesse contexto, Streck⁹ afirma que “a nova concepção de constitucionalismo une precisamente a idéia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental”.

Assim, os preceitos decorrentes do Estado Democrático de Direito objetivam a promoção da segurança jurídica. A nova concepção de direito que o Constitucionalismo Contemporâneo instaurou, tem como objetivo primordial a consagração dos Direitos Humanos e Fundamentais como o grande diferencial de tudo quanto até então se concebera e se positivara como ordem jurídica. Em verdade, para Hesse¹⁰

A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade.

Ademais, o que se denota da leitura acima é que o contexto social possui uma força desencadeante da evolução das interpretações jurisprudenciais. Em outras palavras, o momento histórico acaba influenciando nas decisões/interpretações dos juízes constitucionais. No entanto, há quem diga que as construções jurisprudenciais enfraquecem o Texto Constitucional. Muito embora, sejam elas as responsáveis por grande parte de sua evolução, pois é através da avaliação do caso concreto e, muitas vezes, da ponderação de valores, que a Constituição melhor se concretiza e, é isto que se pretende problematizar na presente pesquisa, se, os remédios constitucionais são capazes de atender ao nível de eficácia esperado pelo neoconstitucionalismo.

Realizados os apontamentos acima, passa-se de imediato, a tratar a descrição do que seja o novo fenômeno do constitucionalismo que se preocupa, resumidamente, com a concretização e a efetivação das disposições constitucionais, qual seja o neoconstitucionalismo.

4 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*. Nº 9, março-abril-maio de 2007, p. 03.

5 BULOS, Uadi Lâmega. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.

6 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 251.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO: REALIDADE OU UTOPIA?

Como referido acima, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 foi o grande marco para instauração do novo modelo constitucionalista. Tal fato se deve ao caráter axiológico desta Constituição. Nas palavras de Barroso¹¹, a referida Constituição foi o ponto culminante de processo de restauração do Estado Democrático de Direito e superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício de poder, timbrada na intolerância e na violência. Lembre-se, aqui, a frase dita por Konrad Hesse¹² “a essência constitucional encontra suporte na sua vigência”.

Rememore-se, portanto, que o constitucionalismo contemporâneo surge como um instrumento de concretização dos valores, normas e direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna de 1988. Deste modo, há elevação do indivíduo para com o encontro de questões ligadas a solidariedade e responsabilidade para com o Estado para a realização destes preceitos constitucionais. Novamente pode-se citar Konrad Hesse¹³ que afirma que a Constituição é capaz de transformar a sociedade, mas, ao mesmo tempo, tem que ser lida a partir dessa sociedade, da realidade. Aí se constata sua força normativa.

Portanto, nesse limiar da evolução do constitucionalismo contemporâneo, tem-se o neoconstitucionalismo, que de uma forma bem sucinta vai se preocupar com a eficácia das normas constitucionais. Assim, Dimoulis e Duarte¹⁴ tentam encontrar um conceito para que o neoconstitucionalismo possa ser definido, deixando claro que não há uma precisão nessa denominação, pois, o neoconstitucionalismo surgiu para exprimir algumas qualificações que seriam frustradas apenas com o constitucionalismo avançado.

A princípio pode-se destacar o sentido do prefixo “neo” que presume considerar algo que é novo ou que ainda não foi desvendado, que está em desenvolvimento, determinando certo avanço em relação ao estado anterior. Tal é a premissa do neoconstitucionalismo, ou seja, visualizar o constitucionalismo contemporâneo, ou como prefere expor André Ramos Tavares¹⁵ trata-se de um “constitucionalismo do por vir”.

Assim sendo, nas palavras de Barroso¹⁶ o neoconstitucionalismo é um conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, entre as quais se pode destacar como marco filosófico o pós-positivismo (séc. XX), como marco histórico a formação do estado constitucional e como marco teórico o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, gerando o processo da constitucionalização do direito. Ademais, enfatizam Dimoulis e Duarte¹⁷ que o modelo normativo do neoconstitucionalismo não é o descritivo ou o prescritivo, mas sim o axiológico. No constitucionalismo clássico, a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau; no neoconstitucionalismo, a diferença também é axiológica. A Constituição é considerada como “valor em si”.

8 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

9 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

10 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 26.

11 Ibidem, p. 10.

12 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 26.

13 Idem.

14 DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008, p. 435.

15 Ibidem, p. 45

16 BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40

17 Ibidem, p. 435.

18 Idem.

19 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 52.

20 Ibidem, p. 73.

21 Idem.

Nessa senda, quanto à expansão do neoconstitucionalismo pode ser aferir que “o neoconstitucionalismo não postula o surgimento de um *judicial power*, os marcos normativos devem ser obedecidos pelos poderes estatais”. Ocorre que, em países com o Brasil “o ativismo judicial pode ser admitido quando houver a premência da realização de direitos fundamentais, assegurando a densidade suficiente, estabelecida de forma conjunta pela seara política e pela seara jurídica”, enquanto que “o caráter ideológico do constitucionalismo clássico era apenas o de limitar o poder, dentro do delineamento estabelecido pela separação de poderes, enquanto que o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais”¹⁸.

Ressalte-se, outrossim, que Moreira¹⁹ faz uma distinção entre dois momentos do neoconstitucionalismo, o teórico, embasado pela teoria de Direito e o neoconstitucionalismo total. Em suas palavras:

o neoconstitucionalismo teórico estabelece que o Direito Constitucional é o centro do ordenamento e da teoria do Direito, em que os outros campos jurídicos são todos constitucionalizados. Parte da conexão entre direito e moral, embora tal medida não seja um consenso entre seus adeptos. Trabalha seu principal elementos, os princípios constitucionais, estabelecidos e a serem preenchidos pela interpretação jurídica que integra o Direito, e o Estado é visto como Estado ponderador. Enfoca uma teoria dos princípios positivados, essencial para o desenvolvimento do modelo, os quais atuam diretamente em todo o sistema, principalmente pela leitura da constitucionalização do Direito.

Por outro lado, o mesmo autor diz que “o neoconstitucionalismo total faz a união entre o direito constitucional e a filosofia do direito, em que os dois estudos ocupam o ponto máximo, regendo conjuntamente o ordenamento”. Aliás, ele “aceita as premissas conquistadas no neoconstitucionalismo teórico como ponto de partida. Diz-se antipositivista e quer chegar ainda a ser também vetor da filosofia do direito aplicada e da filosofia política do Estado, um completo e novo paradigma”. Ainda, para ele o referido modelo “faz a conexão necessária entre o direito e a moral por via dos princípios e insere a política na relação e todos os seus efeitos”, trabalhando “o Direito em um sistema de regras e princípios, estes agindo pela pretensão de correção e o ponto de vista é o do participante interno, ativo e moral. Ensina o Direito como ele pode ser, com aberturas”.

Em análise peculiar, Moreira²⁰ explica, ainda, que, para o neoconstitucionalismo ser alcançado, alguns pressupostos, oriundos da afirmação do constitucionalismo devem estar, necessariamente, presentes. Sem esses pressupostos, jamais se poderia falar em Estado Constitucional de Direito. Deste modo, para ele

são sete as condições para que se possa verificar a constitucionalização do Direito. As três primeiras são condições que chamamos de pressupostos, são de natureza formal, a saber: uma constituição rígida, a presença de uma jurisdição constitucional e a força vinculante da Constituição. As outras condições são de natureza material, a aplicação direta das normas constitucionais, a sobreinterpretação, a interpretação conforme a Constituição e a influência da mesma sobre as relações políticas.

Portanto, “esse rol pode ser percebido como integrador de elementos comuns ao neoconstitucionalismo, que utiliza todos eles. Podem ainda ser incluídos outros, mas aqueles que realmente são antecedentes e por isso pressupostos na melhor acepção da palavra”²¹. Deste modo, passa-se, na sequência deste trabalho a verificar-se a expansão da jurisdição constitucional e seu entrelaçamento com os ideais do neoconstitucionalismo.

3 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS DESDOBRAMENTOS NOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

Até o presente momento analisou-se a questão do constitucionalismo contemporâneo, sob uma perspectiva histórica e descritiva. Abordou-se, também, em itens distintos, a questão do pluralismo, os desafios à interposição do neoconstitucionalismo, a efetivação dos aludidos direitos, bem como temas de correlata importância e atualidade.

Da mesma forma, seria indesculpável deixar de aprofundar, no presente tópico, a análise dos ditos Remédios Constitucionais no despontar do neoconstitucionalismo, ou seja, pretende-se analisar se eles são capazes de dar a eficácia esperada nesse paradigma.

Como referido, o entendimento acerca do constitucionalismo contemporâneo, ancorado pelos princípios do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, supõe a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição

constitucional. Deste modo, pode-se definir jurisdição como o poder-dever do Estado exercido por meio de órgãos jurisdicionais competentes conforme estabelece a Constituição Federal e suas normas infraconstitucionais, com o objetivo de solucionar conflitos entre as partes litigantes. Ensina Vicente Greco Filho²² que a jurisdição pode ser definida como o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a isso, construindo a justa composição da lide.

Nesta mesma linha de raciocínio, Barroso²³ afirma que a constitucionalização expressa a irradiação de valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Constituição Federal pelo ordenamento jurídico dá-se pela chamada jurisdição constitucional, que abrange sua direta aplicação a determinadas questões. Eduardo Cambi²⁴ discorre sobre a jurisdição constitucional, a qual seria uma consequência do neoconstitucionalismo. Segundo ele, outra consequência relevante do neoconstitucionalismo é a expansão da jurisdição constitucional, da qual decorre a necessidade de revisão do princípio da separação dos poderes, a compreensão das repercussões do princípio da supremacia da Constituição, e ainda, o alcance do direito fundamental à tutela jurisdicional.

Assim, a denominada jurisdição constitucional, não constitui uma modalidade distinta de jurisdição. Trata-se, na realidade, da mesma atividade jurisdicional do Estado, só que realizada tendo em vista o regramento constitucional e destinada a combater os atos e omissões praticados pelas pessoas naturais e jurídicas, notadamente pelo Poder Público, que contrariem os princípios e regras fixados pela Lei Maior. Tem por objeto, igualmente, a tutela das liberdades públicas, consubstanciadas nos chamados remédios constitucionais e também o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos instituídos por aquele, tudo para que sejam observados, de maneira rigorosa, os preceitos constitucionais vigentes. Já, Bolzan²⁵ explica que cada vez mais a normatividade da Constituição vê-se realizada através da jurisdição quando seu conteúdo material está relacionado diretamente à vontade popular, utilizando-se de um sistema de justiça que se caracteriza cada vez mais por sua abertura na legitimação ativa de seus atores, seja pela incorporação de novas práticas, seja, ainda, pela introdução de novos conhecimentos para além da tradicional e, insuficiente, disciplinabilidade da tradição do conhecimento jurídico positivista.

22 GRECO FILHO, Vicente. *Novo Mandado de Segurança*. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 167.

23 BARROSO, 2009, *Ibidem*, p. 382.

24 *Ibidem*, p. 171.

25 MORAES, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006.

26 LEAL, Mônia Clarissa Henig. Direitos Fundamentais, Jurisdição Constitucional e Democracia: origens, fundamentos e controvérsias. In: GORCZESKI, C. ; REIS, J.R. (Orgs.). *Constitucionalismo Contemporâneo: Direitos Fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton Editor, 2005.

27 LEAL, 2005, *Ibidem*, p. 83.

É justamente nesse contexto plural que surge a importância da aplicação da teoria de Peter Häberle, que acredita que a Constituição precisa de um processo permanente de integração entre a norma posta constitucionalmente e a realidade das pessoas que a cercam, e por isso a argumentação de que ela é um produto eminentemente cultural, já que para ele, aqueles que a vivem é que são os seus verdadeiros intérpretes. Portanto, a Constituição além de um sistema aberto é um produto cultural, uma vez que ela precisa de uma constante interpretação, e isso só acontece quando a Constituição interage com a sociedade, com o meio em que está inserida. Deste modo, a Constituição, na sua visão, necessita de uma perspectiva eminentemente cultural, eis que ele a considera como um elemento vivo que é resultado “das interações e cristalizações acontecidas entre o texto normativo e o entorno cultural que o envolve”²⁶. Em outras palavras, essa noção de Constituição que interage com o mundo da vida e que assim se torna peculiar é que recebe a designação denominada por ele como aberta e que deu origem a um de seus mais fabulosos trabalhos.

Em outros termos, a constituição não é um ente pronto e acabado, mas algo que precisa ser renovado constantemente, tarefa que, segundo ele, cabe não somente aos órgãos responsáveis, mas a todas as pessoas que participam de uma cidadania ativa. Sucintamente poder-se-ia dizer que a Constituição para esse autor pode ser vista como a “obra de todos os seus intérpretes” construída na história e na evolução da sociedade.²⁷

Tal assertiva encontra o seu fundamento no fato de que a democracia igualmente necessita desse ativismo. Neste ponto cotejam-se as palavras de Leal²⁸:

Verifica-se, portanto, uma tendência de agigantamento do papel desempenhado pela jurisdição dentro dessa nova ordem, situação que não tardou a ser criticada, especialmente sob o viés da falta de legitimidade ou falta de representatividade de que se reveste a atividade jurisdicional – única que não tem, em meio a regimes democráticos, seus cargos providos por meio do voto popular – sobretudo quando se trata de conferir a este poder atribuições e responsabilidades políticas até então reservadas tão somente ao Legislativo e, numa perspectiva diferenciada, ao Legislativo.

Assim, evidencia-se que o elemento norteador de sua teoria reside, na ampliação e no aprimoramento dos instrumentos de comunicação entre os juízes e a comunidade. Tal afirmativa está fundamentada no fato, comentado anteriormente, de que todos aqueles que vivem sob a égide da Constituição devem ser considerados como Häberle chamou de forças produtivas da interpretação e que podem ser considerados como intérpretes *lato sensu* da Constituição, ou ao menos como pré-intérpretes. Destaca-se ainda nas palavras de Barroso²⁹ que a jurisdição constitucional realmente ampliou-se a partir da CF/1988 que ampliou a capacidade de propositura, além da criação de novos mecanismos como a ADIN e a regulamentação de descumprimento de preceito fundamental.

1 Artigo produzido a partir das discussões do grupo de estudos da Cátedra de Direitos Humanos da Faculdade Metodista de Santa Maria, coordenada pelos Professores Daniela Richter e Luís Carlos Gehrke. 2 Advogada, Professora de Direito Civil, Constitucional e de Direito da Criança e do Adolescente da UNISC, do Centro Universitário Franciscano-UNIFRA, e da Faculdade Metodista de Santa Maria, Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Direito, integrante do grupo de pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC e do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, da UNIFRA. Coordenadora Adjunta da Cátedra de Direitos Humanos da FAMES. Endereço eletrônico: danielarichter@ibest.br 3 Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES . Membro da Cátedra de Direitos Humanos da FAMES. Endereço eletrônico: lucasmcrodrigues@gmail.com 28LEAL, 2005, *Ibidem*, p. 87-88.

29 BARROSO, 2009, *ibidem*, p. 57.

30 MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

31 *Ibidem*, p. 317

32 *Ibidem*, p. 556.

33 *Ibidem*, p. 792.

Finalizando, deve-se destacar que o papel do Estado e o da jurisdição constitucional é de fundamental importância na e para a implementação desse novo constitucionalismo, por óbvio que com os arranjos próprios e ao novo cenário e à reconfiguração das estruturas políticas-modernas, assumidas, assim, em seu caráter histórico-cultural.

Outrossim, abordar-se-á na sequência, a importância dos remédios constitucionais como ponto indissociável da expansão da jurisdição constitucional, seja pelos direitos assegurados, seja pelas garantias assecuratórias expressamente elencadas na Constituição Federal de 1988. Na lição de Alexandre de Moraes³⁰ os remédios constitucionais são assim denominados porque tem natureza de garantias dos direitos fundamentais e possuem como objetivo provocar a intervenção das autoridades judiciárias ou não para a correção de atos lesivos ou abusivos a direitos individuais e coletivos. Enquanto que Manoel Gonçalves Ferreira Filho³¹ considera que a expressão “remédio constitucional” seria irônica, por não atender a designação que recebe. No entanto, ela é consagrada por ser uma espécie de ação judiciária que visa à proteção de uma categoria especial, com direitos públicos subjetivos, os direitos do homem. Em lugar dessa expressão, Ferreira Filho prefere usar o termo “garantias de direito constitucional”.

Enquanto que Bulos³² denomina os remédios constitucionais como “instrumentos de tutela das liberdades” e explica que os mesmos são meios constitucionais postos a disposição dos indivíduos e das coletividades para provocar a intervenção das autoridades competentes, com vistas à defesa de um direito lesado ou ameaçado de lesão por ilegalidade ou abuso de poder.

Acrescenta-se ainda, as palavras de Tavares³³ que explica que “entre as garantias constitucionais dos direitos fundamentais encontram-se a ação popular, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data* e o *habeas corpus*”. A esse conjunto a doutrina tem reservado o nome de “remédios constitucionais”. Ressalte-se que aqui, pelos limites que permeiam o presente ensaio, que se partirá da premissa do conhecimento prévio de tais direitos.

Assim, de posse do conhecimento das diversas expressões que definem “remédios constitucionais” explicada por alguns doutrinadores, se passa de imediato à análise do seguinte questionamento: se eles são meios postos à disposição de todos os cidadãos, seriam eles capazes, portanto, de dar eficácia a estas normas? Em síntese, há de se reconhecer que hoje toda e qualquer discussão referente à constitucionalização de direitos passa, obrigatoriamente, por alguns pontos, como sua natureza (especificidade), sua fundamentação (Direitos Fundamentais) e sua descrição no atual ordenamento jurídico.

Como ficou claro até o presente momento, a teoria e prática do constitucionalismo contemporâneo e o neoconstitucionalismo, vem sofrendo o impacto de aglutinação dos problemas essenciais e corriqueiros das condições de vida. Tal situação estimula e determina o esforço de se propor novos instrumentos jurídicos, novas políticas públicas, mais flexíveis, mais ágeis, capazes de regular essas novas transformações.

Ademais, para que se alcance por completo o objetivo da presente pesquisa, e se possa responder, ou ao menos, ponderar o questionamento acima, qual seja, se os objetivos propostos pela teoria do neoconstitucionalismo que visa, sobretudo, dar eficácia prática aos ditames constitucionais são efetivados pelos remédios constitucionais, tem-se a dizer que as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata, por força do que dispõe o § 1º, do art. 5º, da CF, mas não raras vezes, a eficácia e a aplicabilidade ficam na dependência do seu enunciado, eis que a própria CF faz a norma estar sujeita à legislação ulterior.

Neste limiar, José Afonso da Silva, expressa em sua classificação e seguida pela maioria dos constitucionalistas que as normas de eficácia plena são aquelas normas que geram todos os efeitos possíveis com a entrada em vigor da Constituição, sem a necessidade de regulamentação. São de aplicabilidade imediata, direta e integral, não dependendo de qualquer legislação posterior para sua eficácia, ou seja, não necessitam de intervenção do legislador infraconstitucional³⁴

Deste modo, de uma forma geral, os remédios constitucionais por serem garantias assecuratórias são considerados normas constitucionais de eficácia plena, sendo, portanto, autoaplicáveis não só no contexto geral contra o Estado e suas autoridades públicas, como também, na imediação de particulares, na chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Percebe-se, inclusive, o agigantamento da atividade do magistrado na interpretação do direito, pois ele deve fazê-lo de acordo com as regras de hermenêutica constitucional, conferindo-lhe o máximo de eficácia. Assim, mediante a ponderação de valores ou dos princípios jurídicos envolvidos, o juiz deve determinar a aplicabilidade do direito fundamental em tela.

Dito de outro modo, os remédios constitucionais são exemplos da eficácia almejada pelo neoconstitucionalismo, mas que deve ser realizada sempre num padrão de exigibilidade ou necessidade. Para Cambi³⁵, o “intérprete deve perguntar: não há outro meio alternativo e menos gravoso e igualmente eficaz para se chegar ao mesmo resultado?” já que, segundo ele “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível”.

Assim, independentemente do acerto ou não da referida decisão, a técnica da ponderação não é perfeita e nem absoluta, pois, sem sombra de dúvidas tais situações dependerão, sobretudo, do caso concreto e, portanto, da argumentação jurídica.

CONCLUSÃO

Resta-nos, ainda, ressaltar, que um dos problemas mais graves do atual constitucionalismo constitui-se na sobrevivência pluralista de culturas e das tradições peculiares de cada povo, que estão diariamente sendo confrontadas com a “cultura global” trazida pela globalização. Assim, mais do que nunca, se expõe a necessidade dos juristas se preocuparem não só com a aplicabilidade das leis internas, mas também com as reais possibilidades de efetividade da abertura da Constituição à realidade que a rodeia. Ademais, tal interpretação constitucional, como demonstrado, significa uma reação ao rígido formalismo jurídico, que se mantém frio e distante de toda comunidade.

Por fim, pode-se resumidamente concluir que a teoria proposta pelo neoconstitucionalismo busca a efetividade e a realização da tensão entre Constituição e realidade constitucional, uma vez que tal teoria traz ao processo hermenêutico constitucional, a sua necessidade premente de concretização e de eficácia e que os remédios constitucionais podem ser considerados um de seus exemplos já que se constituem em garantias assecuratórias a todos os cidadãos indistintamente.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*. Nº 9, março-abril-maio de 2007, p. 03.

BULOS, Uadi Lâmega. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 251.

GRECO FILHO, Vicente. *Novo Mandado de Segurança*. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 167.

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

LEAL, Mônia Clarissa Henig. Direitos Fundamentais, Jurisdição Constitucional e Democracia: origens, fundamentos e controvérsias. In: GORCZESKI, C. ; REIS, J.R. (Orgs.). *Constitucionalismo Contemporâneo: Direitos Fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton Editor, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

MORAES, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 52.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6 ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

Site Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/neoconstitucionalismo-aplica-privadas-75744834#ixzz1K7C1wjYq>. Acesso em 20 de abr. 2011. 11

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4

34 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6 ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

35 Ibidem, p. 466.

TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA¹

Everton Luís Charão Ramborger²
Viviane Teixeira Dotto Coitinho³

RESUMO As teorias que relatam sobre os direitos do nascituro sendo elas: teorias da personalidade natural, a da personalidade condicional e a concepcionista nos dão uma instigação de cada vez quisermos buscar mais saber sobre o conteúdo, pois é apaixonante de trabalharmos com o mesmo, sendo ele a parte introdutória do nosso direito a vida resguardado pelo nosso artigo 5º da nossa Constituição Federal de 1988 e o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente e, poder perceber como nosso Código Civil está tendo abertura para a teoria concepcionista e não sendo só natalista.

Palavras-Chave: Vida. Teorias. Nascituro.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará sobre algo que sem dúvida é uma das partes mais apaixonantes do Direito Civil, onde fala sobre as teorias que explicam os direitos assegurados ao nascituro sendo elas as teorias: Natalista, Concepcionista e da Personalidade Condicional.

Portanto, o nascituro hoje em dia já tem algo assegurado pela Constituição Federal ou pelo Código Civil de 2002 onde trazem o Direito à vida sendo este inviolável, inalienável e não possuindo valor de troca, tornando-se crime qualquer conduta ilícita que a gestante ou algum terceiro venha fazer para que o nascituro não venha ao mundo.

Sendo precípua salientar que estas três teorias já mencionadas todas elas recebem várias críticas da nossa doutrina, ora sendo pelo ponto a que elas negam alguns direitos, ora quando asseguram alguns direitos fundamentais ao nascituro.

1. DOS DIREITOS DO NASCITURO

O direito à vida é um direito fundamental do homem, porque é dele que decorrem todos os outros direitos. É também um direito natural, inerente à condição de ser humano. Por isso, a Constituição Federal do Brasil declara que o direito à vida é inviolável. Diz o artigo 5º da Constituição: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)"

Portanto, desde o código civil de 1916 temos três teorias para explicar os direitos assegurados do nascituro, temos as teorias da personalidade natural, a da personalidade condicional e a concepcionista, embora desde o antigo código o tenhamos mais adepto a teoria natalista, onde assegura os direitos do nascituro desde que este nasça com vida, temos certa abertura para as demais teorias.

O artigo 2º do Código Civil de 2002 traz que: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". O referido artigo pode ser dividido em duas partes para ser explicadas as teorias, a primeira parte: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida;" teorias natalista e da personalidade condicional, já a teoria concepcionista traz a segunda parte onde: "mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Então temos que pela teoria natalista e condicional é considerado pessoa desde que tenha dado o primeiro sopro de vida e para a teoria concepcionista temos que desde que a criança tenha sido gerada tem seus direitos assegurados. E quando a mãe desse nascituro recorre algo na justiça qual das mencionadas teorias adotam os juízes?

Não só a Constituição Federal do Brasil declara a inviolabilidade do direito à vida, como também acordos internacionais sobre Direitos Humanos que o Brasil assinou afirmam ser a vida inviolável. O principal desses acordos é Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 4º prevê: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" (grifei). O Pacto de São José da Costa Rica entrou para o Ordenamento Jurídico Brasileiro através do Decreto 678/1992 e tem *status* de norma constitucional, vale dizer, deve ser observado pela legislação infraconstitucional.⁴

O Código Civil espanhol, diz que para ser considerado pessoa o feto tem que ter figura humanas, ou seja, não seja um monstro, o nosso Código vem da esteira de diversos diplomas como o suíço

(art. 31), o português 1966 (art. 66, I), o alemão (art. 1º), o italiano (art. 1º), não fazem tais exigências de que tenha que ser o feto perfeito. Perante o nosso direito qualquer criança que nascer com vida, é considerado pessoa não importando se tem anomalias ou qualquer tipo de deformidades.⁵

Assim como já posto existem três teorias para salvaguardar os direitos do nascituro, sendo elas teoria natalista, da personalidade condicional e a concepcionista, sendo precípua salientar que o nosso Código atual é natalista onde só aceita que tenha o nascimento com vida, mas põe a salvo os direitos do nascituro deixando aí uma brecha para as demais teorias.

A teoria natalista afirma que a personalidade civil somente inicia-se do nascimento com vida. Muitas são as críticas para determinada teoria. Afirmando então que o nascituro não é considerado pessoa, admite-se tal teoria que ele deve ser. A teoria da personalidade condicional trata que o nascituro é uma personalidade condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se suspensa ao nascimento com vida, esta teoria é considerada um desdobramento da teoria natalista, pois o indivíduo só é considerado pessoa depois do nascimento com vida.

A referida teoria é também objeto de críticas: conduz ao entendimento de que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas **direitos eventuais sob condição suspensiva**, isto é, mera expectativa de direitos; e comete um desacerto ao falar em condição, pois, tecnicamente, só se pode considerar condição uma cláusula voluntária (*conditio facti*), **não existindo em nosso ordenamento a denominada condição legal** (*conditio iuris*) (cf. CC art. 121).⁷

A teoria concepcionista é considerada uma moderna doutrina civilista, sob a influência do direito francês, onde coloca que o nascituro tem direito desde a concepção. Com propriedade afirma Francisco Amaral: 'Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa'⁸. A personalidade do nascituro não é condicional, pois apenas algumas coisas dependem do nascimento com vida, como por exemplo: os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos é preciso do nascimento com vida para efetivar-se o negócio jurídico.

A teoria **concepcionista** enfrenta, dentre outras, as seguintes **críticas**: que o legislador, ao consignar, no art. 2º do Código Civil, que "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", em verdade pretendeu referir-se à **expectativa**, e não a **direito**. Assim, a proteção de direito do nascituro é, na verdade, proteção de expectativa, que se tornará direito **se ele nascer vivo**; que a proteção que se pretende atribuir ao nascituro, na teoria concepcionista, possui **fundamento constitucional**, sendo desarrazoado falar em direitos civis, que o legislador pretendeu condicionar ao nascimento com vida.⁹

Traz também o direito a vida o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.), por meio do reconhecimento do direito à assistência pré-natal, garantindo-lhe condições para o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Muitos doutrinadores estão aceitando que as mães que entram na justiça pedindo alimento ao pai do nascituro eles estão utilizando a teoria concepcionista, por mais que digam que tem que ter o seu nascimento com vida, além do mais que tem-se uma lei sobre os alimentos gravídicos (Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008) que fica muito melhor para as mães, mas isso não termina aqui não, porque muitos doutrinadores ainda mesmo assim não aceitam ter que usar essas teorias tem aqueles que são natalistas e acabam indeferindo os pedidos.

4 CLEMENTE, Aleksandro, "O Direito a Vida e a Questão do Aborto". Disponível em:

< <http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/artigo400.shtml>>. Acesso em: 17 set. 2012.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil I Esquematizado Volume I*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2011, p. 102. considerado uma coisa; olvida-se, ainda, de que há no Código Civil, um sistema de proteção ao nascituro.⁶

6 GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil I.....*, p. 104.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil I.....*, P. 105.

8 AMARAL, Francisco apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil I Esquematizado Volume I*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2011, p. 105.

9 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil I.....*, p. 106.

Além do mais, tem-se como tese confirmativa, a introdução dos alimentos, através da EC nº 64 de 2010, alterando o artigo 6º da CF/88, que trata dos direitos sociais essenciais ao ser humano:

Art. 6º: “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”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

Como já dito antes podemos ver os inúmeros artigos que trazem os direitos assegurados ao nascituro sendo os referidos tanto para o nascimento com vida como para aquele que está no ventre materno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, buscou-se neste artigo trazer um pouco desta discussão que ainda esta longe de acabar, pois tem-se a sorte que com a teoria concepcionista muitos juízes estão dando causa ganha para as mães, outros casos também estão sendo discutidos como é o caso da herança, onde tem que haver o nascimento com vida, mas aos poucos esta mudando esse caso.

Logo, ficamos nas mãos das teorias que temos são elas: natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista, para que possamos ter os direitos destes nascituros que podem decidir muitos casos como o já dito a cima o caso da herança, onde se a criança nasce com vida e o pai ou a mãe morreu ela herda tudo, mas se já nasce sem vida, e se seus pais são separados a herança vai para os avós se ainda vivos, onde o patrimônio da mãe vai para os avós maternos e o do pai para os avós paternos.

Logo, sendo a favor da teoria concepcionista tenho certeza que essa teoria daqui algum tempo será muito usada, pois não podemos deixar de considerar o nascituro pessoa de direitos igual a qualquer um de nós, portanto não sendo a favor do aborto só em casos de ricos de vida para gestante e o nascituro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil I Esquematizado Volume I*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2011.

CLEMENTE, Aleksandro, “O Direito a Vida e a Questão do Aborto”. Disponível em:
< <http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/artigo400.shtml>>. Acesso em: 17 set. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil I Esquematizado Volume I*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2011.

1 O presente artigo foi elaborado como instrumento de avaliação da disciplina de Direito Civil I no curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

2 Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: everton_l.ramborger@hotmail.com.

3 Professora Orientadora.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Hector Kirschke Justo¹
Mauro Cesar Maggio Stürmer²

1. Introdução

O instituto da Delação Premiada como atualmente é posta no direito brasileiro garante ou assegura o devido processo legal, ao mesmo tempo em que é uma garantia fundamental a ser exercida pelo indivíduo para concretização da vantagem oferecida, bem como sua posterior proteção, se necessária.

A crescente profissionalização do crime organizado nos seus diversos segmentos exige do estado uma postura repressiva, no escopo de obstaculizar esta conduta. Destarte, deve se ter em mente que a conjuntura necessária para consumação do instituto em análise deve estar em perfeita consonância com o devido processo legal, para que se evitem excessos e se imponha o regramento jurídico adequado.

1.1 Problema

Verificar os aspectos jurídicos da delação premiada como garantia fundamental do acusado, seus aspectos processuais constitucionais a legislação pertinente, bem como estudar as características específicas do instituto.

Realizar uma investigação jurisprudencial com relação à delação premiada e sua difícil aplicabilidade nos tribunais, isto é, ponderar sobre a real utilidade na investigação penal.

1.2 Objetivo geral

Analisar a delação premiada a luz da Constituição Federal e sua aplicabilidade, relacionando as normas garantidoras dos direitos fundamentais com a delação premiada, discutindo a sua possível constitucionalidade no devido processo legal.

1.3 Objetivos específicos

Examinar a delação premiada, sob o ponto de vista histórico buscando melhor compreender sua utilização e o seu papel primordial, bem como a sedimentação nos tribunais em seu contexto atual.

Identificar a problemática do instituto como fator de contorno a cifra negra e sua eficácia penal.

1.4 JUSTIFICATIVAS

A abordagem utilizada nos meandros jurídicos da persecução penal encontra óbice na instrumentalização das garantias constitucionais do cidadão frente ao estado garantidor em razão da difícil aplicação prática da delação premiada, especificamente considerada. Antagonicamente, o operador do direito se depara com um quadro farto de opções legislativas favoráveis a uma maior utilização efetiva deste instituto.

A presente pesquisa também é relevante, uma vez que se insere na linha de pesquisa de "Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania" do Curso de Direito da Faculdade de Santa Maria - FADISMA, eis que trabalha com os direitos

fundamentais e direitos humanos, questiona a delação premiada no devido processo legal. Por derradeiro, justifica-se ainda a eleição do tema porque o autor da presente pesquisa tem afeição pelas questões do direito penal, bem como se percebe que a pesquisa tem um papel basilar na busca da adequação social, na medida em que o estudo técnico proporciona um importante fator de concretização teórica do *ius puniendi*, facilitando o aprimoramento da ciência jurídica como baluarte a ser almejado.

2. METODOLOGIA

Em relação ao procedimento técnico, o presente artigo consiste em pesquisa teórica e indireta aplicada na bibliografia indicada e na CRFB/1988.

O Método de abordagem a ser utilizado é o dedutivo, partindo-se de leis mais gerais para a ocorrência de fenômenos particulares. No caso em tela, analisar-se-á (in) constitucionalidade da delação premiada como direito fundamental, no devido processo legal.

Nesse passo, o método de procedimento adotado será o histórico e monográfico, sendo que aquele consiste na investigação dos acontecimentos, processos e instituições do passado, para verificar a sua influência na sociedade de hoje. Registre-se, que partindo da situação em que se encontra nossa sociedade, no combate ao crime organizado, é importante pesquisar meios, para melhor combater a sociedade criminosa.

Por fim, também se faz necessária à pesquisa doutrinária, utilizando-se de vários doutrinadores para embasar os argumentos do trabalho, assim como a CRFB/1988 e legislações infraconstitucionais. Além disso, se observa a importância do combate ao crime, pois a cada dia que passa, este vem crescendo em nossa sociedade, sem que sejam impostos limites efetivos as estas organizações delituosas.

3. Resultado

Oriunda do direito americano, instituto denominado *plea bargaining*³, e do direito italiano, precipuamente, visa corroborar o enfrentamento através da negociação com o agente delituoso. Opera-se um desincentivo na oferta de uma redução na pena ao acusado que burlar a tão polemica e discutida lei do silêncio que impera nas organizações criminosas. Assim se manifestou Ricardo Antônio Andreucci (2008):

³Forma de negociação entre a pessoa indiciada por uma ofensa e o promotor do caso.

Cumprе ressaltar que o instituto em tela é antigo, já inserido no direito pátrio pelas ordenações Filipinas, tendo como marco a delação de Joaquim Silvério dos Reis, o qual, não obstante tenha participado da inconfidência mineira, traiu Tiradentes e seus companheiros em troca do perdão.

Imperioso ressaltar, que a inteligência do instituto em comento prima pela simplicidade do oferecimento de uma vantagem ao criminoso que contribuir com informações relevantes ao desmantelamento da organização criminosa e entrega dos comparsas. Assim, a delação premiada age como uma semente de discórdia disseminando-se como uma substância corrosiva interna. Em que pese exista, manifestamente códigos de honra delituosos que punem, atuando como um poder paralelo (*arcani dominati, arcani imperii*)⁴ com a morte do delator. Constitui um importante instrumento psicológico aos hierarquicamente inferiores na sociedade criminosa, os quais muitas vezes seriam apenados no mesmo quantum que os mandantes que concentram a maior parte do lucro proveniente da atividade ilícita. Sabe-se que a coautoria e a participação, embora conceitualmente diversos na doutrina, não divergem no apenamento cujos efeitos práticos produzem os mesmos efeitos na sentença condenatória.

⁴Traduzem-se como uma personificação do estado secreto, que se institui a margem da legitimidade democrática.

⁵ Ontológico designa o pensar curioso, espantado, assustado sobre o fato de que eu existo e de que qualquer coisa exista.

Neste passo, cumprе repensarmos a estrutura axiológica da delação premiada na medida em que a confrontamos com o papel vingativo e traiçoeiro da conduta do delator, para seus comparsas. É inegável a caracterização de um juízo de reprovação que ofende os padrões éticos adotados pela sociedade civil.

Por outro lado, em nosso ordenamento jurídico não existe políticas comportamentais, que vedem a relativização de um padrão moral criminoso (códigos de honra), em favor da sociedade e um bem jurídico maior. Nesse sentido analogicamente podemos lembrar Nicolau Maquiavel em sua obra O Príncipe “os fins justificam os meios” pois o aspecto dogmático do adágio não pode ser seguido ao pé da letra em sua conotação perversa, verificando-se assim um postulado de inconformismo ontológico⁵ na concretização de resultados.

Notadamente a delação da existência de um delito só não pode constituir uma obrigatoriedade porque nosso ordenamento jurídico, como imprescindivelmente uma ordem de direito, assegura o direito ao silêncio. E não poderia, também, em razão, do prisma dogmático do direito incidir inexoravelmente em *bis in idem* (Punido pelos atos que praticou ou pelo que não confessou ter feito!).

Com acuidade, Eugênio Pacelli (2012) anota que a *delatio criminis* é discricionariedade de qualquer pessoa, e em determinadas hipóteses, vinculada com a verdade, sob os rigores da lei:

Entretanto, é de se lembrar que todos nós, não agentes de crimes, ou quando agentes de crime, temos o dever de depor sobre fatos delituosos de que tenhamos conhecimento (art. 206, CPP). O Estado impõe a obrigação de uma espécie de delação de tais crimes, e sem qualquer premiação; ao contrário, sob pena de falso testemunho, crime previsto no art. 342 do CP.

No que tange as críticas voltadas a suposta inconstitucionalidade da medida (delação premiada) sob os argumentos de se proporcionar unicamente um preço para impunidade, são insustentáveis. Primeiro, porque variam do caso específico -concreto-, momento em que examinarão as condições pessoais do agente, as consequências concretas de sua confissão, e a natureza de sua participação. Sendo assim, não existiria razão para se justificar a dosimetria da pena individualizada – na medida de sua culpabilidade - nem mesmo a desistência voluntária, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior, previstos no art. 15 e art. 16 do CP. O agente seria, então, duplamente punido: pela prática do crime e por não poder dele redimir-se.

Convém, por fim, rememorar que a confissão há muito tempo já é premiada como causa geral de atenuação da pena, nos termos do art. 65, inciso III, d, do CP.

Com efeito, a delação premiada deve respeitar o contraditório, que será realizado em sede de confissão, a qual deve ser livre e espontânea, levando-se em consideração, ainda, a personalidade do agente, a natureza, a repercussão social e a gravidade da conduta. Não fazendo jus ao perdão judicial, ainda restará ao delator à diminuição da pena, o contraditório será feito através de perguntas no interrogatório do delator. Neste diapasão, como qualquer outra prova, a delação premiada está sujeita ao princípio da livre apreciação da prova.

De fato, deve-se estar atento a uma delação premiada falsa que busca apenas, o desvio nas investigações, ou mesmo um artífice para incriminar um inimigo, como uma quadrilha ou organização criminosa concorrente. Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho (2009) adverte:

No Processo Civil vigoram as presunções, as ficções, as transações elementos todos contrários à declaração de certeza da verdade material. Se o réu, no Processo Civil, estando em jogo interesses disponíveis (que constitui a regra), reconhece a procedência do pedido, extingue-se o processo com resolução de mérito (art. 269, II, do CPC). No processo Penal, não; a confissão não passa de simples meio de prova (...).

Porém, não constitui óbice para concessão do instituto ter a autoridade policial ou ministerial, comunicado ao delator a possibilidade de diminuição da pena em caso de colaboração. Logicamente condiciona-se a implementação do instituto a efetividade desempenhada pela declaração.

Nesse aspecto:

Delação- Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena se a colaboração do acusado, ainda que espontânea, não tenha ajudado a dismantelar a organização criminosa – Inteligência do art. 6º da Lei 9.034/95 (TRF, 2ª Reg., RT, 753/714).

Quanto ao momento da colheita da prova produzida pelo colaborador, esta poderá ser realizada tanto na fase inquisitiva (inquérito policial) quanto na fase processual (fase predominantemente acusatória).

Verificando-se *in concreto* A posição dominante, amplamente aceita nos Tribunais Superiores, considera como constitucional o instituto em comento. Assim pode se inferir dos julgamentos no STF: EMENTA: HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DELAÇÃO PREMIADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA RECONHECIDA PELO JUÍZO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. FALTA DE

FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A garantia de fundamentação dos provimentos judiciais decisórios (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 2. A necessidade de motivação no trajeto da dosimetria da pena não passou despercebida na reforma penal de 1984. Tanto que a ela o legislador fez expressa referência na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao tratar do sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade. 3. Na concreta situação dos autos, o magistrado não examinou o relevo da colaboração do paciente com a investigação policial e com o equacionamento jurídico do processo-crime. Exame, esse, que se faz necessário para determinar o percentual de redução da reprimenda. Noutros termos: apesar da extrema gravidade da conduta protagonizada pelo acionante, o fato é que as instâncias ordinárias não se valeram de tais fundamentos para embasar a escolha do percentual de 1/3 de redução da pena. 4. A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade. 5. Ordem parcialmente concedida para o fim de determinar que o Juízo processante aplique esse ou aquele percentual de redução, mas de forma fundamentada. (HC 99736/DF, Primeira Turma,, Min Carlos Ayres Britto, 27-04-2010)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES DE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA. I - HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância. II - Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado. III - Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes. IV - Writ concedido em parte para esse efeito. (STF, Primeira Turma, HC 90688/PR, Min Ricardo Lewandowski, 12-02-2008)

4. Conclusão

Ante o exposto, ratifica-se que o desiderato da pesquisa em tela versa sobre a (in) constitucionalidade da delação premiada com o enfoque dos direitos fundamentais na sua instrumentalização pelo Estado ao garantir o devido processo legal. Não tendo o escopo de exaurir as espécies delatórias individualmente, o espaço para reflexão crítica do instituto abstratamente considerado s é a preocupação central. Este é um trabalho que propõe um confronto entre as possíveis leituras, sem se limitar a mera reprodução de posições já dominantes. A delação premiada na *praxis* forense situa-se fortemente entrelaçada com o direito penal da efetividade, privilegiando-se, sobretudo, a política criminal em proveito do bem maior juridicamente tutelado.

A falta de harmonia no regramento jurídico pode engendrar dificuldade no âmbito prático, todavia quando relacionada a questões processuais não disciplinadas, que poderiam ser contornados com um processo legislativo mais elaborado.

REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação Penal. 4º Ed. São Paulo, Saraiva, 2008.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso: jun, 2012.
- CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso: jun, 2012.
- CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso: jun, 2012.
- MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. 2. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- PACELLI OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal.- São Paulo: Ed. Atlas, 2012.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, primeira turma, Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso: out, 2012. Jurisprudência STF, Primeira Turma, HC 99736/DF.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal vol. I – São Paulo. Ed. Saraiva, 2009.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2ª Região. Disponível em www.trf2.gov.br. Acesso: jun, 2012. Jurisprudência do TRF, 2ª Reg., RT, 753/714.

PESSOA JURÍDICA: CONCEITO, REQUISITO E EXTINÇÃO

Ingrid Hardok Fuchs¹

Resumo

As pessoas para que possam atingir seus fins e objetivos unem-se a outros formando agrupamentos, conseguindo por meio desta uma polarização de atividades em torno do grupo reunido, ante essa necessidade de personalizar tais grupos, possibilitando participação no mundo jurídico, decorre a atribuição de capacidade jurídica aos entes abstratos assim constituídos. Este artigo tratará dessa pessoa abstrata, que se faz necessária dentro da sociedade atual.

Introdução

A pessoa jurídica surge como conjunto de pessoas ou como conjunto de bens, tendo assim direitos e obrigações, o que somente ocorre se dotado de personalidade jurídica. O ser humano por si só é dotado da capacidade jurídica, porém, por necessidade de união de esforço, com um objetivo comum, visando alcançar determinado objetivo cria então a pessoa jurídica.

Desta união de esforços para determinado fim, tem-se como consequência, dentre todas, a mais importante, do nascimento da personalidade jurídica. A pessoa jurídica recebe personalidade no ato do registro em órgão competente, tornando-se um ser estranho das pessoas que o criaram, tendo a partir deste ato, direitos e obrigações próprias.

1. Conceito de Pessoa Jurídica

A pessoa jurídica é a entidade coletiva que recebe personalidade jurídica, que se da no ato constitutivo do registro em órgão competente, descrito no artigo 45 do Código Civil de 2002 – CC/02:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição o ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”

Porém não basta somente a união de esforços de pessoas, é necessário que haja vontade desta união, uma vinculação psíquica entre os que constituem a pessoa jurídica, para que assim possa ser considerada. Portanto é necessário o *affectio societatis*, para existência da pessoa jurídica, é essa vinculação jurídica entre as pessoas, seus membros, que caracteriza o ente criado, garantindo que possa ser titular de direitos e obrigações, “o grupo humano, criado na forma da lei e dotado de personalidade jurídica própria, para realização de fins comuns.” Pamplona, Gagliano (2009, p.182).

A pessoa jurídica tem algumas peculiaridades da pessoa natural, o registro, personalidade, capacidade, domicílio e podendo haver também previsão de seu final, similarmemente a morte do ente. Porém, há outros modos de pessoas jurídicas que não somente um conjunto de pessoas, como por disposição da lei, os Estados, as autarquias, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, também pela organização da destinação de um acervo de bens para a realização de uma finalidade específica, ressalta-se que nunca se dispensa a presença de seres humanos.

Portanto, as pessoas jurídicas, são os grupos humanos dotados de personalidade ou entes públicos organizados de lei, ou conjunto de bens dirigidos a finalidades específicas, “A quem se reconhecem poderes, direitos, faculdades, prerrogativas, obrigações, podendo agir como sujeito ativo e figurar como sujeito passivo, não se confundindo com as pessoas físicas que a compõe.” (Rizzardo 2007, p.248)

1 Aluna do 8º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA (ingridhf@hotmail.com)

2. Requisitos para a Constituição da Pessoa Jurídica

Existem três requisitos que devem ser observados para a constituição da pessoa jurídica de direito privado: vontade humana, condições legais para sua formação e licitude de suas finalidades. A vontade humana traduz o *animus* de constituir um corpo social independente dos membros integrantes. Existe inicialmente uma pluralidade de membros que estes, por sua vontade, transformam-se em numa unidade, a futura pessoa jurídica. O momento da constituição da pessoa jurídica é quando o vínculo de unidade entra os membros passa a existir.

No direito privado, o fato que da origem a pessoa jurídica é tão somente a vontade humana sem nenhuma interferência do Estado, exceto quando necessário. Também se deve considerar que a existência legal da pessoa jurídica e para que ela possa gozar de suas prerrogativas na vida civil, exige a observância das condições estabelecidas em lei, seguindo os passos constantes da lei. “É a lei que diz a quais requisitos a vontade deve obedecer, se tal manifestação pode ser efetivada por documento particular ou se será exigido o documento público.” (Venosa, 2003, p.253).

A atividade do ente deve seguir então o terceiro requisito, a licitude. Não é criada, nem reconhecida a pessoa jurídica, mesmo com vontade de união, se esta não se dirige para um fim ilícito ou proibido por lei.

3. Extinção de Pessoa Jurídica

A pessoa jurídica assim como foi criada, pode ser extinta. O artigo 1033 do CC/02 descreve:

“Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

- I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;
- II - o consenso unânime dos sócios;
- III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;
- IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;
- V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.”

Examinando-se cada uma das hipóteses, primeiramente, pelo vencimento do prazo de duração, salvo se não entrar a sociedade em liquidação, havendo o término do prazo, os integrantes promoverão a liquidação, sendo simples este fim. Pelo consenso unânime dos sócios, decorre de decisão dos sócios, respeitando os direitos de credores ou titulares de direito relativos a sociedade. No ato da dissolução cabe aos membros deliberar sobre a destinação do capital ou patrimônio. O consenso unânime é exigido para a extinção quando ainda vigora o prazo de duração, porém se o funcionamento é em razão de prorrogação tácita, basta decisão da maioria absoluta dos membros, portanto para dissolução pela deliberação da maioria absoluta dos sócios, na sociedade de prazo indeterminado, dever-se-á apurar as quotas existentes. A falta de pluralidade dos sócios é também motivo para dissolução, mesmo que remanesce um único sócio, e este se opuser a extinção, é mantida a sociedade, porém terá cento e oitenta dias para recompor o quadro societário. Pela extinção de autorização de funcionar, dá-se a extinção pela cassação do ato que instituiu ou por uma disposição legal que declara o ato da extinção. “O ato governamental cassa a autorização do funcionamento, por motivos como desobediência à ordem pública [...]” (Rizzardo, 2007, p.315)

Além do previsto no CC/02, a doutrina divide a extinção em três formas: convencional, legal e administrativa.

A convencional é deliberada pelos sócios, vê-se aqui a mesma vontade que deve-se ter para a criação do ente, porém é a vontade da extinção. Esta extinção respeitará o estatuto ou contrato social.

A dissolução legal ocorre por motivo determinado por lei, e a dissolução administrativa resulta da cassação da autorização de funcionamento exigida para certas sociedades se constituírem e funcionares, “Podem ter a autorização cassada, quando incorrerem em atos opostos a seus fins ou nocivos ao bem público.” (Rizzardo, 2007, p. 298)

Considerações finais

Da mesma forma que o direito atribui a pessoa natural direitos e obrigações ele abriu a possibilidade de um conjunto de pessoas criar um ente que com devido registro e requisitos poderá então formar outra pessoa, esta jurídica, para ser também titular de direitos e obrigações assim como seus membros, porém distinto deles.

As pessoas jurídicas tem portanto existência legal e fática, podendo realizar atos do cotidiano de pessoas físicas, há também uma grande semelhança como o nascimento, a vida e a morte da pessoa física e jurídica. Constata-se a grande importância deste ente personificado para o cotidiano e dia a dia.

Referências

- Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 20 ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.
- Gagliano, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Rizzardo, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 5 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil : parte geral*, 3 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003

O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PROMOTORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Janaína Machado Sturza*

1 Considerações iniciais

Diante de uma sociedade complexa e diversificada, marcada pelo multiculturalismo e pela globalização, as políticas públicas devem ser implementadas de acordo com as necessidades e peculiaridades do espaço local, analisando-se as características de cada região ou município. Então, a função do Estado como formulador e irradiador de políticas públicas capazes de promover o Estado de bem-estar conquistado ao longo de lento processo histórico onde se afirmaram os direitos sociais e o esgotamento de possibilidades políticas e econômicas levou a uma revisão do seu papel no processo de condução do desenvolvimento e na garantia de um conjunto de direitos da população em geral.

Assim, o presente artigo tem por finalidade estudar as transformações políticas visualizadas no estado contemporâneo, buscando-se a promoção de um estado democrático de direito e a efetivação dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas, enfatizando o espaço local como ambiente adequado para esse processo.

Desse modo, inicialmente realiza-se uma abordagem sobre as características do Estado contemporâneo e as transformações políticas que sofreu nos últimos séculos. Na sequência, realiza-se um estudo sobre o novo cenário para a implementação de políticas públicas de inclusão social, e desse modo, a efetivação de direitos. Analisa-se, assim, as dimensões do fenômeno da governança e os seus reflexos na efetivação dessas políticas. Por fim, realiza-se um estudo sobre a necessidade de se pensar o espaço local como ambiente favorável para a efetivação dessas políticas, especialmente ao dimensioná-las dentro de um mundo complexo e globalizado.

2 O Estado contemporâneo e suas *mutações* políticas

Até o início do século XX, preponderavam, no mundo, as idéias liberais de um Estado mínimo, que apenas mantinha a ordem e a propriedade e agia como regulador natural das relações sociais, sendo que os indivíduos eram percebidos e possuíam suas relações na sociedade de acordo com sua inserção no mercado. Nesta época, a questão social decorrente do processo produtivo se expressava na exclusão de pessoas, tanto da produção como da fruição dos bens e serviços necessários. Após a crise de 1929, que levou o mundo a um grande colapso, intensificou-se a discussão das questões sociais. O desenvolvimento do capitalismo do tipo monopolista delimitou uma nova vinculação entre o capital e o trabalho, e entre estes e o Estado, “[...] fazendo com que as elites econômicas admitissem os limites do mercado como regulador *natural* e resgatassem o papel do Estado como *mediador civilizador*, ou seja, com poderes políticos de interferência nas relações sociais [...]”. (SILVA, 1997, p. 190)

*Advogada, Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Professora na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado da UNIJUÍ, professora na graduação em Direito do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA e da Faculdade Dom Alberto. Integrante do Grupo de Pesquisa “Teoria Jurídica no Novo Milênio”, da UNIFRA e do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, da UNISC. Email: janasturza@hotmail.com

□□ Mestranda em Direito, com Bolsa Capes, pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local pelo Instituto Federal Farroupilha. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Unisc. E-mail: quelenbrondani@yahoo.com.br
*Quelen Brondani de Aquino**.*

Assim, o Estado avocou para si a responsabilidade de formular e executar políticas públicas econômicas e sociais, ou seja, passou a ser o principal responsável pelas respostas às demandas sociais na busca da efetivação de direitos, tornando-se, conforme Silva (1997, p. 189) “[...] arena de lutas para o acesso à riqueza social [...]”, porquanto as políticas públicas envolvem conflitos de interesses entre classes sociais, na medida em que as respostas dadas pelo Estado às demandas sociais podem beneficiar alguns, em prejuízo de outros. (CUNHA; CUNHA, 2002, p. 11-12) Esta possibilidade deu margem às políticas assistencialistas, muito praticadas na América-latina por um longo período do século passado. O Estado passou a ser alcunhado de Estado Providência, cabendo-lhe a execução de políticas públicas que dessem conta das mais variadas necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa, necessitando, com isso, maiores investimentos. Ainda, a problemática social foi agravada por fatores como o desemprego estrutural, a precarização das relações de trabalho, alterações na estrutura familiar, modificações no ciclo de vida e aprofundamento das desigualdades sociais, gerando exclusão e simultânea inclusão marginal de um grande contingente populacional. (CUNHA; CUNHA, 2002, p. 12-13)

Passou-se, assim, do paradigma liberal ao que se convencionou chamar de neoliberal, no qual a sociedade civil é convocada, cada vez mais, a assumir tarefas e responsabilidades sociais que antes cabiam exclusivamente ao Estado, agora incapaz, estrutural e economicamente, de sozinho, atender a todas as demandas da complexa sociedade contemporânea, imensamente influenciada, e mesmo modificada pela globalização e pela explosão populacional nos países mais pobres. (CAMPOS, 1998, p. 117) Dessa forma, acompanhando uma tendência também internacionalizada, organizações e movimento social transformam-se em prestadores de serviços sociais das mais variadas naturezas, com recursos externos ou em parceria com o Governo (OLIVEIRA; PINTO, 2001, p. 17), ou seja, passaram a executar políticas públicas, as quais podem ser definidas como [...] um conjunto interrelacionado de decisões e não-decisões, tendo como foco uma área determinada de conflito ou tensão social. Trata-se de decisões adotadas formalmente pelas instituições públicas – as quais conferem a capacidade de obrigar -, porém que são partes de um processo de elaboração, do qual participaram uma pluralidade de atores públicos e privados [tradução livre do Espanhol]. (VALLÉS, 2002, p. 377)

Assim, o final do século XX e o início do XXI, no Brasil, é uma época marcada pelos esforços da sociedade em regulamentar e implementar os direitos sociais garantidos na Constituição, e caracterizada pelo conflito entre a “[...] expectativa da implementação de políticas públicas que concretizassem os direitos conquistados, assegurados em lei, e as restrições políticas e econômicas impostas para sua implementação [...]”. (CUNHA; CUNHA, 2002, p. 15) Essa nova postura social e a crise do Estado contemporâneo, ou seja, deste novo Estado que, gradativamente, se modifica e se conforma, implicou em novos paradigmas de gestão pública: o empreendedorismo público surgiu como uma alternativa à administração burocrática; o conceito de governança passou a ser associado à capacidade do Estado em formular e implementar políticas públicas efetivas, em parceria com a sociedade civil; a ênfase em resultados, a orientação para o cidadão e a competição administrada tornaram-se princípios da reinvenção do Estado.

Adepto de uma Constituição Global, Canotilho (2000, p. 1317) apregoa a necessidade de se manter como centro de todas as expectativas, tanto no plano nacional quanto no internacional, “[...] a *democracia* e o *caminho para a democracia* [...]”, por ser a promotora da paz e por necessitar-se de uma interpretação, em relação ao princípio da autodeterminação, que fuja à tradicional idéia de soberania, mas que encontre guarida em outras e diferentes noções de social e político. O direito internacional, em tempos globais, deve ir além do *jus cogens*, integrando-o à elevação dos direitos humanos. (CANOTILHO, 2000, p. 1317-1318)

3 O novo cenário para a implementação de políticas públicas numa sociedade democrática

A democracia assume posição de grande dimensão na sociedade contemporânea, já que vivemos em uma única sociedade e que os eventos que ocorrem em qualquer parte do mundo afetam toda a sua estrutura de funcionamento. Por isso, é fundamental que se destaque a pluralidade social, sem esquecer a diferenciação funcional que é um importante fator para a democracia.

Por conseguinte, é possível observá-la e analisá-la no sentido do conjunto de procedimentos legítimos para redistribuir o poder na sociedade, sem necessidade de prejulgar os conteúdos das formas institucionais atuais e futuras, superando as gastas discussões de valores sobre o *dever ser* do sistema político e da democracia, em uma tarefa árdua, para ser desenvolvida de forma

consciente e comprometida com os interesses de toda a coletividade, de forma a abarcar toda a esfera pública.

Assim, o processo de construção da democracia, sobretudo, tem sido tradicionalmente analisado pela ótica da relação entre Estado e sociedade política. Mais recentemente, porém, com a nova dimensão quantitativa e qualitativa das associações da sociedade civil, o processo de democratização começou a ser visto como processo de mudança na cultura política, nas práticas sociais e nas formas de ação coletiva.

Hoje, deve-se repensar a democracia sob as condições de globalização para tornar responsabilizáveis as forças transnacionais que se esquivam de qualquer regulação democrática. Contudo, a aposta na globalização da democracia é criticada pelos céticos que, sob influência marcante do realismo, questionam a necessidade, possibilidade e desejabilidade da democratização da ordem mundial em função dos impedimentos estruturais imanentes e da ausência de ética democrática no sistema internacional, no qual a segurança e a paz só podem ser garantidas por equilíbrios de poder. (VIEIRA, 2001)

Todavia, a democracia não trouxe somente o fortalecimento do poder de decisão da sociedade frente ao Estado, mas também a reestruturação econômica, a crescente liberalização e as privatizações.

A democracia brasileira ainda se encontra cinzenta, mas, em compensação, a sociedade civil está em crescente ascensão em seu senso de cidadania. Por conseguinte,

Entre as novas transformações dentro do contexto da cidadania, podemos destacar a atenção despendida a alguns segmentos antigamente excluídos, como crianças e adolescentes, idosos, bem como a novos temas como a ética na política e a participação da sociedade e das instituições políticas, ONG's, movimentos sociais, terceiro setor e o contexto da organização social de uma forma geral. (SCHMIDT, 2001, p. 152-153)

Em verdade, a democracia opera na prática como um mecanismo de modernização, filtração e decantação dos processos do poder e por isso ela é um procedimento mais lento quanto às tomadas de decisões. (SARTORI, 1997) Neste sentido, faz-se necessário que a sociedade civil participe mais das decisões públicas como forma de exercer sua cidadania, buscando minimizar as consequências trazidas pela globalização no campo social, sob pena de restrição de diversos direitos fundamentais, agravando-se a exclusão e a desigualdade social.

No Brasil, em decorrência do déficit democrático, é o exercício do poder, pelas elites políticas e econômicas, que determinam os rumos do País, acima de qualquer outra influência social. E isso facilita a prática assistencialista, em detrimento das políticas públicas includentes, já que "[...] existe uma inter-relação entre a percepção de uma „policy“ por parte das pessoas afetadas e a estrutura da arena política. Esse fato, por sua vez, se baseia no pressuposto de que as pessoas afetadas associam custos ou benefícios às respectivas medidas". (FREY, 2000, p. 236) Para que um país possa desenvolver-se de maneira sustentável, é preciso que existam políticas públicas com este objetivo, estendidas a todo o território nacional, bem como é necessária a parceria entre o Estado e a sociedade civil, e, também importante, é mudar-se o foco dessas políticas, ou seja, "[...] faz-se necessário dar-se um basta à visão de que o importante é somente produzir, crescer economicamente e que o investimento na área social deve ser aquele que responde às exigências do mercado [...]". (DAGNINO, 2002, p. 121)

Se, por um lado, o Estado necessita de políticas macroeconômicas que lhe dêem sustentabilidade financeira, por outro não pode negligenciar em relação às políticas internas de combate às desigualdades regionais e sociais, pois, apesar de estar passando por transformações, ainda é o modelo de convivência social de que se dispõe, isto é, ainda é um meio cujo fim é a busca da convivência pacífica, nunca um fim em si mesmo. E é assim que o Estado deve intervir na economia e mediar a ampla gama de organizações que exercem função pública (cooperativas empresariais, organizações não governamentais, organizações religiosas e mesmo organizações de vizinhos, ecologistas e voluntariado em geral), para que se consiga melhorar a distribuição de renda, uma vez que o mercado, por si só, não possui preocupação com esta questão, e que a redução das desigualdades passa, necessariamente, pela igualdade de oportunidades e recursos. (DAGNINO, 2002, p. 122)

4 As dimensões do fenômeno da governança

Em razão dos avanços tecnológicos das últimas décadas, cuja influência fez-se sentir em vários âmbitos, dentre eles, no político e no jurídico, ocorreu uma grande transformação no papel

desempenhado pelos Estados-nação, por força mesmo das alterações em seus elementos constitutivos: povo, território e ordenamento jurídico. Pela facilidade da comunicação global, não só lingüística como em relação a todas as ciências, e pela possibilidade de deslocamento entre os mais longínquos territórios, o povo passou, rapidamente, a perder a característica de ser composto pelos mesmos fundamentos religiosos, lingüísticos e étnicos que definiam uma nação, e o território passou a sofrer direta e intensa interferência de organismos supranacionais e multinacionais. (AMIRANTE, 2003, p. 12)

Em decorrência desta interferência, que também é sentida no Brasil, o ordenamento jurídico deixou de ser a expressão da vontade soberana de um povo, atingindo-se até mesmo as instituições democráticas, na medida em que a legitimidade com base na representatividade é substituída pela governança¹, e que nem mesmo as conquistas sociais, políticas e jurídicas mais importantes, como é o caso dos direitos humanos, são poupados. (AMIRANTE, 2003, p. 12-13)

1 Amirante define a governança como “[...] um instrumental que se aplica ao exercício do poder numa variedade de contextos institucionais, cuja finalidade é dirigir, controlar e regular atividades no interesse de pessoas como os cidadãos, os eleitores e os trabalhadores. Essa nova tipologia social é empregada [...] para identificar o governo da sociedade complexa. [...]”

A Governança é, então, a capacidade para determinar que as coisas sejam feitas sem, contudo, necessitar-se de competência legal para isto, ou seja, é um modo de distribuírem-se valores, tal como o faz o Estado, através de sua legitimação para tal, mas sem utilizar-se do autoritarismo para isto. (CZEMPIEL, 2000, p. 335) Portanto, Governo e governança não se confundem, como observa Rosenau(2000, p. 15-16), pois embora ambos tenham o objetivo de realizar atividades orientadas para metas, aquele necessita de uma autoridade formal, enquanto esta, não. Isto é, a governança possui maiores dimensões do que o governo, pois, mesmo abrangendo as instituições governamentais, tem mecanismos que também autorizam a atuação não-governamental, possibilitando que as pessoas satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas de uma maneira mais efetiva.

Pela governança convivem normas institucionais e não-institucionais, ao lado da privatização e da descentralização. Assim, a subsidiariedade pode exprimir o conceito de governança, o que leva à conclusão de que foi a partir destas mudanças que a sociedade civil passou a ter a possibilidade de não apenas criticar orientações políticas do governo, mas também de participar ativamente da eleição, desenvolvimento e execução das políticas públicas.

Se por um lado a globalização alterou substancialmente o conceito tradicional de Estado-nação e suplantou o Estado-social, a governança estabeleceu uma nova forma de implantação de normas que, embora não tenham o poder coercitivo estatal - pois são normas contratuais, negociadas, uma espécie de lei contratual com duração mais prolongada no tempo -, são determinantes às novas orientações econômicas, sociais, culturais e jurídicas. Enquanto a globalização foi determinante à desregulamentação, à falta de normatização estatal para muitas questões, em razão da transnacionalidade das questões modernas, a governança trouxe uma criação normativa diferente, em substituição e complementação à estatal, mas resulta, igualmente, em uma prática obrigatória.

5 As ações locais frente às referências de âmbito global

O Espaço Local é um processo maior de comunicação e controle social, que surge após avaliações, discussões e articulações em âmbito global. Essa redefinição do espaço local enquanto esfera de menor complexidade contribui para retornar a centralidade ao cidadão, muitas vezes contraposto ao distanciamento da globalização-excludente. Espaço local é um meio de concretização dos princípios constitucionais, porém também com limitações e restrições constitucionais, uma vez que o fortalecimento do poder local pode ser contraditório, mas é, sem dúvida alguma, estratégia de cidadania, manutenção do controle social sobre decisões públicas e concretização da Constituição Federal.

O processo de globalização e a informatização dos processos de produção, distribuição e gestão, modificam profundamente a estrutura espacial e social dos espaços locais em todo o planeta. Este é o sentido mais direto da articulação entre o global e o local. Os efeitos sócio-espaciais desta articulação variam segundo níveis de desenvolvimento dos países, sua história urbana, sua cultura e suas instituições. (BORJA, 1997) Nesta abordagem, a globalização traz uma visão simplificada de abertura e unificação dos espaços da reprodução social. Ocorre uma nova hierarquização dos espaços, segundo as diferentes atividades, envolvendo tanto *globalização* como formação de

blocos, fragilização do *Estado-nação* e surgimento de *espaços sub-nacionais* fracionados de diversas formas. A globalização constitui ao mesmo tempo uma tendência dominante neste fim de século, além de uma dinâmica diferenciada na articulação para solucionar problemas contemporâneos. (DOWBOR, 1995)

Na formulação de Santos (2000), o que globaliza separa, nesse sentido, é o local que permite a união. Assim, em uma dimensão extremamente prática deste processo, o exemplo cotidiano do dilema da solidariedade é o mais comum na sociedade contemporânea. Não que o ser humano seja menos solidário na atualidade, mas a humanização do desenvolvimento, ou a sua re-humanização, passa pela reconstituição dos espaços comunitários. A própria recuperação dos valores e a reconstituição da dimensão ética do desenvolvimento exigem que para o ser humano o outro volte a ser um ser humano, um indivíduo, uma pessoa com os seus sorrisos e suas lágrimas. Este processo de reconhecimento do outro não se dá no anonimato e o anonimato se ultrapassa no circuito de conhecidos, na comunidade, no espaço local. (DOWBOR, 1995)

Contudo, não é suficiente o alargamento das competências do poder local para que se construa um direito social que permita uma nova e qualificada relação entre o Poder Público e a sociedade. É preciso uma modificação estrutural nas próprias estratégias de gestão do espaço local, a fim de que uma nova interpretação da repartição de competências esteja agregada a um processo de democratização das decisões públicas, evitando-se, com isso, que o espaço local seja apenas a repetição, em escala menor, dos processos de legitimação próprios da sociedade de massas, cujas críticas devem ser consideradas nesta (re)ordenação do espaço público. (HERMANY, 2007)

Os espaços locais podem abrir uma grande oportunidade para a sociedade retomar as rédeas do seu próprio desenvolvimento. Todavia, não somente as iniciativas locais são suficientes, pois sem sólidas estruturas locais participativas e democratizadas, não há financiamentos externos ou de instituições centrais que produzam resultados. De certa forma, o espaço local está recuperando gradualmente um espaço de decisão direta sobre a "polis", recuperando a dimensão mais expressiva da política e da democracia. (DOWBOR, 1995)

Ao mesmo tempo em que os problemas locais são decorrentes da estrutura da modernidade do espaço global, devem também integrar-se a estruturas em suas comunidades locais. Nesse sentido, o local e o global se complementam e não são antagônicos. Essa integração social requer mecanismos políticos democratizados, baseados na descentralização administrativa e na participação cidadã. Nesse processo, é mister que se compreenda, o que, afinal, é uma comunidade?

Perobelli e Schmidt (2011, p. 153), ao fazer uso dos ensinamentos de Etzioni, destacam que a comunidade é o caminho para a construção de uma boa sociedade. De acordo com o autor trata-se de qualquer grupo social identificado por laços de afeto e por uma cultura compartilhada. Nesses termos, os autores aduzem que para se alcançar uma boa sociedade é fundamental o fortalecimento da comunidade. Nas palavras dos autores, "não significa pensar apenas no que é coletivo, na dimensão comunal, mas buscar um equilíbrio entre a autonomia individual e o bem comum, entre direitos individuais e responsabilidades sociais".

Portanto, para que se alcance a boa sociedade, é preciso a construção de uma realidade diferente das existentes, hoje, na comunidade, pois inseridas em um mundo capitalista e globalizado, vislumbram-se relações fundamentadas em interesses, em que os indivíduos são meios para se buscar fins econômicos. Na boa sociedade, as relações devem se estabelecer entre as pessoas, entre os cidadãos. O desafio, portanto, de acordo com Perobelli e Schmidt (2011, p. 157), "é a construção de comunidades éticas, que verdadeiramente apoiem e dêem segurança aos indivíduos".

Nesse viés, para alcançar seus objetivos, as políticas públicas devem direcionar suas ações para o espaço local, as possibilidades de atuação do governo devem ser condicionadas pela estrutura social, cultural e organização econômica de cada localidade, vez que existe enorme diferenciação de cidade para cidade, em função, principalmente, do porte e da complexidade das relações sociais de seus indivíduos.

Outro ponto relevante para a compreensão desse tema reside no fato de que, incessantemente, busca-se o desenvolvimento social e local, trata-se, pois, de estratégia de planejamento e ação dos governos. Assim, de acordo com os ensinamentos de Martins:

(...) o desenvolvimento local aparece num contexto em que se esgotam as concepções de desenvolvimento associadas a progresso material (acúmulo de riquezas), pessoal ("ganhar a vida") e ilimitado ("quanto mais melhor"), mas sobretudo é um produto da iniciativa compartilhada, da inovação e do empreendedorismo comunitários. Mais do que um conceito, o desenvolvimento

local é, na verdade, um evento *sui generis*, resultante do pensamento e da ação à escala humana, que confrontam o desafio de enfrentar problemas básicos e alcançar níveis elementares e auto-referenciados de qualidade de vida na comunidade. (Grifo nosso) (MARTINS, 2002, p. 51)

É justamente, quando se fala em “qualidade de vida na comunidade” que as diferenças aparecem como uma das principais necessidades dos atores sociais, portanto é preciso promover o desenvolvimento, relacionando-o com o cenário em que se apresenta a dinâmica de vida. Nesse contexto, a dimensão humanística do desenvolvimento está fundamentalmente na valorização das pessoas que estão em seu entorno. Por isso que o diferencial do espaço local está, de acordo com Martins (2002, p. 52), em atribuir e assegurar à comunidade “o papel de agente e não apenas de beneficiária do desenvolvimento”.

Enquanto agente, a comunidade tem a oportunidade de intervir e auxiliar na exposição de demandas e necessidades locais. Contudo, o maior desafio é fazer com que os atores sociais assumam essa condição destacada no processo de formulação de políticas públicas, que se tornem protagonistas do desenvolvimento, conscientes de que se trata de um processo que deve ser empreendido individualmente por cada pessoa, e que assim estar-se-á exercitando a cidadania. Especialmente porque a participação pessoal, de acordo com Martins (2002, p. 52), deve levar em consideração a necessidade de formação de “tomada de consciência” e de “senso crítico”, por sua vez, nas palavras do autor, “sobretudo quando não estimulados e mesmo sufocados por períodos de pouca ou nenhuma democracia”.

Em verdade, o espaço local pode ser considerado como um importante elemento de garantia da atuação da sociedade civil no contexto de crise do Estado Nacional e de construção de uma economia globalizada capaz de impulsionar ações capazes de sanar dificuldades na resolução dos problemas decorrentes da complexidade e da contemporaneidade da sociedade.

É evidente, diante do exposto, que o poder local torna-se fundamental para que o novo contexto global coexista com instrumentos de controle social, uma vez que amplia as garantias sociais no paradigma transnacional. Logo, cabe destacar que:

São justamente os governos locais os responsáveis pela execução de políticas públicas adequadas para o fortalecimento da qualidade de vida, seja em função da (re) definição de competências constitucionais, seja em virtude da crise de financiamento do Estado Nacional, que o incapacita de atender com efetividade às demandas da população. Tais razões justificam a importância, até paradoxal, do poder local para o desenvolvimento econômico na sociedade globalizada, vinculado ao conceito de qualidade de vida como fator de produtividade e, por conseguinte, de eficiência do sistema produtivo. (HERMANY, 2007, p. 263)

Portanto, é necessário que os governos locais assumam seu poder e sejam capazes de firmar sua comunidade e seus interesses acima de suas diferenças de partidos e ideologias. Devem ser capazes de defender seus interesses específicos em relação aos seus respectivos estados nacionais, sem separatismos destrutivos, mas aceitando a necessidade de conflito negociado como forma normal de existência política em um sistema institucional plural. (BORJA, 1997)

Além disso, constata-se que os espaços locais são fundamentais e representam o cenário adequado para a efetivação das políticas públicas, é no município que grande parte delas são executadas, tendo em vista sua autonomia e a aproximação com os cidadãos a que se destina. Desse modo, conforme já referido, de acordo com os ensinamentos de Hermany e Pereira (2011, p. 218), “deve-se romper com a idéia de cidadão somente como destinatário das políticas públicas, e trazê-lo para uma cidadania efetivamente ativa, e inclusive emancipatória, que apenas será construída através de uma interação entre o espaço público e a sociedade”.

Diante disso, a participação cidadã deve ser constante, portanto, a promoção do empoderamento social local, acaba gerando a consolidação dos envolvidos para garantir a concretização das políticas públicas locais. Hermany e Pereira (2011, p. 222), ensinam que este termo “significa a conquista de direitos de cidadania, uma vez que tem como fundamento a emancipação do cidadão. Empoderar denota o desenvolvimento do cidadão, com o objetivo de tomar posse de seus direitos fundamentais”.

Nesse sentido, a cidadania só se efetivará se os diferentes agentes sociais estiverem integrados na busca da solução de conflitos sociais. Isso se dá com a organização, o associativismo e a constante ampliação da rede que as comunidades estão inseridas, assim estar-se-á promovendo, acima de tudo a emancipação social.

(...) o empoderamento social, ainda que em menor escala, tem a possibilidade de gerar estabilidade ou governabilidade. Significa que o empoderamento pode ser visto de duas formas: sob a ótica de um verbo transitivo e intransitivo. (...) empoderamento pode ser visto com o

significado de “dar poder a outros”, ou seja, transitivamente, e, intransitivamente, como um processo de aumento de autoestima e influência sobre a vida das próprias pessoas. (HERMANY & PEREIRA, 2011, p. 223)

Enfim, é no espaço local, na própria comunidade, que o indivíduo deixa o plano da abstração e passa a ser entendido enquanto parte integrante de todo processo de políticas públicas, desde o momento de reconhecimento dos problemas, auxiliando na identificação de suas especificidades e necessidades concretas, até na avaliação e monitoramento das ações.

Nesse processo observa-se o delineamento de um novo modelo democrático, abandonando os conceitos fechados de cidadania e indo em busca de novas maneiras de “cosmopolitismo”. (REIS & MELO, 2009, p. 2659)

A dignidade da “igualdade” jurídica e ontológica exige instituições não repressivas, não discriminatórias e abertas ao debate. Estruturado a partir desta premissa, o sistema social e político pode garantir concomitantemente a expressão dos direitos universais e a proteção dos particularismos culturais. [...] A humanidade “globalizada” pode caminhar em direção a um tempo de novos conhecimentos, novas alianças, novas identidades e diversidades, um novo paradigma intercultural no qual pessoas e culturas se coloquem democraticamente todas num mesmo plano. (REIS & MELO, 2009, p. 2659)

Diante desse novo modelo de democratização em que, cada vez mais, busca-se a participação social, observando-se, inclusive, a flexibilização e abertura de organismos conhecidos por conservar uma comunicação rígida e fechada, que se vislumbra nas ações do Estado – através das políticas públicas – o elemento primordial para a construção e efetivação dos direitos fundamentais, e, principalmente, o exercício efetivo da cidadania.

6 Considerações finais

O novo modelo de democracia desenhado pela Constituição Federal de 1988 chamam a atenção dos gestores públicos no sentido de se buscar mecanismos para fomentar a participação social na solução das demandas sociais. Desse modo, o espaço local, por ser o cenário de ação dos atores sociais envolvidos num processo democrático, torna-se o ambiente adequado para a efetivação dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas.

Constata-se que o espaço local é um meio de concretização dos princípios constitucionais; é necessário, nesse sentido, a sua redefinição enquanto esfera de menor complexidade, que contribui para retornar a centralidade ao cidadão, muitas vezes contraposto ao distanciamento da globalização-excludente. Portanto, é evidente que as políticas públicas precisam ser (re)pensadas sob a perspectiva local, ainda que se encontrem subterfúgios e elementos complementares no mundo globalizado e dinâmico.

Nesse contexto, há que se enfatizar o papel da governança, dos poderes municipais e da participação cidadã, nos processos de formulação, implementação e monitoramento das políticas públicas, nada melhor que a comunidade local para identificar as suas demandas e peculiaridades, a partir daí o Estado terá maior efetividade em suas ações. O exercício de uma democracia participativa é o ideal nesse processo, devendo ser tratada como um mecanismo em constante transformação, dinâmico e em continuo aperfeiçoamento. A gestão pública deve priorizar, efetivamente, uma gestão compartilhada entre Estado e sociedade. As suas ações devem ser focadas no cidadão e no bem-estar da coletividade, por isso que a participação cidadã é importante. Ninguém melhor que os legítimos detentores da soberania – o povo – para promover processos dinâmicos de discussão e debates sobre suas demandas, a fim de leva-las ao governo para a sua efetivação.

Diante de tudo que foi exposto, a implantação de novas políticas públicas deve passar pelo viés do espaço local, para que, assim, busque-se, diante das novas tendências mundiais, o enfrentamento dos desafios da diversidade humana, seja no campo social, econômico, étnico e cultural. Tudo isso, em prol de um ideal de equidade social, a fim de promover a paz social, o bem estar da coletividade e a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMIRANTE, Carlo. *Uniões supranacionais e reorganização constitucional do Estado*. Tradução de Luisa Rabolini. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. *Local e global – a gestão das cidades na era da informação*. Madrid: Santillana, 1997.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almeida, 2000.
- CAMPOS, Roberto. *A prepotência do Estado*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.
- CUNHA, Edite da Penha; CUNHA, Eleonora Schettini M. *Políticas públicas e sociais*. In: Políticas Públicas. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governança e Democratização*. In: ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governança sem Governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: UNB, 2000.
- DAGNINO, Renato. *Gestão estratégica de inovação: metodologias para análise e implementação*. Taubaté: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2002.
- DOWBOR, Ladislau. *Da globalização ao poder local: a nova hierarquia dos espaços*. São Paulo: 1995.
- FREY, Klaus. *Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões da análise de políticas públicas no Brasil*. In: Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, n.21, p. 212-257, 2000. Disponível em: <<http://desafios2.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em 28 ago. 2012.
- HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local.uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.
- MARTINS, Sérgio Ricardo Oliveira. *Desenvolvimento Local: questões conceituais e metodológicas*. In.: INTERAÇÕES: Revista Internacional de Desenvolvimento Local. Vol. 3, N. 5, p. 51-59, Set. 2002.
- OLIVEIRA, Maria Coleta; PINTO, Luzia Guedes. *Exclusão Social e Demografia: elemento para uma agenda*. In: OLIVEIRA, Maria Coleta (Org.). *Demografia da Exclusão Social*. Campinas: UNICAMP, 2001.
- PEROBELLI, M. P; SCHMIDT, João Pedro. *Superando a Dicotomia Público/Privado: o comunitário e o público não estatal*. In.: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Diretos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.
- REIS, Jorge R. dos; MELO, Milena Petters. *Imigração e relações interculturais no contexto da globalização: entre igualdade e diversidade, as novas fronteiras da democracia*. In: REIS, Jorge R. dos; LEAL, Rogério G. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 9. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.
- ROSENAU, James. *Governança, ordem e transformação na política mundial*. In: ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governança sem Governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: UNB, 2000.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. São Paulo: Record, 2000.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia: los problemas clásicos*. Madri: Alianza Editorial, 1997.
- SCHMIDT, João Pedro. *Juventude e política no Brasil. A socialização política dos jovens na virada do milênio*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.
- SILVA, Ademir. *A política social e a política econômica*. In: Revista Serviço Social e Sociedade, São Paulo, n. 53, 1997.
- VALLÉS, Josep M. *Las políticas públicas*. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002.
- VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro/São Paulo, Editora Record, 2001.

ANÁLISE DOS MEIOS DE INGRESSO NAS UNIVERSIDADES E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: A CONSTITUCIONALIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DE COTAS

Jaqueline Machado Hammes¹

1 INTRODUÇÃO

Este artigo se justifica pela inquietação diante da questão referente às “cotas raciais”, também chamadas de ações afirmativas, motivo esse, que faz reascender uma discussão polêmica e atual, a fim de verificar se o princípio da igualdade, um dos mais consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, não afronta de alguma forma as normas constitucionais. Infelizmente, ainda existem obstáculos para efetivar as ações afirmativas na sociedade atual, agravando ainda mais a exclusão social, que é um dos graves problemas que assola a sociedade desde os tempos mais remotos.

Partindo-se da flagrante desigualdade social brasileira, procurar-se-á através da análise das ações afirmativas vigentes, dos diversos mecanismos implementados pela Lei Maior, com o objetivo de reduzir as diferenças e analisar se a sua real aplicação não está ferindo de alguma forma o princípio da igualdade, um dos mais aclamados pelo atual ordenamento jurídico.

Nesse sentido, surge a necessidade de algumas considerações acerca da sua gênese, dos objetivos almejados, da problemática constitucional por ele suscitada, das modalidades de programas e dos critérios e condições indispensáveis a sua compatibilização com os princípios constitucionais, motivos estes, que justificam o interesse pelo tema proposto. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, apoiada, em especial na Teoria da Justiça de Rawls e nos julgados do Supremo Tribunal Federal, donde se conclui que, no Brasil, para que se garantam de forma equânime os direitos fundamentais e a igualdade material, ambos almejados pela Carta Magna, a Política de Cotas é um importante instrumento de alcance desse fim.

2 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A regra do inciso I do art. 5º da Carta Constitucional do Brasil consagra com clareza o princípio da igualdade, reproduzido em praticamente todas as constituições editadas após a Revolução Francesa: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição”. Essa garantia encontra reforço no inciso XXX do seu art. 7º, que proíbe qualquer discriminação fundada em motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

1 Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social. Graduada em Direito pela mesma universidade. Bolsista do Programa de Bolsas Institucionais para Programas de Pós – Graduação *Stricto Sensu* – BIPPS. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC, coordenado pela Professora Pós Dra. Marli da Costa. E-mail: Jake@viavale.com.br.

2 Mestranda em Direito do Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS- UNISC, Área de Concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bacharel em Direito. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Professora Pós Dra. Marli da Costa; Direitos Humanos, coordenado pelo Prof. Pós Dr. Clóvis Gorczewski e Estado, Sociedade e Administração Pública, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal, todos das UNISC. E-mail: sofiasm@ig.com.br.

Simone Andrea Schwinn²

Apesar de decantada a igualdade formal, o próprio texto da Lei Maior prevê normas que concedem tratamento diferenciado entre homens e mulheres. É outorgada proteção ao mercado de trabalho feminino, mediante incentivos específicos, bem como é assegurada a aposentadoria com 60 anos, enquanto para os homens a idade limite é de 65 anos. Estas distinções se dão em decorrência de um tratamento cultural, já que as mulheres assumem dupla jornada, ao se dedicarem às tarefas domésticas, aos cuidados com os filhos, que exigem, pela natureza do serviço, um esforço maior.

A aparente incompatibilidade entre essas normas jurídicas se resolve ao se constatar que a igualdade formal – igualdade de todos perante a lei - não conflita com a igualdade material, que é o direito à equiparação através da redução das diferenças sociais. Nítida a intenção do legislador em consagrar a máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam³.

O direito a igualdade consolidado como direito humano que como tal, tem um processo histórico lento e gradual (as chamadas gerações de direito), surge no século XIX e domina o século XX, exigindo uma prestação positiva por parte do Estado, sendo necessário que este propicie as necessárias condições para que estes direitos possam ser desfrutados⁴.

Depois da Segunda Guerra Mundial, com o intuito de zelar pela manutenção da paz e da segurança internacional, nasce a Organização das Nações Unidas, que visa à intermediação dos conflitos entre os Estados. Em 1948, também foi inaugurada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que passa a reconhecer o ser humano como sujeito de direitos e obrigações, transformando-o em sujeito de direito internacional. Nesse sentido, “a Declaração de 1948 foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade humana, e deve ser visto como um libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo”⁵.

A evolução histórica dos direitos humanos teve seu marco nas antigas civilizações, mediante sua religião, onde inúmeros princípios norteavam a proteção do ser humano. Acompanhando essa evolução e adequando-se à evolução da sociedade, o texto constitucional propicia a reinvenção do marco jurídico dos direitos humanos, fomentando extraordinários avanços em todos os aspectos, buscando a proteção e a efetiva concretização dos direitos do homem como um todo.

Para entender melhor o que isso significa na prática, vale citar o próprio Brasil como exemplo, e a evolução que sofreu através dos tempos em relação à conquista de seus direitos. Algumas Constituições previam legalmente a prática de tortura ou escravidão, enquanto outras repudiavam severamente e lutavam pela independência de seu povo, dependendo da moral e da forma como era governada por seus representantes. Daí a dificuldade em conceituar e diferenciar “direitos humanos” de “direitos fundamentais do homem”, porque variam drasticamente no tempo e no espaço, dependendo de cada sociedade e do momento histórico em que estão inseridas.

Os direitos humanos prevêm em seu conteúdo um caráter revolucionário, diante de tantos anos de repressão e autoritarismo por parte de seus governantes. Destaca bravamente em seus primeiros artigos o respeito pelo ser humano, à intenção de igualar todos os povos, sem distinção de credo, raça, cor, sexo ou idade. É um importante instrumento criado para defesa da paz e dos direitos, tornando viável o acesso à justiça, por qualquer um que se sentir lesado ou ter seus direitos ameaçados.

3 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

4 GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar e praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p. 133.

5 ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Coord.). *Direito internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p.25.

Sem dúvida foi muito bem elaborada, pois seu texto engloba várias conquistas para a humanidade, sendo que seu preâmbulo apresenta a síntese dos anseios que lhe inspiraram a redação e os compromissos que lhe deram origem ao definir o Estado Brasileiro como um “um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias”⁶.

Porém, a realidade brasileira, bem como o resto do continente latino-americano, foi marcada por um longo período de discriminação contra algumas classes sociais, motivo esse, que dificulta a inclusão social e o acesso á outras oportunidades, como o mercado de trabalho, por exemplo. Para tanto, o sistema de cotas é entendido como alguns doutrinadores como uma política que reduziria as desigualdades sociais, enquanto outros críticos acreditam que esse sistema de cotas, principalmente as raciais, acabaria por agravar o racismo já existente.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Ressalta-se que esse tema é de transcendental importância para o Brasil e para o Direito brasileiro, por dois motivos. Primeiro, por ter incidência direta sobre aquele que é seguramente o mais grave de todos os nossos problemas sociais (o qual, curiosamente, todos fingimos ignorar), o que está na raiz das nossas mazelas, do nosso gritante e constrangedor quadro social – ou seja, os diversos mecanismos pelos quais, ao longo da nossa história, a sociedade brasileira logrou proceder, através das mais variadas formas de discriminação, à exclusão e ao alijamento dos negros do processo produtivo consequente e da vida social digna. Em segundo lugar, por abordar um tema nobre de Direito Constitucional Comparado e de Direito Internacional, mas que é, curiosamente, negligenciado pelas letras jurídicas nacionais, especialmente no âmbito do Direito Constitucional⁷.

Importante mencionar as lições do filósofo Rawls. Segundo ele, cumpre primeiramente a função de conjugar a liberdade e a igualdade de um modo coerente e ao mesmo tempo eficaz. Assim, os dois princípios – escolhidos na posição original – devem efetivar a distribuição equitativa de bens primários – bens básicos para todas as pessoas independentemente de seus projetos pessoais de vida ou de suas concepções de bem. Os bens primários comportam, ainda segundo ele, o auto-respeito e a auto-estima, acompanhados das liberdades básicas (expressão e religião), rendas e direitos a recursos sociais (educação e saúde, por exemplo)⁸. Posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; b) devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade⁹.

Primeiramente, todas as pessoas têm direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com o dos demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido. Segundo, as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: a) devem estar vinculadas a Uma vez que os princípios aplicam-se à estrutura básica da sociedade, ou seja, distribuem direitos e obrigações, o primeiro princípio deve ser observado irrestritamente para que seja viável a garantia das liberdades fundamentais de modo universal e imparcial. As liberdades básicas mais importantes são: a liberdade política (votar e ocupar cargos públicos), a liberdade de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, as liberdades da pessoa (integridade pessoal, e proteção contra a agressão física e psicológica), o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a retenção arbitrárias, em síntese, os direitos humanos e as liberdades civis.

6GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005, p. 110.

7GOMES, Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001, p.65.

8 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editora Presença, 1993.

9 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editora Presença, 1993.

O segundo princípio, condicionado à observância irrestrita do primeiro, objetiva efetivar uma justiça distributiva, onde cumpre um papel de destaque o princípio da diferença: os que estão em posição melhor somente podem aumentar seus ganhos se isso implicar em vantagem para os menos favorecidos. As desigualdades são justificadas por uma igualdade local (todos têm direito ao acesso às riquezas) ao mesmo tempo em que são mitigadas pelo princípio da diferença.

Com esses dois princípios, Rawls procura oferecer uma teoria capaz de fazer frente ao utilitarismo, assumindo, de certa forma, alguns postulados dessa corrente: aqueles que levam ao igualitarismo. Sem abrir mão do postulado essencial das liberdades fundamentais. Como fazer isso mantendo a coerência? Através do procedimentalismo, assumindo a utilidade da igual oportunidade, mas sem endossar uma "doutrina do bem" uma doutrina abrangente, na linguagem rawlsiana¹⁰.

A discriminação positiva introduz na norma o tratamento desigual dos formalmente iguais, citando-se como exemplo a reserva de vagas de cargos públicos para deficientes físicos, determinada pela Constituição Brasileira de 1988, ou ainda a reserva de uma determinada quantidade de vagas nas universidades públicas para alunos afrodescendentes ou da rede pública. Alguns doutrinadores do Direito consideram que tais medidas nada mais são do que a implementação da igualdade material¹¹.

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.¹²

Fundamentação do voto do presidente do STF, Carlos Ayres Britto, durante o julgamento sobre a constitucionalidade ou não da implementação de cotas raciais para ingresso nas universidades, em abril de 2012.

Portanto, sem dúvida, a concretização dos direitos humanos é algo louvável, mas pode escamotear e esconder o problema da heterogeneidade dos direitos e, às vezes, de uma possível contradição entre classes de direitos que não podem ser garantidos ao mesmo tempo e com a mesma eficácia.

Fazendo uma breve retrospectiva histórica quanto a origem, salienta-se que as ações afirmativas nasceram na década de 1960, nos Estados Unidos da América, com o presidente John F. Kennedy, como forma de promover a igualdade entre os negros brancos norte-americanos. Sendo que no Brasil, as primeiras iniciativas de ações afirmativas ligadas à questão educacional surgiram em 1992, promovidas por ONGs (organizações não governamentais), por meio de oferecimento de cursinhos pré-vestibulares para alunos carentes e/ou afrodescendentes¹³.

10 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editora Presença, 1993, p.33.

11 MENEZES, Paulo de Lucena de. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

12 Fundamentação do voto do Ministro do STF, Ricardo Lewandovski, durante o julgamento sobre a constitucionalidade ou não da implementação de cotas raciais para ingresso nas universidades, ADPF 186, em abril de 2012.

13 BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?* São Paulo: Autores Associados, 2005, p.55.

Com esse entendimento, Silva traz à tona a lição de Gomes que ensina:

[...] as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade¹⁴.

Cabe a reflexão de Branco, para quem o direito à educação enquanto direito prestacional, traz a exigência ao Estado para que haja no sentido de atenuar as desigualdades, sendo que encontra-se no rol dos direitos de promoção, que “surgem da vontade de estabelecer uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política. São direitos que se realizam por intermédio do Estado.”¹⁵

O próprio Superior Tribunal Federal (STF) decidiu por unanimidade, que o sistema de cotas para ingresso nas universidades é constitucional, no julgamento da ADPF e segundo o presidente do STF, Ayres Britto “os erros de uma geração podem ser revistos na geração seguinte, e é isto que está sendo feito”¹⁶. No mesmo sentido, o ministro Fux defendeu: “as ações afirmativas ainda são necessárias em um País com desigualdades sociais tão grandes como o Brasil e a opressão racial dos anos da sociedade escravocrata brasileira deixou cicatrizes que se refletem no campo da escolaridade”¹⁷.

Como uma política que pretende atender aos anseios da população que sofre essa discriminação aberta, a presidenta Dilma sancionou no dia vinte e nove de agosto deste ano, o sistema de cotas raciais e sociais para as Universidades Federais de todo o País, através da Lei 12.711. A partir da proposta que prevê a reserva de 50% das vagas para alunos de escola pública, a regulamentação deverá criar, entre outros mecanismos, medidas para compensar eventuais diferenças entre alunos que ingressarem pelas cotas, de outros egressos do sistema universal, embora essa lei só passará a valer para quem fizer o vestibular em 2013; sendo que as universidades terão o prazo de quatro anos para cumprir integralmente a reserva proposta.

Dessa forma, dentro desse percentual de 50%, as vagas serão distribuídas proporcionalmente à composição da população de negros, pardos ou indígenas em cada estado.

CONCLUSÃO

De qualquer sorte, a discussão sobre o tema não é pacífica, pois existem alguns entendimentos do STF em favor da reserva de vagas para a população declarada parda ou negra, enquanto outras ações de inconstitucionalidade foram propostas por políticos e outras entidades da sociedade civil. No entanto, os aspectos positivos ou negativos da lei 12.711, e do próprio julgamento do STF sobre a política de cotas, só serão avaliados efetivamente, quando colocado em prática pelas Universidades, fato esse que se dará de forma lenta e gradual, visto o prazo mencionado em lei para implementação e da forma com que cada instituição se manifestará sobre a questão. De toda sorte, a aprovação da referida lei e a decisão do Supremo Tribunal Federal, representam um avanço no sentido da garantia da igualdade material a grupos que sofrem ao longo dos anos, os reflexos da discriminação histórica a que foram submetidos.

Enfim, cumpre salientar que as ações afirmativas são apenas mais um passo dado em direção à concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana, que devem ter sua igualdade protegida contra práticas de discriminação étnico-racial, pois uma sociedade que permite que esse tipo de prática discriminatória aconteça, não pode ser qualificada como democrática.

14 SILVA, Luiz Fernando Martins da. Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para os afro-brasileiros. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/cinco/l_fernando_2.htm>. Acesso em: 25 out 2012.

15 MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

17 Idem, fundamentação do ministro Luiz Fux.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Coord.). *Direito internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BRANDÃO, Carlos da Fonseca. *As cotas na Universidade pública brasileira: será esse o caminho?* São Paulo: Autores Associados, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Votos da ADPF 186*. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acesso em out. 2012.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001.
- GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.
- GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar e praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.
- MENEZES, Paulo Luce. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito Norte-Americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editora Presença, 1993.
- SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para os afro-brasileiros*. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/cinco/l_fernando_2.htm>.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS UNIVERSAIS¹

Khaoan Jacques de Castro²
Prof.^a Ms. Tássia Gervasoni³

No que concerne os direitos fundamentais da ordem Constitucional, pode-se analisar o seu caráter histórico quanto as suas dimensões elencadas como liberdade, igualdade e fraternidade. Por conseguinte, é importante inferir a problematização sobre a discussão por impingir a 4ª dimensão referente aos direitos fundamentais, denominada de universalidade de direito. Dando seguimento ao já exposto, é interessante especificar sobre a apresentação ser de cunho bibliográfico, mediante material já delimitado, de ordem doutrinária. Não obstante, sobre a universalidade dos direitos fundamentais observa-se uma maior inserção dos direitos humanos atuando com maior veemência tanto no plano do direito internacional (se pode considerar o caso Herzog como uma adaptação revolucionária), quanto no direito interno (dá-se ênfase no caso do aborto de feto anencéfalo, julgado a pouco tempo pelo STF). Considerando a 4ª dimensão, se percebe uma integração completa referente às outras dimensões dos direitos fundamentais no plano Constitucional, pois ela globaliza e universaliza no campo institucional, dando maior humanização na democracia. Como aduz Paulo Bonavides, “Democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do Hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder”. Sendo assim, se enfoca para o princípio da proporcionalidade que a universalidade dos direitos fundamentais utiliza intensamente para analisar conflitos dentro da própria ordem jurídica, fazendo um juízo de ponderação no escopo de alcançar o meio mais eficaz de justiça e sempre dando a proteção devida ao ser humano, como elenca o princípio da dignidade da pessoa humana. Interpretar os direitos fundamentais é ter uma cosmovisão no sentido da concessão da proteção e não no sentido da restrição. Destarte, é factível concluir que os direitos humanos vigente na ordem internacional, como, os direitos fundamentais presentes na ordem estatal, podem de tal maneira, agirem juntos, dando maior harmonia para a sociedade. Assim, não se deve fazer distinção de como tratar em ambas as esferas, apenas considerando um juízo de ponderação para não restringir o direito de ir e vir, em que, a própria Carta magna delata.

Palavras-chaves: Universalidade – Direitos Fundamentais – Princípio da Proporcionalidade.

Referências Bibliográficas: SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. – 2. ed., 3.tir. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. – 27ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores.

¹Resultado parcial do Projeto de Pesquisa intitulado “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS UNIVERSAIS”, iniciado em 10/05/11, com apoio da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), vinculado à Linha de Pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direito e Cidadania”.

²Autor. Aluno de graduação do 3º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: Khaoan_castro@hotmail.com

³Orientadora. Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria. Advogada. E-mail: tassiagervasoni@gmail.com

O PERÍODO COLONIAL: CARACTERÍSTICAS DE UM PERÍODO MARCADO PELO PODER NA MÃO DE POUÇOS¹

Kimberly Farias Monteiro²
Caroline Anversa Antonello³

RESUMO

É necessário um estudo aprofundado, desde a chegada da Coroa Portuguesa ao Brasil, para que seja possível ter um maior conhecimento em relação aos acontecimentos ocorridos na atualidade. Para que seja possível entendermos principalmente o âmbito jurídico temos que analisar os contextos históricos, sociais e econômicos desde os primórdios da criação das sociedades antigas.

PALAVRAS-CHAVE: Escravidão. Engenho. Inferiorização.

INTRODUÇÃO

O Brasil por ser palco de grandes períodos, marcado por lutas e grandes revoluções, tem uma história completa e rica em detalhes que fazem toda a diferença na sua estrutura social, econômica e jurídica. Um dos períodos históricos de grande importância foi denominado período colonial o qual apresentou muitas perspectivas e modificações, influenciando sobre a cultura brasileira.

Ao analisarmos os fatos históricos podemos perceber grandes expedições e revoltas realizadas nesse período pela Coroa portuguesa, que ao chegar ao Brasil deu um passo para o desenvolvimento do país que reflete até os dias de hoje. Um dos acontecimentos realizados pela Coroa foi a intitulação de divisões territoriais, concedendo o poder de um lote de terra a um chefe encarregado de realizar várias funções. Esses homens encarregados de tais funções, deveria somente administrar e comandar o seu território, não podendo intervir no espaço cedido a outrem pelo fato de entre eles não haver inferioridade, pois nessa relação quem possuía o papel superior era a Coroa portuguesa⁴.

Já outro destaque no período colonial foi a produção açucareira. Nessa sociedade o poder e o direito eram somente repassados a quem detinha o maior número de terras e posses, assim, conseguindo ter uma maior quantidade de empregados para a realização de um trabalho eficaz. Diante desses aspectos se tornava fácil e claro visualizar realmente como era o Direito nessa época e quem seria capaz de tê-lo, visto que este poder na maior parte das vezes demonstrava a superioridade de umas pessoas sobre as outras, deixando explícita a distinção entre classes sociais.

Em primeiro momento falarei das capitânicas hereditárias e do governo geral que ao longo do tempo permitiram a coroa portuguesa que tivessem suas capitânicas reais, dando um passo na economia, implantando assim os mais variados tipos de produções e busca por produtos.

Em um segundo momento falarei da produção açucareira que era muito aceitável em outros países e rendia grande quantidade valorativa, e como eram tratados os donos dessas sociedades, que, por vezes, comandavam a elite econômica e submetiam os menos favorecidos ao seu poder.

1 O presente artigo é um instrumento da disciplina de História do Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

2 Estudante do primeiro semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço Eletrônico: **kimberlyfmonteiro@hotmail.com**.

3 Estudante do primeiro semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço Eletrônico: **Caroline-ant@hotmail.com**.

4 Disponível em: <http://www.historiadobrasil.net/capitaniashereditarias/>. Acesso em 01 de julho, 2012.

A Sociedade Açucareira, a Inferioridade da Família e de Escravos e o Direito Legitimando esses poderes

Durante todo o período colonial a população esteve dividida em grupos. O grupo superior e de maior destaque foi o dos senhores de engenho, os quais detinham a posse de escravos.

O senhor de engenho ou senhor de escravos, fazia parte da elite econômica da época, por serem os donos de terras, máquinas e de mão de obra, que eram extremamente necessárias para a produção açucareira⁵. A posse de produção açucareira rendia ao senhor de engenho o poder absoluto e o prestígio social, além da posição de mando que exerciam sobre a família e os escravos.

Com tamanho poder, a sociedade açucareira se constituía patriarcal e era completamente concentrada nas mãos do senhor de engenhos que, por vezes trata os outros integrantes da família, inclusive parentes distantes de status social inferior, filhos adotivos e filhos ilegítimos reconhecidos⁶, principalmente a mulher com enorme inferioridade e podendo até matá-la se suspeitasse que ela o estivesse traindo⁷. As suas mulheres os senhores destinavam apenas as atividades domésticas.

Por dominar a elite e ter o direito legitimando todos os tipos de inferioridade diante dele, o senhor de engenho era respeitado por todas as outras classes, nas quais estavam inseridos os homens livres, que eram: padres, feitores, capatazes, militares, comerciantes e artesãos⁸. Esses grupos se encontravam em um índice muito baixo em relação aos que realmente detinham o poder e possuíam uma área de trabalho fortemente reduzida, os centros urbanos, visto que toda a economia estava inserida no campo rural e era realizada pelos escravos, pois, para o senhor de engenho o que importava eram suas terras e ele não queria saber de trabalhar. O trabalho manual era mau visto nesses tempos, pois lembrava o trabalho de escravos, o qual era tido como alguém inferior na sociedade brasileira da época⁹.

Os escravos eram a base econômica da produção açucareira de acordo com as palavras mencionadas pelo Jesuíta Antonil, jesuíta italiano que chegou a Salvador em 1681: 'Os negros são as mãos e os pés dos senhores de engenho' ¹⁰. Esses escravos, indígenas e africanos, ao chegarem ao Brasil, foram obrigados a adaptar-se a cultura do Branco, ficando com suas crenças e valores profundamente atingidos e ficando por isso doentes chegando a morte ('banzo')¹¹. Por essas doenças e pelo esgotamento físicos escravos viviam somente até os seus 30 anos. Nem mesmo nos primórdios da escravidão o direito estava conferido aos negros e sim a quem o detinha, pois regulavam como deveriam agir e lhes atribuíam todos os tipos de trabalho.

Com sua chegada aos canaviais, os escravos passaram a ser propriedades do senhor de engenho, que quanto mais terras mais escravos poderiam ter para realizar a mão de obra com o intuito de incluir como polo comercial as colônias portuguesas na África¹². Nas fazendas dos senhores de escravos, viviam em senzalas e alojamentos, vestiam roupas de algodão grosso, não usavam calçados e chegavam a trabalhar quase vinte horas por dia sob o comando dos feitores, que eram trabalhadores assalariados, responsáveis pela administração do engenho.

Os feitores agrediam e castigavam os escravos constantemente, ganhando assim uma pequena confiança do senhor de engenho, pois demonstravam também que os escravos deveriam ser inferiorizados, sem direitos sob suas próprias vidas servindo somente para a exploração do trabalho como os senhores realmente queriam.

5 Baseado na apostila do cursinho pré-vestibular Totem. Ed 2010.

6 Fontes retiradas do portal São Francisco. Disponível em <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/brasil-colonia/sociedade-acucareira-no-brasil-colonial.php>. Acesso em 01 de julho, 2012.

7 Disponível em www.suapesquisa.com/historiadobrazil/escravidao.htm. Acesso em 01 de julho, 2012.

8 Baseado na apostila do cursinho pré-vestibular Totem. Ed 2010.

9 Fontes retiradas do portal São Francisco. Disponível em: <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/brasil-colonia/sociedade-acucareira-no-brasil-colonial.php>. Acesso em 01 de julho, 2012.

10 Dados retirados da Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

11 Dados retirados da Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012. 12 Dados retirados da Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

As Capitanias Hereditárias e o Governo Geral

O primeiro sistema de colonização portuguesa criada pelo rei Dom João III em 1534 foi as capitanias hereditárias, nome atribuído a divisão do território em 15 lotes de terras, realizados pelo próprio rei português, mediante a falta de recursos financeiros pra empreender uma ocupação em grande escala na colônia¹³. Esses lotes de terras foram doados a 12 investidores privados, chamados donatários, os quais tinham poder vitalício e hereditário sobre os lotes e arcavam com os gastos internos repassando quase que inteiramente á Coroa Portuguesa¹⁴. No momento da posse das capitanias, o donatário recebia dois importantes documentos chamados de Carta de Doação e Foral. O primeiro documento expressava que a capitania cedida ao donatário não poderia ser vendida sob hipótese alguma. No segundo documento ficavam determinados os direitos e obrigações que o investidor privado teria em suas mãos¹⁵.

O donatário não era um trabalhador autônomo e seu poder era limitado, pois, trabalhava na verdade como mandatário do rei. Não tinha capital nem recursos suficientes para expandir suas terras, mas ganhava os privilégios da Coroa¹⁶. O poder nas capitanias era descentralizado visto que, mediante os 12 donatários nenhum exercia papel superior em relação ao outro.

As capitanias criadas foram: *'Capitania do Maranhão, do Ceará, do Rio Grande, de Itamaracá, de Pernambuco, Da Baía de Todos os Santos, de Ilhéus, de Porto Seguro, do Espírito Santo, de São Tomé, de São Vicente, de Santo Amaro e por fim a capitania de Santana'* ¹⁷.

Apesar de tantos métodos e regras impostas aos donatários, as capitanias hereditárias não prosperaram e não conseguiram enfrentar os diversos problemas que foram aparecendo ao longo do tempo. Os problemas mais notáveis foram os ataques indígenas e a falta de manutenção e investimentos por parte dos donatários. Porém, duas capitanias conseguiram prosperar, devido ao cultivo do açúcar, a de Pernambuco e a de São Vicente¹⁸. Logo após essas capitanias começaram a desaparecer por ação do ministro Marquês de Pombal.

Diante desses problemas, Portugal decidiu impor-se fortemente e centralizar a administração colonial, assumindo assim o controle ao criar o Governo Geral com sede na capitania da Bahia e capital na cidade de Salvador¹⁹, que mesmo diante de sua criação não extinguiu as capitanias hereditárias. As instruções passadas para o governador-geral eram claras e já conhecidas: *'combater as ameaças indígenas e repelir os corsários, fundar povoações e construir fortes, garantir o monopólio real sobre o pau-brasil, incentivar a cultura canavieira, buscar metais preciosos e defender os colonos'*²⁰.

Os principais governadores-gerais foram: Tomé de Souza, Duarte da Costa e Mem de Sá. Logo após a morte de Mem de Sá, Portugal começou a fazer divisões de seus governos em territórios, porém a que vigorou de fato foi á criação do Brasil e do Estado do Maranhão.

As capitanias e o governo geral começaram a ser extintas por volta de 1808²¹, pois a Coroa conseguiu criar suas próprias capitanias reais, visto que as extintas não eram rentáveis, quanto seriam as reais.

Logo, com o término do governo geral foi possível ver os resultados realizados por esse sistema ao longo de sua duração, os mais marcantes foram: desenvolvimento agrícola, incentivo á vinda de mão de obra escrava africana para as fazendas brasileiras e a catequização de indígenas, já que os jesuítas chegaram ao Brasil no período do governo-geral e intitularam-se na maioria catequizadores.

13 Baseado na apostila do cursinho pré-vestibular Totem. Ed 2010.

14 Disponível em: <http://www.historiadobrasil.net/capitaniashereditarias/>. Acesso em 01 de Julho, 2012.

15 WOLKMER, Antonio. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

16 Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/capitaniasdobrasil>. Acesso em 01 de Julho, 2012.

17 Disponível em <http://www.historiadobrasil.net/capitaniashereditarias/>. Acesso em 01 de Julho, 2012.

18 Dados retirados da Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

19 Dados retirados da Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

20 Dados retirados da apostila do cursinho pré-vestibular Totem. Ed 2010. p.11.

21 Dados retirados da apostila do cursinho pré-vestibular Totem. Ed 2010.p.12.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Coroa Portuguesa chegou ao Brasil com o intuito de trazer modificações no território. As mudanças começaram a acontecer quando a metrópole portuguesa dividiu o território brasileiro em capitanias, visando melhorar a administração da colônia. Porém, esse sistema fracassou devido aos ataques indígenas e a falta de investimento por parte dos donatários, os quais deviam se encarregar com as manutenções internas.

Com a queda do sistema de capitanias instituiu-se o Governo Geral, que com o seu fim deixou marcas relevantes nas áreas da educação e da agricultura. Na educação o que se destacou foi a catequização dos índios, já na agricultura a produção açucareira foi ressaltada, visto que era uma das produções mais rentáveis.

A sociedade açucareira no Brasil colonial era segregada e o poder absoluto estava concentrado nas mãos do senhor de engenho, que submetiam a mulher e os escravos ao seu comando. Esses aspectos foram alguns dos pontos negativos mais marcantes da época, uma vez que seus efeitos estenderam-se até a atualidade, representados pelo racismo, que distingue as pessoas negras das pessoas de pele branca e o machismo, no qual os homens tratam as mulheres de forma bruta, desigual e ignorante, uma vez que a mulher exerce um papel fundamental.

Por fim, é evidente que esses valores imorais não condizem com a sociedade brasileira atual, já que estamos em um século de evolução da valorização do respeito dos direitos humanos, tentando a cada dia extinguir de nosso cotidiano esse tipo de inferiorização bárbara que alguns detêm sobre os outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Disponível em: <http://www.historiadobrasil.net/capitaniashereditarias/>.

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/capitaniasdobrasil>.

Escravidão. Disponível em: www.suapesquisa.com/historiadobrasil/escravidao.htm

GARLET, Jhones Devis. *História do Brasil. A conquista e a colonização do Brasil*. Santa Maria: Totem, 2010.

Revista Guia do Estudante, *História Vestibular*. São Paulo: Abril, 2012.

Sociedade Açucareira. Disponível em: <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/brasil-colonia/sociedade-acucareira-no-brasil-colonial.php>.

MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO: Por uma tutela coletiva efetiva

Lenon Goulart de Vargas¹

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca enfrentar a temática relacionada à falta de efetividade da tutela coletiva que hodiernamente vige. Neste intento, trata do Ministério Público Resolutivo, o qual possui potencial para viabilizar essa maior efetividade, por meio de uma atuação extraprocessual, permitindo que os envolvidos participem na construção de uma solução jurídica baseada no consenso, através de um discurso jurídico racional.

Inicialmente, para situar o leitor no tema, apontam-se as dificuldades enfrentadas na tutela dos direitos e interesses coletivos no processo judicial, através da conceituação dos direitos coletivos, demonstrando-se alguns dos inúmeros óbices que o Poder Judiciário enfrenta para julgar essas demandas massificadas, consequências de uma sociedade moderna.

Com efeito, com alguns exemplos, evidencia-se que a acentuada conflituosidade coletiva, somada à enorme complexidade fática, impedem que os direitos e interesses coletivos sejam efetivados no processo judicial, o qual não está preparado para enfrentar essa nova realidade, reclamando uma mudança de paradigma.

Apresenta-se nestas breves linhas, portanto, a possibilidade de incrementar efetividade a tutela coletiva sob uma perspectiva de atuação resolutiva do Ministério Público, atuante fora do processo judicial. Para tanto, especificam-se algumas de suas atribuições, a fim de demonstrar o importante mandamento constitucional que lhe incumbe, bem como sua vocação para auxiliar a sociedade sem olvidar o novo paradigma do século XXI.

Ao final, aborda-se a possibilidade de concretização dos respetivos direitos e interesses fora do processo judicial, demonstrando-se de que forma o Ministério Público poderia promover a concretização dos mesmos (técnicas extraprocessuais)².

Em apertada síntese, o trabalho parte da seguinte ideia: a sociedade contemporânea, devido a sua incessante evolução, acabou massificando os conflitos. Disso surge um novo paradigma, dominante no Século XXI, com o qual o Direito não está acostumado a lidar: da *dessubstantivação* do próprio Direito. É a partir desta concepção que o Ministério Público Resolutivo atua, apostando em uma maior informalidade e rapidez, buscando, antes mesmo de instaurado o conflito, viabilizar a efetividade desses direitos, convidando os envolvidos a participarem desse processo de co-construção da solução jurídica. Nessa senda, o presente trabalho insere-se na linha de pesquisa “Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania”, utilizando o método indutivo de dissertação.

I- DIFICULDADES ENFRENTADAS PELA TUTELA COLETIVA NO PROCESSO JUDICIAL

Há de se considerar, inicialmente, que a tutela coletiva compreende praticamente todos os problemas de nossa sociedade, sendo tratado geralmente pelo viés do conflito, porquanto busca constantemente uma solução pela intermediação de um terceiro (juiz), motivo pelo qual “o conflito é inerente ao Direito”. Do contrário, “o conceito de lide não seria um dos mais importantes do processo civil”³.

³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: RT, 2011.

⁴ A defesa do meio ambiente *versus* busca do pleno emprego, por exemplo, quando as exigências ambientais ameaçam inviabilizar determinado empreendimento econômico que garantiria centenas de empregos em dada localidade muito pobre (GAVRONSKI, 2005).

⁵ Pois se exige uma postura mais ativa deste intermediador, não se podendo almejar um “Juiz-Hércules”.

¹ Autoria de Lenon Goulart de Vargas, acadêmico do 10º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), sob orientação do Prof. Pietro Toaldo Dal Forno.

² Frise-se que superficialmente, porquanto seria impossível, em tão poucas páginas, explicar de que forma o Ministério Público poderia utilizar cada instrumento de que dispõe.

São vários os fatores que ensejaram a tutela coletiva, dentre os quais se destacam: a massificação dos conflitos, a urbanização das sociedades e o aumento no número de demandas. Isso porque a sociedade atual caracteriza-se pela produção e consumo em massa, conseqüentemente, surgem litígios em massa de origem comum, os quais afetam vários indivíduos simultaneamente, razão pela qual a massificação dos conflitos é o fator de maior relevância neste cenário.

São direitos coletivos, em sentido estrito, aqueles cujos sujeitos estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e não por circunstâncias fáticas. Os titulares são determinados – ao menos, determináveis, em tese – tendo em vista que eles fazem parte de certos “grupos, categorias ou classes”; e indivisíveis, haja vista que não existe a possibilidade de serem satisfeitos para apenas um de seus titulares; disso decorre que a satisfação ou lesão do direito irá atingir indistintamente todos os seus possíveis titulares (ZAVASKI, 1995:34).

Abarcam-se, com isso, lides que envolvam deficiências estruturais do Sistema Único de Saúde (SUS); riscos à saúde das pessoas em razão das inovações tecnológicas e liberações de remédios pela ANVISA (na área da saúde); irregularidades nos vestibulares ou nos cursos superiores, muito deles abertos sem a mínima condição de funcionamento (educação); entre muitas outras.

A tutela coletiva, nesse sentido, deve ser considerada dentro de suas peculiaridades, uma vez que a solução deve levar em conta fatores, cada vez mais, complexos, tais como sociológicos (em atenção à diversidade social e cultural dos interessados), econômicos (diante dos valores envolvidos em tais demandas) e políticos, o que evidentemente extrapola a seara jurídica, porquanto as conseqüências da adoção de determinada opção (por exemplo, termo de ajustamento de conduta), dirijam-se elas ou não ao poder público, deve ser devidamente ponderada.

Além disso, os interesses conflitantes igualmente legítimos⁴ e o dificultoso papel do intermediador (juiz)⁵, representam algumas das expressivas dificuldades enfrentadas pelos processos judiciais no que diz respeito à tutela coletiva.

Ou seja, essa necessária ponderação de interesses que busque preservar a essência de cada um no que for fundamental à manutenção da paz social com justiça (interesses conflitantes igualmente legítimos), bem como a exigência de um profundo conhecimento jurídico acrescido de outros que transcendem este (dificultoso papel do intermediador), fazem com que o processo judicial não consiga responder satisfatoriamente essas demandas.

Essa conflituosidade e complexidade, portanto, é coletiva porque envolve interesses coletivos, conseqüentemente, assume proporções às quais o Direito, e seus operadores – em geral – não estavam acostumados, acenando para um novo paradigma: o da *dessubstantivação* do direito.

Nestas circunstâncias, é crescente responsabilidade quando da tutela de tais direitos, porquanto estes ganham maiores proporções em um Estado Democrático de Direito, o qual, segundo Gabriela Neves Delgado (2006:49) configura o modelo de Estado “*mais evoluído na dinâmica dos Direitos Humanos, por fundar-se em critérios de pluralidade e de reconhecimento universal de direitos*”.

De toda sorte, para que se almeje a preservação da essência de cada um dos interesses envolvidos, é *mister* entender profundamente os mesmos, sem o que se torna impossível a manutenção da paz social, com justiça⁶.

⁶ A tutela extraprocessual busca justamente implementar uma maior participação dos envolvidos, sem o que dificilmente será possível preservar a essência dos interesses envolvidos.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH Bryant. Acesso à Justiça, trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Trad.: Pietro Nasseti. 2. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

⁹ Os dados constam do item 2.10.1 (“Tempo de tramitação em cada instância”), p. 68-71, e 2.10.2 (“Tempo de tramitação de interposição, até a distribuição, primeiro despacho e decisão monocrática”), p. 71-80, do Relatório Final sobre o Perfil das Maiores Demandas do Supremo Tribunal Federal (Anexo I), apresentado em março de 2005, disponível em <<http://www.stf.gov.br/seminario>>.

¹⁰ Os resultados da pesquisa constam dos anexos da obra *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Cão Civil Pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Uma mudança de postura, conseqüentemente, faz-se necessária, sobretudo em virtude da morosidade do judiciário, pois o tempo e o custo do processo são preocupações que informam o movimento de acesso à justiça individual ou coletivo desde seu nascedouro (Mauro Cappelletti⁷).

É sabido que, no processo judicial, são asseguradas obrigatoriamente certas garantias constitucionais, tais como do contraditório e da ampla defesa, de forma que haverá sempre um limite para a simplificação do processo, já que, como alertava o Maquiavelismo, *os fins não justificam os meios*⁸, sendo impossível, portanto, fugir aos desanimadores resultados já observados.

A Justiça brasileira, em levantamento (*"Justiça em Números"*⁹) realizado em dois mil e cinco pela UnB com patrocínio do Supremo Tribunal Federal, apurou-se que de duzentos e oitenta processos então em curso naquela corte, o tempo médio de julgamento na primeira instância fora de dezessete meses e meio (um ano e meio, aproximadamente) e na segunda, de quase trinta e dois meses (dois anos e oito meses), totalizando mais de quatro anos nas instâncias ordinárias.

De outra parte, se considerado o tempo que permanecem na instância especial, de cerca de trinta e dois meses e na extraordinária, de cinquenta e oito meses (quatro anos e dez meses), alcança-se o montante de quase doze anos de duração média. Essa é a média das causas em geral.

No que concerne às demandas coletivas, a situação mostra-se ainda mais crítica.

A pesquisa realizada sob a coordenação de Paulo Cezar Carneiro Pinheiro¹⁰ demonstra que num universo total de duzentos e oitenta e cinco ações civis públicas propostas na comarca da capital do Rio de Janeiro entre 1987 e 1996, apenas sessenta e cinco transitaram em julgado. Além disso, dos oitenta e sete processos analisados mais minuciosamente, apenas sessenta tinham sentença de primeiro grau; destes, em trinta e sete (sessenta e um vírgula sessenta e seis por cento) a sentença demorou mais de um ano; em dez (dezesseis vírgula sessenta e seis por cento), mais de três anos. Assim, o surpreendente dado de que vinte e três ações foram sentenciadas em menos de um ano torna-se desalentador se confrontado com o número de processos extintos sem julgamento do mérito (dezoito).

Finalmente, embora não conste na pesquisa, supõe-se que, sendo as decisões de extinção as mais rápidas de serem tomadas; provavelmente a maioria delas ocorreu em menos de um ano (Geisa Rodrigues¹¹). Restariam, portanto, apenas cinco ações (em um universo de oitenta e sete) julgadas em menos de um ano, o que equivale a seis por cento (sem que se saibam quantas foram de procedência!).

Portanto, no que toca à tutela dos direitos e interesses coletivos, os óbices encontrados em processo judicial são evidentemente preocupantes: processos enfrentam interesses conflitantes igualmente legítimos, desvantagens da decisão por um terceiro imparcial (juiz), entre outros motivos, que resultam na morosidade da Justiça.

Infelizmente, o fato é que o Poder Judiciário não consegue atender satisfatoriamente essas demandas massificadas, motivo pelo qual compete aos legitimados coletivos buscar uma solução alternativa, almejando uma maior efetividade dos direitos e interesses coletivos.

Diante destes inúmeros problemas, mormente a morosidade dos processos judiciais envolvendo direitos coletivos, a tutela exclusivamente processual mostra-se defasada. Por este motivo, para que a defesa desses direitos possa ser satisfatória, é imprescindível a busca por soluções outras que possam lidar com o já frisado paradigma atualmente vigente (do século XXI), resultado das conseqüências de uma sociedade modernizada, qual seja o de dessubstantivação do Direito.

II- MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO: as atribuições do Ministério Público brasileiro

A partir da proposta de um Ministério Público Resolutivo, compete assinalar alguns pontos relacionados à sua atribuição, quando da tutela desses direitos, sem o que seria impossível atender ao novo paradigma.

A Constituição de 1988 concedeu ao Ministério Público uma nova roupagem, abrindo um novo horizonte, porquanto o inseriu no Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça), na seção I, intitulada "Do Ministério Público", apresentando o inédito mandamento constitucional de defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Fora no art. 129 da Magna Carta que foram especificadas as funções institucionais do Ministério Público, a saber: zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na CF/88; promover inquérito civil e ação civil pública; defender direitos e interesses das populações indígenas; dentre algumas outras.

Quer-se salientar, com isso, que diante da importância das funções atribuídas ao *Parquet*, infere-se claramente que o objetivo do legislador Constituinte era o de conceder uma maior tutela à coletividade através do Ministério Público, significando um verdadeiro chamado deste à defesa da coletividade, realidade até então jamais enfrentada. A incumbência de promover, por exemplo, a ação civil pública¹² (art. 129, inciso III, CF), demonstra que não mais permaneceria como apenas o fiscal da lei (*custus legis*), mas tornar-se-ia uma instituição que deveria envolver-se com os problemas das camadas sociais vulneráveis.

Além disso, o dever de zelo pela observância dos direitos constitucionais por parte dos poderes públicos e serviços de relevância pública (artigo 129, inciso II, CF c/c artigos 5º, incisos IV e V, e 39, ambos da LC n. 75/93), bem como a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, inciso, da mesma LC), só vêm a reafirmar que a preocupação do Constituinte era realmente a de implementar efetividade à tutela coletiva.

Tratava-se, portanto, de um chamamento à adoção de uma postura distinta e mais atuante, vez que o compromisso com a sociedade foi intensificado.

Há dois “modelos” de Ministério Público, identificados por MARCELO PEROSO GOULART¹³, quais sejam: a) o *demandista*, o qual atua perante o Poder Judiciário – como agente processual - transferindo-lhe a incumbência de resolver as constantes afrontas à lei, principalmente no que se refere aos direitos sociais e coletivos; e b) o *resolutivo*, o qual prefere valer-se dos instrumentos de atuação que têm a sua disposição (procedimento administrativo ou inquérito civil, termo de ajustamento de conduta e recomendação), fazendo deles uso efetivo e legítimo para solução dos problemas que atentem contra os referidos direitos.

Essa resolutividade, ainda, pode se manifestar de duas formas: (i) *preventivamente*, com o escopo de evitar lesões a direitos coletivos, com a instauração de inquéritos civis ou procedimentos administrativos, visando o acompanhamento da situação, o que por si só, poderá ser suficiente para que o infrator se ajuste à lei; (ii) *repressivamente*, por meio de termos de ajustamento de conduta.

O Ministério Público Resolutivo atua tanto preventivamente quanto repressivamente, o fazendo ciente de que a crise da modernidade se confunde com a crise do direito na sociedade complexa – dotada de inéditas necessidades. Implica dizer que, conhecedor desta crise, atua considerando a emergência do novo paradigma jurídico para o desempenho tanto da função integradora, como da reguladora do direito, caracterizado por uma crescente informalidade, maior participação social e o que tem se convencionado chamar de “dessubstantivação” ou “procedimentalidade”¹⁴.

Sendo assim, para cumprir esse novo mandamento constitucional, seria indispensável adotar uma postura atuante, ou seja, predominantemente resolutiva, ocorrida fora do processo judicial, através das chamadas “técnicas extraprocessuais”, orientadas pelo baixo custo e satisfação das partes envolvidas. Daí a denominação “Ministério Público Resolutivo”.

A atuação extraprocessual do *Parquet* foi proposta justamente para se atender esse novo paradigma jurídico, com observância da tendência à procedimentalidade do direito (dessubstantivação). Considerando, principalmente, a necessidade de uma crescente informalidade, busca sempre uma maior participação dos envolvidos para construir uma solução jurídica; tudo para que se chegue ao *consenso*, principal objetivo da tutela extraprocessual.

Nessa perspectiva, importante referir que, em sede de tutela coletiva, realiza-se um trabalho distinto das demais áreas, porquanto, depende muito mais de apoio administrativo. Os procedimentos são movimentados inúmeras vezes dentro da própria procuradoria, antes mesmo de qualquer providência judicial que, *não raro, torna-se dispensável, pois a situação é resolvida no âmbito do procedimento, com mais celeridade e efetividade no cumprimento da missão constitucional* (Gavronski. 2005:14)

12 Instrumento processual constitucionalmente atribuído ao Ministério Público e a outras entidades legitimadas, para auxiliar na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

13 GOULART, Marcelo Pedrosa. Ministério público e democracia: teoria e práxis. Leme: LED, 1998. p. 119.

14 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

Ou seja, diante da imposição do novo paradigma do século XXI (da dessubstantivação do Direito), imposto em razão da massificação dos conflitos (característica da sociedade moderna), a Constituição Federal de 1988 atribuiu deveres ao Ministério Público (funções institucionais), disponibilizando instrumentos (técnicas extraprocessuais) para que este equacione os problemas que até então não encontraram satisfatória resposta do Judiciário.

Assim, ciente do referido mandamento constitucional conferido pela Magna Carta, o Ministério Público percebeu-se despreparado para essa nova realidade, uma vez que jamais a havia enfrentado.

Com efeito, o Ministério Público Resolutivo, atuante fora do processo judicial, através de uma maior informalidade e apostando na participação social para construção do *consenso* (através de um discurso jurídico racional e uma investigação qualificada), apresenta-se com brilhante resposta às necessidades da sociedade atual, motivo pelo qual é considerado o principal legitimado coletivo da atualidade, alimentando animadoras expectativas, de uma tutela coletiva mais efetiva.

Visto a importância do Ministério Público Resolutivo frente à crise da modernidade, bem como com a crise do direito, impende verificar a possibilidade de concretização de direitos fora do processo judicial, que é o que se busca a partir de uma atuação resolutiva.

III- DA POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FORA DO PROCESSO JUDICIAL

A partir da evolução da hermenêutica, atualmente, é plenamente viável a concretização de direitos e interesses coletivos fora do processo judicial, desde que se considere a solução de conflitos sob a perspectiva da interpretação-criação, a qual possibilita a interferência de todos os envolvidos (participantes da vida social) na solução, objetivando o *consenso*. Explica-se.

Partamos da premissa de que todo direito está pré-definido no texto da lei, bastando ao juiz, diante da dúvida ou da controvérsia, identificar qual a norma aplicável ao caso concreto por meio dos critérios ou elementos gramatical, sistemático, histórico ou teleológico para obter unívoca resposta do direito à dada situação (*interpretação-subsunção*).

A premissa acima referida trata-se do retrato da aplicação do direito, ou seja, um órgão oficial (representado pelo juiz) aplica o direito (pela *interpretação-subsunção*).

Entretanto, a mudança do Estado Liberal mínimo para o Estado do Bem-Estar Social (Estado Social) resultou na mudança do papel do juiz, que de mero garante da segurança jurídica passou a ser considerado importante promotor da igualdade e da transformação social por meio do direito. Saliente-se, nesse sentido, que recentemente constatou-se a exacerbação do uso da lei, criando uma panaceia social e econômica que, segundo Gavronski (2011):

(...) vem ensejando a crise da lei e a percepção de que a complexidade da vida contemporânea não se pode resolver exclusivamente com leis nem desconsiderar a realidade concreta na efetivação do direito, que, ademais, não se pode mais fechar em sua unidisciplinaridade.

Essas circunstâncias promoveram mudanças significativas na hermenêutica tradicional, haja vista que a “interpretação-subsunção” mostrou-se insuficiente e falaciosa.

Dessa forma, em resposta a esses desafios, a hermenêutica evoluiu em duas frentes concomitantemente: 1) a substituição da ideia de interpretação-subsunção pela de concretização do direito, inserindo a situação concreta no processo de interpretação e reconhecendo que apenas na solução dela há direito, consequentemente, dando a interpretação um papel também criativo (*interpretação-criação*); e, 2) a preocupação com a identificação de métodos e critérios de controle racional da legitimidade desse processo para evitar o arbítrio, seja ele judicial ou de qualquer outra ordem¹⁵.

15 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 120. 16 Ibidem, 120-121. Logo, a concretização do direito é entendida como (GAVRONSKI, 2011):

Um processo complexo e amplo que, sem excluir os critérios da interpretação tradicional, parte do texto da norma, ao qual se atribui um significado, e demanda elementos relacionados com o problema que carece de decisão fazendo do concreto um elemento constitutivo da normatividade, parte integrante da norma de decisão (a norma que equaciona o caso concreto).

Nestas circunstâncias, é possível ao Ministério Público, por meio das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, interpretar (logo, concretizar direitos), para promover garantir a efetividade da tutela coletiva, fazendo-o sem a intervenção do juiz, mas de forma legítima.

Finalmente, há que se distinguir concretização do direito de aplicação do direito.

A primeira é obtida a partir de situações concretas reais ou hipotéticas por órgãos oficiais ou não (interpretação-criação); enquanto que a segunda é entendida como a última fase do processo de concretização (embora, por vezes, prescindível) da qual resulta uma “norma de decisão” emanada, obrigatoriamente, dos órgãos oficiais competentes, autorizados a fazer atuar o direito positivo, inclusive com o recurso à força, quando não se mostra viável a solução pacífica e voluntária de conflitos¹⁶.

Essa distinção faz com que reconheçamos que não apenas os juízes ou outros órgãos oficiais concretizam o direito, ou seja, interpretam-no criando as normas para os casos concretos, mas também o fazem inúmeros outros participantes da vida social. Registre-se que apenas a aplicação do direito, autorizador do uso da força, o qual deve respeitar o devido processo legal, é prerrogativa dos órgãos oficiais, não se tratando de uma concretização.

Sendo assim, na atuação resolutiva do Ministério Público, a aplicação oficial “faz-se indispensável sempre que não for possível a solução pacífica obtida a partir de um *consenso* sobre a concretização adequado e suficiente a realizar o direito, i.e, alcançar sua efetividade” (GAVRONSKI, 2011):

(...) As técnicas extraprocessuais buscam a solução pacífica, de *consenso*, e só por meio dele podem realizar materialmente (efetivar) o direito, os legitimados coletivos não dependem de atribuição ou competência específicas para aplicar o direito, visto que não precisarão recorrer ao uso da força. Por isso, para eles atuarem na concretização e realização consensual dos direitos e interesses coletivos é suficiente a autorização legal para defendê-los, vale dizer, a previsão em lei da legitimidade coletiva, e o reconhecimento dos instrumentos extraprocessuais pelo sistema jurídico positivado.

Com efeito, intensificou-se a consciência de que, se o objetivo é pacificar os conflitos, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que sejam eficientes (Ada Pellegrini, Cândido Dinamarco, Cintra, etc.). Ou seja, a evolução da hermenêutica através da *interpretação-criação*, fez com que fosse possível a concretização dos direitos e interesses coletivos não apenas por juízes ou outros órgãos oficiais.

Nesse sentido, os participantes da vida social, representados pelos legitimados coletivos, igualmente podem fazê-lo, de forma absolutamente legítima. Portanto, o Ministério Público Resolutivo, através das técnicas extraprocessuais, viabiliza a concretização de direitos, pois oportuniza a participação de inúmeros participantes da vida social, por meio de um discurso jurídico racional para que se alcance o tão almejado *consenso*. Daí a imprescindibilidade do correto uso das tais técnicas.

Eis um breve resumo da contribuição ofertada pelo Ministério Público Resolutivo: através das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, permite que os participantes da vida social atuem também na concretização de direitos (interpretação-criação), uma vez dispõe daquelas para proporcionar uma maior efetividade à tutela coletiva, tão defasada nos dias atuais, em face da impossibilidade do Judiciário responder satisfatoriamente à essas demandas.

CONCLUSÃO

As pesquisas realizadas concernentes à seara da tutela coletiva no processo judicial demonstram claramente o quão o Poder Judiciário não responde satisfatoriamente a essa realidade posta pela modernização da sociedade, caracterizado pela massificação dos conflitos e complexidade dos casos fática. Isso se deve, sobretudo, ao princípio do devido processo legal, o qual faz com que o processo judicial não consiga atender devidamente a essas demandas, resultando em morosidade, estendendo-as ao longo do tempo, por vezes comprometendo o seu objeto ou nem mesmo alcançando a fase de sentença.

A tutela coletiva possui peculiaridades que lhes são características, as quais devem ser obrigatoriamente consideradas, sem o que jamais se alcançará a efetividade, a exemplo da

complexidade fática, motivo pelo qual se torna impraticável submeter tais demandas à apreciação judicial, já que este não pode prescindir do devido processo legal.

A massificação dos conflitos e a insatisfatória resposta do Judiciário, fez com que fosse necessário buscar uma solução alternativa, com vistas à efetividade, considerando o novo paradigma jurídico do século XXI – da dessubstantivação do Direito. Uma tutela alternativa que conferisse maior instrumentalidade quando do equacionamento das controvérsias coletivas, impraticável no processo judicial, sob pena de afrontar seus princípios mais basilares.

Tendo em vista a nova realidade apresentada com o advento da Constituição Federal de 1988, bem como da Lei Complementar n. 75, que levaram o Ministério Público a envolver-se com os problemas das camadas sociais vulneráveis (vide funções institucionais do art. 129 da CF/88), o *Parquet* viu-se mentalmente e estruturalmente despreparado, pois a partir de então deveria adotar uma postura diferente, mais atuante, vez que o compromisso com a defesa da coletividade foi intensificado.

Nesse diapasão, para que fosse possível cumprir o mandamento constitucional que lhe incumbe, abriu-se para uma atuação resolutiva, a qual prefere a utilização de técnicas extraprocessuais às processuais, prescindindo um terceiro intermediador, como ocorre no processo judicial (juiz), conseqüentemente, de suas formalidades, as quais tendem a inviabilizar a efetividade da tutela.

Nesse contexto, se originou a proposta de um Ministério Público Resolutivo, atuante fora do processo, o qual prioriza uma maior informalidade, apostando na participação dos atores sociais para construção de um *consenso*, o fazendo através de um discurso jurídico racional. Para tanto, dispõe de técnicas extraprocessuais de tutela coletiva.

Ciente da possibilidade de concretização de direitos fora processo judicial, o Ministério Público Resolutivo, com base na lei e com a contribuição de outros participantes da vida social, interpreta, criando normas para o equacionamento de casos concretos, sem que seja arbitrário. Ou seja, a atuação resolutiva do *Parquet* faz com que reconheçamos que não apenas os juízes ou outros órgãos oficiais podem concretizar os direitos, mas igualmente os participantes da vida social, uma vez que intermediados pelos legitimados coletivos (*in casu*, o Ministério Público).

Conseqüentemente, a importante contribuição do Ministério Público Resolutivo é o de viabilizar, através das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, um discurso jurídico racional, o qual embasará o eventual um *consenso*¹⁷, principal objetivo da tutela extraprocessual. Ademais, se mostrando inviável o consenso, ainda auxiliará na qualificação da atuação do *Parquet* no processo judicial, se necessário.

Portanto, conclui-se que o Ministério Público possui uma grande responsabilidade, conferida principalmente pela Constituição Federal de 1988, e, para cumprir seu papel, deve priorizar uma atuação predominantemente resolutiva, a fim de que possa conferir uma maior efetividade a tutela coletiva, raramente verificada, atualmente, em processos judiciais envolvendo essas mesmas demandas.

Finalmente, vale lembrar: essa breve abordagem a respeito do Ministério Público Resolutivo soa como um apelo à mudança de mentalidade, importante em uma sociedade complexa como a brasileira, caracterizada pela exclusão social. Isso porque imprescindível que transcendamos o enfoque exclusivamente adversarial e pautado no conflito, o qual aposta primordialmente no processo judicial, para que estejamos abertos para uma perspectiva que aposte antes na construção do *consenso*, de modo informal entre legitimados e os responsáveis pelas lesões ou ameaças aos direitos e interesses coletivos, ao mesmo tempo em que estimule a *participação* dos interessados nessa construção.

17 O consenso, neste caso, é entendido como aquele atingido pela autocomposição, onde os envolvidos participam ativamente na construção de uma solução jurídica, de modo que o descumpridor dos direitos e interesses coletivos ajuste sua conduta em conformidade com as normas legais, sem que, para tanto, seja necessário recorrer ao Judiciário.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes: 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- _____. *Manual de Atuação em Tutela Coletiva para o Ministério Público Federal: visão geral e atuação extrajudicial*. São Paulo: Fevereiro, 2005.
- GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e Democracia: teoria e práxis*. São Paulo: LED – Editora de Direito, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A Problemática dos interesses difusos. In: _____. (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *O Acesso à justiça e o Ministério Público*. 4. ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5. Ed. RT. 1995.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE LEIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO JÚLIA GOMEZ LUND À LUZ DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto¹
Daiane Moura de Aguiar²

Resumo: Este estudo pretende analisar as duas decisões e verificar a possibilidade e a efetividade da aplicação do Instituto do Controle de Convencionalidade de Leis no Brasil. Este consiste na adequação da lei interna infraconstitucional, no caso a Lei da Anistia, com o texto dos Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos, aqui representados pela Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Desenvolvimento: O caso analisado decorre da Guerrilha do Araguaia e reconhecida pelo Estado brasileiro. O STF declarou a aludida lei constitucional e o Caso Júlia Gomez Lund, que foi um movimento ocorrido na região amazônica brasileira, ao longo das margens do Rio Araguaia, entre 1972 e 1974. Período em que o Estado brasileiro vivia intensa repressão imposta pela ditadura militar. O grupo de aproximadamente 80 guerrilheiros tinha por objetivo destituir os militares, tomar o poder e instalar um governo comunista. Eles foram torturados e assassinados pelos militares. Nesse contexto, em 1979, o presidente em exercício promulga a Lei Brasileira da Anistia, a qual anistiou os militares que cometeram qualquer tipo de crime durante o período da ditadura militar, dentre eles os que cometeram o massacre do Araguaia. Tal lei teve sua inconstitucionalidade questionada perante dois tribunais: o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Ambos têm sua jurisdição legitimada IDH a considerou inconstitucional.

Conclusões: Resta claro que há um evidente conflito interno de normas nacionais *versus* internacionais, uma vez que não há um posicionamento solidificado e definitivo acerca da hierarquia dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Guerrilha do Araguaia; Lei da Anistia; Controle de Convencionalidade; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE LEIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO JÚLIA GOMEZ LUND À LUZ DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Abstract: The Araguaia Guerrilla warfare, legally known as Júlia Gomes Lund case, was a movement within Brazilian Amazon region, along the banks of Araguaia River, which occurred between 1972 and 1974, during which the Brazilian state lived an intense repression imposed by the military dictatorship. According to the history of Brazil, which is passed since then, this group of about eighty guerrillas, heavily armed and organized, aimed to overthrow the military and take power, so as to install a communist government in Brazil, which is why they were cruelly and cowardly tortured and murdered by the military. In this context, in the midst of military dictatorship in 1979, the President promulgates the Brazilian Amnesty Act (Law 6683/79), which, in short, amnesties, that is, pardoned, all soldiers who have committed any crime during the military dictatorship in Brazil, including the military who committed the massacre of the Araguaia. This law (the Amnesty Act) had its constitutionality questioned before two courts, both of which have legitimate and recognized jurisdiction by the Brazilian state, namely, the Supreme Court and Inter-American Court of Human Rights, the first declaring the aforesaid act fully constitutional and the last one considering it unconstitutional. Thus, this study intends to analyze both decisions, and to verify the possibility / effectiveness of the implementation of the law conventionality control Institute in Brazil, which consists in the adequacy of internal laws underneath the constitution, in this case the Amnesty Act, with texts from international treaties that deal with human rights - here represented by the American Convention on Human Rights - being Brazilian state a signatory to this international treaty.

Key Words: Araguaia Guerrilla warfare; Amnesty Act; Conventionality Control; Supreme Court; Inter-American Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar duas decisões paradigmáticas sobre o Caso Júlia Gomez Lund, Guerrilha do Araguaia e Lei da Anistia, uma proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF pela constitucionalidade da referida lei (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 153), e a outra pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH no sentido de declarar a aludida Lei da Anistia brasileira inconstitucional.

O caso Júlia Gomez Lund – o qual aqui será tratado apenas por seu nome mais popular, o caso da Guerrilha do Araguaia, foi um massacre cometido pelos militares, durante o período da ditadura militar, contra um grupo de aproximadamente 80 pessoas que viviam na região amazônica brasileira, às margens do Rio Araguaia. Segundo os militares, se tratava de uma guerrilha fortemente armada e organizada com o objetivo de insurgência e tomada do governo para instalação do sistema comunista no Brasil.

Ocorre que, hodiernamente, é mais do que provado que não se tratava de uma guerrilha e sim de um grupo de médicos, dentistas, empresários, os quais não tinham treinamento nenhum, sequer armamentos e pelotões para derrubar o governo ditatorial dos militares.

O massacre foi um dos mais sangrentos da história do país até hoje, todos os cerca de 80 “guerrilheiros” foram covardemente torturados e mortos. Seus corpos até hoje não foram encontrados. Todos os documentos ainda existentes sobre tal período encontram-se protegidos e trancados a sete chaves em algum porão de algum prédio público em Brasília, sem falar nos torturadores e assassinos, os quais, mesmo que venham a ser identificados, jamais poderão ser punidos, visto que gozam de “imunidade”, uma vez que por lei foram devidamente perdoados pelo cometimento de tamanha barbárie.

Nesse contexto, insere-se a previsão constitucional trazida pelo artigo 5º, parágrafo segundo, da Constituição Federal do Estado Brasileiro, o qual prevê de forma expressa e clara que os Tratados Internacionais que versarem sobre Direitos Humanos dos quais o Brasil seja signatário, após devidamente internalizados por maioria absoluta e com votação nas duas casas do Congresso Nacional, a eles será atribuída força de emenda constitucional.

1 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: lacvasconcelos@terra.com.br

2 Doutoranda em Direito Público, Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Docente na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: daianemouradeaguiar@gmail.com

Assim, a decisão proferida acerca da Lei da Anistia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é um órgão jurisdicional criado a partir da Convenção Americana dos Direitos Humanos, tratado internacional do qual o Estado brasileiro é signatário, expressa, perante o ordenamento jurídico brasileiro, relevante força constitucional, visto que pautada no texto de um tratado internacional sobre direitos humanos do qual o Brasil é signatário.

Ocorre que, nesse cenário, por meio do julgamento do Habeas Corpus 87585-8 – TO, o Supremo Tribunal Federal atribuiu efeito Supralegal a todos os tratados internacionais dos quais o Brasil venha a ser signatário, inclusive os tratados que tenham por objeto garantir a não violação de direitos humanos, posicionamento este que afronta nitidamente a disposição constitucional do artigo 5º da CF/88.

É em meio a esse entrave jurídico, e a partir do caso concreto da Guerrilha do Araguaia, que o presente estudo busca a inserção e verificação da aplicabilidade/efetividade do instituto do controle de convencionalidade de leis no Brasil, o que nada mais é do que o respeito e adequação da norma interna infraconstitucional ao texto dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

1. A Guerrilha do Araguaia

Formada por integrantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), começou a ser estruturada na segunda metade da década de 60, com o objetivo de combater o regime militar no Brasil (1964-1985). O movimento ocorreu às margens do Rio Araguaia, onde os Estados de Goiás, Pará e Maranhão faziam divisa, por isso ficou popularmente conhecido como Guerrilha do Araguaia.

Seus membros eram estudantes e profissionais de diversas áreas, como, por exemplo, geologia, economia e medicina. Os insurgentes, como denominava a ditadura, eram pessoas normais que viviam em meio à população local, atuando como comerciantes, na agricultura e na área da saúde. Eles tinham como objetivo criar uma zona livre no sul do Pará, mobilizar a população e fazer uma revolução para depor o regime ditatorial imposto ao país.

A repressão contra os combatentes do Araguaia teve início aproximadamente no ano de 1972, tendo o massacre sido considerado uma das maiores mobilizações das Forças Armadas do Brasil desde a Segunda Guerra Mundial, uma vez que cerca de 80 combatentes foram cruelmente torturados e assassinados pelos militares e inúmeras pessoas perseguidas e coagidas.

Como à época do embate o Brasil vivia sob uma forte repressão militar, comandada pelo General Emílio Garrastazu Médici, imperava no país a Lei da Censura, motivo pelo qual nada foi divulgado e toda a operação (massacre) ocorreu sob sigilo absoluto. Até pouco tempo atrás ainda se acreditava que grande parte ou, até mesmo, a maioria dos documentos referentes ao período da ditadura militar haviam sido destruídos. No entanto, devido ao incessante trabalho de pesquisadores, advogados das vítimas e estudiosos do assunto afirmam e provam que estes documentos não só existem como estão ocultados em um porão qualquer no subsolo de Brasília.

2. A Lei da Anistia Brasileira

Em 28 de agosto de 1979 foi publicada no Brasil a Lei da Anistia (Lei 6683/79), a qual concedia perdão judicial a todos aqueles que tivessem vindo a cometer crimes políticos. Segundo o governo da época (ainda militar), o objetivo da lei era beneficiar os perseguidos pelo regime, tendo em vista que exilados políticos e presos da ditadura militar poderiam voltar para casa. Porém, resta claro que o objetivo da referida lei também tinha por missão salvaguardar os perseguidores, pois nenhum militar poderia ser julgado e condenado por crime político cometido durante o período ditatorial.

A Anistia pode ser definida como um ato pelo qual se extinguem as consequências de um fato punível, tratando-se de uma clemência soberana adotada para a pacificação dos espíritos após motins e revoluções ou para pôr fim a guerras civis e insurreições. Pode ser coletiva ou individual³, dando ao anistiado o *status* de jamais poder ser condenado pela prática de um crime. De origem grega, o vocábulo “anistia” traz a ideia de esquecimento.

³ Esse modelo de anistia individual foi concedido pela África do Sul, a partir da Lei de Promoção da Unidade e Reconciliação Nacional de 1995, a qual criou a Comissão da Verdade e Reconciliação, sendo considerado um dos mais inovadores e criativos em um contexto de justiça de transição. Os negociadores reconheceram que alguma forma de anistia seria necessária, tendo em vista a extensão e crueldade da violência patrocinada pelo Estado durante o período do *apartheid* e a necessidade de neutralizar o aparato de segurança. Nesse contexto, foi acertada a

concessão de anistia individual, baseada no propósito da responsabilidade, uma vez que, para receber a anistia, a pessoa interessada precisaria solicitá-la. Depois, deveria preencher os requisitos estabelecidos, que incluíam a prova da motivação política para o cometimento do crime, contar a verdade completa sobre o incidente e provar que suas ações tinham sido proporcionais ao objetivo perseguido. A Anistia Internacional é dura em suas críticas quanto à Lei de Anistia brasileira, no sentido de afirmar que, em tempos de valorização à solidificação dos direitos humanos no mundo inteiro, reconhecer no Brasil a constitucionalidade da Lei da Anistia de 1979 – o que já ocorreu pelo STF por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 – é dar credibilidade e favorecer a impunidade, sendo este também o pensamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deu parecer pela inconstitucionalidade da Lei de Anistia brasileira.

Na visão de Hugo Relva, especialista em Direito Internacional e membro da Anistia Internacional, as disposições da Lei de Anistia brasileira, que impedem a investigação e sanção contra graves violações de direitos humanos, são incompatíveis com a Convenção Americana, pois carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis.

3. O caso Júlia Gomez Lund nos Tribunais Brasileiro (STF) e Internacional (CIDH)

O julgamento do STF

Protocolada pela Ordem dos Advogados do Brasil, a ADPF-153 contesta a constitucionalidade do primeiro artigo da Lei da Anistia, que considera como conexos e igualmente perdoados os crimes "de qualquer natureza" relacionados aos crimes políticos ou praticados por motivação política no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, período de forte ditadura militar no Brasil.

Questiona-se perante o STF uma interpretação mais clara acerca da expressão "*de qualquer natureza*" contida no artigo primeiro da referida lei, a qual concede anistia aos autores de crimes políticos e seus conexos. Postula-se que esse perdão não se estenda aos crimes comuns praticados por agentes públicos (militares e policiais) acusados de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores.

Quando do ajuizamento do pleito, entende a OAB que os militares, a época da prática dos crimes de tortura, homicídios, estupros, não cometeram crimes políticos, mas sim crimes comuns, e, portanto, não poderiam ser beneficiados pela Lei da Anistia. Esta define como crime político aquele que atente contra a ordem pública e a segurança nacional, e que, se se tem de falar em cometimento de crimes políticos, estes foram cometidos pelos opositores e não pelos militares. Assim, sustenta a OAB que os agentes públicos que mataram, torturaram e violentaram sexualmente opositores políticos não praticaram nenhum dos crimes (políticos) previstos nos diplomas legais (Decretos-Lei 314 e 898 e Lei 6620 /78). Justifica que os anistiados não atentaram contra a ordem política e a segurança nacional. Por isso, postula pela declaração da inconstitucionalidade da Lei da Anistia, a qual possibilitaria as devidas investigações a respeito do que de fato ocorreu durante tal período, buscando punir os responsáveis pelos massacres ocorridos durante o período da ditadura militar.

Em trecho da exordial da ADPF 153, a entidade chama de "aberrante desigualdade" o fato de a Anistia servir tanto para delitos de opinião, estes cometidos por pessoas contrárias ao regime, e, ao mesmo tempo, para os crimes violentos contra a vida, a liberdade e a integridade pessoal cometidos contra esses opositores pelos militares.

Não obstante ao pedido principal da ação, ainda é pleiteada a publicização de todos os documentos e relatos escritos referentes a tal período. Estes revelariam os nomes dos torturadores e assassinos, na medida em que não se pode admitir e aceitar o argumento do Estado brasileiro de que o segredo em relação a esses documentos e identidades dessas pessoas se justifica pela paz e segurança da própria sociedade.

Os advogados que assinam a exordial, Dr. Fábio Konder Comparato e Dr. Maurício Gentil Monteiro (ADPF 153), expuseram que o cerne da questão era saber se houve ou não anistia dos agentes públicos responsáveis por crimes antes do restabelecimento do Estado de Direito com a promulgação da vigente Constituição.

Sendo assim, a inconstitucionalidade da Lei Federal decorre da violação aos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana (artigo

1º, III), a vida (artigo 5º, *caput*), a proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III), a segurança (artigo 5º, *caput*), dentre tantos outros.

A Lei da Anistia fere de forma expressa o princípio da legalidade, o qual menciona que *"não há crime sem lei anterior que o defina"* (artigo 5º, XXXIX). Assim, o § 1º da lei guereada, ao determinar como conexos aos crimes políticos *"os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política"*, fere o supracitado princípio, pois não houve a identificação de cada um dos delitos conexos aos de finalidade política, ampliando demasiadamente o rol dos crimes a serem perdoados pela lei.

Desse modo, percebe-se que a população tem o direito à verdade, mas à verdade real, não à verdade que lhe é contada. O Estado tem o dever de acabar com o chamado "terrorismo de Estado", sendo, para tanto, de suma importância conceder ao povo brasileiro o direito à verdade, pois um povo sem memória nada mais é do que um povo sem história, sem identidade.

Não obstante todos os argumentos apresentados, o STF julgou improcedente a ADF 153, confirmando a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, o que podemos entender como mais uma página infeliz da nossa história. Para muitos, isso confirma o Brasil como o "paraíso dos torturadores", uma vez que vivem tranquilamente em nosso país, e, ainda por cima, às custas dele, com suas gordas e polpudas pensões pagas pelo Estado brasileiro.

O STF, sob relatoria do, à época, Ministro da Corte, Eros Graus, e com apoio de outros seis ministros, decidiu pela constitucionalidade da lei por levar em conta o período em que ela foi criada, bem como pelo fato de tal lei ter decorrido de uma construção social, apoiada, inclusive, pela opinião pública, e, ainda, por se tratar de uma lei necessária, a qual não poderia ser de outra forma senão imbuída de generalidade e abstração⁴.

A decisão da CIDH

Em âmbito internacional, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "a Corte" ou "o tribunal"), o Estado brasileiro é novamente demandado acerca da constitucionalidade da já mencionada Lei de Anistia. O caso, conhecido como "Caso Júlia Gomez Lund" ou simplesmente como Guerrilha do Araguaia, é submetido à referida corte a fim de que seja declarada inconstitucional a Lei de Anistia promulgada pelo Estado brasileiro.

Ainda, postula-se seja determinado que o Brasil proceda à devida investigação e elucidação dos fatos, com a publicização dos arquivos relativos a tal período, sobre a detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de cerca de 70 pessoas, dentre estas, membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, como resultado das ações promovidas pelo exército brasileiro entre os anos de 1972 e 1975, com o objetivo de erradicar o movimento opositor à ditadura militar que surgira às margens do rio Araguaia, este denominado de Guerrilha do Araguaia.

Busca-se, perante o tribunal internacional, nada mais que a garantia do direito à verdade, à memória, à informação, à investigação justa. Objetiva-se nada mais que o direito de uma esposa saber quem matou seu marido, de um filho saber quem matou seu pai, de uma pessoa saber quem a torturou. Busca-se o direito de dar um enterro digno ao corpo e repouso à alma de um ente querido. Enfim, persegue-se o direito à dignidade, um pedido de desculpas, o apontamento dos reais vilões; ora, busca-se simplesmente a verdade.

A Corte, por sua vez, com base no relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁵, recomendou ao Estado brasileiro, dentre outras providências, adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade.

5Órgão do Sistema Interamericano responsável pela análise prévia de qualquer demanda que venha a ser submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que, para uma demanda chegar à análise da Corte, deve, previamente, passar pela Comissão, a qual poderá ou não submeter o caso à apreciação da Corte. Pode ser entendida como um órgão de admissibilidade.

⁴ Trecho extraído do voto do Ministro Eros Graus, quando do julgamento da ADPF 153, pág. 50: A chamada Lei de Anistia veicula uma decisão política naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979 – assumida. A Lei nº 6.683 é uma lei – medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam, ou, não as tendo

vivido, não conhece a história, para quem é assim a Lei 6683 é como se não fosse, como se não houvesse sido.

Recomendou, ainda, que o Brasil reconheça publicamente a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia, promovendo uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos com observância ao devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente; e publicar os resultados dessa investigação.

A Corte, em sua decisão, referiu acerca da importância de o Estado brasileiro reconhecer o massacre do Araguaia como um crime contra a humanidade. Tais crimes não são suscetíveis de anistia e são imprescritíveis, uma vez que a questão da prescrição foi um dos principais argumentos ventilados pelo Brasil em sua defesa.

Dentre outras disposições, a Corte ressaltou, ainda, a importância e o dever do Estado brasileiro de publicar todos os documentos referentes a tal período, os quais irão revelar detalhes das operações militares ainda desconhecidos por todos, informações estas que poderão ser capazes de indicar os exatos locais onde foram enterrados os corpos das vítimas; o dever de reparar financeiramente eventuais sobreviventes e as famílias das vítimas; o dever de promover atos simbólicos para lembrar a memória das vítimas, promovendo um pedido de desculpas público a toda a população brasileira.

4. O Controle de Convencionalidade como forma de ampliação da proteção dos direitos humanos

Atualmente, vem se intensificando a produção acadêmica acerca da incorporação dos tratados sobre direitos humanos perante o ordenamento pátrio, porém, não se vai muito além de se questionar qual será o *status* atribuído a esses diplomas legais. Faz-se necessária uma reflexão aprofundada quanto à incorporação dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, como forma de ampliação e efetivação de proteção aos direitos humanos, possibilitando, ainda, a utilização do instrumento jurídico do controle de convencionalidade de leis, isto é, a adequação da norma interna ao texto do tratado internacional. Entrementes, a Constituição Federal de 1988 não preceitua de forma clara qual a posição hierárquica dos tratados internacionais, sejam eles comuns ou de proteção aos direitos humanos, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro⁶, deixando a tarefa de solucionar essa celeuma a cargo da jurisprudência e da doutrina pátrias.

Por seu turno, em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos, com o advento da CF/88, e, posteriormente, da Emenda Constitucional 45, o artigo 5º, § 2º e 3º da carta magna passou a conferir caráter especial aos tratados internacionais de proteção e garantia dos direitos humanos perante o ordenamento pátrio, passando a redação do referido artigo a se apresentar da seguinte forma:

Parágrafo 2: os direitos e garantias expressos nessa constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Parágrafo 3: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Nas palavras de Luiz Magno Pinto Bastos Junior e Thiago Yukio Guenka Campos, em artigo intitulado “Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos” (2011, p. 22),

A cláusula de abertura do parágrafo 2 do artigo 5 da CRFB/88 ensejou uma ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, admitindo distintas exegeses sobre o dispositivo, e, por conseguinte, como antes revelado, um acirrado debate em torno da posição hierárquica dos tratados, assim sistematizados: a) da supraconstitucionalidade; b) da constitucionalidade; c) da supralegalidade (mantendo sua condição de norma infraconstitucional); e, por último, d) da paridade entre lei e tratado (SARLET, 2006).

⁶ Com exceção dos tratados internacionais que venham a versar sobre proteção de direitos humanos, desde que aprovados conforme rito especial do § 3º do artigo 5º da CF/88, já que nesse caso a carta magna estabelece de forma expressa que tais tratados terão *status* de emenda constitucional.

Para os adeptos da corrente da supraconstitucionalidade, nem mesmo uma emenda constitucional teria o condão de revogar uma norma internacional subscrita pelo Estado em termos de direitos humanos. Contudo, essa corrente tem poucos adeptos no Brasil, conforme explica Flavia Piovesan (2010, p. 59).

Tal discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais perante o ordenamento pátrio ganhou notoriedade quando do julgamento do Habeas Corpus 87.585/TO, o qual tratava acerca da possibilidade de prisão do civil do depositário infiel, uma vez que o artigo 7º da Convenção Americana dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é parte, estabelece que ninguém poderá ser preso por dívidas, salvo em caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

Com efeito, tal disposição vai de encontro com o inciso LXVII do artigo 5º da CF/88, o qual também prevê a prisão civil por dívidas no caso do depositário infiel. No momento em que o STF, por meio do julgamento do HC 87.585/TO, pronunciou-se sobre a matéria, promovendo uma guinada jurisdicional, entendendo não pela convencionalidade dos tratados internacionais, mas sim pela sua supralegalidade. Isto é, acima das normas, porém abaixo da Constituição, o que acrescentou à pirâmide jurídica brasileira mais um degrau, o qual passou a existir entre a Constituição e as normas infraconstitucionais. Isso gerou o que a doutrina vem denominando de bloco de constitucionalidade, ou até mesmo de duplo controle vertical de normas. Com isso verifica-se que as normas internas têm de se adequar não só exclusivamente à Constituição, mas também aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, dos quais o Brasil seja firmatário.

Valério Mazzuoli, um dos pioneiros a tratar acerca do controle de convencionalidade no Brasil, é combatente defensor da necessidade de se valorar de forma especial os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos dentro do ordenamento pátrio, sendo o controle de convencionalidade um importante instrumento de garantia de direitos (MAZZUOLI, 2010).

Nota ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

Embora sua positivação internacional seja fenômeno recente, a preocupação com a questão dos direitos humanos é antiga, tendo sido fruto de um processo que se inicia no pós-Segunda Guerra Mundial. Os principais instrumentos internacionais de proteção desses direitos surgem, inicialmente, como uma tentativa de se evitar a repetição das violações cometidas por sistemas totalitários, como o fascismo e o nazismo. A partir daí, o tema dos direitos humanos passou a possuir *status* obrigatório no cenário internacional.

Como consequência dessa preocupação, passam a proliferar convenções de âmbito internacional as quais buscam por assegurar garantias mínimas ao bem-estar da pessoa humana, cujo exemplo mais latente é a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷.

Esse processo de universalização dos direitos humanos, por sua vez, acarretou a formação de sistemas internacionais entre Estados voltados à proteção e garantia desses direitos, o que culminou na criação das Nações Unidas, sendo que, posteriormente, cada continente veio a regulamentar a questão e criar seu sistema local, surgindo então os sistemas americano, africano e europeu de proteção aos direitos humanos.

7 A Declaração Universal dos Direitos do Homem é tida como um dos mais expressivos documentos a assegurar as mínimas condições e garantias visando a vida digna do ser humano, tendo sido ratificada pela maioria dos Estados mundiais. Esse documento foi assinado em 10 de dezembro de 1948 no âmbito da Assembleia-Geral das Nações Unidas, sendo considerado um marco histórico a partir do qual a proteção dos direitos humanos passou a ser tratada não mais como um assunto interno de cada Estado, mas como foco do interesse comum de toda a humanidade.

8 O Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos se apresenta como um sistema bifásico formado por dois órgãos distintos e com competências bem definida, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo de competência da primeira realizar um juízo de admissibilidade da causa, a qual, se admitida, será encaminhada para apreciação da segunda, tendo esta última competência jurisdicional para decidir o caso com base imperativamente na CADH.

Nesse contexto, no embalo das tendências internacionais, por proposta da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 1948, pelos Estados membros foi aprovada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Tal instrumento, disciplina de forma detalhada todos os deveres dos Estados membros quanto à garantia de direitos, em especial, dos direitos humanos, sendo que em 1959 foi criada a Comissão Americana de Direitos Humanos, órgão competente para examinar reclamações encaminhadas por indivíduos contra Estados membros do sistema interamericano por eventual violação dos direitos humanos por parte desses Estados. Dez anos após a criação da comissão acima referida, foi finalmente aprovada a Convenção Americana dos Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José e Costa Rica. Porém, tal documento somente entrou em vigor em 1978, tendo em vista a necessidade de que, no mínimo, 11 Estados membros da OEA a ratificassem; sendo que em 1979 foi criada a tão sonhada Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do sistema, com competência para processar e julgar Estados por crimes/violações por eles cometidos, os quais venham atentar a defesa e garantia dos direitos humanos do cidadão no âmbito do continente americano⁸.

Acerca da atuação do Brasil perante o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, cumpre referir que o país teve sua participação intensificada na década de 80, momento em que se pôs fim à ditadura militar, tendo o Estado brasileiro vindo a ratificar a CADH somente no ano de 1992, após a promulgação da CF/88, a qual consolidou a redemocratização do país. Sendo assim, o aumento significativo de casos brasileiros submetidos à Comissão nas duas últimas décadas pode ser atribuído, dentre outros fatores, ao fato de o Brasil, no ano de 1998, ter reconhecido expressamente a jurisdição obrigatória da CIDH. ⁹ Também foi na década de 80 que o Brasil aderiu a alguns importantes tratados internacionais acerca da temática da proteção e garantia dos direitos humanos, dentre estes, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

O *status* de supralegalidade conferido pelo STF aos tratados internacionais como novo paradigma de produção legislativa no cenário brasileiro

Como já explicitado, o STF, quando do julgamento do HC acerca da prisão do depositário infiel, sinalizou duas correntes sobre o *status* que se deve conferir aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, quais sejam: a que confere *status* de Supralegalidade a esses tratados, corrente defendida por Gilmar Mendes; e a que atribui hierarquia de norma constitucional, esta defendida pelo Ministro Celso de Mello.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2008) identificou as quatro vertentes acerca da hierarquia dos tratados internacionais perante o ordenamento interno do Estado brasileiro, sendo estas a supraconstitucionalidade, a constitucionalidade, a supralegalidade, e a legalidade, rechaçando uma por uma, exceto aquela que lhe é a correta, qual seja, a que confere aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos hierarquia de supralegalidade, estando, portanto, estes acima das leis, porém abaixo da CF/88.

A tese de supraconstitucionalidade – preponderância dos tratados perante a norma constitucional –, salientou o Ministro ser ela inadequada à realidade brasileira, fazendo isso com base no princípio da supremacia da Constituição perante todo o ordenamento jurídico existente, sendo que sua adoção configuraria óbice à possibilidade de controle de constitucionalidade destes diplomas internacionais, o que não se ajusta com a própria competência atribuída pela CF/88 ao STF. No que se refere à tese de equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos às normas constitucionais, o Ministro argumenta que ela foi esvaziada com a promulgação da Emenda 45/2004, no momento em que esta introduziu o § 3º ao artigo 5º, o que, nas palavras do Ministro, significou uma manifestação eloquente de que não se pode atribuir *status* constitucional àqueles tratados ratificados pelo Brasil antes da mudança constitucional, os quais não foram submetidos à aprovação especial pelo Congresso Nacional (BRASIL, 2008).

Ainda quanto à hierarquia constitucional desses tratados, Gilmar Mendes expressou mais algumas preocupações, além da formalidade, para rechaçar a tese do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos. A seu ver, a adoção dessa tese traria várias implicações negativas, como, por exemplo, o fato de que o STF teria que distinguir, dentre todos os tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, aqueles que versem sobre a temática dos direitos humanos daqueles de outra ordem.

Ponderou, ainda, que o entendimento da Corte no sentido de reconhecer a suprallegalidade dos tratados de proteção aos direitos humanos, por si só, já confere atenção e tratamento especial a esses documentos, entendimento que insere o Brasil no rumo da tendência mundial, qual seja, o reconhecimento da importância de se ter diplomas internacionais de proteção a esses direitos, e, por contrapartida, garantir sua plena eficácia, o que é feito no momento em que se valora os tratados de forma especial perante as leis estatais internas.

Assim, com base nos argumentos acima ventilados, é o que o Ministro Gilmar Mendes defendeu seu posicionamento pela Suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, quando da sua aplicação na ordem jurídica interna, posicionamento este também entabulado por países como França e Alemanha, sendo que, segundo o Ministro (BRASIL, 2008, p. 1160), os tratados internacionais de direitos humanos têm “o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.

Com este entendimento da suprallegalidade, o Ministro concluiu que o Pacto de São José e Costa Rica não revogou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, mas sim o instituto da prisão civil deixou de ter aplicabilidade prática.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel (BRASIL, 2008, p. 1161). Por seu turno, o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2008), mudando radicalmente seu posicionamento, uma vez que defendia que aos tratados internacionais deveria ser conferida força de lei ordinária, divergiu do Ministro Gilmar Mendes, para conferir aos tratados internacionais de direitos humanos caráter constitucional, passando estes a integrar o bloco de constitucionalidade, onde de um lado estaria a Constituição Federal, e de outro, os tratados internacionais.

Porém em igual patamar de hierarquia, o que aumentaria vertiginosamente o rol de proteção aos direitos humanos do homem, visto que não bastaria que as normas infraconstitucionais se adequassem apenas à Constituição (controle de constitucionalidade); elas teriam que também estar de acordo com o texto dos referidos tratados (controle de convencionalidade das leis), situação esta que a doutrina e jurisprudência modernas vêm denominando de bloco de constitucionalidade.

De acordo com a posição do Ministro (BRASIL, 2008), tem-se que os tratados internacionais de conteúdo afeto à proteção dos direitos humanos podem ser divididos em dois grupos, os que foram firmados pelo Brasil antes da Emenda 45 de 2004 e os firmados depois da emenda, sendo que aqueles firmados antes de 2004 possuem um caráter materialmente constitucional, ao passo que os firmados após a promulgação da referida emenda, depois de internalizados conforme rito especial do § 3º do art. 5º da CF/88 terão caráter material e formalmente constitucional.

Quanto à questão da prisão civil do depositário infiel, objeto central do HC que acabou por decidir acerca da suprallegalidade dos tratados internacionais, o Ministro entende que o Decreto-Lei 911/1969 não foi recepcionado pela Constituição (BRASIL, 2008, p. 1264).

Analisando, portanto, os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, percebe-se que a divergência está na fundamentação e no resultado, pois a consequência prática de ambos foi pela impossibilidade de prisão civil do depositário infiel por aplicação de um tratado internacional (Pacto de São José e da Costa Rica).

Porém, para Luiz Régis Prado, não obstante a Corte brasileira tenha firmado um entendimento acerca da hierarquia dos tratados internacionais perante a ordem interna, tal entendimento é provisório, e, tão logo, deve ser promovida nova discussão sobre a constitucionalidade, visto que a votação pela suprallegalidade foi apertada, na proporção de 5 votos a 4, de onde se constata que o debate não se encerrou (PRADO, 2010).

Nesse sentido, percebe-se que uma das consequências decorrentes desta decisão pela suprallegalidade dos tratados é a mudança de paradigma legislativo, pois uma lei infraconstitucional deverá não só estar de acordo com a CF/88, mas também com os tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, e é nesse contexto que se insere o controle de convencionalidade de leis, passando a integrar o bloco vertical de constitucionalidade brasileiro.

Portanto, por uma sequência lógica de raciocínio, não há como conceber a ideia de permanecer vigente e constitucional, ainda que confirmada pelo STF por meio da ADPF 153, a Lei da Anistia brasileira, de vez que seu texto atenta frontalmente as disposições da Convenção Americana de

Direitos Humanos. É nesse contexto que se insere o caso da Guerrilha do Araguaia, eixo central deste trabalho, o qual já foi submetido à apreciação da CIDH, tendo esta se manifestado de forma expressa pela urgência de o Estado brasileiro reconhecer e declarar a inconstitucionalidade da Lei da Anistia, sob consequência de continuar incorrendo em violação dos direitos humanos, porque é isso que a vigência da Lei da Anistia significa perante a ordem jurídica e social brasileira.

O Controle de Convencionalidade como forma de garantia do direito à memória e efetivação da justiça de transição

Conforme o Ministério da Justiça (2011), “O Brasil tem avançado muito na proteção aos direitos humanos, sem medo de descobrir/conhecer a sua própria história”. Tal afirmação, na prática, não é tão bonita como no papel, pois, sem dúvida, não obstante as atitudes adotadas pelo governo brasileiro para resgate e valorização de sua própria história, ainda persiste um grande obstáculo a ser transposto por todos nós, qual seja, a Lei da Anistia brasileira, esta julgada plenamente constitucional pela Suprema Corte brasileira, a qual, de forma estanque e, porque não dizer, autoritária, impede que sejam investigados e punidos torturadores que cometeram massacres durante o período totalitário que o país viveu nas mãos dos militares.

Nesse contexto, não há como não se falar em Justiça de Transição, a qual, através do resgate da memória, busca prevenir futuras violências/violações de direitos. A justiça de transição está alicerçada em quatro pressupostos, sendo eles a investigação e punição dos culpados por violações de direitos humanos; a revelação da verdade às vítimas e familiares daquelas pessoas torturadas e mortas; o oferecimento de reparação àquele que teve seus direitos violados ou a seus familiares; e, por último, mas não menos importante, políticas de prevenção para que aqueles que exerçam cargos públicos, ou que ostentem alguma posição pública de autoridade não venham a cometer tais violações.

Seguindo, muito se fala em verdade, porém, poucos saberiam definir o que seria a verdade, se é que é possível. No presente estudo, a noção de verdade está íntima e diretamente ligada ao direito à memória, isto é, o direito do povo brasileiro, através da memória, do redescobrimiento do passado, a conhecer sua história, a tomar ciência da verdade sobre os fatos ocorridos. Mas, se falamos da existência de um direito à memória, não há como fugir da seguinte pergunta: e o direito ao esquecimento?

Nesse sentido, no direito trabalha-se o “esquecer” como sendo o fundamento ético do direito à memória, uma vez que apenas esquecer o que passou não basta, não resolve, ao passo que necessitamos conhecer a verdade, exercendo assim o direito à memória, para poder perdoar, e então esquecer. Mas um “esquecer” não no sentido de colocar de lado, um esquecer definitivo, um esquecer na forma de superar. Dessa maneira, Walter Benjamim (2009) explica que o direito ao esquecimento representa em si uma violação aos direitos humanos, sendo o direito à memória uma resposta à violência, ao passo que sem o exercício pleno da verdade – a verdade factual, isto é, aquela que deriva dos fatos – não é possível exercer plenamente a democracia na forma em que esta se propõe.

Assim, o direito à memória é definido por Elígio Resta (2008), na tradução de Sandra Vial, como sendo um direito inclusivo, o qual busca ouvir todos os envolvidos e, de forma conjunta, construir um direito, não na base da imposição, mas sim no fundamento da construção, sendo que, nas palavras de Sandra Vial (2006, p. 120),

A fraternidade é um conceito biopolítico. Poe excelência, conservando nele todas as formas e paradoxos dos sistemas sociais contemporâneos. A fraternidade que foi esquecida, retorna hoje com seu significado originário de compartilhar, de pacto entre iguais, de identidade comum, de mediação, é um direito jurado conjuntamente, é um direito livre de obsessão de uma identidade legitimadora.

Nessa temática, não é difícil perceber que a Lei de Anistia promulgada pelo governo ditatorial lá em 1979, e, recentemente, por meio da ADPF 153 confirmada pelo STF, atenta de forma direta e expressa aos direitos humanos consagrados e garantidos por inúmeras legislações, tanto em âmbito interno quanto externo, como, por exemplo, a CADH e a própria CF/88, uma vez que impossibilita que o povo brasileiro exerça seu direito à memória, ocultando, de forma covarde, a própria história do Brasil, sendo o controle de convencionalidade um instrumento jurídico hábil e eficaz para cessar tal violação e impedir seu prosseguimento.

Se, por meio da utilização do controle de convencionalidade, o Estado brasileiro reconhecesse de forma prática, e não apenas por palavras, a sentença da CIDH acerca do caso da Guerrilha do Araguaia, a qual condenou veementemente a Lei da Anistia brasileira, recomendando que o Brasil reconheça imediatamente sua inconstitucionalidade sob pena de, em não o fazendo, permanecer violando os direitos humanos do povo brasileiro, estaríamos diante do imaginado pela OEA quando da criação do sistema interamericano de direitos humanos, e mais, estaríamos de fato fazendo o que se entende por justiça.

A contraponto, não se pode negar que o Brasil vem desenvolvendo políticas no sentido de regatar a verdade, possibilitar ao povo brasileiro que exerça seu direito à memória, oportunidade em que é pertinente citar o trabalho desenvolvido pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, instituída pela Lei 9.140/1995, a qual vem cumprindo importante papel na busca de soluções para os casos de desaparecimentos e mortes de opositores políticos por autoridades do Estado durante o período da ditadura militar (1961-1988).

Nesses termos, é salutar destacar trechos da obra Direito à Memória e à Verdade, elaborada pelo Ministério da Justiça (2011):

A comissão encerrou, no final de 2006, uma longa primeira etapa de suas atividades. Concluída a fase de análise, investigação e julgamento dos processos relativos aos 339 casos de mortos e desaparecidos apresentados pela sua soberana decisão, que se somam a outros 136 nomes já reconhecidos no próprio Anexo da Lei 9.140/95, vem se concentrando, agora, em dois outros procedimentos. O primeiro deles, iniciado em setembro de 2006, é a coleta de amostras de sangue dos parentes consangüíneos dos desaparecidos ou dos mortos cujos corpos não foram entregues aos familiares, para construir um banco de dados de perfis genéticos – Banco de DNA – visando à comparação e identificação com certeza científica dos restos mortais que ainda venham a ser localizados, bem como de ossadas já separadas para exame. O segundo é sistematizar informações sobre a possível localização das covas clandestinas nas grandes cidades e em áreas prováveis de sepultamento de militantes na área rural, em especial na região do rio Araguaia, no sul do Pará. Ao fazê-lo, a CEMDP estará cumprindo o disposto no artigo 4º da Lei 9.140/95, que a criou: “envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados”.

Pela leitura do trecho em destaque, se pode concluir que o governo brasileiro, com a aprovação da Lei 9.140/95 e com as medidas que vem tomando, está tentando, de forma tímida, cumprir a CADH, entretanto, sem a declaração da inconstitucionalidade da Lei da Anistia pelo Poder Judiciário brasileiro, da nada adianta criar comissões, erguer museus e memórias, pedir desculpas, pois, devido a tal óbice jurídico, jamais os culpados, mesmo que devidamente identificados e comprovados seus crimes, poderão ser punidos pelos crimes que cometeram.

Considerações finais

O foco do Direito é, muito além da mera aplicação lógico-axiológica da norma, a interpretação desta a partir dos pilares principiológicos que fundamentam o sistema, do confronto entre os diferentes códigos e convenções que compõe a estrutura normativa nacional e internacional, além da importante análise anímica, conforme o espaço-tempo e o contexto social, dos objetivos e desideratos do legislador. A lei, em sua relação com a sociedade, não é inerte, é pura energia vital – portanto, em constante processo de modificação frente às constantes evoluções e involuções morais, deontológicas e científicas.

O bloco de constitucionalidade e o controle de convencionalidade desenhados pela CIDH devem ser entendidos como importantes mecanismos de fortalecimento da tutela dos direitos humanos.

Durante o estudo, restou claro que no Brasil discussão acerca do controle de convencionalidade ainda não passou da primeira etapa, qual seja, sobre que hierarquia atribuir aos tratados internacionais, em especial aos que tenham por escopo tutelar e proteger direitos humanos.

Em se tratando da Lei da Anistia, embora o STF tenha resolvido pela constitucionalidade, temos um conflito de normas imposto, uma vez que a CIDH decidiu pela sua inconstitucionalidade, ao ponto de termos, hoje, duas decisões, emanadas de órgãos competentes, com jurisdição reconhecida pelo Estado brasileiro, sobre o mesmo caso, porém, em sentidos opostos.

Nessa situação, então, se encontra instaurado um conflito de direito interno *versus* o direito internacional, onde um tenta sobrepor-se ao outro.

Contudo, por todo o estudo realizado, e doutrina pesquisada, percebe-se que a confirmação da Lei da Anistia pelo STF como constitucional e sua vigência obstam qualquer outra atitude que o

governo brasileiro venha a tomar para resgatar sua memória, para possibilitar que seu povo conheça sua história, podendo se afirmar que a posição do STF, quando do julgamento da ADPF 153 sobre o tema, constitui-se em uma enorme violação aos direitos humanos, porque permite que os culpados por verdadeiros massacres e torturas não sejam punidos. E isso nada mais é do que violar a dignidade humana das vítimas e/ou de seus familiares sobreviventes.

Enfim, o embate é bom, porém longe do fim, aliás, estamos apenas no início. Mas uma coisa é certa: uma vez que não há como negar que existe um novo paradigma no contexto jurídico brasileiro, o qual não pode e não deve ser ignorado, visto que, por meio do controle de convencionalidade, este integrante do bloco vertical de constitucionalidade, a Lei da Anistia deve ser prontamente declarada inconstitucional, para que assim, efetivamente, sejam assegurados os direitos humanos dos aproximadamente 80 guerrilheiros do Araguaia e seus familiares sobreviventes.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2008.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. v. 1, n. 19, jun/dez. 2011.

BRASIL, Advocacia Geral da União. Disponível em http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113927&ordenacao=1&id_site=4922. Acesso em 14 nov. 2011.

BRASIL, Ministério da Justiça. Repressão e Memória Política no contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

BRASIL, Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e a memória. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=597891&tipo=AC&descricao=Inteiro%20e%20HC%20/%2087585>. Acesso em 24 nov. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=382321&tipo=AC&descricao=Inteiro%20e%20AO%20/%20153%20-%20QO-AgR>. Acesso em 24 nov. 2011.

BRASIL, Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm. Acesso em 24 nov. 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. 1. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Pedro B. A. Constituição e Tratados Internacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

ECO, Umberto. Como se faz uma tese. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1986.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle jurisdicional da Convencionalidade das Leis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Tratados de Direitos Humanos e Direito Interno. São Paulo: Saraiva, 2010b.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Lincamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos. Santiago de Chile: Librotecnia, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em

http://www.corteidh.or.cr/bus_temas_result.cfm?buscarPorPalabras=Buscar&pv%5FPalabras=caso%20Júlia%20gomez%20lund%20e%20brasil&pv%5FTemas=CASOS%2CMEDIDAS&pv%5FTipoDeArchivo=doc. Acesso em 24 nov. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. Revista Ajuris. v. 33, n. 102, p. 177-208, jun. 2006.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Monografia Jurídica. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18207/Direito_Fraternal_na_Sociedade_C

A UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO MEIO PARA ESTABELEÇER INDENIZAÇÕES SOBRE OS FATOS OCORRIDOS DURANTE O PERÍODO DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA

Luiz Felipe Nunes¹
Luiz Henrique Menegon Dutra²

“A mais lamentável de todas as perdas é a perda do tempo” (Philip Chesterfield).

RESUMO: O estudo da Responsabilidade Civil inicia-se no presente trabalho nas obrigações cobradas por mãos próprias, diretamente do devedor. Com a ascensão do Iluminismo e a definição de uma matriz liberal de Direito, tornou-se o direito obrigacional. Havendo o dano, tal fato já dá ensejo a uma obrigação de reparação. A Teoria da Perda da Chance surge no Direito Francês como um complemento da noção da “responsabilidade” no âmbito cível, considerando-se a impossibilidade de exercício de uma oportunidade. Para o devido desenvolvimento do tema proposto, foi utilizado o método dedutivo e de consultas bibliográficas. Conclui-se que, muito embora, não exista previsão legal em nossos diplomas legais sobre a aplicação da teoria da perda da chance, ela passou a ser trabalhada por doutrinadores e posteriormente, trabalhada no ordenamento jurídico brasileiro, através da função jurisdicional do Poder Judiciário, o que não impossibilita sua utilização futuramente, nas questões ocorridas durante o regime ditatorial brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigações; Responsabilidade Civil; Perda da Chance; Direito.

ABSTRACT: The study of Liability begins in the present work the obligations imposed by their own hands, directly from the debtor. With the rise of the Enlightenment and the liberal definition of an array of law, the right became obligatory. If there is damage, since this fact gives rise to an obligation to make reparation. The Theory of Loss of Chance appears in French law as a complement to the notion of "responsibility" in civil, considering the impossibility of carrying on an opportunity. For proper development of the theme, we used the deductive method and bibliographic queries. We conclude that, although, there is no legal provision in our statutes on the application of the theory of loss of chance, she happened to be worked by scholars and later worked in the Brazilian legal system, through the judicial function of the judiciary, which does not preclude its use in the future, the issues that occurred during the Brazilian dictatorship.

KEYWORDS: Bonds, Liability, Loss of Chance;

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o presente artigo, busca-se observar a questão da possibilidade da aceitação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, especialmente sua aplicação ou não nos fatos ocorridos durante o regime ditatorial brasileiro.

¹ Mestrando e Bolsista CAPES do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduando lato sensu em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação – IMED. Membro do Grupo de Pesquisa Verdade, Memória e Justiça: *análises da experiência das políticas públicas reparatórias do governo no Rio Grande do Sul envolvendo os atos de sequestro, morte, desaparecimento e tortura de pessoas no regime militar brasileiro (1964/1985)*, coordenado pelo professor Dr. Rogério Gesta Leal. Advogado. E-mail: luizfelipenunes@gmail.com

² Mestrando do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-graduando em Direito Constitucional e Direito e Processo do Trabalho. Membro do Grupo de Pesquisa Verdade, Memória e Justiça: *análises da experiência das políticas públicas reparatórias do governo no Rio Grande do Sul envolvendo os atos de sequestro, morte, desaparecimento e tortura de pessoas no regime militar brasileiro (1964/1985)*, coordenado pelo professor Dr. Rogério Gesta Leal. Advogado. E-mail: adv.dutra@hotmail.com

De início, tem-se por necessário referir que o reconhecimento de tal teoria não é previsto textualmente em nenhum regramento contido no Ordenamento Jurídico pátrio vigente. Porém, isso não quer dizer que a aplicação de tal teoria não venha sendo discutida, enquanto uma possibilidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência atualmente desenvolvida em alguns tribunais do país.

Por meio dessa teoria busca-se reparar a perda de uma oportunidade que foi perdida exclusivamente por ato perpetrado por outrem. Essa responsabilização só pode ocorrer enquanto uma decorrência natural da existência de um prejuízo. Além disso, previamente, deve ocorrer um ato ilícito praticado por um terceiro, cujos efeitos alterem tão completamente o *status quo* dos sujeitos envolvidos que não seja mais possível qualquer tentativa de retorno a este. Assim, busca-se observar, através dos mecanismos legais, se o Poder Judiciário brasileiro “incorporou” a possibilidade da utilização da teoria da perda de uma chance e em que situações a mesma pode ser utilizada.

2. OBRIGAÇÃO CIVIL, REPARAÇÃO DO DANO E RESPONSABILIDADE CIVIL: DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes da existência do Estado, existia tão somente a vontade do indivíduo no que se refere à resolução de conflitos. A justiça por mãos próprias, porém, era uma situação que poderia destruir a sociedade que ainda se formava. Em decorrência desses fatos, tornou-se necessário buscar um meio de evitar os conflitos. Nesse momento surge a figura do Direito que tem como principal objetivo na ordem jurídica proteger o lícito e reprimir o ilícito.

E esse Direito é sustentado por um Estado definido como “[...] uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território”.¹ E essa é a única forma de garantir que o Direito consegue ser aplicado de forma igual e em todos os lugares do mesmo modo, o que resulta em um reforço das regras e instituições estatais.

Mas antes que se possa discutir especialmente o caso do ordenamento jurídico brasileiro, é importante realizar uma reconstrução histórica, mesmo que breve, da questão da responsabilidade no âmbito civil.

A Responsabilidade Civil é um tema relevante para o desenvolvimento da sociedade. Ela reforça as seguranças e proteções que indivíduos possuem frente ao exercício arbitrário das prerrogativas do Estado e dos direitos de outrem. A vida em sociedade é regida por uma lógica própria, que envolve a noção de disponibilidade e direito.

Para tanto, é importante entender que a responsabilidade civil tem a ver com a ideia de obrigação civil. Descrição similar faz Maria Helena Diniz,² quando expressa que obrigação surge como um dever jurídico. E o cumprimento dessa obrigação serve para validar o papel do Direito. Antigamente, porém, não apenas era o patrimônio o objeto do cumprimento das obrigações. Aliás, nem se tinha a ideia de que o patrimônio pudesse ser objeto do cumprimento do vínculo obrigacional, pois,

[...] a execução da obrigação tinha caráter de vingança: se ocorresse o inadimplemento, era facultado ao credor optar pela divisão do corpo do devedor em tantos pedaços quantos fossem os credores, ou a venda do devedor além do Tibre, como escravo, enfim, respondia o devedor com o próprio corpo ou com a sua liberdade (Tábua Terceira da Lei das XII Tábuas). Cuidava-se de vínculo meramente pessoal, sem qualquer

¹ WEBER, Max. A Política como Vocação. In: GERTH, Hans H. e MILLS, Charles Wright (orgs.). Max Weber – Ensaios de Sociologia. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 98.

² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1993.

vinculação ao patrimônio do devedor, razão porque não se admitia a cessão do nexum.¹

A responsabilidade obrigacional acaba se tornando, em função do sistema aquiliano:

[...] um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno”, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e “fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tornou a Lei Aquília o seu nome característico.”²

A partir desse momento jurídico, a responsabilidade civil só ocorre se comprovado o dano efetivo. Ascende a ideia de que deve-se reparar o dano causado, mesmo que pequeno.

Segundo Van Caenegem essa substituição da execução física pela execução patrimonial foi amplamente influenciada pela filosofia iluminista. Essa escola filosófica rejeitou as tradições e dogmas religiosos, colocando o indivíduo e seu bem-estar físico no centro das discussões, ressaltando a importância do individualismo. E essa individualização do direito tornou possível o sucesso da matriz liberal do contrato.

O direito brasileiro tratou de se fundar no cumprimento dos contratos, o que só foi modificado com a Constituição de 1988, que reforçou o papel da dignidade humana, que devem permear todas as relações, até os contratos, pois, “A função social do contrato exprime a necessária harmonização dos interesses privados dos contraentes com os interesses de toda a coletividade;”³ revendo-se as teses liberais e resolvendo os problemas do capitalismo. Nesse mesmo senso, a Constituição de 1988 preocupou-se com a figura do dano de natureza moral, inserido nos incisos V e X do artigo 5º. Para Yussef Said Cahali, ele pode ser definido como:

[...] a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem [...] classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (tristeza, dor, etc.).⁴

Trata-se, portanto, de um abalo nos sentimentos da pessoa, que tem violada sua integridade física, moral e intelectual, afetando sua autopercepção. Em resumo, violam, como bem informa José Affonso Dallegrave Neto,⁵ a dignidade da pessoa. Sua natureza é extrapatrimonial, uma vez que a compensação pecuniária da dor, do sofrimento, da humilhação, não transforma o dano em patrimonial.⁶

Levando-se em consideração que esse dano pode ocorrer em qualquer lugar, em qualquer âmbito, não há ótica para que não seja reconhecido em fatos ditatoriais, como demonstraremos posteriormente.

¹ BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições civis no direito do trabalho – curso de direito civil aplicado ao direito do trabalho. 3. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil e aument. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 209-210.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 05.

³ TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo código civil. Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n. 19, out./dez. 2002, p. 96. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero19/artigo11.pdf>>. Acesso: 13 maio de 2012.

⁴ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 17.

⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições Civis no Direito do Trabalho – Curso de Direito Civil Aplicado ao Direito do Trabalho. 3. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil e aument. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

No que se refere à interpretação da responsabilidade, contida no Código Civil o conteúdo do art. 927 é importante. Por meio desse dispositivo, havendo ilícito, dele descende o dever de indenizar e reparar. Assim, nas palavras de Stoco, a Responsabilidade Civil encontra-se entranhada na sociedade,

A noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça existente no grupo social estratificado.¹

E, interpretando a regra civil por meio dos preceitos da Constituição, percebe-se que a responsabilidade sofre algumas mudanças. Essa forma de responsabilização, porém é ligeiramente diferente daquela expressa no Código Civil de 1916. Foi expandido o número de possíveis motivos para a Responsabilização Civil, pois, mesmo isento de culpa, havendo nexo de causalidade e prejuízo, exsurge a responsabilidade. Como visto, tratam-se de alterações necessárias, mas que, de certo modo, não inovaram muito o texto do Código.

Assim, não basta, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa se considerado causa daquele.²

Além disso, o parágrafo único do art. 927 dá margem a uma leitura cuja importância vem crescendo. Ao fazer constar que mesmo se a atividade desenvolvida apresenta probabilidade de dano, persiste dever de indenizar, abre-se margem para a efetivação de outra condicionante da responsabilização, na forma da Teoria da Perda de uma Chance.

3. O PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO E A ATUALIZAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PARA RESPONDER AS NOVAS DEMANDAS SOCIAIS: A TEORIA DA PERDA DA CHANCE

Imperioso é destacar que a Responsabilidade Civil tem a ver com a Obrigação Civil, reparação de um dano. O dano pode ocorrer, na esfera cível, quer pela ação, quer pela omissão, como evidencia Belmonte.³

Responsabilidade tem a ver com a reparação de um dano. Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Só é possível, restaurando-se o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Assim, o dano, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante, como indica Gonçalves.⁴

Sergio Cavalieri conceitua o dano emergente da seguinte forma:

O dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O Código Civil, ao disciplinar a matéria no seu art. 402 (reprodução fiel do

¹ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 118.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.

³ BELMONTE. Op. cit., p. 444.

⁴ GONÇALVES. Op. cit., p. 588.

art. 1059 do Código de 1916), caracteriza o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu. A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim dano emergente é tudo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a restitutio in integrum.¹

Referente ao lucro cessante, o mesmo autor traz a seguinte definição:

O ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima (dano emergente), mas também mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros, e assim por diante. Aí teremos o lucro cessante. É a conseqüência futura de um fato já ocorrido. Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.²

A Responsabilidade Civil por perda de uma chance é uma teoria que reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. Essa teoria tem a característica de reconhecer uma nova categoria de dano indenizável, um dano autônomo, consistente na oportunidade (ou chance) perdida, o qual independe do resultado final. Atribui-se um valor econômico, de conteúdo patrimonial, a probabilidade de obter um lucro, sem que jamais se saiba se aquela probabilidade efetivamente se verificaria no caso concreto, pois um fato interrompe o curso normal dos acontecimentos antes que se pudesse constatar se aquela oportunidade se concretizaria.

Normalmente, a própria vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requeria indenização em razão da perda da própria vantagem. Ao assim proceder, a vítima esbarrava no requisito de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.³

Se a perda de uma chance for enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, terá o autor da ação que comprovar de forma inequívoca que, não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria se consumado, com a obtenção da chance pretendida, o que é impossível. Ora, se a vitória não pode ser provada e confirmada, o mesmo ocorre em relação ao insucesso da obtenção do resultado esperado.⁴

Conforme afirma Sérgio Savi “[...] no caso de lucros incessantes, o autor deverá fazer prova não do lucro cessante em si considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro”. Porém, já nas hipóteses de perda de uma chance, “permanece-se no campo do desconhecido, pois em tais casos, o dano final é, por definição, indemonstrável, mesmo sob aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva”.⁵

Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito

¹ CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 74.

² CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 75.

³ BIONDI, Eduardo Abreu. Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil. *Direitonet*. 04 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 13 maio 2012.

⁴ MELLO. Op. cit., p. 22.

⁵ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 18.

tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável. A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance são indenizáveis, como preleciona Cavalieri Filho.¹

O foco da indenização, portanto, não é a vantagem perdida, mas sim pela possibilidade séria e real de não se conseguir ter acesso a essa chance de obter a vantagem. Deve-se fazer uma distinção entre o resultado perdido e a real possibilidade de consegui-lo. A possibilidade de vitória terá valor menor que a vitória futura e isso devem ser analisadas no momento da quantificação do dano.

Assim, o enquadramento da indenização pela Perda de uma Chance não cabe exatamente como no dano emergente nem nos lucros cessantes, antes a probabilidade, e não certeza, de obtenção do resultado aguardado. Por isso, trata-se de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante.² O art. 402 do Código Civil, conclui o raciocínio legal, quando preceitua que: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. É nesta parte final, como terceira espécie de dano que se enquadra a indenização pela perda de uma chance.

Agora, como se observa, não há mais entrave algum para o reconhecimento à indenização pela perda de uma chance. Assim, as chances perdidas, desde que reais e sérias, deverão ser indenizadas quando restar provado o nexo causal entre o ato do ofensor e a perda da chance, uma vez que no novo Código Civil Brasileiro, a exemplo de outros sistemas jurídicos estrangeiros, ao prever cláusula geral de responsabilidade pela indenização de qualquer espécie de danos, inclui aquela decorrente da perda de uma oportunidade.³

4. REGIME DE EXCEÇÃO (1964/1985), LEI DE ANISTIA E ADPF nº 153: A (IN)APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE NOS FATOS OCORRIDOS DURANTE O REGIME DE EXCEÇÃO

A ditadura militar brasileira, assim como as ditaduras dos países vizinhos, foi um período negro na história, cujo conteúdo está repleto de repressão, censura e atos brutais, que resultaram na violação de diversos direitos humanos. Com o movimento ditatorial de 64, sobreveio a ruptura da ordem jurídica pautada na Constituição Federal de 1946. Tal regime buscou “a sua própria preservação institucional e sobrevivência política, vedou o controle jurisdicional dos atos praticados com fundamento nos estatutos revolucionários”.⁴

Surgem, então, personagens sinistros e instituições sombrias, sob cuja égide e autoridade praticaram-se, covardemente, delitos ominosos contra os que se opunham ao regime político, e que foram submetidos a atos de inaudita vilania, como a prática do homicídio, do seqüestro, do desaparecimento forçado de pessoas e de sua eliminação física, de violência sexual e de tortura.⁵

¹ CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 77-78.

² TÚLIO, Marco. Indenização pela perda de uma chance. Blog do Professor Marco Túlio, 16, mar. 2009. Disponível em: <<http://professormarcotuliofigueiredo.blogspot.com/2009/03/stj-revela-quais-os-deslizes-mais.html>>. Acesso em: 10 jun. 2010, p. 01.

³ MELLO. Op. cit., p. 22.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Min. Rel.: Eros Grau. Julgada em: 29 abril 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Min. Rel.: Eros Grau. Julgada em: 29 abril 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

Por esses fatos, inúmeros atos foram praticados em nome da “Segurança Nacional”. Em 1979, surge a Lei da Anistia, que ora se pretende analisar.

Proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153, objetivou a declaração do não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, da disposição feita no § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979,¹ que pretendia a concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos, cuja extensão se daria tanto a crimes conexos como a crimes de qualquer natureza, desde que relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Basicamente, a proposta da inicial compreende-se por duas linhas de argumentação distintas, a saber, a contemplação de interpretação conforme a Constituição, de modo a se declarar que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos e conexos, não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar; e a outra linha de argumentação se funda no não recebimento da Lei nº 6.683/79 pela Constituição de 1988.

Como fora demonstrado no voto no Ministro Relator, a doutrina aceita a possibilidade de extensão da anistia a outros ilícitos penais, além dos delitos de natureza política, ressalvando restrições no texto superveniente da Constituição de 1988. Assim, demonstrou, ao final, que o Congresso nacional, optou por abranger pela anistia, não somente delitos políticos, mas também crimes a estes conexos e, ainda, aqueles que igualmente considerados conexos, estavam relacionados a atos de delinquência política ou cuja prática decorreu de motivação política.²

Em seu voto, menciona o Relator que é inadmissível desprezarmos os que lutaram pela anistia como se o tivessem feito, todos, de modo ilegítimo. Assim, a preservação institucional e política merece ponderação. De fato, há quem se oponha essa migração da ditadura para a “democracia” de forma conciliada, suave, isso porque, todos, todos, acabaram por absolver a si mesmos.³

Assim como o Brasil, nas décadas de 70 e 80, outros países tentaram minimizar suas ações contra direitos humanos através das leis de anistia. Na última década porém, vários países tentam buscar informações sobre fatos ocorridos, responsabilização dos agentes perpetradores de crimes, etc. Muito desses países (Chile, Argentina e Uruguai) as leis de anistia estão sendo revistas, entrando em conformidade com disposições internacionais sobre direitos humanos.

Esses países entraram em conformidade com as mudanças que o tempo e a sociedade impuseram, que resultaram na necessária revisão da lei de anistia. Porém, cabe ressaltar que tal revisão, se vier a ocorrer, deve ser realizada pelo Poder Legislativo, e não pelo Poder Judiciário nem pelo Supremo Tribunal Federal, a quem não incumbe legislar sobre a matéria.⁴

Vale destacar que:

O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e de reprimir os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaco, por sua inquestionável importância, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembléia

¹ Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Min. Rel.: Eros Grau. Julgada em: 29 abril 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Min. Rel.: Eros Grau. Julgada em: 29 abril 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Min. Rel.: Eros Grau. Julgada em: 29 abril 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

Geral das Nações Unidas em 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969, atos internacionais estes que já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno [...].¹

Por esta razão, atualmente, se questiona a necessidade, bem como a desnecessidade de se repensar/revisar a lei de Anistia. Sobre esse tema, ainda se faz necessário estudos, porém, sobre a questão da indenização em decorrência de fatos ocorridos durante o regime de exceção brasileiro, este, ao nosso ver, está bem encaminhado, isso porque nossos Tribunais já vem julgando sobre a matéria:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO E PRISÃO POR MOTIVOS POLÍTICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. CONFIGURAÇÃO, REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO e HONORÁRIOS. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º1. Ação ordinária proposta com objetivo de reconhecimento de danos morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do genitor dos ora autores, cujas conseqüências, alegam os requerentes, ocasionaram transtornos depressivos na vítima e dependência alcóolica, bem como discriminação no ambiente social dos autores e debilidade das condições financeiras. [...]

4. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

5. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

6. Consectariamente, não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade.²

Responsabilidade tem a ver com a reparação de um dano. Porém, o que ocorre se esse dano jamais permita o resgate do *status quo* anterior? O Código Civil brasileiro silencia quanto a isso, porém, informa, por meio de seus princípios, que a reparação é devida. Mesmo não a admitindo expressamente, dá sinais da aceitação da Teoria da Perda da Chance. Coube à jurisprudência esse papel integrador. Nas palavras de Venosa,

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Min. Rel.: Eros Grau. Julgada em: 29 abril 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 959.904/PR. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma. DJe 29/09/2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

Quando nossos tribunais indenizam a morte do filho menor com pensão para os pais até quando esse atingiria 25 anos de idade, por exemplo, é porque presumem que nessa idade se casaria, constituiria família própria e deixaria a casa paterna, não mais concorrendo para as despesas do lar. Essa modalidade de reparação de dano é aplicação da teoria da perda da chance.¹

Quais seus fundamentos e objetivos dessa teoria? Sérgio Cavalieri explica que ela surge da ideia dos lucros cessantes. Mas se trata de um caso especial de lucro cessante, à medida que na França, “[...] dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma [...] probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.”. Ao explicar a *perte d’ une chance*, Gondim expõe que “Alguns doutrinadores traduzem somente a perda de uma chance de cura, limitando sua aplicação somente para os casos de responsabilidade médica.”²

A teoria surgiu por força de um estranho caso que chegou ao judiciário francês, envolvendo erro médico. Conta-se que

O Dr. Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como conseqüência, a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação, a família Foulcault ingressa em juízo contra o médico.³

No período que se seguiu, até o julgamento da causa, houve uma verdadeira batalha de laudos e exames médicos. A acusação buscava comprovar o erro do médico, dada a falta de amparo às amputações. A defesa, por sua vez, buscava tornar clara a necessidade das amputações para o sucesso do tratamento. Ao final do processo, o médico foi condenado ao pagamento de uma pensão de 200 francos. Porém, mais importante que tudo isso foi à solução encontrada e que demonstra que a legislação brasileira, embora não aceite de modo expresso essa condicionante, é que:

[...] do momento em que houve a negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa.⁴

Nota-se, portanto, que essa teoria se ampara na segunda parte do parágrafo único do art. 927, CC. E, desse modo, ela tem sido encarada, visando auxiliar na resolução das demandas em face

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 201.

² GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma Chance*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2005.

³ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 7, n. 107, 18 out. 2003. p. 1. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4288>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

⁴ DANTAS. Op. cit.,

de profissionais que não se utilizam de todos os meios que tem à disposição para resolver o problema do cliente.

É próprio referir, conforme o que preleciona Dias, que a Perda da Chance se refere a uma indeterminação. Essa indeterminação tem lugar e concreção, uma vez que se percebe que, “[...] na perda de uma chance nunca se sabe qual seria o resultado do julgamento se o ato houvesse sido praticado”.¹

Ou seja, é a indeterminação acerca daquilo que poderia ter efetivamente ocorrido que dá causa à presunção de um prejuízo, uma vez que a impossibilidade de exercício de uma determinada chance gera uma impossibilidade de ganho ou um prejuízo.

Fica evidente, portanto, que se trata de uma teoria inovadora, no âmbito jurídico, uma vez que lida com a quantificação de algo incerto e hipotético.

Considerando-se isso, Rui Stoco entende por necessário reconhecer a impossibilidade da aplicação dessa teoria, uma vez que:

Não há como admitir que outrem substitua o juiz natural da causa para perscrutar o íntimo de sua convicção e fazer um juízo de valor a destempo sobre a “possibilidade” de qual seria a sua decisão, caso a ação fosse julgada e chegasse ao seu termo. [...] se caracterizar em verdadeira futurologia empírica, mais grave ainda é admitir que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético e, em ultima ratio, não verificado ou demonstrado e sem concreção.²

No que se refere ao caráter daquela indenização derivada da aplicação da Teoria da Perda da Chance, Guimarães informa que:

No que tange à indenização pela perda de uma chance é essencial que a oportunidade seja plausível e não aponte uma simples quimera. Trata-se da probabilidade de que o evento ocorresse, ou seja, não fosse a intervenção do agente, esta chance deveria ser séria e viável. Assim, a chance deve ser considerável e não meramente eventual.³

Em resumo, deve haver um impedimento ou uma oportunidade que não foi aproveitada e que, caso isso não ocorresse, haveria um ganho para a parte. Respeitada essa condicionante é que se pode reconhecer a perda ocorrida. Interessante é notar que, sobre o tema, O Superior Tribunal de Justiça já emitiu decisão, arguindo que:

[...] não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente ao pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com a questão mal formulada, que não sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. [...] Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado da outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00) – equivalente a um quarto em comento, por se uma “probabilidade matemática” de acerto da questão

¹ DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado – perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999.

² STOCO. Op. cit., p. 490

³ GUIMARÃES. Id ibidem.

de múltipla escolha com quatro itens reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.¹

Como importantes pontos abordados no acórdão do STJ, pode-se mencionar: a incerteza do acerto da resposta foi fato inviabilizador da condenação do réu no pagamento integral do valor que ganharia a autora, se obtivesse êxito na pergunta final. Isto porque, repita-se, o que se indeniza não é chance em si, ou seja, o resultado final, mas, a perda da oportunidade de se tentar chegar aquele resultado.

Assim também decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região da seguinte forma:

TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO PAGO E NÃO CADASTRADO - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. Hipótese na qual o autor adquiriu título de capitalização, que foi pago em 08/05/2002. Entretanto, não recebeu o título e, ao consultar a central de atendimento da Federal Capitalização S/A, segunda ré, verificou que não havia título em seu nome e CPF. Assim, resta caracterizada a falha no serviço. É caso de inadimplemento contratual, e responsabilidade das rés pela inexecução do ajuste. A abrangência do artigo 403 do CC não autoriza a reparação do dano remoto, o que ocorreria se levado em conta o valor do prêmio que poderia ser obtido. A chamada teoria da perda de uma chance, em caso como o dos autos, deve ser equacionada dentro da reparação do dano moral, e sua carga lateral punitiva. Admitido que a ré pudesse sair livre da situação, apenas devolvendo o valor aplicado, seria ofensa à dignidade de todos os consumidores que, como o autor, fazem a sua fé na sorte.²

Desse modo, vê-se que mesmo em se tratando de tese que foi absorvida apenas por força de jurisprudência e da avaliação da doutrina, a Teoria da Perda de uma Chance vem ganhando força no sistema brasileiro de julgamentos. Ela é sem dúvida, um importante fator que aumenta significativamente a probabilidade de reparação de danos aos indivíduos. Desse modo, representa um avanço no processo de responsabilização, reforçando o tema da Responsabilidade Civil e atualiza-o para responder as novas demandas que vem surgindo e que precisam de uma resposta do judiciário, como é o caso dos fatos ocorridos durante o regime de exceção brasileiro, fatos esses que somente foram indenizados, porém não foram analisados frente a teoria da perda da chance, teoria esta que abrirá um novo mundo de discussões quanto ao tema.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, uma sociedade precisa evoluir em termos jurídicos, para que produza regras que coincidam com os anseios da população, que possam suportar as relações que se formam entre os indivíduos. Nem sempre o direito funciona com a celeridade necessária para abarcar os comportamentos existentes. Porém, é necessário perceber e incorporar o que não foi originalmente previsto, sob pena de prejuízos ainda maiores.

Uma das inovações legais recentes e que merece destaque foi objeto do presente artigo. Discutiu-se a Teoria da Perda de uma Chance, demonstrando-se alguns de seus fatos mais importantes e o modo como ela surgiu. Essa é uma condição necessária para entender o animus que levou à sua admissão. Isso é necessário para que se possa entender o motivo pelo qual ela foi capaz de ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo sem uma previsão expressa.

Para que se pudesse perceber a importância dos valores contidos nessa teoria, foi feita uma breve discussão teórica, envolvendo a doutrina e o modo como esta percebe a compatibilidade (ou não),

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 788459/BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJU de 13 março 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

² BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. *Apelação Cível 2003.51.10.001761-6*. Relator: Des. Guilherme Couto. Disponível em: <www.trf2.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

da Perda da Chance com as previsões contidas legais. Além disso, importante é observar os limites ao seu reconhecimento, que foram impostos pela prestação jurisdicional conferida pelos juízes, às questões envolvendo esse tema.

Desse modo, em relação ao tema proposto, resta-nos esperar. Pois a utilização ou não, da teoria da perda de uma chance em fatos ocorridos durante o regime ditatorial brasileiro só será pacificada quando tivermos um caso concreto sob análise jurisdicional.

6. REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições Cíveis no Direito do Trabalho – Curso de Direito Cível Aplicado ao Direito do Trabalho. 3. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil e aument. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BIONDI, Eduardo Abreu. Teoria da perda de uma chance na responsabilidade cível. Direitonet. 04 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chancen-a-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788459/BA; Relator: Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 13/03/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 379.414/PR. Relator: Min. José Delgado. DJ de 17.02.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Min. Rel.: Eros Grau. Julgada em: 29 abril 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70.020.549.648. Acórdão COAD 124762. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. 03 mar. 2008

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. Apelação Cível 2003.51.10.001761-6. Relator: Des. Guilherme Couto. 05 de mai. 2006.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 21. ed. rev. e atual. São Paulo:

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade cível. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Cível no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade cível médica. Jus Navigandi. Teresina, ano 7, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4288>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade cível do advogado – perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito cível. Teoria Geral das Obrigações. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito cível. Teoria Geral das Obrigações. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1993.

DUQUE, Bruna Lyra. Análise Histórica do Direito das Obrigações. Jus Navigandi. Teresina, ano 11, n. 1445, 16 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10030>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma Chance. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2005.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. Perda de uma chance: considerações acerca de uma teoria. Revista Jus Vigilantibus. Vitória, 30 jul. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41209>>. Acesso em: 19 jun. 2010.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6. ed. rev., atualizada. e ampliada. São Paulo: RT, 2004.

TALAVERA, Glauber Moreno. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil. Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários. Brasília, n. 19, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero19/artigo11.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

VAN CAENEGEM, Raoul Charles. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. v. 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WEBER, Max. A Política como Vocação. In: GERTH, Hans H.; WRIGHT-MILLS, Charles C. (orgs.). Max Weber - Ensaios de Sociologia. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

DIREITO CIVIL BRASILEIRO: O CONFLITO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À EUTANÁSIA E O ABORTO¹

Luiz Felipe Queiroz²
Luiz Guilherme Soares³
Viviane Coitinho⁴

Tenha em mente pensamentos elevados, eles contribuirão para formar a sua personalidade.
(Gustave Le Bon)

RESUMO: O Direito Civil Brasileiro tem uma parte que é de extrema importância no que tange a personalidade humana que são os Direitos da Personalidade. Nela, são levados em conta princípios que também pertencem a Constituição Federal como a vida, dignidade humana, integridade moral, liberdade e entre outros. Embasando-se nesse contexto, surgem conflitos entre princípios personalíssimos quando se fala em eutanásia e aborto.

Palavras-Chave: Inovação. Valoração. Hermenêutica

INTRODUÇÃO

Pode-se apontar inicialmente que muitos assuntos polêmicos permeiam o âmbito das discussões mundiais, dentre eles destacam-se duas, a eutanásia e o aborto. Muitas vezes pensamentos rígidos e conservadores, questões éticas e até mesmo questões religiosas influenciam no nosso posicionamento, também podemos dizer que a evolução com todas as suas ideias modernas e inovadoras podem ser uma grande contribuição.

Devemos considerar que o bem jurídico tutelado é a vida, que não é um simples objeto da qual se pode restituir. O valor da vida é imensurável, portanto deve-se analisar com muito cuidado as decisões a serem tomadas, nunca arbitrariamente, mas sempre com o auxílio da lei. O Direito de nada serve senão para preservar os interesses da sociedade, para manter a ordem e defender a propriedade insita ao ser humano.

Neste artigo apontaremos quais os principais conflitos que podem surgir trabalhando o tema da eutanásia e do aborto, bem como suas características em relação à vida.

1. A Eutanásia e a colisão de princípios da Personalidade

O direito civil se dedica a estudar não somente o patrimônio do homem, mas sim a sua essência enquanto ser humano, protegendo a vida, a integridade física, psíquica e moral.⁵ A personalidade leva no nome a individualidade consciente, pregando o caráter do direito civil com originalidade e resguardando o constitucionalismo do mesmo. Diante disso, surge um conflito de princípios constitucionais, civis e penais no que tange a vida e a dignidade da pessoa humana em relação à eutanásia.

¹ O presente artigo foi elaborado como instrumento de avaliação da disciplina de Direito Civil I no curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

² Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: felipequeiroz@hotmail.com.

³ Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: luiz_guidesoares@yahoo.com.br.

⁴ Orientadora.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183 e 197.

⁶ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. SCHRAMM, Fermin Roland. *Conversações sobre a “boa morte”: o debate bioético acerca da eutanásia*. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000100013> Acesso em: 02 jul. 2012.

A eutanásia é um procedimento que apressa ou provoca a morte de determinadas pessoas que estão passando por um momento de muita dor (paciente ou família) ou que estão com doenças terminais.⁶ Por isso, a eutanásia se divide em: distanásia, que é a morte duradoura, ansiosa e sofrida; mistanásia, que é a morte miserável e antes da hora (geralmente se dá por erro médico ou problemas de atendimentos hospitalares); ortotanásia, que é a morte por processo natural. Além de suas divisões, a eutanásia pode ser classificada de várias formas como por ação e consentimento. Por ação se divide em ativa, que é o ato de provocar a morte sem dor por efeitos misericordiosos; passiva, que é a omissão de uma medida extraordinária com o objetivo de diminuir o sofrimento; duplo efeito, que é a aceleração da morte por ações médicas que são executadas. No que cabe ao consentimento pode ser voluntária, com o desejo do paciente de morrer; involuntária, que é contra a vontade do paciente; não voluntária, que é quando o paciente não manifesta sua vontade.⁸

A partir do Artigo 11 do Código Civil, são estipulados os Direitos da Personalidade com a defesa do direito a vida e a integridade moral. Tem-se, também, o Artigo 5º da Constituição Federal defendendo a mesma. Mas há na Constituição Federal no Artigo 1º, mais precisamente no inciso III, a dignidade da pessoa humana. Qual desses princípios fundamentais irá prevalecer em relação à eutanásia?

Defende-se que viver sem dignidade não há correlação com o verdadeiro sentido de viver. Diante disso, a permanência em vida com sofrimento de pacientes terminais, seria condicioná-los não a “viver”, mas a perecer. Eis que surge a eutanásia, com suas respectivas divisões, com o intuito de minimizar, mais rapidamente, o sofrimento desses pacientes com a morte.

A eutanásia não foi ainda legalizada no Brasil, pelo que consta no Código Penal, já que se houver o cometimento da mesma quem responderá pelo processo penal de homicídio (art. 121) será o médico. Mas diante dessas contrariedades civis, penais e constitucionais, os doutrinadores estão formulando um novo código penal legalizando a eutanásia (ortotanásia).⁹

É plausível a legalização, diante da evolução da medicina e do racionalismo brasileiro, da ortotanásia de maneira passiva e voluntária como meio de dignidade no último momento de vida do paciente. Portanto, o elemento volitivo é essencial para a utilização da mesma, já que prevalece mais a vontade do paciente em tirar sua própria vida, do que o Estado com sua legislação de mantê-la sem dignidade.

Concluindo, com a predominância do princípio da dignidade humana, tendo como consequência a liberação da eutanásia (ortotanásia), o Estado não terá um gasto exacerbado em medicamentos e a liberdade (própria de um Estado liberal e democrático) será garantida com a vontade do paciente.

2. O aborto e o direito a vida do feto

É precípuo salientar que o aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do embrião ou do feto.¹⁰ Muitos questionamentos surgem sobre esse assunto, principalmente no âmbito jurídico. O que leva ao aborto? Quais casos podem ser permitidos o aborto? A mulher tem o direito de interromper a gravidez? Existem várias doutrinas a respeito, as que defendem a preservação do direito a vida do nascituro, e as que defendem a saúde mental e física da mulher.

⁷ Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm#mistanásia>> acesso em: 03 set. 2012.
⁸ OLIVEIRA. Heriberto Brito de. OLIVEIRA. Eymard Francisco Brito de. OLIVEIRA. Robertha Zuffo Brito de. OLIVEIRA. Ana Maria Brito de. CASTRO SANTOS. Maria Elisabeth Rennó de. PAULA E SILVA. João Alfredo de. *Ética e Eutanásia*. Disponível em: <<http://www.jvascbr.com.br/03-02-03/simposio/03-02-03-278.pdf>> Acesso em: 02 jul. 2012.

⁹ Disponível em: <<http://www.cearaemrede.com.br/2012/06/novo-codigo-penal-preve-liberacao-da.html>> acesso em: 03 set. 2012.

Dentre os principais problemas que podem levar ao aborto e são amparados por Lei pode-se destacar os problemas de saúde que podem causar riscos a mulher durante o parto, má formação do feto, doença hereditária e quando o feto ou embrião é fruto de violência sexual. Outros problemas sociais não amparados pela Lei também podem ser precursores para o aborto, como a idade da mãe, onde os jovens cada vez mais cedo iniciam sua vida sexual; fatores econômicos, profissionais e o não planejamento.¹¹

O direito a vida está previsto no artigo 5º da Constituição Federal “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida...”, do mesmo modo no âmbito internacional se encontra no Pacto de São José da Costa Rica “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” e de acordo com a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica o Código Civil trás em seu artigo 2º o seguinte “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Desse modo é evidente que a vida sempre deve ser preservada independente da vontade da mãe de ter ou não essa criança, pois a vida é um direito fundamental, além do mais o artigo 5º da Constituição Federal é uma clausula pétrea, ou seja, não pode ser modificada.¹²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, é de se perceber que o Direito Civil mudou a sua visão com o Novo Código Civil (2002) que derogou o Antigo Código (1916) do qual tinha uma visão natalista. Mas antes mesmo, diante de seus microssistemas criados como o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) em 1990, institui-se uma nova forma de caracterizar a criança, protegendo primeiramente a sua vida. Além disso, com o fornecimento de alimentos gravídicos para a gestante, a jurisprudência colocase a par de uma visão concepionalista, garantindo a vida da criança dentro do ventre materno.

No que tange a eutanásia, o Direito Civil, Penal e Constitucional, além da jurisprudência, não mudam a sua visão de proibi-lo. Mas alternativas virão, contrariando alguns códigos e princípios constitucionais quando o Novo Código Penal estiver à tona liberando-a. Formas consideráveis, como o Direito Comparado, para analisar se é possível a legalização da eutanásia no Brasil, podem ser buscadas na vizinha Argentina com sua lei da “morte digna” para pretendemos se seria eficaz no Brasil, já que o nosso país assemelha-se muito com o país vizinho.

Mas nada mudará os Direitos da Personalidade, que sempre preservará a vida, a dignidade humana e a integridade moral, dos quais são reportados aqui neste artigo. Com isso, baseamos em Rousseau que afirmou: “*O que viveu mais não é aquele que viveu até uma idade avançada, mas aquele que mais sentiu a vida*”. Isso, remete-nos a essência da dignidade e moralidade na vivência humana que deve ser primordial. Além disso, colocamos razão na liberdade já que queremos “*Que nada nos defina. Que nada nos sujeite. Que a liberdade seja a nossa própria substância*” como afirmou Beauvoir. Essa é a força da liberdade, que individualiza a liberdade de viver dignamente e também a não liberdade de escolha da criança com o aborto, que acarretará em sua morte.

10 Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7817> acesso em: 13 set. 2012.

11 Disponível em: <<http://aborto.jalopes.net/paginas/razoes.htm>> acesso em 17 set. 2012

12 Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/artigo400.shtml>> acesso em: 17 set. 2012

REFERÊNCIAS

Disponível em: <<http://aborto.jalopes.net/paginas/razoes.htm>> acesso em 17 set. 2012

Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm#mistanásia>> acesso em: 03 set. 2012.

Disponível em: <<http://www.cearaemrede.com.br/2012/06/novo-codigo-penal-preve-liberacao-da.html>> acesso em: 03 set. 2012.

Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7817> acesso em: 13 set. 2012.

Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/artigo400.shtml>> acesso em: 17 set. 2012

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183 e 197.

OLIVEIRA. Heriberto Brito de. OLIVEIRA. Eymard Francisco Brito de. OLIVEIRA. RoberthaZuffo Brito de. OLIVEIRA. Ana Maria Brito de. CASTRO SANTOS. Maria Elisabeth Rennó de. PAULA E SILVA. João Alfredo de. *Ética e Eutanásia*. Disponível em: <<http://www.jvascbr.com.br/03-02-03/simposio/03-02-03-278.pdf>> Acesso em: 02 jul. 2012.

SIQUEIRA-BATISTA. Rodrigo. SCHRAMM. Fermin Roland. *Conversações sobre a "boa morte": o debate bioético acerca da eutanásia*. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000100013>

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

Maria Luiza Mezzomo²

A legitimidade do Ministério Público no exercício da investigação criminal tem sido tema de intenso debate na doutrina e jurisprudência pátrias, especialmente nas últimas décadas.

No direito comparado, verifica-se que na maioria dos países europeus e latino-americanos a polícia judiciária é subordinada ao Ministério Público e este atrelado ao Poder Judiciário.³

Já no Brasil, por muito tempo, o Ministério Público realizou, de forma direta, a investigação criminal, sem que se fosse questionada a sua legitimidade. Todavia, a partir de 1992, com as Promotorias de Justiça e as Procuradorias da República agindo de forma eficiente e chegando em figuras criminosas até então inatingíveis, surgiu, de forma mais vigorosa, forte oposição às investigações criminais realizadas pelo Órgão Ministerial.

A posição daqueles que se opõem à atividade investigativa pelo Ministério Público sintetiza-se, basicamente, em dois argumentos: a investigação pré-processual é de monopólio da Polícia Judiciária, conforme o disposto no art. 144, § 1º, incisos I e IV, e § 4º, da Constituição da República; e, a norma constitucional e infraconstitucional não contemplou qualquer hipótese de o Ministério Público apurar, diretamente, infrações penais, o que não lhe confere legitimidade para realizar a investigação criminal.

No entanto, inexistente qualquer fundamentação nesses argumentos.

Em um posicionamento recente o Min. Gilmar Mendes, do STF⁴, aduz:

O poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. (grifo nosso)

Desta forma, constata-se que não há monopólio da Polícia na investigação criminal. Analisando o art. 144, § 1º, I e IV, e § 4º, da Constituição da República, verifica-se existir tão-somente uma exclusividade da polícia federal no exercício na função de polícia judiciária (que é diferente da função de apurar infrações penais) da União. Isso significa, apenas, segundo afirma Ela Wiecko Wolkmer de Castilho⁵, que a polícia civil estadual, por exemplo, não pode investigar crimes de competência da Justiça Federal.

Além de nenhuma norma conferir a exclusividade das investigações criminais às Polícias Federal e Estadual, abundantes são as que a afastam. O Código de Processo Penal, por exemplo, deixa claro que a apuração de infrações penais pode ser realizada por outros órgãos e que o Ministério Público pode dispensar o inquérito policial para o oferecimento da denúncia (arts. 4º; 12; 27; 39, § 5º; 46, § 1º; e 47).

Assim, não há qualquer usurpação de competência. As polícias civil e federal investigam por meio de inquérito policial – este, sim, é um instrumento exclusivo seu -, enquanto o Ministério Público apura os ilícitos penais por meio de seus procedimentos administrativos próprios. O que deve haver é uma cooperação entre as instituições para a consecução de objetivo comum, qual seja, diminuir a impunidade na seara criminal.

De outra ponta, há previsões constitucionais e legais no ordenamento jurídico pátrio conferindo ao Ministério Público a legitimidade para exercer a investigação criminal.

1 O presente texto é fruto de pesquisas realizadas para a disciplina de Direito Processual Penal I, ministrada pela Professora Marília de Azambuja Fortes Missel da turma N5 da FADISMA.

2 Acadêmica do 5º semestre do curso de graduação em Direito da FADISMA.

3 MELO, André Luis Alves de. O Ministério Público no Mundo. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/documentos/OMinisterioPublicoNoMundo.pdf>>. Acesso em: 07 de out. 2012.

4 HABEAS CORPUS 91.613 MINAS GERAIS – 15/05/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765764>>. Acesso em: 07 out. 2012.

5 CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**. Boletim dos Procuradores da República. n.11, 1999. p. 03

Além da Constituição da República incumbir ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), promoveu-lhe, entre outras, as seguintes funções: exercer, privativamente, a ação penal pública; expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los; exercer o controle externo da atividade policial; e requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129).

Não bastassem as abrangentes funções investigatórias atribuídas pelo constituinte, a legislação infraconstitucional traz diversas atribuições do Órgão Ministerial nessa seara, principalmente, nos arts. 8º da LC 75/93 e 26, I, da Lei 8.625/93.

Portanto, sem qualquer sustentação a tese contrária à investigação criminal pelo Ministério Público. Como se vê, a atividade de investigação criminal não está restrita às instituições policiais, e o Ministério Público é uma das instituições que tem atribuição para proceder a ela.

Para reforçar a tese favorável à legitimidade do Ministério Público na investigação criminal, lança-se mão de outro argumento: Pela teoria dos poderes implícitos (quem pode o mais pode o menos), o simples fato de a Constituição da República conferir ao Ministério Público o exercício, privativo, da ação penal pública (art. 129, I, da CF) já lhe dá a atribuição para investigar. Do contrário, afirma René Ariel Dotti⁶, o Órgão Ministerial ficaria refém da Polícia para uma possível deflagração de ação penal, ou seja, tornar-se-ia um mero repassador de provas colhidas por outra instituição.

Por fim, vale ressaltar, o posicionamento do procurador-geral da República, Roberto Gurgel, no Plenário do STF durante o julgamento do Recurso Extraordinário (RE 593727) que decidirá se esse procedimento é constitucional: *excluir a possibilidade de investigar é amputar o Ministério Público, retirando-lhe atribuição imprescindível ao cumprimento pleno da sua missão constitucional*. Gurgel defendeu que ao invés de restringir a um único órgão (polícia) a capacidade de investigação, o correto seria ampliar ao máximo essa conduta com base no princípio da universalização da investigação.⁷

Se a finalidade das investigações criminais é recolher indícios suficientes para a propositura da ação penal e se o Ministério Público, a teor do que dispõe o art. 41, parágrafo único, do Código de Processo Penal, prescinde do inquérito policial para a deflagração desta, é possível concluir que tal investigação é apenas um dos meios para a constituição da justa causa, estando em grau inferior de importância em relação a denúncia. Em outras palavras, é possível concluir que a denúncia do Ministério Público é o mais, e a investigação criminal, o menos, e quem tem a função maior também tem a menor.

Assim, conclui-se que não há qualquer inconstitucionalidade nas investigações realizadas pelo MP.

REFERÊNCIAS:

CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer. *Investigação Criminal pelo Ministério Público*. Boletim dos Procuradores da República. n.11, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Ministério Público e Polícia Judiciária – Relações formais e desencontros materiais*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

MELO, André Luis Alves de. *O Ministério Público no Mundo*. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/documentos/OMinisterioPublicoNoMundo.pdf>>. Acesso em: 07 de out. 2012.

NOTÍCIAS STF. *PGR defende prerrogativa de investigação pelo Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=210436>>. Acesso em: 08 out.2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS 91.613 MINAS GERAIS – 15/05/2012*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador>>.

6 DOTTI, René Ariel. **Ministério Público e Polícia Judiciária – Relações formais e desencontros materiais**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 140-141.

7 NOTÍCIAS STF. **PGR defende prerrogativa de investigação pelo Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=210436>>. Acesso em: 08 out.2012.

Virtualização do Judiciário: uma análise crítica quanto ao uso de novas tecnologias frente à garantia de acesso à justiça

RESUMO: O presente artigo tem como escopo analisar criticamente a virtualização do Poder Judiciário frente à garantia constitucional de acesso à justiça, fazendo-se uma rápida reconstrução histórica acerca da importância desse direito em nosso ordenamento jurídico, bem como a responsabilidade Estatal com a impressão de celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, trazendo ainda, tópicos como a normatização das práticas de virtualização, e enfocando, em termos práticos, os benefícios, desafios, amplitude e perspectivas oriundos do processo de virtualização do Poder Judiciário.

Palavras-chave: virtualização do Poder judiciário – acesso à justiça – celeridade – efetividade

ABSTRACT: The present article has the scope of critically analyse the virtualization of the Judiciary Power in face of the constitutional guarantee of access to justice, making a brief historical reconstitution on the importance of this right in our legal order and about the State responsibility on the impression of celerity and effectiveness on the jurisdictional provision, bringing, also, topics such as the establishment of norms for the practices of virtualization and focusing, in practical terms, the benefits, challenges, amplitude and perspectives brought up by the process of virtualization of the Judiciary Power. Keywords: virtualization of the Judiciary Power – access to justice – celerity - effectiveness

INTRODUÇÃO

É notório o fato de que, nos dias de hoje, utiliza-se cada vez mais meios virtuais cotidianamente. Exemplo disso é a possibilidade de fazer compras, comunicar-se com alguém, participar de cursos ou até mesmo fazer a declaração anual do imposto de renda de maneira fácil e rápida, tudo via internet. Logicamente, o Direito e o Poder judiciário, mais especificamente, não ficariam imunes a essa tendência social, tanto que desde 1991 vêm sendo normatizada uma série de práticas eletrônicas com o cunho de imprimir mais celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.

Dessa forma, a crescente modernização das práticas jurídicas, funda-se na ideia de que, mais do que prestar a tutela jurisdicional, o Poder Judiciário deve adotar medidas que a tornem efetiva, isto é, que consigam atender a demanda de acordo com a necessidade e imediatez capazes de oferecer ao jurisdicionado uma resposta satisfatória à solução de seus litígios. Essa concepção encontra respaldo na histórica ideia de que o Estado Democrático de Direito deve, sobretudo, zelar pela garantia do acesso à justiça, criando mecanismos que promovam os princípios de razoável duração do processo, economia processual e publicidade dos atos jurídicos, sem contraditar, entretanto, outras garantias como contraditório, ampla defesa, igualdade e devido processo legal positivados em nossa Constituição Federal de 1988.

Assim, o presente trabalho traz uma rápida retomada histórica no que tange à evolução do *status* da garantia do acesso à justiça, demonstrando a importância que esse e os demais eminentes princípios supracitados adquiriram frente ao neoconstitucionalismo e qual sua relação com a virtualização do Judiciário, tendo em vista a necessidade desses novos diplomas legais estarem em consonância com ditames constitucionais. Após, faz-se uma reconstrução cronológica acerca da normatização da virtualização, a fim de compreender as mudanças legais que deram ensejo à criação, por exemplo, da lei 11.419/06 que disciplinou o processo eletrônico. Em seguida, expõe-se uma análise crítica acerca das vantagens, desafios, amplitude e perspectivas desse processo de virtualização, sendo que, nesse momento, aborda-se, mais especificamente, os aspectos práticos dessas inovações, sejam eles: quais as práticas já são virtuais, a realidade nos JECs – Juizados Especiais Cíveis, as medidas necessárias para inclusão digital, dentre outros aspectos relevantes que circundam a virtualização do judiciário.

1. O Acesso à Justiça e a Virtualização do Judiciário sob um prisma neoconstitucionalista

Fazendo-se um sucinto recorte histórico, é possível perceber que nem sempre, na história da humanidade, esteve presente a ideia de fundamentalidade da garantia de acesso à justiça, muito ao contrário, o Direito na burguesia liberal do século dezoito e dezenove era visto como algo essencialmente individualista e de caráter privado, sem que houvesse, portanto, a concepção da necessidade de proteção estatal nas relações civis. Entendia-se, dessa forma, que o acesso à

justiça consistia, basicamente, na possibilidade do indivíduo impetrar uma ação e em se tratando de um “direito natural” não era passível da tutela estatal.

Assim, concebia-se que a preservação desses direitos não demandava preocupação por parte do Estado, restando, portanto, profundas lacunas entre a garantia *formal* de um direito e a sua efetivação pela via processual. Em contrapartida, principalmente a partir das **declarações de Direitos** com as que contaram os séculos dezoito e dezenove, houve nitidamente a mudança da premissa do direito essencialmente privado, passando-se à noção de coletividade nas relações civis. Assim, a positivação de uma gama de direitos nas Constituições à época propiciou a disseminação da ideia de responsabilidade estatal no que diga respeito à tutela jurisdicional.

Assim, podemos perceber que nossa Constituição Federal de 1988 sob a influência desse contexto histórico, institui o Estado Democrático de Direito e acaba por positivizar não somente a garantia do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV), mas uma série de outros direitos a que atribui os *status* de Direitos Fundamentais. E, mais além, compromete-se, portanto, em criar mecanismos processuais que propiciem a efetivação desses direitos, visando garantir a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social, não mais somente no plano teórico, mas essencialmente prático. Expõe Cappelletti que:

o Direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. (Cappelletti, pág. 11;12. 1998)

E nesse ínterim é que inserimos a discussão acerca da virtualização do Judiciário, isto é, se esta, enquanto inovação procedimental está em consonância com a garantia constitucional de acesso à justiça. Partimos, então, do pressuposto de que a intenção do legislador, *a priori*, ao editar leis e modificar artigos em prol da virtualização do judiciário é conferir mais celeridade e eficácia ao nosso moroso judiciário, atendendo aos eminentes princípios da razoável duração do processo, economia processual e publicidade dos atos processuais, visando a ultrapassagem de algumas das barreiras encontradas por aqueles que buscam judicialmente a solução de seus litígios.

Assim, além da demora, outros problemas comuns que obstruem o acesso à justiça, sejam eles: os custos elevados da prestação jurisdicional, a falta de estrutura do Judiciário, a sobrecarga de processos, o constrangimento ocasionado pela formalidade dos Fóruns e austeridade dos operadores do Direito ou escassez de funcionários, dentre outros que serão tratados com mais propriedade ao longo do presente artigo, poderiam ser, ao menos mitigados com o advento da virtualização do judiciário. Em contrapartida, deparamo-nos com a ideia de que a virtualização não é por si só uma ferramenta capaz de efetivar direitos e, ao contrário, é necessário que se analise também seu viés desabonador. Isso quer dizer que tratar de virtualização implica em respeitar o direito à igualdade e promover a inclusão digital de boa parte da população brasileira que ainda não tem acesso a computadores e à internet; pressupõe, também, a observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, quanto aos novos meios de citação, tramitação de cartas precatórias, dentre tantos outros atos típicos de nosso direito processual, demanda, ainda, o respeito ao princípio do devido processo legal com o cumprimento de todas as fases do processo. Assim, é necessário que se tenha cautela para não infringir normas constitucionais basilares e não inverter o propósito benéfico da virtualização o judiciário.

2. Quanto à normatização das práticas eletrônicas do judiciário

Atualmente, a maior expressão da virtualização do judiciário é o processo eletrônico, normatizado pela Lei 11.419/06. Essa norma possibilitou que o Brasil se tornasse um dos primeiros países do mundo a ter uma lei voltada ao processo virtual.

Entretanto, as práticas eletrônicas no judiciário não se restringem somente ao processo virtual, e o Brasil vem normatizando o uso de meios eletrônicos desde 1991, ano em que a Lei do Inquilinato, no artigo 58, permitiu o uso do fac-símile e do telex para a realização de algumas práticas processuais envolvendo pessoas jurídicas e firmas individuais. No ano de 1999, mais uma lei foi criada para viabilizar o uso do meio eletrônico no judiciário: a Lei 9.800/99 possibilitou que a remessa de peças processuais à distância pudesse ser feita pela via eletrônica. Em 2001, a lei dos Juizados Especiais, Lei 10.259/ 01, foi criada para que os processos que envolviam pequenas causas fossem julgados mais rápido. Essa concepção, no contexto de um processo físico, não poderia atingir o seu propósito. Então, os Juizados Especiais começaram a adotar a sistemática do processo eletrônico, que teve seu início em quatro subseções da Justiça Federal da 4ª Região,

no ano de 2003. Ainda em 2001, com a medida provisória no 2.200-2, foi estabelecido que o uso de certificações digitais nas práticas eletrônicas, que é o que torna segura a informação prestada, deve, obrigatoriamente, utilizar o padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-BR). Em 2006, a Lei 11.280/06 alterou o artigo 154 do CPC, no qual passou a constar a possibilidade da utilização de práticas processuais por meio eletrônico. Por fim, em 2006 foi promulgada a Lei que disciplina o processo eletrônico, que é a 11.419/06. Esta lei é válida para o processo civil, penal, trabalhista e também para os Juizados Especiais. Ela não tem aplicação imediata, pois cada órgão do judiciário apresenta suas peculiaridades, práticas forenses e orçamento. Entretanto, em breve todos os tribunais estarão utilizando o processo eletrônico, visto que a maioria deles encontra-se na fase de desenvolvimento e/ou aprimoramento de sistemas eficazes para efetivar a referida lei.

3. Amplitude da virtualização no Judiciário.

Em observância às leis que determinam a utilização de meios virtuais, os órgãos do Poder Judiciário estão desenvolvendo sistemas, procedimentos e infraestrutura para possibilitar que o acesso à justiça, a celeridade processual e a prestação jurisdicional sejam efetivados.

Quanto à virtualização, a Justiça Federal foi a que mais colocou em prática procedimentos eletrônicos até o momento. Vários sistemas já estão em funcionamento, como, por exemplo, o Gedpro (facilita criação de documentos), o Siscom (utilizado para a comunicação entre órgãos judiciais), e o E-proc (que é o sistema utilizado para a tramitação e acompanhamento de processos eletrônicos). Os sites dos Tribunais Federais permitem o acesso a informações e ao processo eletrônico em tempo real. Alguns Juizados Especiais Federais, como já descrito anteriormente, possuem tramitação do processo pela via eletrônica desde o ano de 2003. Como os projetos iniciais realmente atenderam a finalidade proposta, os demais Juizados Especiais Federais também adotaram essa prática. E recentemente, toda a Justiça Federal adotou a sistemática do processo eletrônico.

Na Justiça Estadual há um grande problema quanto ao orçamento disponibilizado, pois cada ente federativo destina uma determinada quantia ao Judiciário Estadual e não há como prever como acontecerá o investimento em sistemas, infraestrutura e capacitação profissional para a atuação nos procedimentos judiciais eletrônicos. Nos Juizados Especiais Estaduais e também em algumas Varas da Fazenda Pública está implantado o sistema Projudi, que permite a tramitação eletrônica de processos. Quanto à adoção do sistema para o procedimento comum, diversos Tribunais estão assinando Termos de Cooperação com o CNJ, com a finalidade de estudar e desenvolver o sistema.

Na Justiça Trabalhista, devido à característica peculiar do uso da oralidade nos processos, os sistemas que estão sendo desenvolvidos manterão princípios e regras processuais já existentes, adaptando-os ao meio eletrônico. Como a Justiça do Trabalho possui mais recursos financeiros, poderá ter mais facilidade de implantar e desenvolver procedimentos eletrônicos.

4. Desafios, benefícios e perspectivas da virtualização do Judiciário.

A virtualização é uma inovação grandiosa dentro do judiciário. Com seu advento todo um sistema que perdurou durante décadas, a utilização de meios físicos, será substituído. É natural que inicialmente essa mudança gere insegurança, embora seja notório que o sistema antigo não é eficaz para garantir a razoável duração do processo e o acesso à justiça. Entretanto, há desafios quanto à implantação da virtualização que devem ser resolvidos para que a sociedade possua um sistema seguro, eficaz e que não tenha vícios de forma a prejudicar o acesso à justiça.

Um dos grandes problemas na implantação o processo eletrônico diz respeito aos recursos destinados a proporcionar infraestrutura, sistemas processuais adequados e capacitação aos usuários. Quanto aos sistemas, o ideal seria primar pela interoperabilidade, pois nos órgãos judiciais que já adotaram procedimentos eletrônicos há dificuldade de comunicação entre eles.

O acesso a documentos públicos é um direito expresso na CF/88. Consequentemente, a conservação desses documentos é essencial para preservar a expressão política, cultural e filosófica da sociedade. Com base nesse direito, a virtualização do judiciário contempla um grande desafio: a proteção de dados exclusivamente armazenados em meio virtual. A tecnologia muda muito rápido, as formas de armazenamento, as mídias e equipamentos vão sendo aperfeiçoados, adaptados, e, gradativamente, a tecnologia vai evoluindo. Se o processo eletrônico não possuir

um sistema adequado de armazenamento e conservação de dados a longo prazo, é possível que todos os arquivos se percam. Parece uma informação um tanto impactante, mas importantes documentos sociais já se perderam devido a esse problema, como: “Parte dos documentos do Censo americano de 1960, armazenados em fitas magnéticas cuja leitura exigia um computador do tipo UNIVAC II, que em 1976 o Arquivo Nacional Americano descobriu que restavam apenas dois disponíveis para a leitura dessas fitas, um no Japão e outro no Smithsonian Institution em Washington, preservado como relíquia” (Neide Alves Dias De Sordi, pg 52, Revista CEJ, 2011). Na virtualização do judiciário os sistemas estão sendo desenvolvidos por especialistas, com o devido estudo inicial e fase de adaptação, o que apesar de diminuir os riscos de perdas de dados, não isenta o processo da necessidade de manutenção e adaptação às novas tecnologias que forem surgindo.

Entre outros desafios que precisam ser superados, estão o de pane, diversidade de sistemas processuais, disparidade de acesso à informática (principalmente por parte de pessoas carentes), problemas de saúde ocasionados pelo tempo de exposição frente ao computador e utilização de movimentos repetitivos (estes podendo ocasionar a LER – lesão por esforço repetitivo). Com o passar do tempo, a evolução tecnológica e investimento aplicados ao processo eletrônico a maioria desses problemas vai sendo resolvida ou amenizada, por exemplo, com a implantação da ginástica laboral nos ambientes forenses, o que já ocorre na Justiça Federal, há redução dos problemas de saúde supracitados; também é importante citar programas governamentais de inclusão digital, como o “Computador para Todos” e o “Telecentro”, que visam proporcionar o acesso à informática a pessoas desfavorecidas economicamente.

Apesar dos desafios, há inúmeros benefícios que surgem com a virtualização do judiciário, tornando a prestação jurisdicional mais célere, acessível e efetiva. A publicidade de informações e decisões que é viabilizada pelos sites do judiciário possibilita que tanto os servidores da justiça, quanto os usuários, atualizem-se em tempo real. Marcel da Silva Augusto Corrêa cita uma informação quanto ao sistema antigo: a necessidade que os usuários da Justiça tinham de comprar livros de jurisprudências para atualização quanto às decisões judiciais. A informação em tempo real tanto evita que as pessoas ingressem na justiça pleiteando causas que não são deferidas, quanto aponta a variedade de direitos tutelados que podem ser buscados.

A utilização do processo eletrônico acarreta diminuição de custos ao Estado com material, como papel e pastas, por exemplo, efetivando o princípio da Economia Processual. Embora o custo inicial para equipar os ambientes forenses com a tecnologia necessária à efetivação da Lei 11.419/06 seja alto, após, o desembolso estará voltado, basicamente, com manutenção e troca de aparelhos que forem tornando-se obsoletos. Além disso, os funcionários poderão concentrar-se no prosseguimento dos feitos, já que tarefas burocráticas, como juntadas de documentos e perfuração de folhas, serão eliminadas. Extravios de folhas e conservação de documentos não farão parte da preocupação dos usuários da justiça, já que no meio digital não há perda de qualidade do arquivo, nem extravio. Ademais, o atendimento aos advogados e partes nos fóruns já teve significativa diminuição, diante do acesso aos processos virtuais em tempo real. Outros benefícios advindos da utilização do processo eletrônico, que merecem destaque, são: a) maior interação entre os órgãos judiciários, principalmente quanto ao cumprimento de cartas precatórias e de ordem; b) facilidade de descobrir coisa julgada, litispendência e processos preventos.

CONCLUSÃO

A garantia do acesso à justiça está intrinsecamente atrelada às premissas de um Estado Democrático de Direito, e, para tanto, é necessário o desenvolvimento de mecanismos para sua efetivação. Nesse ínterim, entendeu o legislador que a virtualização do Poder Judiciário seria uma ferramenta capaz de imprimir mais celeridade e efetividade à tutela jurisdicional, mitigando uma série de problemas enfrentados pelo jurisdicionado.

Percebe-se, portanto, a mobilização do judiciário na efetivação de leis para tornar efetivo o processo da virtualização na perspectiva de garantir o acesso à justiça. Tanto que hoje a virtualização já é uma realidade nos órgãos judiciais, haja vista, por exemplo, a facilidade de acesso aos Tribunais por intermédio de seus sites. Dessa maneira, a tendência é que cada vez mais a tecnologia seja utilizada nos ambientes forenses.

Nesse sentido, percebe-se que a virtualização contempla uma série de benefícios no que diz respeito ao acesso à justiça, quando é capaz de promover uma economia processual, atribuir mais celeridade ao processo e publicidade aos atos jurídicos em geral, além de propiciar uma

aproximação maior do cidadão comum com o Poder Judiciário, visto que esse poderá acessar os dados do seu processo em casa, por exemplo, além de inúmeras outras benesses expostas ao longo do presente trabalho.

Entretanto, embora a virtualização a *priori* atribua uma série de vantagens quanto à efetividade de direitos fundamentais, é importante ressaltar que esta está longe de ser uma solução líquida e certa para as dificuldades de acesso à justiça com as quais nos deparamos. E, para tanto, é necessário que medidas que promovam, por exemplo, a inclusão digital que, em um país de severas desigualdades sociais ainda constitui um óbice ao processo de virtualização, dentre outras tantas medidas tratadas no desenvolvimento do presente artigo.

Fato é que toda discussão acerca do tema é pertinente para que seja possível, cada vez mais, compreender as nuances do processo de virtualização do judiciário e suas implicações na garantia de direitos fundamentais como o acesso à justiça. Afinal, o Direito, enquanto ciência social, está sempre em fase de mudança e o debate é necessário para a concretização das premissas do Estado Democrático de Direito, pautado, principalmente, na ideia de uma sociedade justa, igualitária e que prima pelo bem-estar social.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Carlos Henrique. *Processo Eletrônico: Lei 11.416 de 19 de dezembro de 2006* / Carlos Henrique Abrão – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ATHENIENSE, Alexandre. *Comentários à Lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos Tribunais Brasileiros.* / Curitiba: Juruá, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* / Luís Roberto Barroso. – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BIGOLIN, Giovani. O acesso à justiça visto como serviço público e os novos desafios impostos pelo processo eletrônico. In: PENTEADO, Fernando Wowk (Org.); PONCIANO, Vera Lúcia Feil (Org.). *Curso Modular de Administração da Justiça: Planejamento Estratégico.* – São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

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

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo judicial eletrônico.* / Edilberto Barbosa Clementino / Curitiba: Juruá, 2009.

CORRÊA, Marcel da Silva Augusto. A informatização e a virtualização no Poder Judiciário. In: PENTEADO, Fernando Wowk (Org.); PONCIANO, Vera Lúcia Feil (Org.). *Curso Modular de Administração da Justiça: Planejamento Estratégico.* – São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Refundação do Direito Processual Civil e os Três Desafios à Dogmática Processual: A tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 203, p. 206 – 229, jan. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 7. Ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Bruno Risch Fagundes de. Processo eletrônico, a Evolução Tecnológica e a edição da Lei 10.419/06. In: PENTEADO, Fernando Wowk (Org.); PONCIANO, Vera Lúcia Feil (Org.). *Curso Modular de Administração da Justiça: Planejamento Estratégico.* – São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

PEREIRA, Fábio Soares. A razoável duração do processo: aplicação de práticas e meios que a garantem. In: PENTEADO, Fernando Wowk (Org.); PONCIANO, Vera Lúcia Feil (Org.). *Curso Modular de Administração da Justiça: Planejamento Estratégico.* – São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil* / Rui Portanova. 5. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SORDI, Neide Alves Dias de. MOREQ-JUS – uma contribuição do Centro de Estudos Judiciários à preservação da informação jurídica digital. *Revista CEJ.* Brasília: CEJ, edição

VIOLÊNCIA CONJUGAL CONTRA A MULHER E A LEI MARIA DA PENHA: UM ESTUDO SOCIOLÓGICO NA CIDADE DE SANTA MARIA

Paola Stuker¹
Gabriela Felten da Maia²
Mari Cleise Sandalowski³

Introdução

A violência contra a mulher apresenta-se como uma das principais temáticas da contemporaneidade, sendo discutida pelos movimentos sociais e por setores da sociedade civil. Reconhecida há pouco mais de duas décadas como um problema social, ela é o centro dos debates sobre a operacionalidade da Justiça no Brasil.

Se antes da promulgação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) estes tipos de violência eram muito pouco investigados pelos diversos órgãos do sistema judiciário, já que eram percebidos pelos seus agentes, principalmente pela polícia, como delitos brandos em relação à criminalidade urbana que comporta furtos, crimes à propriedade, dentre outros, a partir de meados dos anos noventa delineou-se um novo espaço para a publicização destes conflitos. Contudo, nestes últimos anos, embora tenha havido a ampliação no espaço judicial para a denúncia destes delitos, já que eles passaram a ser analisados com base em uma lei específica, os estudos sobre esta temática, assim como o movimento de mulheres, tem colocado em pauta a continuidade da banalização e trivialização da violência contra a mulher pelo sistema judiciário e por outras instâncias da sociedade. Seu argumento está relacionado à “aparente” impunidade dos agressores e na dificuldade de conciliar e resolver estes tipos de conflito. Esta lógica desqualificaria o problema da violência contra a mulher, tornando-a um elemento a mais na discriminação contra as mulheres.

É neste sentido que se torna necessária uma investigação que contemple avaliar o impacto das mudanças implementadas pela Lei 11.340/2006 em sua aplicação aos casos de violência contra a mulher, especialmente aquelas sucedidas na cidade de Santa Maria, entre os anos de 2005 e 2009, congregando uma indagação paralela acerca deste impacto na Delegacia de Polícia de Proteção à Mulher e sobre as estratégias elaboradas por estas mulheres na busca da resolução destes conflitos.

Deste modo, acredita-se que a importância desta pesquisa contemple duas questões relevantes para a Sociologia. Primeiro, este trabalho justifica-se pela escassez de estudos sobre a aplicação da Lei Maria da Penha no cotidiano social e os impactos deflagrados pelas suas mudanças no cotidiano do sistema judicial em relação aos casos de violência conjugal contra a mulher, na cidade de Santa Maria. Segundo, a sua ênfase é em uma abordagem que ultrapassa o modelo fundado na dicotomização de vítimas, de um lado, e acusados de práticas de agressão, de outro; o objetivo é compreender as estratégias desenvolvidas por estas mulheres para resolver estes conflitos e, diante disto, a forma como a legislação é aplicada.

O objetivo geral deste estudo é avaliar o impacto das mudanças implementadas pela Lei 11.340/2006 em sua aplicação aos casos de violência contra a mulher, especialmente aquelas sucedidas nas relações conjugais, na cidade de Santa Maria entre os anos de 2005 e 2009, contemplando a Delegacia de Polícia de Proteção à Mulher. Além disto, busca-se com esta pesquisa analisar o número de registros de ocorrência, relativos à aplicação da Lei Maria da Penha, na Delegacia de Polícia de Proteção à Mulher entre os anos de 2005 e 2009; mapear o crime da violência doméstica contra a mulher nos bairros de Santa Maria; identificar quais os bairros da cidade que apresentam os índices mais elevados de violência doméstica; elaborar, a partir dos dados coletados na Delegacia de Polícia de Proteção à Mulher, o perfil das ocorrências e o perfil socioeconômico de homens e mulheres que figuram como autores e vítimas nos registros policiais.

1 Apresentadora. Acadêmica do 6º semestre do curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Maria. Bolsista de Iniciação Científica do Reuni.

2 Co-autora. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria.

3 Orientadora. Doutora em Sociologia. Professora do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Maria.

Por fim, têm-se como meta produzir uma cartografia da violência doméstica contra as mulheres na cidade de Santa Maria, com as respectivas características socioeconômicas dos envolvidos nesta forma de conflito, de forma a disponibilizar os dados obtidos aos órgãos públicos e privados, a fim de auxiliá-los no combate a este tipo de violência e na elaboração de políticas públicas.

Metodologia:

A metodologia do estudo tem por partida uma investigação dos efeitos implementados pela Lei Maria da Penha em relação às situações de violência conjugal contra a mulher e a realização de um diagnóstico deste tipo de violência nos bairros de Santa Maria, procurando identificar quais os bairros da cidade que apresentam os índices mais elevados de violência doméstica.

Para tanto será utilizado a metodologia quantitativa, ou seja, com base no procedimento estatístico far-se-á um levantamento quantitativo de dados do acusado e da vítima coletados nos procedimentos policiais. Os dados serão coletados na Delegacia de Polícia de Proteção à Mulher. As variáveis a serem coletadas são: data do crime, tipo de delito praticado, estado civil, data de nascimento, instrução, bairro, religião, profissão, cor, quem efetuou a denúncia, quantos filhos o acusado possui, se possui antecedentes criminais e se o indiciado possui (ou possuiu) algum envolvimento com drogas lícitas e ilícitas.

As informações serão buscadas em todos os procedimentos registrados e inquiridos como, por exemplo, em termos circunstanciados (cuja pena máxima é de até dois anos) e inquiridos (penas que ultrapassam o período de dois anos). Os dados analisados serão referentes às situações de lesão corporal, ameaças, atentado violento ao pudor e estupro, tipificados no Código Penal Brasileiro e corresponderão aos registros policiais realizados entre os anos de 2005 e 2009.

Em relação ao tratamento dos dados, estes serão sistematizados com o auxílio do programa informacional SPSS 13.0, o qual se constitui em um software que permite o gerenciamento e a análise estatística de dados. E a construção da base cartográfica será realizada com o auxílio do *software* informacional ArcGis v8.3. Este *software* possibilita a criação e construção de mapas cartográficos a partir de uma base de dados previamente estabelecida. Quanto à análise dos dados a mesma dar-se-á com base nos aspectos teórico-metodológicos da Sociologia Jurídica.

Resultados esperados:

Esta pesquisa encontra-se em fase de desenvolvimento, portanto ainda não há resultados e consequentemente conclusões. Nesse sentido, apresenta-se aqui os resultados esperados com este projeto. O desenvolvido deste estudo tem por objetivo avaliar o impacto das mudanças implementadas pela Lei 11.340/2006 em sua aplicação aos casos de violência contra a mulher na cidade de Santa Maria entre os anos de 2005 e 2009. Do mesmo modo, esta pesquisa busca obter resultados referentes à produção de um mapeamento das ocorrências de violência conjugal contra mulher no cenário urbano santamariense, a partir de um diagnóstico da disposição desta forma de conflito nos bairros da cidade.

Neste sentido, as informações obtidas, através dos dados mencionados, precisam ser percebidas como aspectos que estão inseridos em diversas instâncias sociais como, por exemplo, o sistema judiciário, as relações familiares, econômicas, culturais e políticas de uma determinada sociedade. Nestas instâncias, os indivíduos estabelecem relações de sociabilidade que estão permeadas por interesses, conflitos e estratégias de se conduzir em sociedade, isto é, suas posições sociais estão inseridas em um contexto de hierarquização, representações sociais e relações de poder. Deste modo, a produção de uma cartografia deste tipo de coação social e individual permitirá identificar as regiões da cidade que apresentam os índices mais elevados de violência doméstica.

Conclusões:

Como já foi mencionado, esta pesquisa está em desenvolvimento e não apresenta conclusões no momento. No entanto, diante do que foi exposto, é possível afirmar que o rastreamento deste tipo de violência no cenário urbano santa-mariense permitirá um conhecimento mais profícuo e específico sobre a respectiva problemática social, permitindo, com isto, a possibilidade de subsidiar as políticas públicas de proteção à mulher no município de Santa Maria.

Destaca-se ainda que estas mulheres, embora vítimas de violência, também estão investidas de parcelas de poder; elas o utilizam para reverter a situação conflituosa vivenciada no cotidiano, a partir do momento em que recorrem ao sistema judicial para efetuar a denúncia, tornado pública, então, a agressão vivida. Nisto, elas deixam de ser passivas para tornarem-se sujeitos ativos na relação que possuem com seus companheiros.

Referências Bibliográficas:

- ADORNO, Sergio; CARDIA, Nancy. Continuidade autoritária e construção da democracia. Relatório de pesquisa, São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência - FORD/FAPES/CNPq. 1999. (4), Mimeo.
- ARDAILLON, Daniele; DEBERT, Guita G. Quando a vítima é mulher. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídios. Brasília: CNDM/Ministério da Justiça, 1987.
- BOURDIEU, Pierre (et alli). El oficio de sociólogo. México: Siglo Veintiuno, 1994, 17ª ed.
- CORRÊA, Mariza. Morte em família. Representação jurídica de papéis sociais. Rio de Janeiro: Graal, 1983.
- DEBERT, Guita G. E OLIVEIRA, Marcella. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a violência doméstica. Caxambu: ANPOCS, 2004, 29 p.
- FARIA, José E; CAMPILONGO, Celso F. A sociologia jurídica no Brasil. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1991, 61 p.
- FOULCAULT, Michel. História da sexualidade – a vontade de saber. São Paulo: Ed. Graal, 2001, Vol. 1, 14ª ed.
- GREGORI, Maria Filomena. Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993. 218 p.
- KANT de Lima, Roberto. Ordem pública e pública desordem: modelos processuais de controle social em uma perspectiva comparada (Inquérito e Jury System). In: Anuário Antropológico. Rio de Janeiro, n – 88 (1991), p. 21-44.
- LOCHE, Adriana et alli. Sociologia jurídica – estudos de sociologia, direito e sociedade. Porto Alegre: Síntese, 1999. 270 p.
- PIMENTEL, Sílvia; PIOVESAN, Flávia (coord.). CEDAW: Relatório nacional brasileiro: convenção SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Suely. Violência de Gênero – Poder e Impotência. Rio de Janeiro: ed. Revinter, 1995, 218 p.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. Já se Mete a Colher em Briga de Marido e Mulher. In: A Violência Disseminada – São Paulo em Perspectiva. Revista da Fundação SEADE, Vol. 13/nº 4, p. 82-91, 2000.
- SANTOS, Boaventura de S. (org.). A globalização e as ciências sociais. São Paulo: Ed. Cortez, 2002, 572 p.
- _____. Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade. Porto: Edições Afrontamento, 1994. 299 p.
- SOARES, Musumeci Bárbara. Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. 320 p.
- SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes. A politização da violência contra a mulher e o fortalecimento da cidadania. In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. (orgs.) Gênero, democracia e sociedade brasileira. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 2002. 448 p

CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO: EM BUSCA DO EMPODERAMENTO DA MULHER

Marli M. M. da Costa¹
Quelen Brondani de Aquino²

Considerações iniciais

Na sociedade moderna discute-se a questão de gênero, enfatizando que esta categoria é de conotação ampla e não está exclusivamente vinculada ao âmbito sexual ou biológico como homem e mulher. O seu significado rompe com eufemismos ou sentidos restritos a isso. O que conduz o pesquisador jurídico e os demais estudiosos da área a romper com o acabado e desvelar os mitos e ritos assentados em determinadas sociedades que mesmo com o discurso da contemporaneidade e da Democracia continuam reproduzindo desigualdades sociais empregando estratégias de dominação pela linguagem.

Neste viés, o presente artigo tem por objetivo contextualizar as políticas públicas na perspectiva de gênero, enquanto mecanismo necessário para a promoção da emancipação da mulher no espaço local para garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais das mulheres.

Diante desse contexto, realizar-se-á uma abordagem histórica sobre a busca pela equidade de gênero no Brasil, ainda que as diferenças continuem enormes, não podemos negar que as conquistas, lideradas especialmente pelos movimentos feministas, foram fundamentais para a conquista de uma série de direitos, e que foram responsáveis pela emancipação da mulher no cenário contemporâneo. Nessa conjuntura, busca-se, por fim, demonstrar os novos mecanismos para promover o restabelecimento da cidadania e o empoderamento da mulher na sociedade moderna, bem como promover a garantia de direitos fundamentais, através da necessária transversalidade das políticas públicas com o viés para o gênero.

1 Em busca da igualdade de gênero: contextualização histórica

A disposição de hierarquização do homem sobre a mulher proclamada pelos doutores da igreja, que se reproduziu durante quase todo o transcorrer da história da humanidade - que se dispersa em meio à própria história contada, uma vez que é do entendimento de Pateman (1993, p. 21) "metade da história está faltando" -, não foi objeto de estudo pelos teóricos políticos que sequer se deram conta disso. De acordo com os ensinamentos da autora, tem-se que, no estado natural, "todos os homens nascem livres" e são iguais entre si, são, pois, "indivíduos". Contudo, "as mulheres não nascem livres, elas não têm liberdade natural", o que acaba compactuando com a sujeição entre homens e mulheres. Nesse sentido, Pateman (1993, p. 17) garante que, além de cultural, a diferença sexual é também uma diferença política, a qual se acha relacionada com a falta de liberdade e de direitos das mulheres e a sua sujeição perante o sexo masculino.

1 Pós-doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Coordenadora do Grupo de Estudos "Direito, Cidadania e Políticas Públicas" da UNISC. Professora da Graduação em Direito na FEMA - Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa. Psicóloga com especialização em terapia familiar. Coordenadora dos Projetos de Pesquisa: "O Direito à Profissionalização e as Políticas Públicas da Juventude na Agenda Pública: desafios e alternativas para a inserção dos jovens no mercado de trabalho - um estudo no município de Santa Cruz do Sul - RS." e "O Brincar e a Construção da Cidadania nas Escolas: uma releitura do Estatuto da Criança e do Adolescente". Endereço eletrônico: marlicosta15@yahoo.com.br

2 Mestranda em Direito, com Bolsa Capes, pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Unisc. E-mail: quelenbrondani@yahoo.com.br

A subordinação das mulheres perante os homens mantinha uma relação de poder entre os sexos. Por séculos, elas foram negligenciadas pelo Estado, principalmente no que dizia respeito a seus direitos. Exemplo disso é que, por longos anos, elas eram tidas como propriedades de seus maridos os quais detinham amplos e irrestritos poderes sobre elas.

Assim, como os fenômenos sociais são reflexo do contexto em que estão inseridos e, para que as mudanças sociais sejam compreendidas, é preciso analisá-las sob o enfoque de gênero. Diante disso, tem-se que as diferenças sexuais exercem influência, em grande escala, na vida social, econômica e política e no modo de relacionar-se em uma comunidade, razão pela qual isso confere uma relação de pertencimento, que acaba interferindo nas diferenças sexuais.

Essas diferenças fundamentam-se, especialmente, pela reprodução da cultura patriarcal ainda presente nos dias atuais, as quais se iniciam com o nascimento da pessoa quando se prescreve a identidade de gênero. Nesse aspecto, as palavras de Piazzetta (2001) explicam a questão:

(...) A rotulação que médicos e familiares realizam do recém-nascido converte-se no primeiro critério de identificação de um sujeito e determinará o núcleo de sua identidade de gênero. A partir desse momento, a família inteira da criança posicionar-se-á em respeito a este dado e será emissora de um discurso cultural que refletirá estereótipos que cada um deles sustenta para a criação adequada desse corpo identificado. (PIAZETTA, 2001, p. 68)

Embora ainda vislumbre-se a diferença de gênero presente na sociedade moderna é importante frisar que os últimos séculos são marcados por grandes avanços e conquistas originadas da luta de mulheres que resolveram enfrentar a realidade da época, que preferiram abandonar os estereótipos baseados na cultura patriarcal e ocupar o seu espaço na esfera pública. As mudanças mais visíveis deram-se no século XX, em que se iniciou o declínio do longo reinado patriarcal, a “segunda metade, particularmente seu último quartel, foi o período da mudança global mais rápida e radical da história do gênero humano e das relações geracionais”. (THERBORN, 2006, p. 114)

Destaca-se, para exemplificar essa série de mudanças, a Constituição da Alemanha, que em 1949, tentou acabar com o reinado patriarcal, incluindo uma cláusula que afirmava que “homens e mulheres „são iguais perante a lei” [...] e que ninguém deveria sofrer discriminação por causa do seu sexo”. (THERBORN, 2006, p. 147) Essa afirmativa, aparentemente inofensiva, alavancou inúmeras revisões no conceito de igualdade.

Conforme se depreende, as mudanças, no mundo, eram embrionárias, mas visíveis e impulsionaram inúmeras conquistas de direitos inerentes às mulheres, tanto no âmbito internacional, por meio dos Direitos Humanos, como na legislação nacional brasileira, que acabou se adequando à nova roupagem dos direitos, amparados, principalmente, pelo princípio da equidade.

A noção de Direitos Humanos, conforme ensinamento de Teles (2006), desenvolveu-se a partir do final do Século XVIII, com a Declaração Americana de Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, ambas responsáveis por atribuir um sentido inovador para a condição humana da pessoa. No entanto, entre inúmeros fatores, aquelas ideias ficaram adormecidas, sendo retomadas somente após aquele confronto armado entre as nações que se deu entre 1939 e 1945, com o surgimento, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações .

No âmbito do Direito Internacional, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas incluiu definições avançadas sobre gênero e família. Homens e mulheres adquiriram o direito de casar e constituir uma família sem limitações de raça, nacionalidade ou religião, só podendo realizar-se com o livre consentimento dos pretendentes. (THERBORN, 2006, p. 115)

Mesmo com esse novo cenário, somente no final dos anos 60, a corrida para a investida nos direitos das mulheres ganhou velocidade, sendo que o clímax internacional deu-se no ano de 1975, continuando um processo global de mudanças por mais duas décadas. Em 1975, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), foi instituído o Ano Internacional da Mulher, originando uma série de relatórios investigativos em diversas partes do mundo acerca da condição da mulher. Em todas as partes dos continentes, novas iniciativas legislativas começaram a surgir em defesa dos direitos das mulheres. (THERBORN, 2006, p. 117)

Ao Ano Internacional da Mulher seguiu-se a Década da Mulher, de 1975 a 1985, em que o envolvimento das Nações Unidas promoveu a preocupação dos governos com a desigualdade de gênero, em um cenário em que os movimentos feministas foram fundamentais para as conquistas que sobrevieram. (THERBORN, 2006, p. 118) A Década da Mulher representou o entrelaçamento global de organizações e movimentos internacionais, de modo que os direitos das mulheres

geraram discussões e estudos no mundo todo. Ademais, enfatizou-se o respeito à igualdade, à liberdade e à paz social. Em que pese essas cláusulas de igualdade tenham figurado apenas nos limites do papel, levando muito tempo para serem implementadas, elas não podem ser consideradas irrelevantes, porque, em conformidade com Therborn (2006, p. 149-150), ao contrário, elas ilustraram o palco, deixando-o pronto para a “nova ofensiva contra o antigo governo de pais e maridos”.

Nesse cenário, a Conferência realizada, em 1975, no México, trouxe como principal resultado o lançamento do “Plano da Ação Mundial” feminista. Como corolário desse Plano, propôs-se a “Década da Mulher”. A Conferência do México deu início a um novo período, seguindo-se duas outras Conferências de destaque, a de Copenhague, em 1980, e a de Nairóbi, em 1985. Todas elas apoiadas pela Convenção da ONU pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979. Encerrada a Década da Mulher, não se encerraram os esforços pela busca da equidade de gênero, para tanto, menciona-se a Conferência de População no Cairo, em 1994, e a Conferência da Mulher em Beijing, em 1995.

Em razão das normatizações internacionais emanadas destas Conferências, bem como do envolvimento global das organizações e dos movimentos internacionais, os direitos das mulheres e as suas oportunidades de vida passaram a fazer parte da agenda política em todo o mundo, de tal forma que os seus reflexos fizeram-se sentir na legislação brasileira.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe uma série de dispositivos que garantem o respeito ao princípio da equidade de gênero, incluindo condições de igualdade entre homens e mulheres em vários aspectos. Muito embora os avanços sociais e jurídicos demonstrem a importância de se reconhecer a mulher, como sujeito e agente de direitos, percebe-se a necessidade de um melhor amadurecimento para a aplicação eficaz das ações governamentais voltadas a perspectiva de gênero.

Com o advento da Constituição de 1988, a redução das desigualdades de gênero passou também a fazer parte da agenda dos governos locais. E o “eixo de uma ação governamental orientada pela perspectiva de gênero consiste na redução das desigualdades de gênero”, observando as peculiaridades do sexo feminino e masculino. (FARAH, 2004)

Entretanto, ainda na conjuntura moderna, observa-se o *habitus* muito bem pontuado por Bourdieu (2001), nas relações de gênero, que seria a forma de disposição praticamente disposta e apresentada como natural que reside nas relações, nos espaços e nos campos, constituído, pelos rituais, pelos costumes, e também pelos mecanismos de poder, que possam manter-se inclusive nos jogos e disputas proferidos pelos agentes, conforme a hierarquia e a posição que ocupam no espaço social. Por isso, os desafios da mulher em encontrar-se e empoderar-se da sua historicidade. Porém, por se tratar de práticas culturais de ordem patriarcal, tem-se uma outra modalidade de violência, que é, a violência simbólica, que extrai sua energia potencial e eficácia do próprio *habitus*.

Tomado como marco temporal a década de 1980, observa-se que, de acordo com Izumuno (2005), as diversas designações para um mesmo problema – violência contra a mulher, violência doméstica ou violência familiar - decorrem de concepções diferentes que variam conforme seu enfoque se altera, ora na dominação masculina, ora na dominação patriarcal ou na dominação relacional. Com o passar do tempo houve uma substituição gradual da categoria mulher para a categoria gênero e, conseqüentemente, da expressão “violência contra a mulher” pela “violência de gênero”.

Ao encontro dessas reflexões, busca-se no espaço local reforçar a participação política dos atores sociais para repensar o local a partir da transversalização de políticas públicas voltadas as questões de gênero, o qual abordar-se-á no tópico seguinte.

2 Transversalidade das Políticas Públicas voltadas as questões de gênero

A transversalização sob a perspectiva de gênero se traduz, na prática, em uma idéia de que todos os atores sociais que normalmente incidem no processo de elaboração das políticas públicas tenham que incluir, nestas mesmas políticas, uma perspectiva de gênero. A idéia da transversalização é de que todas as políticas públicas que se implementam tenham uma perspectiva de gênero, que exista, desde o momento de identificação do problema, uma consciência de que este problema pode afetar de maneira diferente a homens e mulheres e que, para tanto, as soluções também podem ter um impacto diferenciado. E ainda Labrecque fazendo alusão aos estudos de Sylvia Walby, conceitua: a transversalização do gênero é, ao mesmo

tempo, um conjunto teórico e um conjunto de práticas. Enquanto conjunto teórico, a transversalização do gênero consiste em revisar os conceitos-chave que possibilitam um entendimento mais adequado de um mundo enquanto elemento estruturado em função do gênero, em vez de propor uma teoria separada do gênero. Enquanto conjunto de práticas, a transversalização do gênero constitui uma nova estratégia para o desenvolvimento como processo estruturado em função do gênero. (LABRECQUE, 2010).

Do mesmo modo propor políticas públicas sob a perspectiva de gênero exige: atribuir um sentido emancipatório pressupondo práticas de cidadania ativa de maneira a garantir que o Estado desenvolva políticas sociais que contemplem as dimensões distributivas e de reconhecimento/*status* que incidam efetivamente sobre este conjunto de desigualdades de classe, gênero e raça/etnia. (FARAH, 2004).

Para Santos (1997), o projeto da modernidade é caracterizado pelo equilíbrio entre a regulação e a emancipação. Logo, o Estado, o mercado e a comunidade enquanto pilar de regulação das relações na sociedade entre os gêneros, precisam se articular e agir conforme o direito social do Estado Democrático de Direito, instrumentalizando-se pelas políticas públicas e potencializando as pessoas, em especial as mulheres a irem ao encontro da emancipação.

Destacam-se alguns desafios ainda presentes para as envolvidas e os envolvidos na incorporação do enfoque de gênero nas políticas públicas: Primeiramente, a incorporação do olhar de gênero sob a perspectiva das mulheres no espaço local, depois o desafio da integração e por fim, a relação com a sociedade civil, de maneira que a rede funcione no município enquanto espaço fomentador para diálogos democráticos.

Nesse aspecto, entende-se que o canal de diálogo se abre por meio de políticas comunitárias que trabalhem com a democracia na práxis local, de maneira, a explorar e ressignificar, transformando a percepção social que se tem constituída a respeito de gênero.

Nesse sentido, há de se destacar a ótica de que o interesse local significa um conjunto de atribuições em que prevalece a atuação do Município, apesar de indiretamente refletir nas demais esferas, haja vista que a população do Município também é do Estado e da União Federal, ter-se-á, pois, uma abordagem ampliada das competências municipais. (BAGO, 1991). Então, antes de se idealizar qualquer tipo de política pública para o município, é fundamental conhecer, verificar, ou até mesmo traçar o perfil de comunidades que estão inseridos no seu espaço. Reconhecer que, o espaço também é manipulado para aprofundar as diferenças de classes e que a sua “evolução acarreta um movimento aparentemente paradoxal: o espaço que une e separa os homens”. (SANTOS, 1992).

Conhecendo a realidade do local pela gestão de informação estruturada e alimentada pela percepção social é possível fomentar, implementar e avaliar políticas de gênero. Sob tal viés, as ações do governo devem ser pensadas e planejadas para alcançar o desenvolvimento social, erradicando-se qualquer forma de discriminação, com o destaque para o caráter humano, ou seja, considerar que homens e mulheres são simultaneamente sujeitos e beneficiários das ações. Diante disso, surge a premissa inquestionável da participação ativa das pessoas. (MARTINS, 2002)

A participação deve ser constante, portanto, a promoção do empoderamento social local acaba gerando a consolidação dos envolvidos para garantir a concretização das políticas públicas locais. Hermany e Pereira (2011, p. 222) ensinam que empoderamento “significa a conquista de direitos de cidadania, uma vez que tem como fundamento a emancipação do cidadão. Empoderar denota o desenvolvimento do cidadão, com o objetivo de tomar posse de seus direitos fundamentais”. Nesse sentido, a cidadania só estará sendo efetivada se os diferentes agentes sociais integrarem-se na busca pela solução de conflitos sociais, o que se dá com a organização, o associativismo e a constante ampliação da rede que as comunidades estão inseridas, de modo que se estará promovendo, acima de tudo, a emancipação social.

Acontece que, ao adentrar-se no campo das políticas de gênero, conforme elucidou Cavalcanti (2009, p. 9), “o respeito à especificidade de homens e mulheres constituem elementos básicos de uma nova estruturação social e de direitos”, de maneira que, quando se trata de relações de gênero, a autora constata que a gestão governamental não tem incorporado essa perspectiva de maneira satisfatória. Para que isso ocorra, faz-se necessária a comunhão de esforços tanto na esfera dos direitos individuais como dos direitos coletivos. Para a estudiosa, essa união tem como finalidade a promoção de “políticas públicas universais e voltadas para grupos específicos”, bem como as “articulações institucionais, nas quais a sociedade possa controlar sua vigência e sua qualidade”. (CAVALCANTI, 2009, p. 9)

Ainda com vistas à contextualização das políticas de gênero, para uma melhor compreensão do tema, é importante destacar os Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres – PNPM, elaborados pelo Governo Federal, em 2004 e 2006, por intermédio da SPM, os quais tinham como objetivo dar início a um processo amplo e complexo de participação social, garantindo, de forma efetiva, a sua aplicação em políticas públicas com o propósito de promover a equidade de gênero. Assim entendido, o PNPM foi estruturado em torno de seis eixos estratégicos de atuação, quais sejam: autonomia; igualdade no mundo do trabalho e cidadania; educação inclusiva e não sexista; saúde das mulheres; direitos sexuais e direitos reprodutivos; e enfrentamento à violência contra as mulheres.

Em face dessa compreensão, a descentralização das ações governamentais possibilita uma integração entre a sociedade e os gestores públicos, por sua vez, os espaços de discussão e participação social devem ser ampliados, para que se procure um planejamento das políticas de gênero partindo-se do nível local. Cavalcanti (2009, p. 11) garante que “os conselhos são espaços permanentes de controle social e de interlocução da sociedade civil organizada com os governos, por meio de suas representações”. Por essa razão, é imprescindível que os atores locais fomentem a criação e a manutenção dos Conselhos Municipais dos Direitos das Mulheres. Em nível nacional, foi criado, em 1985, o Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres – CNDM, constituído como um “espaço institucional para incluir as questões das mulheres nas ações governamentais e realizar o controle social por meio do monitoramento das políticas públicas”. Outras ferramentas importantes e ao alcance dos gestores municipais são as coordenadorias e as conferências. Ambas são fundamentais para a formulação e a implementação das políticas de gênero.

Tem-se, portanto, que a maioria dos mecanismos partem do espaço local para o todo, nesse particular, merecem menção as duas edições da Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (CNPMM), realizadas pela SPM, em 2004 e 2007, e que foram precedidas por conferências municipais, regionais e estaduais. Tratam-se de ferramentas que têm como premissa oportunizar o comprometimento de todos os poderes – Executivo, Legislativo e Municipal –, as organizações feministas e de mulheres, bem como todos os órgãos vinculados às questões de gênero e, principalmente, a participação da sociedade na busca pela equidade de gênero.

Salienta-se, pois, o protagonismo do movimento de mulheres, seja por meio da participação em Conselhos Municipais e Coordenadorias, seja por meio das Conferências, no processo de formulação e aplicação de políticas públicas locais. O espaço local é, portanto, considerado um ambiente estratégico na construção de diretrizes para a ação do Poder governamental na busca pela transformação das condições de vida das mulheres.

Diante de um novo modelo de democratização em que, cada vez mais, se busca a participação social, observando-se, inclusive, a flexibilização e a abertura de organismos conhecidos por conservar uma comunicação rígida e fechada, elemento primordial para a construção de uma cultura da paz, em que se almeja o combate às desigualdades e às exclusões sociais e, sobretudo, o exercício efetivo da cidadania.

Considerações finais

Diante do que foi exposto, mesmo que de modo sucinto, vez que o tema é amplo e demanda constante estudo e aprofundamento, depreende-se que a necessidade de se (re) pensar as políticas públicas sob a perspectiva de gênero é fundamental para a construção do respeito à diversidade, sedimentada por princípios basilares, tais como a igualdade, a fraternidade e a solidariedade.

Portanto, considerando o comprometimento do ordenamento jurídico brasileiro com as questões de gênero, é fundamental que se agreguem mecanismos para a efetivação desses direitos, posto que as políticas públicas são ferramentas imprescindíveis nesse processo. Os exemplos já existentes mostram-se, de pleno, eficazes e oportunos, como é o caso dos observatórios sociais e comunitários, dos Conselhos Municipais de Direitos da Mulher, das Casas de Passagem e, principalmente, do fortalecimento da rede de atendimento à mulher.

Entende-se, por fim, que, para uma maior efetividade, é necessário o fomento à participação da comunidade, especialmente das mulheres, nas questões que envolvem a temática gênero e interessam para a promoção do princípio da equidade e do empoderamento da mulher.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAGO, Josep Mir I. *El sistema español de competencias locales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1991.
- BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- CARLOTO, Cássia Maria. *Ruptura ou reforço da dominação: gênero em perspectiva*. In.: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia da. Políticas públicas e igualdade de gênero. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.
- FARAH, Marta Ferreira. *Políticas Públicas e gênero*. In.: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia da. Políticas públicas e igualdade de gênero. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.
- HERMANY, Ricardo; PEREIRA, Henrique M. K. Políticas Públicas Locais de Saúde: uma análise a partir do princípio da subsidiariedade administrativa. In.: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Diretos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.
- IZUMUNO, Wânia. *Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil*. In: *Revista E.I.A.L. Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, v. 16, n. 1, 2005.
- LABRECQUE, Marie France. *Transversalização da perspectiva de gênero ou instrumentalização das mulheres?*. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 18, n. 3, dez. 2010 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2010000300015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 25 fev. 11.
- MARTINS, Sérgio Ricardo Oliveira. Desenvolvimento Local: questões conceituais e metodológicas. In.: *INTERAÇÕES: Revista Internacional de Desenvolvimento Local*. Vol. 3, N. 5, p. 51-59, Set. 2002.
- MULLER, Jean – Marie. *Não-Violência na Educação*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2006.
- PIAZZETA, Naele Ochoa. *O Princípio da Igualdade no Direito Penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- SANTOS, Milton. *Pensando o espaço do homem*. São Paulo: Hucitec, 1992.

A NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO ENTRE ESTADO, SOCIEDADE E FAMÍLIA PARA A EFETIVA INSERÇÃO DO JOVEM NO MERCADO DE TRABALHO¹

Quelen Brondani de Aquino²
Rodrigo Cristiano Diehl³

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O cenário atual do mundo globalizado destaca-se por uma série de perversidades que atingem a maior parte da humanidade. O desemprego é crescente, a pobreza aumenta gradativamente, a fome e o desabrigo são presenças constantes, bem como a corrupção, a violência e a criminalidade. Do mesmo modo, uma educação de qualidade é cada vez mais inacessível, e nesse sentido nem as crianças e os adolescentes são poupadas dessas mazelas sociais. Ainda assim, há que se acreditar na construção de um outro mundo, em que a centralidade das ações estejam voltadas para a humanidade de fato. Em que princípios como a solidariedade, a cooperação, o respeito e a universalidade de direitos são ratificados nas práticas sociais.

Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo demonstrar a necessária integração do Estado, da sociedade e da família, para conjuntamente buscarem a efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos adolescentes. Assim, visualiza-se na implementação de políticas de formação profissional de jovens, meios adequados para a ressocialização de adolescentes em conflito com a lei.

Por essa razão, inicia-se o estudo demonstrando que o trabalho é um direito fundamental para o exercício da cidadania, portanto mecanismos para facilitar o seu alcance devem ser pensados pelo Estado. Desse modo, destaca-se que não é apenas responsabilidade do Estado, mas conjuntamente da sociedade, buscar alternativas de geração de emprego, especialmente para aqueles que buscam a sua inserção no mercado de trabalho, como é o caso dos jovens. Por fim, busca-se a ressocialização dos adolescentes em conflito com a lei por meio da implementação de políticas de formação profissional.

1. O TRABALHO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Os jovens pertencentes a famílias desestruturadas, com restrições econômicas e prática constante de violência acabam, naturalmente, sendo estigmatizados como potenciais infratores, a própria expressão “delinqüência juvenil” instiga à reflexão sobre a contextualização da palavra. De maneira geral, a expressão é utilizada para se referir à transgressão à lei, denotando um quadro estável e duradouro. Contudo, há que se compreender o tema como algo momentâneo e passageiro, em que o adolescente está em conflito com a lei, mas esse conflito é passível de restauração, especialmente no sentido de promover aos adolescentes mecanismos para abandonar a prática de infração. Esse conflito, geralmente, advém do comportamento antissocial apresentado pelos jovens.

1 Trabalho orientado pela professora Pós-Doutora em Direito, Marli Marlene Moraes da Costa, coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul.

2 Mestranda em Direito, com Bolsa Capes, pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Unisc. E-mail: quelenbrondani@yahoo.com.br

3 Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista da Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS no projeto de pesquisa “O direito de proteção contra a exploração do trabalho infantil e as políticas públicas de saúde no Brasil”. Integrante dos grupos de pesquisa: “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa; e “Direitos Humanos”, coordenado pelo professor Pós-Doutor Clovis Gorczewski, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC e certificados pelo CNPq. Email: rodrigocristianodiehl@live.com

Destaca-se, por oportuno, os ensinamentos de Nardi & Dell'aglio (2010), quando utilizaram-se de estudos norte-americanos que propuseram um modelo de desenvolvimento do comportamento antissocial, dividindo-o em etapas. A primeira, por óbvio, desenvolve-se no ambiente familiar, vez que é a partir do contexto familiar que as crianças serão, involuntariamente, treinadas a desenvolver habilidades antissociais. O segundo momento desenvolve-se na escola, onde a criança da início a sua inserção social, dissociada da família, conseqüentemente, comportamento aprendidos dentro de casa, são reproduzidos pelas crianças nas escolas, essas, por sua vez, em razão dos próprios desafios que enfrentam no contexto atual, na maioria das vezes, não está preparada para receber crianças com comportamento antissocial e violento, falhando na sua função de complementação da educação de valores, especialmente quando a família é omissa, ou acaba desenvolvendo habilidades inadequadas.

Nessa conjuntura, em decorrência das falhas acadêmicas e da deficiência nos relacionamentos familiares, o jovem naturalmente vai procurar se relacionar com grupos que se identifique; assim, nessa terceira etapa, “o adolescente passa a se envolver com grupos que contribuem para o uso de drogas e o cometimento de atos infracionais”. Por fim, a quarta etapa desenvolve-se quando o indivíduo já está na fase adulta, a sua ressocialização torna-se ainda mais desafiadora, e nesse contexto as habilidades antissociais resultam em muitos malefícios, que além da prática delinqüente, caracterizam-se “por problemas como uso de drogas, institucionalização decorrente de crimes cometidos ou de distúrbios mentais, casamentos fracassados e subempregos”. (NARDI & DELL'AGLIO, 2010).

Foucault destaca um discurso explicativo ao se referir aos pobres envolvidos, enquanto maiores vítimas do estigma da delinquência:

Ele rouba porque é pobre, mas você sabe muito bem que nem todos os pobres roubam. Assim, para que ele roube é preciso que haja nele algo que não ande muito bem. Este algo é seu caráter, seu psiquismo, sua educação, seu inconsciente, seu desejo. Assim o delinqüente é submetido a uma tecnologia penal, a da prisão, e a uma tecnologia médica, que se não é a do asilo, é ao menos o da assistência pelas pessoas responsáveis. (FOUCAULT, 2009, p. 135).

Nessa perspectiva, a promoção e preparação do jovem para a sua inserção no mercado de trabalho, pode representar um mecanismo para o enfrentamento a delinquência juvenil, ou num modo mais instigante, para a restauração do conflito do jovem com a legislação. Contudo, esse mecanismo não pode ser interpretado como um dever exclusivamente do Estado, ao contrário, para que haja êxito nessa demanda, é fundamental a existência de uma rede de ações de proteção que promovam a interação entre a sociedade (entenda-se sociedade civil e iniciativa privada), o Poder Público e a família. Somente por meio da conexão e integração entre esses três elementos que os resultados efetivos para a formação do jovem para o mercado de trabalho passarão a existir.

Assim, tem-se que a atuação do Estado no sentido de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais e sociais se dá através das políticas públicas. Por isso as Políticas Públicas são tidas como elementos concretos para o enfrentamento à delinquência juvenil e a promoção da inserção do jovem no mercado de trabalho.

Diante disso, de maneira objetiva, Schmidt (2008) destaca que o termo “políticas públicas” é utilizado com diferentes significados, ora indicando uma determinada atividade, ora um “propósito político”, e em outras vezes “um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa”. Assim, para entender as políticas públicas, o autor, utilizando-se de conceitos de estudiosos da área, ensina que as políticas públicas são um conjunto de ações adotadas pelo governo, a fim de produzir efeitos específicos, ou de modo mais claro, a soma de atividades do governo que acabam influenciando a vida dos cidadãos.

Porém, mais do que compreender o que é uma política pública, Schmitd assevera que:

É muito importante nessa concepção a idéia que as políticas orientem a ação estatal, diminuindo os efeitos dos problemas constitutivos do regime democrático: a descontinuidade administrativa, decorrente da renovação periódica dos governantes. No Brasil, tem havido um esforço importante para reduzir a descontinuidade das políticas, através da legislação específica, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, de um tratamento mais técnico das políticas e da participação de setores sociais na sua formulação, reduzindo a possibilidade dos administradores públicos de reinventar os rumos das mesmas a cada mandato. (SCHMIDT, 2008, p. 2312).

Complementando esse rol de conceituações, é oportuna a compreensão de que as políticas públicas, comumente, são distinguidas por políticas sociais ou políticas econômicas ou macroeconômicas, todas com o objetivo de proporcionar o desenvolvimento econômico e social de

determinada sociedade. As primeiras são tidas como aquelas responsáveis por garantir os direitos sociais consagrados pela Carta Magna, tais como saúde, educação, segurança, assistência social, habitação. Enquanto que as últimas referem-se especificamente as políticas monetárias.

Nessa conjuntura, a estrutura social e cultural da modernidade faz com que visualizemos no trabalho uma forma de o indivíduo construir sua identidade social e justificar sua existência, no mesmo sentido, permite que ele esteja inserido em grupos sociais e relacione-se na esfera pública. Destaca-se ainda, de acordo com os ensinamentos de Rubio (2007), que até pouco tempo, a capacidade para o trabalho era um requisito para que os homens adquirissem a titularidade dos direitos fundamentais.

Nesse mesmo caminho, e conforme já mencionado anteriormente, o trabalho está diretamente ligado ao princípio da dignidade humana, expressamente amparado pela Constituição Federal, por isso é importante que se reconheça o valor universal e inalienável desse princípio. Para tanto, há que se promover oportunidades para que os jovens sejam preparados para a sua inserção no mercado de trabalho. A formação profissional deve ser uma extensão da educação básica e fundamental, e por sua vez, essa deve ser uma preocupação no Estado democrático de direito.

Desse modo, compactua-se com as idéias de Reis e Souza, quando defendem a inserção qualificada dos jovens no mercado de trabalho. Aduzem os autores que “a qualificação passa pelas políticas públicas educacionais, especialmente a partir do compromisso com a formação integral do homem, seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho” (REIS & SOUZA, 2012). Diante disso, destacam-se as palavras dos estudiosos, ao referenciar o Fórum Mundial de Dakar como um exemplo na luta pela universalização da educação, trata-se, pois, de

elemento central para a conquista da cidadania. Na ocasião, foram reafirmados os objetivos da Declaração Mundial de Educação para Todos, no sentido de reafirmar a importância da educação como direito subjetivo de todas as pessoas, insubstituível para o exercício pleno da cidadania e ingresso no mundo do trabalho (REIS & SOUZA, 2012, p. 137). A educação, especialmente, a continuação da educação para a formação profissional, tem papel decisivo para a inserção dos jovens no mercado de trabalho, vez que, sem uma formação profissional qualificada, os jovens acabam perdendo diversas oportunidades de serem inseridos no ambiente laboral. A falta de oportunidades, conforme já demonstrado, acabam gerando a discriminação, e o jovem, especialmente aquele pertencente a classes econômicas menos privilegiadas, acaba se refugiando na delinqüência e nas drogas.

3. A NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO ENTRE ESTADO, SOCIEDADE E FAMÍLIA NA BUSCA PELA RESSOCIALIZAÇÃO DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

O Estado tem a responsabilidade, o dever de garantir os direitos de todos os seus cidadãos, todavia, no que se refere aos direitos de crianças e adolescentes, a responsabilidade ainda é maior, isso tudo em função da prioridade absoluta destinada aos infantes. Não obstante, o Estado compartilha essa responsabilidade com os outros agentes sociais, como a família e a comunidade. É notório, portanto, que se tratando de crianças e adolescentes, a responsabilidade é do Estado, mas também da família e da sociedade, em assegurar as condições de sobrevivência digna e atendimento prioritário às suas necessidades. Dada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, não é possível crer que a emancipação dependa fundamentalmente do interesse das crianças e adolescentes. Nesse sentido, maior é o compromisso do Estado em garantir-lhes a efetivação dos direitos. Do mesmo modo, a participação da família e da sociedade também é fundamental para esses propósitos. Não se trata de uma questão de divisão ou repasse de tarefas, mas sim de uma cooperação entre Estado, família e sociedade, os quais podem se organizar em forma de Conselhos, ONGs, Associações, ou seja, de modo a representar os mais variados segmentos e setores sociais. Quanto maior a representação, melhores serão as condições de detectar quais as políticas a serem estabelecidas e qual a melhor forma de operacionalização das mesmas. Assim como os entes federados trabalham em regime de cooperação e complementaridade, o Estado e a sociedade organizada trabalharão conjuntamente. Nesse diapasão, espera-se o esforço tripartite desses agentes para a garantia dos direitos dos infantes, especialmente no que se refere a promoção da ressocialização dos adolescentes em conflito com a lei. Por oportuno, conforme já destacado a participação da sociedade e da família é imprescindível nesse processo. Todavia, “a referência ao Estado permanece presente, há uma dimensão adicional que enfatiza a organização e o fortalecimento dos próprios atores da

sociedade civil e da sua articulação”, o que exige o aprendizado de uma nova cultura de direitos. (DAGNINO, 2002).

A partir dessa conjuntura, é mais fácil promover a integração do Estado com e Sociedade, nas comunidades locais, promovendo-se um ambiente marcado pela espontaneidade e o voluntarismo coletivo. Assim, ensina Milani (2008, p. 574):

Os atores locais (do governo à sociedade) têm função estratégica na renovação do processo de formulação de políticas públicas locais. A aplicação do princípio participativo pode contribuir na construção da legitimidade do governo local, promover uma cultura mais democrática, tornar as decisões e a gestão em matéria de políticas públicas mais eficazes.

Por conseguinte, um dos maiores desafios do Estado, através de seus órgãos e instituições, é promover a inserção dos cidadãos nos processos participativos, bem como fomentar a criação de redes, de modo a atender as demandas locais. Contribuindo, assim, para a construção da cidadania, a fim de que aumente a confiança dos atores sociais e diminuam as incertezas.

Torna-se necessário, para tanto, um engajamento dos atores sociais no sentido de reivindicarem a municipalização das principais políticas públicas, o que deve ser garantido pelos instrumentos de controle externo das atividades administrativas e mesmo o controle de constitucionalidade das leis. Dessa forma, o Judiciário pode atuar no sentido de acolher pretensões voltadas à manutenção das competências municipais, especialmente o alargamento do conceito de interesse local, ampliando as matérias submetidas ao espaço municipal.

Contudo, não é suficiente o alargamento das competências do poder local, traduzido institucionalmente no Município, para que se construa um direito social que permita uma nova e qualificada relação entre o Poder Público e a sociedade. É preciso uma modificação estrutural nas próprias estratégias de gestão do Município, com base igualmente na subsidiariedade, a fim de que uma nova interpretação da repartição de competências esteja agregada a um processo intramunicipal de democratização das decisões públicas, evitando-se, com isso, que o espaço municipal seja apenas a repetição, em escala menor, dos processos de legitimação próprios da sociedade de massas, cujas críticas devem ser consideradas nesta (re)ordenação do espaço público (BECKER, 1999).

Perobelli e Schmidt (2011), ao fazer uso dos ensinamentos de Etzioni, destacam que a comunidade é o caminho para a construção de uma boa sociedade. De acordo com o autor trata-se de qualquer grupo social identificado por laços de afeto e por uma cultura compartilhada. Nesses termos, os autores aduzem que para se alcançar uma boa sociedade é fundamental o fortalecimento da comunidade. Nas palavras dos estudiosos, “não significa pensar apenas no que é coletivo, na dimensão comunal, mas buscar um equilíbrio entre a autonomia individual e o bem comum, entre direitos individuais e responsabilidades sociais”.

Por isso, o respeito aos direitos das crianças e dos adolescentes deve ser uma das prioridades de uma determinada comunidade, tornando-se também premissa imprescindível para o progresso humano, seja ele econômico, social, moral, cultural. Ademais, o Estado, enquanto promotor de uma boa sociedade, deve tratar seus indivíduos “sempre como um fim em si mesmas e não como meio para alcançar finalidades externas a elas” (PEROBELLI & SCHMIDT, 2011).

A formação e o fortalecimento de uma comunidade se dão pela existência de relações de confiança, amizade e companheirismo dos seus integrantes. Não se trata somente de ajuda mútua entre amigos e companheiros de uma mesma classe, mas de ações de solidariedade que são aprendidos no âmbito de uma determinada comunidade e se expandem para além de seu âmbito (PEROBELLI & SCHMIDT, 2011, p. 158).

Para que se alcance a boa sociedade, é preciso a construção de uma realidade diferente das existentes, hoje, na comunidade, pois inseridas em um mundo capitalista, vislumbram-se relações fundamentadas em interesses, em que os indivíduos são meios para se buscar fins econômicos. Na boa sociedade, as relações devem se estabelecer entre as pessoas, entre os cidadãos. O desafio, portanto, de acordo com Perobelli e Schmidt (2011), “é a construção de comunidades éticas, que verdadeiramente apoiem e deem segurança aos indivíduos”.

Nesse viés, para alcançar seus objetivos, as políticas de inserção dos jovens no mercado de trabalho devem direcionar suas ações para o espaço local, as possibilidades de atuação do governo devem ser condicionadas pela estrutura social, cultural e organização econômica de cada localidade, vez que existe enorme diferenciação de cidade para cidade, em função, principalmente, do porte e da complexidade das relações sociais de seus indivíduos, a formação complementar dos jovens, objetivando a sua inserção no mercado de trabalho, do mesmo modo, precisa ser pensada de acordo com as necessidades locais.

Desse modo, torna-se necessária a reinserção do princípio da solidariedade no contexto social, como um mecanismo viável para a implementação de um novo modelo de justiça, e também de uma nova cultura social local, considerando que cada indivíduo é capaz de envolver-se e participar em suas respectivas comunidades, e de construir um processo inclusivo de satisfação de ideais que traduzam o conceito de cidadania. Nesse contexto, as relações humanas ganham força na mobilização de desejos e anseios centrados na organização e construção de um novo paradigma social, pautado pela participação do cidadão que ainda não esteja alienado socialmente, ou seja, um cidadão inteiro, com possibilidades de crescimento, com a sua comunidade e seus semelhantes.

É necessário, portanto, o rompimento com o velho paradigma de rotulação ou etiquetamento dos adolescentes em conflito com a lei para que um novo paradigma nasça com o espaço público visto como um local de trocas e a interligação do Estado e da sociedade civil, ocorrendo através do princípio da solidariedade. Essa esfera de tensões é constituída pelos interesses públicos e privados que, em prol do bem comum, se complementam e formam o todo. Os atores sociais ao articularem sobre as políticas de ressocialização dos jovens em conflito com a lei, através da sua preparação e formação para a inserção no mercado de trabalho, devem elaborá-las e buscar sua efetivação de modo que se possibilite o exercício da cidadania e sejam promovidos os direitos e garantias dos adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade e a violência são problemas que atingem os jovens e adolescentes, especialmente, quando além de vítimas diretas, tornam-se indiretamente também vítimas de uma sociedade marcada por uma série de diferenças econômicas e sociais, e quando pertencentes às classes menos privilegiadas estão mais vulneráveis a se corromper pela via do crime e da drogadição. Não obstante, a grande incidência de adolescentes em conflito com a lei, é outro fator lastimável para a sociedade moderna.

Por essas razões, o Estado, enquanto agente promotor de direitos e garantias fundamentais, é um dos responsáveis diretos pela promoção dos direitos de jovens e adolescentes, principalmente quando já cometeram atos infracionais. Isso faz com que a atenção do Estado aumente, vez que as medidas socioeducativas, precipuamente tem um caráter educador e ressocializador.

Contudo, ainda que a responsabilidade primeira seja do Estado, nem por isso a sociedade pode ser omissa. Todos, conjuntamente – sociedade, família e governo – têm uma parcela importante de responsabilidade no sentido de elaborar e desenvolver ações que busquem a ressocialização dos adolescentes em conflito com a lei.

Nesse sentido, tem-se que os mecanismos adequados de ação do Estado são as políticas públicas, portanto torna-se evidente que elas devem ser formuladas e implementadas de modo a promover os direitos e garantias de todos os cidadãos. Desse modo, no que se refere aos direitos da criança e do adolescente, visualizamos o incentivo a formação profissional como um dos meios para fomentar a ressocialização daqueles adolescentes que estejam em conflito com a lei, evitando-se assim que se tornem vítimas do etiquetamento social e que seja possível a sua inserção no mercado de trabalho.

Por isso, há que fomentar uma constante integração entre o Estado, a sociedade e a família, para, conjuntamente, articularem-se na construção de políticas educacionais de formação profissional dos jovens, para serem inseridos no contexto social, enquanto atores importantes no desenvolvimento de uma nação. Ainda que o maior desafio esteja em conscientizar a sociedade de sua responsabilidade com esses atores, constatou-se ao longo do trabalho que é possível o empoderamento das comunidades, especialmente com enfoque no espaço local.

Por fim, o Estado ao se articular em parceria e com o apoio da comunidade local, buscando a implementação de políticas de ressocialização dos jovens em conflito com a lei, através da sua preparação e formação para a inserção no mercado de trabalho, acabam por possibilitar o exercício da cidadania e, no mesmo caminho, promover direitos sociais e garantias fundamentais não apenas dos adolescentes, mas da coletividade de maneira geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECKER, Dinizar Fermiano. Conselho Regional de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul. *Pró-RS: estratégias regionais: pró-desenvolvimento do Rio Grande do Sul*. 2 ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.
- CAVALCANTI, Ludmila. A Perspectiva de Gênero nas Políticas Públicas: políticas para quem? In.: Curso Democracia e Gênero no Legislativo Municipal. Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM, 2009.
- DAGNINO, Evelina (org.). *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização, introdução e Revisão Técnica de Roberto Machado. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Graal, 2009.
- GORZ, André. *Metamorfoses do Trabalho: crítica da razão econômica*. Trad. Ana Montóia. São Paulo: Annablume, 2003.
- MILANI, Carlos R. S. O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, Jun. 2008.
- MORIN, Edgar. *Terra-Pátria*. Traduzido por Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1995.
- NARDI, Fernanda Lüdke; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Delinquência Juvenil: uma revisão teórica. *Act. Colom. Psicol.*, Bogotá, v. 13, n. 2, Dec. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-91552010000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16 Ago. 2012.
- PEROBELLI, M. P.; SCHMIDT, J. P. Superando a Dicotomia Público/Privado: o comunitário e o público não estatal. In.: REIS, Jorge R.; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.
- RUBIO, David Sánchez. *Repensar Derechos Humanos: De la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Editorial Mad, 2007.
- REIS, Suzéte da silva; SOUZA, Ismael Francisco de. Mercado de Trabalho e Gênero: reflexões necessárias. In.: COSTA, M. M. M.; NUNES, J. B. A.; AQUINO, Q. B. *Direito, Políticas Públicas e Gênero*. Curitiba: Multideia, 2012.
- SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In.: REIS, Jorge R.; LEAL, Rogerio G. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO FERRAMENTA PARA PREVENIR E ERRADICAR O TRABALHO INFANTIL

Rodrigo Cristiano Diehl¹
Janaina Machado Sturza²

Não há educação fora das sociedades humanas e não há homens isolados. O homem, e somente o homem é capaz de discernir, de distinguir o “ser” do “não ser”, com esta capacidade ele alcança o ontem, reconhece o hoje e descobre o amanhã. Ao constatar essa realidade, ele se integra e se enraíza, em uma situação de tempo e espaço, tornando-se assim um ser crítico, que vive em transição. (Paulo Freire).

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e o respeito aos diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, os direitos da criança e do adolescente passaram por grandes transformações. O reconhecimento dos infantes enquanto sujeitos de direitos e pessoas em condições peculiares de desenvolvimento, levou a adoção da Teoria da Proteção Integral. E, por conta disso, a tríade Estado, Sociedade e Família, passaram a ser responsáveis efetivos pela promoção e garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por fundamento analisar a proteção da criança e do adolescente diante do trabalho infantil através de uma abordagem da educação em direitos humanos.

Assim, além de refazer a história da educação como um direito humano também pretende-se analisar alguns apontamentos históricos sobre os direitos da criança e dos adolescente, enfatizando-se a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Na sequência, demonstra-se algumas formas de violação desses direitos, especialmente no que se refere a exploração do trabalho infantil. E, por fim, busca-se demonstrar que por meio da educação e de políticas públicas eficientes do Estado, será possível a promoção da erradicação do trabalho infantil.

1. EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS, UMA ABORDAGEM A PARTIR DA PERSPECTIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

O marco do reconhecimento da importância da educação como método transformador do ser humano, remete-se as primeiras sociedades politicamente organizadas, quando a educação se dirigia única e exclusivamente a formação de indivíduos de classes dominantes. Ao passo de que, somente em meados do século XVI é que se dá início ao processo da universalização da educação.

É nesse momento de grandes transformações que a educação vai ocupar papel de destaque no interesse e na preocupação de intelectuais e políticos, que passam a considerá-la como a ferramenta única para transformar a natureza humana no sujeito exigido pelos novos tempos. (GORCZEVSKI, 2009, p. 213).

Como consequência deste avanço na área do ensino, começa-se também a questionar o papel da religião frente à secularização dos conteúdos, visto que, o monopólio dos processos educacionais ainda se concentrava nas mãos dos grandes conglomerados religiosos. Apesar deste rápido avanço, somente nas primeiras décadas do século XX é que vão surgir as primárias referências à educação como direito, neste mesmo momento tem-se o surgimento do Estado Social, caracterizado pela intervenção do Estado na vida do ser humano.

Sobre este assunto, Gorczevski (2009, p. 216) assevera que a criação de sistemas públicos de educação, extensivos a todas as camadas sociais e sua determinação de obrigatoriedade somente vai ocorrer com o surgimento do Estado social, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial quando os Estados, principalmente os mais desenvolvidos, começam a destinar um elevado percentual dos investimentos públicos para cobrir os gastos com a educação, cumprindo assim este compromisso social. Desde então, com avanços e recuos, tem se mantido como direito social e dever do Estado em oportunizá-la.

Por estes acontecimentos é que o direito a educação se encontra em praticamente todas as constituições modernas e em tratados internacionais de direitos humanos, como por exemplo, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A partir disso, tem-se observado a importância da educação voltada aos direitos humanos, e principalmente, assunto deste artigo, a educação para os direitos humanos como meio de erradicação e prevenção do trabalho infantil, visto que, a falta de interesse pela escola, o que muitas vezes acarreta o mau desempenho nas notas, resulta na busca por outra atividade, o trabalho.

Neste contexto, a necessidade de instituir a educação para os direitos humanos aparece tanto na Carta das Nações Unidas, quando disciplina que, deve-se tomar medidas efetivas para evitar ameaças à paz; promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião como também no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948) quando afirma o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. Com diversos instrumentos internacionais apontando para a importância da educação para os direitos humanos, o Estado brasileiro adotou em 1996 o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), tendo como principal objetivo identificar e superar os obstáculos para a promoção e à defesa desses direitos no âmbito nacional.

Sendo assim, o PNEDH tem por objetivo a criação e efetivação de políticas públicas educacionais voltadas para a conscientização dos direitos humanos para que no futuro tenha-se uma sociedade incentivadora da inclusão social, do respeito às diferenças, enfim, todas as formas de concretização de uma justiça social para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito. (GORCZEWSKI, 2009)

Conforme analisado, tem-se tanto positivado no ordenamento jurídico brasileiro como em tratados internacionais, premissas básicas para a promoção e efetivação da educação em direitos humanos. No entanto, antes de se analisar medidas imprescindíveis para a efetivação do combate ao trabalho infantil através da educação, se faz necessário à exposição dos principais fatores que levam a violação dos direitos de crianças e adolescentes.

2. TRABALHO INFANTIL E SUAS IMPLICAÇÕES NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Crianças e adolescentes, diariamente, são vítimas de violações e agressões, seja através da exploração sexual, da violência física e moral, do abandono, da alimentação irregular, do não atendimento de qualidade na saúde, do trabalho infantil, entre outros abusos.

Sendo assim, de acordo com uma pesquisa publicada recentemente pelo Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Setor com o apoio da Secretaria dos Direitos Humanos, a violência psicológica lidera o topo de abusos, uma vez que das 1.276 histórias classificadas como exemplos de violação de direitos revelaram que a violência psicológica apresentou a mais elevada frequência: 36%. Os outros quatro tipos de violação foram privação do direito de alimentação (34,3%), abandono (34,2%), violência física cometida por familiares ou responsáveis (25,8%), violação ao direito de higiene (25%) e trabalho infantil – 11,9%. (PORTAL R7).

Ainda, segundo o estudo realizado e divulgado no Portal R7, a partir dos casos individuais, pode-se criar uma ação política ou social com a principal finalidade de uma maior abrangência da atenção preventiva, sendo essa, a mais eficaz no sentido de evitar outras violações e legitimar a aplicação e o respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com isso, levando em conta os dados apresentados, pode-se afirmar a tese de que, para grande parte da sociedade o trabalho infantil é “tolerável”, como lembra Souza (2010), pois para essas pessoas o trabalho tem a função formativa, uma vez que é preferível que a criança ou o adolescente trabalhe do que fique na rua, ou ainda, caracterizando o trabalho como sendo uma preparação para o futuro.

No entanto, o trabalho, em uma idade em que o indivíduo se encontra em situação peculiar de desenvolvimento, sem sombra de dúvida, acarreta enormes transtornos e problemas, tanto a curto como a longo prazo. Ao encontro de tal assertiva, a Organização Internacional do Trabalho (2002) afirma que

el trabajo infantil se debe considerar no sólo una consecuencia sino también una causa de la pobreza y del subdesarrollo. Los niños víctimas de las peores formas de explotación, con poca o ninguna educación básica, serán adultos analfabetos con algún impedimento físico o mental, virtualmente sin perspectivas de escapar de la pobreza en la que nacieron ni de contribuir al desarrollo de la sociedad. Las probabilidades de que sus hijos puedan hacerlo también son escasas.

Como visto o trabalho infantil não pode ser considerado unicamente como uma consequência, mas também como uma causa da pobreza e do subdesenvolvimento. Como afirma Lieten (2007), ao declarar que o trabalho infantil é um sintoma de problemas mais profundos, o qual se submete ao fenômeno da pobreza extrema, que estaria ligado diretamente com a desigualdade social.

Sendo está desigualdade econômica e social vivida em grande escala na América Latina, na qual corrobora com a violação dos direitos de crianças e adolescentes, é que o ordenamento jurídico brasileiro exige um tratamento especial, como se comprova ao analisar Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo principalmente quando disciplina que

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

Por esse e outros motivos que os infantes brasileiros, enfrentam diversas barreiras, não se limitando a determinadas classes sociais, credo religioso, raça, ou ainda, qualquer outra forma de fator pré-concebido. Os causadores dessas dificuldades e ameaças podem ser encontrados em diversos lugares, sejam eles: os meios de comunicação, incitando um consumo exagerado e com isso aumentando indiretamente a criminalidade; pelo processo descontrolado da globalização; negligência do Poder Público e da sociedade; ou até mesmo dificuldades no seio familiar.

Bem lembra Adorno, ao afirmar que:

o tema é amplo e complexo, pois estaria na chamada "situação de risco" não só a criança que está fora da escola para trabalhar nas ruas, mas também aquela sentada em frente ao televisor como um alvo fácil das imposições consumistas, da banalização do erotismo e da violência gratuita. (ADORNO, 2012).

Nesta perspectiva, o trabalho infantil não pode ser interpretado como um dever exclusivamente do Estado de combatê-lo e preveni-lo, ao contrário, para que haja êxito na erradicação dessa forma de violência é importante à existência de uma rede de ações de proteção que promovam a interação entre a sociedade, Poder Público, família e principalmente, os que mais sofrem com essa supressão, as crianças e os adolescentes. Assim, surge educação como meio transformador do ser humano e com isso, as Políticas Públicas enquanto mecanismos concretos para a promoção da erradicação de qualquer forma de trabalho infantil, o qual será abordado na sequência.

3. EDUCAÇÃO COMO MÉTODO TRANSFORMADOR E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

Entre os principais desafios a serem superados pelo Estado democrático de Direito, destaca-se a imprescindível erradicação do trabalho infantil, que de acordo com a Organização Internacional do Trabalho, se caracteriza como sendo aquele trabalho executado por crianças com idade inferior a 15 anos, com o principal objetivo de prover seu sustento e de sua família.

Por esse entendimento que a partir de 1990 iniciou-se a formulação de políticas públicas voltadas à erradicação das desigualdades, na qual, segundo exposto anteriormente, é a principal propulsora para o trabalho dos infantes.

Contudo, antes de adentrar nessa seara, é importante a compreensão do tema políticas públicas, que configura um conjunto de ações e articulações do Estado voltados para a solução de dificuldades na sociedade, ou ainda

são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público. Certo que as ações que os dirigentes públicos (os governantes ou os tomadores de decisões) selecionam (suas prioridades) são aquelas que eles entendem serem as demandas ou expectativas da sociedade. Ou seja, o bem-estar da sociedade é sempre definido pelo governo e não pela sociedade. (SEBRAE, 2008, p. 5) Do resultado dessas ações e articulações tem-se diversos programas implementados pelo Estado, entre eles, destaca-se a criação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti)

que prioritariamente articula ações visando à retirada de crianças e adolescentes de até dezesseis anos das práticas do trabalho infantil.

Através desse Programa, têm-se como base três eixos: a transferência direta de renda para as famílias com crianças ou adolescentes em situação de trabalho; fortalecimento dos vínculos e; acompanhamento da família através de centros especializados, como o Centro de Referência de Assistência Social.

Porém, para que ocorra o pagamento deste benefício à família, existem algumas condicionantes, entre elas, a retirada de todas as crianças e adolescentes de até 16 anos de qualquer forma de trabalho infantil, e ainda, a retirada de todos os infantes de até 18 anos de qualquer uma das modalidades de trabalho previstas nas piores formas de trabalho infantil. Ou ainda, na esfera da educação, é imprescindível que o infante, entre 6 a 17 anos, esteja matriculado e frequentando a escola.

E também na área da saúde, as gestantes tem a obrigação de comparecer às consultas de pré-natal e participar de atividades educativas acerca dos cuidados gerais com a alimentação e a saúde de seus bebês.

E por fim, na área da assistência social, crianças e adolescentes de até 15 anos retirados do trabalho infantil devem possuir, no mínimo, 85% da carga horária relativa aos serviços de convivência e fortalecimento de vínculos.

No entanto, erradicar todas as formas de trabalho infantil não é somente uma preocupação brasileira, mas também mundial, por isso a ONU criou o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, onde, incluso, elenca as principais causas do trabalho infantil, sendo elas pobreza, desigualdade e exclusão social: A pobreza continua sendo a maior causa do trabalho infantil. Mas este aspecto pode ser visto ambiguamente, o trabalho infantil tanto pode ser consequência da pobreza como também um fator de pobreza. Este tem sido um debate global, pois numa população onde as crianças na sua maioria não frequentam a escola, o desenvolvimento fica a longo prazo estagnado; sendo uma mão-de-obra mais barata; as crianças substituem os adultos em várias funções e deste modo ficam vulneráveis à exploração. Privação educacional: uma criança que comece a trabalhar desde a tenra idade ficando analfabeta desconhece os seus direitos e não tem força reivindicativa. É necessária, portanto, uma intervenção educacional como medida base de combate ao trabalho infantil. (ONU, 2005, p. 4-5)

Sendo assim, para que haja a erradicação de todas as formas de trabalho infantil, o Brasil carece de uma conexão entre a sociedade civil, a iniciativa privada e o Poder Público. Ou ainda, de acordo com Rosa e Cassol na obra de Rodrigues e Costa (2004), não existe uma forma de unificar mundialmente o combate à exploração laboral infantil, pois a economia se caracteriza como a ditadora das regras, porém, para que haja um desenvolvimento pleno das sociedades, deve haver, indiscutivelmente, uma afronta a este manipulador, com a intenção de combatê-lo, apesar das dificuldades que serão encontradas.

No entanto, para a realidade da América Latina, uma alternativa para a erradicação e prevenção da exploração do trabalho infantil seria a educação, pois de acordo com Durkheim (2012), a educação tem por objetivo suscitar e desenvolver na criança estados físicos e morais que são requeridos pela sociedade política no seu conjunto. (...) A sociedade e cada meio social particular determinam o ideal que a educação realiza. (...) A criança deve exercitar-se a reconhecer na palavra do educador e a submeter-se ao seu ascendente; é por meio dessa condição que saberá, mais tarde, encontrá-la na sua consciência e aí se conformar a ela.

Neste sentido, a educação se transforma em um processo em que a razão inerente ao ser humano é aperfeiçoada, permitindo o desenvolvimento e formação do indivíduo e, assim, sua atuação no meio em que vive.

A educação do ser humano inicia com o seu nascimento, passando a família como o primeiro grupo social do qual o indivíduo fará parte. Sendo a mesma, responsável pela iniciação deste processo.

Este grupo, fundamental para o desenvolvimento de um ser, é o primeiro responsável por fazer o indivíduo perceber-se como agente da sua história e, por meio das posturas de incentivo, correção e ensinamento, por possibilitar a formação física, social e moral. As atitudes educativas exercidas pelos membros das famílias são classificadas como assistemáticas, mas precisam ser realizadas com muita cautela e atenção, pois suas consequências, positivas ou negativas, serão refletidas nos comportamentos dos 'educandos'. (SILVA apud FRANCIS, BORGATTI; FARAELI; 2012).

E por isso, segundo as mesmas autoras, a escola está caracterizada por ser um campo específico da educação, não é um elemento estranho à sociedade humana ou um ambiente separado, mas sim, uma agência com o intuito de promover uma educação especializada.

Sendo assim, a conscientização se mostra como a ferramenta mais eficiente em um processo de reconhecimento de direitos e deveres, para que se possa formar uma sociedade com membros ativos e preocupados com o futuro das próximas gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo procurou-se analisar a história da educação inserida nos direitos humanos no plano internacional, a partir da perspectiva da criança e do adolescente, visto que, os mesmos, segundo a Constituição Federal, gozam de prioridade absoluta. Ainda, preocupou-se em elencar, de forma geral, cada abuso cometido contra essas pessoas portadoras de direitos e garantias fundamentais, principalmente no que tange a supressão do direito de ter uma convivência familiar e comunitária em troca de uma vida infantil regada a trabalhos forçados e a perda, literalmente, da condição de criança.

Por esse e outros motivos que os infantes, no Brasil, enfrentam diversos problemas, não se limitando a determinadas classes sociais, credo religioso, raça, ou ainda, qualquer outra forma de fator pré-concebido. Neste contexto, surge a educação como método transformador do ser humano, ou ainda, a educação em direito humanos como forma de combater o trabalho infantil.

Para que seja realmente colocada em prática, é de extrema importância a elaboração e a execução de políticas públicas voltadas a essa faixa etária. Nesses termos, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil se caracteriza como sendo um importante passo de uma caminhada longa e árdua na busca pela erradicação do trabalho infantil e pela promoção de uma infância digna para que possam num futuro próximo, em conjunto com a educação, construir um país melhor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Rodrigo. A violação dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente no Brasil. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, nº 52. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=144>> Acesso em: 06/10/2012.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CUSTÓDIO, André Viana. VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

DURKHEIM, Émile. Emile Durkheim. Disponível em: <http://pt.wikiquote.org/wiki/Emile_Durkheim> Acesso em: 14/10/2012

GANDIN, Danilo. Escola e transformação social. Rio de Janeiro : Ed. Vozes, 1995.

GORCZEWSKI, Clovis. Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar. 1. Ed. – Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2009.

MATURANA, Humberto. Formação humana e capacitação. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 21/10/2012.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Mão-de-obra infantil. Study-Guide. Lisboa, Portugal: Mundial, 2005.

PORTAL R7. Violência psicológica lidera violações dos direitos das crianças e adolescentes. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/violencia-psicologica-lidera-violacao-dos-direitos-das-criancas-e-adolescentes-20100925.html>> Acesso em: 22/10/2012

ROSA, Marizélia Peglow da; CASSOL, Sabrina. A liberdade de ser criança: o direito fundamental social à infância frente ao trabalho infantil. In RODRIGUES, Hugo

Thamis; COSTA, Marli M. M. da (orgs.). Direitos & Políticas Públicas III. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2009.

SANTOS JUNIOR, B. et al. Direitos humanos: um debate necessário. São Paulo: Brasiliense, 1988.

SEBRAE. Políticas Públicas: conceitos e práticas. Supervisão por Brenner Lopes e Jefferson Ney Amaral; coordenação de Ricardo Wahrendorff Caldas – Belo Horizonte : Sebrae/MG, 2008.

SILVA, Margareth. A função da escola e da educação. In FRANCIS, Claudia; BORGATTI, Nathalia; RADAELI, Rafaela. Educação: um todo transformador. Disponível em: <www.colegiosantamaria.com.br/santamaria/aprenda-mais/artigos> Acesso em: 21/10/2012.

SOUZA, Ismael Francisco de. O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil. – Criciúma, SC : Ed. UNESC, 2010.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: TRANSPONDO A ALIENAÇÃO SOCIAL PARA SUA EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO

Rosane Teresinha Carvalho Porto¹
Rodrigo Cristiano Diehl²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O crescente índice de jovens em conflito com a lei, demonstra que o modelo convencional de Justiça não é suficiente para atender com eficiência as necessidades de adolescentes autores de ato infracional, ao oferecer uma responsabilização que pouco educa e reintegra, acabando na maioria das vezes por revoltar ainda mais. É conveniente que ao invés de se pensar em formas de melhoramento e aperfeiçoamento do sistema tradicional de justiça, que de fato, já está desmantelado, se busque meios alternativos à pena, por meio de outras alternativas de resolução de conflitos, em que se priorize pela construção de acordos, os quais por sua vez, utilizem como instrumento o consenso, o agir comunicativo e a comunicação não-violenta entre os atores sociais envolvidos, em detrimento das penas retributivas.

No entanto, observa-se que para a implementação das práticas restaurativas é fundamental transpor o contexto atual de alienação social e violência estrutural, uma vez que esse modelo de tratamento de conflitos alternativo, requer que os atores sociais da comunidade local estejam predispostos a resolver os seus problemas de maneira autônoma, bem como, manter uma comunicação pacífica com o Ente Estatal, com o intuito de ver os seus interesses atendidos por meio da efetivação de políticas públicas pertinentes. Assim, torna-se imperioso o compartilhamento de responsabilidades entre Estado e comunidade, uma vez que a Justiça Restaurativa trata-se de um projeto complexo, que exige ações em várias áreas, exigindo uma gestão pública compartilhada, que valorize o agir comunicativo.

A Justiça Restaurativa é uma das técnicas de resolução de conflitos incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que aparece como uma política pública socioeducativa. Por conta disso, interessa saber como a Justiça Restaurativa pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) propõe o tratamento de conflitos em um contexto social marcado pela alienação social e pela violência estrutural?

Preliminarmente pode-se afirmar que, a Justiça Restaurativa possibilita o enfrentamento dos conflitos de forma satisfatória, transpondo o contexto social contemporâneo marcado pela alienação social e pela violência estrutural, através do emponderamento dos atores sociais da comunidade local, por meio de uma nova atuação a partir da gestão compartilhada entre Estado e Comunidade. É importante que os governos, nos diferentes níveis viabilizem a participação popular nos processos decisórios, estabelecendo ferramentas de consulta aos cidadãos, descentralizando a administração, evidenciando dessa maneira, o princípio da subsidiariedade, com o intuito de assegurar o direito à voz e à espaço de toda a população. O ponto de partida é a iniciativa dos membros da comunidade local, o sentimento de apropriação das políticas públicas e o interesse em participar diretamente e ativamente na construção de acordos para os seus problemas, não ficando totalmente dependente das ações emanadas do Estado para satisfazer as suas necessidades.

1 Policial militar. Mestre em Direito, área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora de Direito Civil. Integrante do Grupo de Pesquisa: Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela professora Pós-Dr^a Marli M. M. da Costa. Coordenadora do projeto financiado pelo PAPEDS: O DIREITO VAI A ESCOLA: CONSUMO X EDUCAÇÃO PARA CIDADANIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA REDE ESCOLAR DO ENSINO FUNDAMENTAL. Email: rosaneporto@brigadamilitar.rs.gov.br

2 Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista da Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS no projeto de pesquisa “O direito de proteção contra a exploração do trabalho infantil e as políticas públicas de saúde no Brasil”. Integrante dos grupos de pesquisa: “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa; e “Direitos Humanos”, coordenado pelo professor Pós-Doutor Clovis Gorczewski, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC e certificados pelo CNPq. Email: rodrigocristianodiehl@live.com

Com a emancipação social e política dos indivíduos, é possível uma cidadania ativa da comunidade, a qual é capaz de participação e comunicação democrática. Essa ação voltada para o espaço público local, transcende à esfera estatal, e revela a tomada de posição da comunidade como agente autônomo, corresponsável, que pelo o emponderamento, busca meios alternativos de resolução de seus próprios conflitos.

1. CONTEXTUALIZANDO SOBRE A VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E SUAS IMPLICAÇÕES ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E ALIENANTE

O inquietante fenômeno da violência, responsável pelo crescente sentimento de medo e insegurança nas sociedades contemporâneas, possui múltiplas faces, apresentando-se das mais diversas formas, interligando-se, fortalecendo-se e interagindo constantemente. (COSTA in LEAL; REIS, 2005). Corbisier (1991) afirma que é na estrutura da sociedade que está a raiz da violência, a qual também pode ser chamada de violência institucional, que remonta à antiguidade quando era realizada a divisão das classes sociais em senhores e servos, consubstanciando o domínio de uma sobre a outra.

O Ente Estatal em todas as suas esferas e estruturas é o responsável primeiro em promover a implantação e o desenvolvimento das condições mínimas de vida de todos os cidadãos, sendo que a viabilização desses pressupostos básicos, como o acesso à saúde, à educação, à alimentação e à moradia se dão através da definição de políticas públicas. Dessa forma, as políticas públicas pressupõem mecanismos de atuação do Estado, voltadas ao enfrentamento das questões sociais, de maneira justa e harmônica, visando impulsionar a inclusão e a igualdade dos cidadãos.

Dessa maneira, cabe mencionar que as demandas das sociedades contemporâneas são em grande parte evidentemente comprometidas e prejudicadas, tendo em vista que as políticas públicas são organizadas com o intuito de atender aos interesses do capital financeiro ao realizar concessões aos detentores do poderio econômico. A consequência imediata da violência estrutural é a perda da qualidade e eficácia dos serviços públicos, que passam a ser prestados de forma precária e subsidiária, uma vez que a essência das políticas públicas, que seria o bem-estar e a qualidade de vida dos cidadãos, desvirtuou-se em meio à supervalorização do corporativismo e do neoliberalismo.

Na realidade, a alienação social decorre da própria violência estrutural, uma vez que, os cidadãos privados dos recursos básicos necessários ao exercício efetivo da liberdade e de uma situação de bem-estar, acabam vivendo à margem da sociedade, excluídos, alienados e sem a capacidade de exercerem sua cidadania de maneira ativa. Dito de outra forma, o termo exclusão é "inseparável da questão da cidadania, por se referir a direitos e benefícios dos quais parcela dos cidadãos é privada". (SCHMIDT, 2006, p. 1759).

Com efeito, é necessário um resgate do papel estruturador do Estado, da capacidade de planejamento, da visão de conjunto e de longo prazo, que parecem desaparecer do horizonte da ciência econômica. Quando há organização, aliada a uma concepção abrangente dos objetivos, é possível a participação e pronunciamento da sociedade. Sem planejamento anterior, aparecem somente fatos consumados, negócios, não restando espaço para a comunidade exercer a opção democrática. (DOWBOR, 2008). Nesse viés, Putnam aduz que o capital social se reflete no grau de confiança existente entre os atores sociais, envolvendo o grau de associativismo e o acatamento às normas de comportamento cívico, como por exemplo, o pagamento de impostos e os cuidados dispensados aos espaços públicos e aos bens comuns. (PUTNAM, 1993/96).

Resumindo, o capital social significa a existência de recursos, os quais possibilitam um espaço para o estabelecimento de novas relações entre os cidadãos pertencentes a uma determinada região e daí, a sua relação com o conceito de comunidade. Portanto, o capital social pressupõe esse conjunto de recursos, ainda que simbólicos, de cuja apropriação depende em grande escala o destino de certa comunidade. (PUTNAM, 1993/96).

As populações marginalizadas têm imensa dificuldade de enxergarem-se como atores capazes de exercer influência real em seu ambiente social e no âmbito político, tendo em vista as múltiplas barreiras sociais que lhe são impostas, sem contar com a baixa auto-estima e o senso reduzido de participação política a que são acometidos em virtude da violência estrutural e da alienação social. No entanto, estabelecendo-se estratégias focadas ao enfrentamento das desigualdades e da exclusão social, especialmente no que tange à delinquência juvenil, e utilizando-se dos

fundamentos do capital social, é possível alcançar o emponderamento dos cidadãos da comunidade local.

O emponderamento configura uma mudança atitudinal efetiva de grupos sociais desfavorecidos, os quais se tornam capacitados para a articulação de interesses, para a participação comunitária, ação que lhes possibilitam um maior acesso e controle dos recursos disponíveis, com o intuito de compartilharem uma vida autodeterminada, autorresponsável, interagindo ativamente nos processos políticos decisórios. No seu alcance mais amplo, o emponderamento proporciona condições psicoculturais para que a classe marginalizada desfrute dos direitos de cidadania. (PUTNAM, 1993/96).

A participação dos cidadãos em questões políticas que lhes são essenciais corresponde ao mecanismo mais nobre do processo de emponderamento das comunidades. Desse modo, em relação à cultura política, o emponderamento consiste na aquisição de um senso de eficácia política, pelo qual os cidadãos se sentem aptos a influenciar nas resoluções que lhes interessam. Por conseguinte, segundo Putnam (1993/96, p. 1774) “ao participarem dos processos decisórios, os cidadãos tornam-se protagonistas da sua própria história, deixam de ser objetos das iniciativas de outros e tornam-se sujeitos de seu futuro”.

As soluções para alcançar níveis equilibrados de igualdade e inclusão social, fomentando a participação democrática dos cidadãos, parecem estar na iniciativa comunitária de proteção do bem comum, com o desenvolvimento de formas inteligentes de articulação entre os inúmeros objetivos econômicos, sociais, ambientais e culturais, bem como a crescente colaboração entre os diversos atores que participam da construção social desses objetivos. Privilegiar o paradigma de colaboração em detrimento ao paradigma da competição é o ideal a ser perseguido, haja vista que a visão geral que impera hodiernamente é vencer os outros, ainda que a luta seja eivada de futilidades e os resultados negativos para toda a sociedade. (DOWBOR, 2008).

A respeito desse assunto, é interessante mencionar que o tipo de capital social a ser buscado para levar as pessoas de uma comunidade ao emponderamento, de modo que encontrem soluções para os seus problemas e conflitos, é o que a doutrina chama de capital social comunitário. Esse determina relações próprias de uma comunidade, atividades coordenadas com objetivos comuns, autogovernadas, com o sentido de identidade, ou seja, comunidades autônomas e que não estão na total dependência do Estado para suprir as suas necessidades. (SCHMIDT in LEAL; REIS, 2006).

Nesse sentido, requer-se um novo modelo de democracia, que esteja apta a (re)estabelecer a comunicação entre os diversos atores sociais, utilizando-se dos pressupostos e das contribuições da teoria do agir comunicativo de Habermas, ao tornar os espaços sociais mais interlocucionais, baseados em uma ética discursiva, deliberativa, voltada ao entendimento e ao consenso, de modo que leve em consideração os interesses, necessidades, sentimentos dos cidadãos e suas opiniões democráticas, conferindo igual peso e respeito às suas manifestações comunicacionais.

Por isso, o exercício de uma gestão compartilhada deve priorizar espaços políticos, em que seja oportunizado a participação, a reflexão e a comunicação dos atores sociais nas deliberações concernentes às demandas sociais importantes à coletividade. Ademais, a legitimidade da Administração Pública está fortemente vinculada à existência de um processo decisório político democrático de comunicação racional, através da implementação de espaços permanentes destinados a obtenção do consenso e de entendimentos acerca do que se almeja em termos de sociedade e de governo, por meio de mecanismos que viabilizem a co-gestão, a compreensão, o debate de questões comunitárias relevantes, para finalmente, concretizar as políticas públicas perquiridas. (LEAL, 2006).

A possibilidade de a comunidade ser agente efetivo de transformação da realidade social depende em grande escala do reconhecimento e das relações que possuem com o Estado, instituições e com aqueles que detêm o poder decisório. Nesse viés, está a relevância em articular alianças em torno das organizações populares, bem como obter seu reconhecimento legal perante as autoridades constituídas, o que pode ser efetivado através de uma comunicação racional entre os atores sociais a partir do fortalecimento do capital social. (SCHMIDT in LEAL; REIS, 2006).

Ao encontro de tudo que fora dito, ainda é importante analisar a respeito das práticas restaurativas que estão sendo desenvolvidas, principalmente na área da infância e da juventude, observando o papel da comunidade, pela capacidade de explorar o capital social e humano que é o poder do local.

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA ENQUANTO PRÁTICA EXTRAJUDICIAL A PARTIR DO PODER LOCAL

As ações voltadas para o espaço público local, que transcendem à esfera estatal, provocam autonomia e emancipação dos atores sociais, que imbuídos nos pressupostos do emponderamento, buscam meios alternativos de resolução de seus próprios conflitos, também com vistas em promover a diminuição dos índices de delinquência juvenil, ao proporcionar uma responsabilização mais humana aos jovens autores de ato infracional, ao passo que fortalece os laços sociais da comunidade local.

O crescente aumento de jovens em conflito com a lei, demonstra que os programas de execução das medidas socioeducativas atuais, em especial os programas de atendimento das medidas de privação da liberdade, assim como o sistema prisional, encontram-se em verdadeira crise. Diversos ramos do conhecimento, tais como a criminologia, ciências jurídicas, sociais, pedagógicas, reforçam a situação de falência do encarceramento, apontando que esse não é um instrumento eficaz para atender as necessidades dos adultos e muito menos dos jovens que se envolvem com a criminalidade.

No que se refere à prisão, Michel Foucault já mencionava que se “conhecem todos os inconvenientes e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E Entretanto, não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”. (FOUCAULT, 2004, p. 253). Dessa forma, a responsabilização penal de adolescentes infratores, possui caráter muito mais retributivo do que educativo, desconsiderando o público infanto-juvenil como detentores de direitos e, dessa forma, negando o exercício de sua cidadania, acarretando dor, violência, revolta, rotulamento e estigmatização, restando evidente a ofensa em relação às diretrizes consubstanciadas pela Doutrina da Proteção Integral.

Mais coerente do que buscar soluções para melhorar o modelo convencional de justiça criminal, que de fato, já está desmantelado, é encontrar algo diferente do que a institucionalização e meios alternativos à pena. E é nesse ímpeto que surge a Justiça Restaurativa, apresentando uma abordagem diferenciada do sistema processual penal em vigor no ordenamento jurídico, ao pressupor o encontro das partes envolvidas em um conflito, oportunizando um espaço para o diálogo, para a expressão dos sentimentos e das emoções decorrentes de um ato infracional, objetivando construir um acordo que atenda satisfatoriamente às necessidades da vítima, do autor e da comunidade, restaurando o máximo possível os danos causados, em detrimento da mera resposta punitiva aos ofensores.

Nesse sentido, para a implementação das práticas restaurativas é essencial a existência de democracia participativa, mecanismo capaz de fortalecer as relações entre indivíduos e comunidade, contribuindo para que os próprios cidadãos assumam o papel de pacificar seus próprios conflitos, atenuando os índices de violência. (BRANCHER, 2007).

Logo, percebe-se que há um reforço na interconexão entre os atores sociais, ao passo que a Justiça Restaurativa reconhece que todos os membros de uma comunidade, independentemente de serem vítimas ou infratores, estão unidos através de princípios comuns por constituírem uma comunidade compartilhada. Por consequência, as infrações ocorridas no meio social também são de responsabilidade da comunidade local, que pode contribuir com a restauração dos danos causados à vítima, assim como, com a reintegração do ofensor ao seio social. (CUSTÓDIO; COSTA, 2010).

Corroborando-se que a instituição de práticas restaurativas configura-se um novo olhar na esfera judiciária, nas relações familiares e comunitárias, abrindo um horizonte de participação e autonomia, ao construir espaços específicos que possibilitam o diálogo pacífico entre as partes envolvidas em um conflito.

O enfrentamento de problemas sociais, como o da delinquência juvenil, somente será efetivo se as iniciativas partirem das próprias comunidades em que vivem esses adolescentes em conflito com a lei. É no seio comunitário, com a participação da família, dos amigos e do Estado, que os jovens infratores poderão encontrar a reintegração e readquirir a sua cidadania. Afinal, o melhor lugar para se educar para o convívio social é na própria comunidade.

Então, para resgatar e (re)estabelecer as relações sociais entre os membros de uma comunidade, tendo em vista a diminuição dos índices de delinquência juvenil, aparece a Justiça Restaurativa como uma política pública socioeducativa. Todavia, para que se obtenha êxito na implementação das práticas restaurativas, é fundamental a transposição da alienação social ou estrutural e a inserção do princípio da solidariedade nos espaços comuns, para a construção de uma nova cultura e comportamento na convivência em sociedade. O grande desafio está na resistência em

romper com paradigmas convencionados ou na mudança de papéis sociais. Destarte, para a adoção de um modelo alternativo de justiça na comunidade é imprescindível que se conheça o tipo de cultura em que estão embasadas as práticas de conversações existentes naquele espaço local. (COSTA in LEAL; REIS, p. 3181).

Desse modo, a Justiça Restaurativa configura-se como uma possibilidade de expandir o espaço público através das redes de comunicação abertas, em que prevaleça a participação da comunidade, de forma cooperativa, solidária e responsável, sendo indispensável para tanto, o reconhecimento e o fortalecimento do capital social, para instaurar uma nova cultura social.

Assim, nas comunidades em que o capital social é mais concentrado, decorrendo o emponderamento social, há uma tendência de maior participação dos cidadãos nos processos políticos decisórios, de modo que existe mais facilidade de levar até os governantes propostas de políticas públicas que atendam as necessidades e os anseios da comunidade, sobretudo no que concerne às ações preventivas à delinquência juvenil.

Nesse diapasão, antes de se pensar na concretização de outra modalidade de tratamento de conflitos comunitário, é imperioso ressignificar as próprias comunidades, observá-las com mais atenção e profundidade, sobretudo analisando qual o tipo de comunicação e interação que seus agentes efetivam entre si e com o Estado, verificando qual o lugar ocupado pela política no espaço local. Até porque, uma comunidade é inconcebível sem o direito e sem a política como mecanismos de prática social e intelectual. A Justiça Restaurativa, enquanto ruptura de paradigmas tradicionais no âmbito do direito, se visualiza no momento em que a comunidade constrói sua própria identidade, bem como, exerce a cidadania pela democracia. (COSTA in LEAL; REIS, 2010).

A Teoria da Ação Comunicativa proposta por Habermas possui grande importância no contexto em que se inserem as práticas restaurativas, pelo fato de representar uma teoria crítica da sociedade e ao pressupor que o espaço público ocupado pelos atores sociais é constituído de uma rede comunicacional em que cada sujeito tem o seu momento de verbalização e externalização de sentimentos e a chance de expressar sua versão sobre os fatos que constituem o delito. Com isso, tem-se um emponderamento do conflito pelos principais envolvidos, de modo que a relação está centrada no agir comunicativo, em especial nos atos de fala voltados ao entendimento e ao consenso dos atores sociais. (HABERMAS, 2003).

Diante desse contexto, a Teoria da Ação Comunicativa trata-se de uma base segura para ser utilizada das práticas restaurativas, uma vez que propõe uma nova ferramenta para a aquisição da verdade, na qual os atores sociais envolvidos no conflito, tornam-se protagonistas de um processo comunicativo fundamentado na mais racional e coerente argumentação. Ademais, procura encontrar o entendimento a partir da cooperação, em detrimento de meios coercitivos e manipulatórios. (CUSTÓDIO; COSTA; PORTO, 2010).

Habermas já sustentava, que tudo aquilo que resulta de uma pressão exterior não pode ser levado em consideração como um acordo, pairando apenas sobre convicções comuns. Por isso, as práticas restaurativas surgem como uma possibilidade de tratamento de conflitos através da formação do consenso, da promoção da cidadania e da inclusão social.

Consoante as afirmações de Habermas, é possível aduzir que quando os atores sociais se encontrarem desvinculados de suas perspectivas egocêntricas e predispostos à argumentação, são capazes de buscar de forma cooperativa e solidária transformar o seu mundo, através de trocas de experiências e vivências, constituindo um pano de fundo comum e mais evoluído. Assim, para ser possível uma convivência pacífica é imperioso que seja (re)estabelecida a comunicação na comunidade local por meio do fortalecimento do capital social, com a reinserção do princípio da solidariedade e valendo-se dos pressupostos do agir comunicativo. Dessa forma, será possível reconstruir um mundo da vida universal, o qual pode ser realizado através das práticas restaurativas, enquanto mecanismo de (re)estabelecimento da comunicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que a Justiça Restaurativa proporciona um espaço de diálogo, em que vítima, ofensor, familiares e comunidade podem expressar seus sentimentos e emoções oriundos de um delito, demonstrando as condições para que haja uma maior percepção do dano causado pelo ato infracional, ao mesmo passo em que valoriza a comunicação pacífica com vistas a um acordo elaborado de forma consensuada. Percebe-se também, que esse modelo alternativo de justiça, em que pese ser notadamente inovador e otimista, de certa forma pode ser considerado quimérico na realidade atual, no que tange a seus resultados, se não for concretizada a inserção de uma

nova cultura no meio social, bem como a resignificação das comunidades, de modo que seus cidadãos sejam mais ativos, conscientes e comprometidos com o exercício da cidadania pela democracia, rompendo com o paradigma social atual da alienação social e da violência estrutural. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa requer uma nova cultura social local, contribuindo para tanto, ao possibilitar a participação ativa da comunidade desde a sua efetivação até o controle pós-círculo restaurativo, fato que evidencia o (re)estabelecimento da comunicação entre os atores sociais, refletindo no resgate da corresponsabilidade, solidariedade e cooperatividade, essenciais a uma comunidade autônoma capaz de resolver os seus próprios conflitos.

Este artigo, oriundo de um projeto em andamento que pretende contribuir para o conhecimento científico, entendendo tratar-se de um tema relevante, ao trazer à tona o poder que possui a comunidade para resolver os seus próprios conflitos, sobretudo, sendo agente capaz de contribuir para a diminuição da delinquência juvenil, através da participação na implementação da Justiça Restaurativa como uma política pública socioeducativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça Restaurativa: a cultura de paz na prática da justiça. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/JUST_RESTAUR/VIS%C3O+GERAL+JR_0.HTM>. Acesso em: 8 abr. 2007.
- BOTTOMORE, Tom. Dicionário do pensamento Marxista. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- BRUNO, L.D. Políticas públicas. In: CARVALHO, Alysson (org.). Belo Horizonte: UFMG; PROEX, 2003.
- CERVO, Amado L.; BERVIAN, Pedro A. Metodologia científica. 5.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2002.
- CORBISIER, Roland. Raízes da violência. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da. Políticas públicas e violência estrutural. In: LEAL, Rogério Gesta (org.); REIS, Jorge Renato dos (org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 5. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.
- _____. Justiça restaurativa e alienação social. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge. Direitos sociais e políticas públicas. Tomo 10. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. A justiça restaurativa e a possibilidade de consenso entre os atores sociais: uma abordagem a partir da comunicação não-violenta e da ação comunicativa. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da. Direito, cidadania e políticas públicas. Porto Alegre: Imprensa Livre, v. 2., 2005.
- CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho Porto. Justiça restaurativa e políticas públicas: uma análise a partir da teoria da proteção integral. Curitiba: Multideia, 2010.
- DOWBOR, Ladislau. Democracia econômica: alternativas de gestão social. Petrópolis: Vozes, 2008.
- ETZIONI, Amitai. La tercera via. Traducción de José Antonio Ruiz San Román. Madrid: Trotta, 2001.
- FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas locais. Revista de Administração Pública. n. 1, v. 35, jan./fev., 2001.
- FOCAULT, Michel. Vigiar e punir. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GUSTIN, Miracy B.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. 5. ed. Madrid: Taurus, 2001. v. 2.
- _____. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.
- _____. Instituinto práticas restaurativas. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/interno.php?ativo=DOC&sub_ativo=js21_o_que>. Acesso em: 26 jul. 2010.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia científica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- LEAL, Mônia Clarissa Hening. Manual de metodologia da pesquisa para o direito. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

- LEAL, Rogerio Gesta. Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). Justiça Restaurativa: coletânea de artigos. Brasília: MJ E PNUD, 2005. Disponível em <http://www.undp.org/governance/docs/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf>. Acesso em: 3 out. 2009.
- PUTNAM, Robert. Comunidade e democracia: a experiência da Itália Moderna. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993/96.
- SACHS, Jeffrey. O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos. São Paulo: Cia das Letras, 2005.
- SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge. Direitos sociais e políticas públicas. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.
- SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- SPENGLER, Fabiana Marion. A instituição do consenso na complexidade social contemporânea: a mediação como prática comunicativa no tratamento de conflitos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 9. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009, p. 2762.
- WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Tradução

ADMINISTRAÇÃO CONDIVISA: A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA GESTÃO PÚBLICA

Taise Rabelo Dutra Trentin¹
Candisse Schirmer²
Bárbara Chiodini Axt Hoppe³

Resumo: O presente artigo pretende analisar acerca da gestão pública compartilhada, verificando a sua efetivação, mediante a participação da sociedade civil, elaborando propostas para resolver os problemas sociais, visando os interesses coletivos. O Estado tem uma importância fundamental na administração compartilhada, pois deve servir de garantia não só de igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas também garantir padrões mínimos de inclusão, que tornem possível a cidadania ativa monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos alternativos. Esses padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática. Ainda, é importante buscar novas formas de administração, chamando os cidadãos a participar da administração. O método a ser adotado no desenvolvimento da presente pesquisa será o hipotético- dedutivo, parte de uma consideração geral para verificação específica.

1.Introdução

As necessidades da sociedade moderna tornam-na complexa e ilimitadamente mutável. A dimensão contemporânea do direito nessa sociedade é assinalada na sua relação com a técnica, na qual se busca edificar/estruturar paradigmas de administração pública, tais como a condivisa, sob o prisma de que não deve existir um soberano, mas a doação entre cidadãos e Estado e cidadãos na busca do bem estar comum.

1 Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC, Pós-graduada em direito empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, Advogada. Participou como integrante do Grupo de Pesquisas Políticas Públicas no tratamento dos conflitos, coordenado pela Prof. Pós-Dra. Fabiana Marion Spengler, Integrante do Grupo de Pesquisa: Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Prof^a. Pós Dr^a. Marli Marlene Moraes da Costa, vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da UNISC, e certificado pelo CNPQ. Endereço eletrônico: taise@dutratrentin.adv.br

2 Professora na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Advogada. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, área de concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas.

Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisa: Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Marli Marlene Moraes da Costa, vinculado ao Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Endereço Eletrônico:candisseschirmer@yahoo.com.br

3 Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela mesma instituição. Graduada do Programa Especial de Formação de Professores para Educação Profissional oferecido pela UFSM. Advogada atuante.

4 ARENA, Gregório. A administração condivisa. In; LEAL,Rogério Gesta(org). A administração Pública Compartida no Brasil e na Itália; reflexões preliminares. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 42.

5 ARENA, Gregório. A administração condivisa. In; LEAL,Rogério Gesta(org). A administração Pública Compartida no Brasil e na Itália; reflexões preliminares. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 42.

6 FLORIANO, Neida Terezinha Leal; COPATTI, Maritana. Gestão pública compartilhada e a possibilidade de concretização dos deveres e direitos de cidadania. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_747.pdf. Acesso 12. Out.2012.

7 SIELICHOW, Cristiano da Silva. A possibilidade de efetivação do Estado democrático de Direito a partir da gestão pública compartilhada. Disponível em: http://www.conpedi.org/anais/36/02_1266.pdf. Acesso em 20 de julho de 2012.

2. Administração condivisa e a participação da sociedade

A administração condivisa, está centrada na diferenciada relação entre política, administração e cidadão. No caso do modelo tradicional, política e administração se apresentam em relação ao cidadão, como um bloco, separado e distinto, em face dos interesses perseguidos⁴. Para Arena⁵, este novo modelo de administração “condivisa” indica que os cidadãos e a administração não se limitam a administrar juntos, mas o fazem aliando-se contra um adversário comum representado pela complexidade da sociedade moderna e compartilhando seja o objetivo central, que consiste na satisfação de um interesse geral, seja os recursos que ambos os sujeitos da relação possam colocar em campo. Cidadãos e administrações condivisas, reconhecem que os problemas relativos ao interesse geral são hoje complexos, estreitamente cruzados entre eles a ponto de não poderem ser resolvidos por um só sujeito⁶. Nesse aspecto, a administração condivisa é aquela que solicita aos cidadãos enfrentarem juntos um problema de interesse geral que a administração pública, sozinha, não pode dar solução, ou pode dá-la de forma menos eficiente que não se aliando com os cidadãos. A administração, nesse caso usa a comunicação, não o poder para convencer os cidadãos, a aliarem-se com os cidadãos. Mas para convencer os cidadãos a aliarem-se com ela contra um inimigo comum: a complexidade dos problemas sistêmicos que devem ser resolvidos para poder garantir níveis de vida adequados à exigência da comunidade⁷.

A oferta pelo Estado, de serviços de prevenção e promoção da saúde é concretização de direitos sociais (Art 6º da CF⁸, inserindo-se no regime dos direitos fundamentais coletivos),

A missão estatal de prestar serviços de saúde respalda-se nos fundamentos do Estado democrático (Cidadania e dignidade da pessoa humana. Art.1º, incisos I e II da CF⁹) e coaduna-se com a busca de cumprimento dos objetivos fundamentais (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; promoção do bem de todos, art. 3º, incisos I e IV da CF¹⁰). Conforme explica Leal¹¹, o Estado tem uma importância fundamental na administração compartilhada, pois deve servir de garantia não só de igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas também garantir padrões mínimos de inclusão, que tornem possível a cidadania ativa monitorar. Acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos alternativos. Esses padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática.

Na administração Condivisa visualiza-se um novo paradigma de cultura social, sendo o reconhecimento de que há tantos direitos assegurados e igualmente muitos deveres que essa sociedade civil precisa assumir. Inverte-se, portanto aquele discurso acerca da democracia baseada na representação, pois no modelo proposto há o direito de participação da sociedade.

Na verdade retorna-se a dialogar com a própria ciência da sociologia, volta-se a estudá-la gerando conhecimentos e interesses¹². Ressalta-se, ainda, que se trata de um modelo recente de administração em que as pessoas são as mesmas, o que muda é a relação; sociedade-administração¹³. Os sujeitos são os mesmos em ambos os modelos, aquele tradicional e aquele da administração condivisa, mas muda a impoção da relação entre eles, porque se passa de uma relação fundada sob a separação a uma em que os cidadãos colocam os próprios recursos espontaneamente á disposição da comunidade para enfrentar, juntos com a administração, problemas de interesse geral. Nessa perspectiva, não se trata de substituir os cidadãos, pelas administrações, nem de aproveitar seus sujeitos que permaneçam, mas de criar alianças entre sujeitos que permaneçam distintos e diversos¹⁴.

8 Art. 6º da Constituição Federal: “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”.

9 Art.1º, incisos I e II,CF: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania...”

10 Art..3º, incisos I e IV da CF: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I construir uma sociedade livre, justa e solidária; e inciso IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.³

O Estado está presente diariamente na vida da sociedade no mundo dos acontecimentos, não se confunde com a instituição jurídica que toma o corpo com seus poderes institucionais, mas é o espaço de comunicação e explicitação de um mundo da vida ordenado por marcos normativos fundantes, vetores axiológicos positivos que estabelecem as regras do jogo democrático a partir do qual se tem um mínimo existencial assegurado¹⁵. Os cidadãos somente serão participativos e ativos se forem livres pra explanarem suas ideias, reagirem, dialogarem, mas precisam ter assegurados os seus direitos a fim de participarem da administração pública; entre eles a sua subsistência deve ser suprida. Assim, tem-se como objetivo desta pesquisa, far-se-á uma análise quanto à administração dividida em seus aspectos gerais, bem como verificar-se-á acerca da administração pública dividida e a participação da sociedade na gestão pública.

4. Conclusão

Conforme se apresenta no artigo, alguns apontamentos foram feitos acerca da gestão pública compartilhada e a possibilidade de efetivação dos direitos e deveres concatenados na cidadania mediante a participação da sociedade civil, visando a elaboração de propostas conjuntas para solução dos problemas sociais mais prementes. Uma quantidade enorme de direitos precisam ser preservados e concretizados. Ocorre que o Estado tem se demonstrado com insuficiências financeiras para garantir a efetivação dos direitos sociais de modo totalmente abrangente.

Cabe ao Estado trabalhar na perspectiva de aproximação da sociedade civil e administração pública investindo na interlocução com a sociedade, auxiliando na resolução dos problemas sociais, reforçando o diálogo e conduzindo a participação social sem a exclusão ou transferência dessa responsabilidade para outros seguimentos ou poderes. Desse modo, é importante concluir que é necessária uma participação social ativa nas decisões do Estado, no tocante a gestão de interesses coletivos, através de implementação de ações definidas.

11 LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2006.

12 FLORIANO, Neida Terezinha Leal; COPATTI, Maritana. *Gestão pública compartilhada e a possibilidade de concretização dos deveres e direitos de cidadania*.

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_747.pdf. Acesso 12. Out.2012.

13 ARENA, Gregório. A administração dividida. In: LEAL, Rogério Gesta (Org). *A administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

14 FLORIANO, Neida Terezinha Leal; COPATTI, Maritana. *Gestão pública compartilhada e a possibilidade de concretização dos deveres e direitos de cidadania*.

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_747.pdf. Acesso 12. Out.2012.

15 LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2006.

SARLET, Ingo. Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007.

5. Referências bibliográficas

- ARENA, Gregório. A administração condivisa. In: LEAL, Rogério Gesta(Org). *A administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.
- CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde – Comentários a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº8080/90 e Lei nº 8142/90)* São Paulo: Hucitec, 1995.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro. Nova Fronteira: 1986.
- FLORIANO, Neida Terezinha Leal; COPATTI, Maritana. Gestão pública compartilhada e a possibilidade de concretização dos deveres e direitos de cidadania. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_747.pdf. Acesso 12. Out.2012.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.
- SARLET, Ingo. Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- SIELICHOW, Cristiano da Silva. A possibilidade de efetivação do Estado democrático de Direito a partir da gestão pública compartilhada. Disponível em: http://www.conpedi.org/anais/36/02_1266.pdf. Acesso em 20 de julho de 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Pragmatismo. Direito Reflexivo e Judicialização da política. A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte UFMG, 2002.
- 5
- VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: GRAU, Nc.; PEREIRA, L. C. B. (Org.) *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: fundação Getulio Vargas, 1999.

OS MITOS JURÍDICOS : A UNIÃO ESTÁVEL, SUA DISSOLUÇÃO E A GUARDA DO MENOR, NA CIDADE DE SANTA MARIA -RS

Prof. Fábio Rijo Duarte¹
Dieniffer Portela Perotto²

Os mitos, possuem grau de importância máximo, sendo inclusive fontes do direito, pois a sociedade é criada baseada não tão somente nas leis, mas sim, em costumes ou seja, respeitando a cultura, os costumes, as diferenças de pensamento, é que se forma uma sociedade justa. Os mitos surgem com a formação do Estado, e vão se propagando com o decorrer dos tempos, se afirmando, dentro da sociedade, pois os fatos vão acontecendo e, como já dizia Newton, *toda ação tem uma reação*, e é nesta reação que as pessoas precisam buscar repostas, e muitas vezes elas se questionam, e não chegam a conclusões sozinhas, precisando muitas vezes ir atrás de informações com amigos, vizinhos, pessoas do seu círculo de amizades, gerando assim muitas vezes um conhecimento coletivo e local, o que nem sempre se aproxima da realidade, ou se quer das normas, ou legislações, mas que ao mesmo passo, e em contradição a isto se vira a norma, a verdade.

Porém, como toda verdade, ou todo mito, são confrontados com o real o tempo todo, fazendo com que os mitos se afirmem, quando as verdades são as mesmas, ou gerando lacunas, quando confrontadas com a verdade real dos fatos, o que gera uma insegurança psicológica, que muitas vezes é motivo de frear o crescimento pessoal.

Isto posto, e levando em consideração os mitos jurídicos levantados, no direito de família, constatou-se que dentre os sujeitos pesquisados, 36%, destes possuem como certas, os mitos jurídicos, e que na maioria das vezes gera a eles, uma insegurança, que os prende a realidades muitas vezes desumanas, como por exemplo a guarda do menor e não partilha de bens na união estável, e estas pessoas dissimulam esta informações para outras pessoas de suas comunidades, que puderam fazer parte da pesquisa, e que o farão da mesma forma, gerando uma corrente de divulgação dos mitos, por isso o que se precisa a divulgação de verdades.

Porém, mesmo respeitando a existência e importância dos mitos, existe o cenário anterior descrito, e ele acontece sim, na sociedade atual e no ano de 2012, pois muitos ainda acreditam em inverdades, que são mantidas por medo, como limitadores na busca de novas informações, e exigem a necessidade de um confronto com a verdade real, para que possam viver com mais dignidade humana e com limitações mais reais e menos imaginárias.

Como, uma hipótese de solução deste problema, poderia ser realizado um projeto de extensão em comunidades carentes, por intermédio de palestras, explicativas, com abertura para perguntas individuais, para que assim se fizesse propagar novas verdades.

¹ Professor Orientador, Fadisma, Faculdade de Direito de Santa Maria

² Acadêmica do 10º Semestre de Direito FADISMA, dieniffer@exattus-sm.com.br

O ALINHAMENTO DO PADRÃO ECONÔMICO DESENVOLVIMENTISTA COM A HERMENÊUTICA ECOLÓGICA: A EMERGÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO MEIO AMBIENTE¹

Angeline Kremer Grandó²

RESUMO:

Estamos inseridos em uma sociedade globalizada, onde os conceitos desoberania estatal estão sendo paulatinamente relativizados em detrimento da emergência da chamada Governança Global. Nesse contexto, alguns conflitos surgem e desafiam os entendimentos tradicionais da legitimidade do exercício de poder. Uma questão que ganha espaço na agenda de novas discussões internacionais é a ambiental, pois a hierarquia de valores de cada país impossibilita o estabelecimento de um consenso. Daí surge à importância da emergência de uma Organização Internacional centralizada voltada ao Meio Ambiente, com efeito de mediadora global dos conflitos de interesses divergentes, entre as grandes potências e com a ética ecológica. Em um primeiro momento analisaremos a evolução da hermenêutica ambiental a nível global e seus reflexos na dinâmica normativa dos Estados. Em seguida, trataremos da ineficácia dos atuais aparatos em contrapor os interesses das grandes potências, e a dificuldade dos mesmos em aliar a ética ecológica com o sistema econômico desenvolvimentista. Por fim, lançaremos mão de um substrato hipotético, para analisarmos os benefícios de uma Organização Internacional do Meio Ambiente e sua força potencial de resolução de conflitos acerca das questões ambientais, em um possível cenário futuro.

PALAVRAS- CHAVE: Direito Ambiental Internacional; desenvolvimento econômico; lógica produtivista; governança global; organizações internacionais.

1 O presente artigo foi elaborado como instrumento de pesquisa na disciplina de Organizações Internacionais do curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e orientado pela professora Candisse Schirmer graduada em Direito pela UNISC; Mestre em Direito pela UNISC; Advogada; Professora da área de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Santa Maria FADISMA.

E-mail: candisse@fadisma.com.br

2 Estudante do sexto semestre do curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria e do Primeiro semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria. E-mail: angeline.kremer@gmail.com

I- ORIGEM E DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

O pós-guerra trouxe consigo grandes mudanças estruturais no cenário internacional. A ocorrência sucessiva de catástrofes de grandes proporções, a conscientização do mundo sobre a necessidade dos direitos humanos e a possibilidade eminente de destruição global gerada pela Guerra Fria, fizeram com que a preocupação com o meio ambiente ultrapassasse o âmbito doméstico e recaísse na necessidade coletiva de tutelar as relações humanas com a natureza. Como resposta direta, e consequência tardia da Assembléia das Nações Unidas, a emergência do Direito Internacional do Meio Ambiente vem como uma nova ferramenta de regulamentação tanto de omissões como de ações indiscriminadas cometidas por Estados e particulares.

O Direito Ambiental Internacional surge mais como um método de análise de eficiência das respostas dadas aos problemas ambientais, do que como uma força codificada capaz de alinhar os conflitos entre a lógica do produtivismo e o uso consciente de recursos naturais. Seu papel, na prática, é o de agente fomentador de reflexões necessárias e ainda está em processo de transformação na busca por novos fundamentos que convertam interesses na busca pelo desenvolvimento sustentável das sociedades contemporâneas. A proteção ao meio ambiente, suporte da vida em todas as suas formas, espaço de vida e de transformação cotidiana dos seres humanos, é condição *sine quo non* para o seu próprio desenvolvimento e dos Estados, bem como para o desenvolvimento e fortalecimento de uma comunidade internacional. (SILVA, 2010, p.11).

Desde eras pré-industriais o ser humano vem moldando o ambiente de modo a adequá-lo aos seus interesses. Com o crescimento da economia e a estrutura de mercado indicando a

necessidade do aumento de produção, o consumo indiscriminado de recursos naturais, o aumento extensivo da emissão de poluentes e outras condutas degradantes, foram justificadas pela prioridade dada ao lucro e ao desenvolvimento.

Esse comportamento foi se agravando exponencialmente na medida em que os êxitos financeiros retornavam. Foram as previsões alarmistas, como o relatório “The limits to growth” que, atentando sobre a necessidade de urgente alteração dos modos de 3 Relatório coordenado por Donella Meadows, publicado em 1972, que, através de um modelo matemático provou que se não houvesse alteração no crescimento da população mundial, no ritmo da industrialização, poluição, e nos modos de produção alimentar e utilização de recursos, os limites para o crescimento no planeta seriam alcançados nos próximos 100 anos. Crescimento, manifestaram a tendência de criação de uma linha normativa que estabelecesse uma estabilidade ecológica.

A partir da década de 60, a democratização da consciência ambiental mundial fez-se notar por uma série de tratados e conferências. Foi em julho de 1972, na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, que o Direito Internacional do Meio Ambiente assinou sua certidão de maturidade, criando uma ligação direta com os Direitos Humanos. Nessa Conferência também foram identificados problemas com potencialidade de gerar conflitos internacionais, e a solução apontada seria a cooperação mútua em ações que afetam o bem estar de todos. Contudo, as divergências entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento evidenciaram a dificuldade de mediar um consenso Norte-Sul, pois os segundos defendiam o princípio “first raise our growth”, onde o objetivo primário era o crescimento, preterindo as medidas ambientais. Nesta mesma data foi acordado que a ideia de desenvolvimento permearia a legislação, pois numa economia neoliberal não há como descartá-la. Estabelece-se apenas a premissa de que, com a construção de uma planificação racional, é possível haver a conciliação do crescimento econômico com a preservação ambiental. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma (Proclamação da Declaração de Estocolmo, 1972).

A Declaração de Estocolmo foi o ponto de partida para que várias ações multilaterais fossem acordadas, estimulando a consciência global ambiental da

sociedade civil. Mas os resultados da proteção ao meio ambiente são planejados em longo prazo, e a demanda carece de transformações imediatas. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) materializa essa incompatibilidade temporal ao revelar que, dez anos após Estocolmo, apesar dos avanços consabidos, a extensão dos problemas ecológicos tinha piorado. Em 1987, foi entregue à Assembleia Geral das Nações Unidas o chamado Relatório Brundtland⁴, dando um parecer de urgência para a 4 Publicado em 1987, afirmava a necessidade de entrar em uma nova era de crescimento econômico, onde as ações estivessem ancoradas na conservação ambiental. Adoção do desenvolvimento sustentável e o alinhamento entre as dicotomias de interesses a nível mundial.

A Conferência do Rio ou ECO 92, foi consequência da sugestão do Relatório Brundtland de promover reuniões internacionais para a avaliação dos avanços obtidos, teve como objetivo primordial a conciliação entre o desenvolvimento econômico e a hermenêutica ecológica. Foi essa a primeira conferência que estabeleceu uma obrigação de avaliação dos progressos realizados na implementação de seu plano de ação cinco anos mais tarde (SILVA, 2010, p.39).

II- AGENTES DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Os Estados-nação são os principais atores das Relações Internacionais; são eles que detêm o poder efetivo de ratificar e controlar as fontes de Direito Internacional. A soberania, um dos pilares de identidade e formação de um país, de acordo com Marcelo Varela, dá ao Estado o direito de gozar e dispor dos recursos naturais internos de forma permanente e sem a coação externa. Pierre-Marie Dupuy, autor do livro *Droit international public*, contudo, defende que se o exercício da soberania é concebido como o exercício de poderes absolutos do Estado, isso pode gerar conflitos insuperáveis com a proteção ambiental. Os principais problemas estão alicerçados em uma hierarquia de valores, pois a prioridades definem as ações que serão tomadas na agenda de

um país, e a sua soberania dá legitimidade a qualquer decisão. É desse cenário que se emana e justifica a necessidade da visão holística de proteção ecológica. Os problemas ambientais demandam cada vez mais uma solução global e eles exigirão provavelmente o desenvolvimento de um direito que seja adequado ao imperativo da complexidade, da transversalidade, da precaução e da urgência. Em outras palavras, a problemática ambiental exigirá certamente um direito mais ágil e flexível, com técnicas de negociações que não dependam de um consenso entre os Estados (SILVA, 2010, p.56). Daí a necessidade de compreender a governança ambiental internacional enquanto a capacidade social de orientar as condutas nacionais, para a promoção da preservação e conservação do meio ambiente em longo prazo para as gerações presentes e futuras (cf. ESTY; IVANOVA, 2005).

A evolução mundial deu espaço a um novo conceito de soberania. A globalização teve como reflexo direto a redefinição da importância dos Estados-nação e as suas fronteiras, emergindo um sistema de Governança Global. A palavra “Governança⁵” deriva do termo Governo, etimologicamente está ligada a condição de poder. Contudo, a ideia de um governo mundial nos termos arcaicos é descartada. A Governança global não predispõe um Leviatã Global, ao contrário, ela o refuta o uso abusivo do poder. Sua ação não está embasada no realismo político hobbesiano, onde a força é tida como elemento fundamental, mas sim na cooperação, nos termos presentes no Soft Power⁶ combinadas com a visão construtivista que concede às regras um valor de estabilidade determinante. Com base na estrutura da Nova Ordem Mundial, que aponta para uma crescente e ininterrupta interdependência, proponho a Governança Global⁷ nos métodos da escola neoliberal, onde as ações são conduzidas em nome de um interesse comum, que leva, necessariamente, à cooperação. Esse mesmo pensamento é analisado por Hasenclever, Mayer e Rittberger (1997). Seguindo as ideias de Robert Keohane e Joseph Nye, em um mundo interdependente, a governança refere-se à emergência e reconhecimento de princípios, normas, regras e procedimentos que tanto proveem padrões aceitáveis de comportamento público como são seguidas suficientemente para produzir regularidades comportamentais. É importante salientar o caráter institucional da governança, que de forma permanente, efetiva e facilita a cooperação entre os agentes, tornando-a semelhante e convergente com a definição de regimes internacionais. A governança atribui um papel fundamental à sociedade civil, pois outorga a ela não só capacidade de interagir e disseminar ideologias entre suas redes de interesse, mas a Governança refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências. O conceito é dado por James Rosenau no livro *Governança, ordem e transformação na política mundial*. ⁶ Soft Power ou poder brando, é um termo usado na teoria de relações internacionais para descrever a habilidade de um corpo político para influenciar indiretamente o comportamento ou interesses de outros corpos políticos por meios culturais ou ideológicos. O termo foi usado pela primeira vez por Joseph Nye em seu livro de 2004, *Soft Power: The Means to Success in World Politics*. ⁷ A ideia de governança global tem a ver com um novo paradigma, baseado na chamada sociedade global. Trata-se de perceber a passagem do modelo do Estado soberano, no qual o poder era exercido predominantemente pelo Estado, tanto no plano nacional como internacional, para uma nova situação: o modelo da sociedade global, no qual existem outros dois níveis de poder além do nacional e do internacional, que são o transnacional e o supranacional. Na sociedade global, os Estados dividem parte de seu poder com outras entidades transnacionais e supranacionais, e, a partir da interdependência dos povos, tornam-se necessárias novas instituições, caracterizadas por “regimes internacionais” (Matias, 2005).

também o poder de conscientização da possibilidade de obter respostas e resultados além de suas fronteiras nacionais. A atuação da sociedade civil na Governança Ambiental Global, por exemplo, transcende os limites domésticos, pois diz respeito a interesses múltiplos, mobilizando a comunidade em geral. Estocolmo foi a primeira conferência que deu espaço para essa categoria, usando-a como agente catalisador da justiça socioambiental.

III- ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E A DINÂMICA DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

O Direito Internacional dá aos países autoridade soberana legal dentro de suas fronteiras, enquanto o progresso ambiental exige que elas abram mão da liberdade de ação que a soberania

assegura (GONÇALVES; COSTA; 2011, p.100). Os Estados conduzem com excelência seus interesses, usando do Direito Internacional quando lhes é favorável e o prescindindo quando necessário, sem nenhum tipo de penalidade; sendo que esse possui como instrumento de coesão apenas seus princípios positivados, sem qualquer forma de coerção direta.

O fato de grandes potências como China e Estados Unidos, por exemplo, não ratificarem um acordo para a redução da emissão de gases poluentes, resulta em um pacto de baixo denominador comum, ainda que em contraponto dezenas de outros países o tenham assinado. Uma proposta para a solução deste cenário seria a conversão de crédito ecológico em força política, contabilizando os custos ambientais do setor público e privado; ou seja, descontar a taxa de degradação ambiental do crescimento real de cada país. Contudo, instaurar esse sistema sem que haja uma instituição supranacional para tanto, parece inviável, pois haveria um grande confronto, tendo em vista que os credores financeiros- os países desenvolvidos são aqueles caracterizados aqui como devedores ecológicos. Visto isto, é clara a necessidade de se propor a construção de uma Organização Internacional do Meio Ambiente. A emergência de uma Organização Mundial do Meio Ambiente, sendo ela uma associação de sujeitos de direito internacional⁸, institucionalizada e estável, com 8 As Organizações Internacionais só foram concebidas com o status de sujeito de direito internacional em 1949. Podem ser definidas como “associações voluntárias de Estados, estabelecidas por acordo internacional, dotadas de órgãos permanentes, próprios e independentes, encarregados da gestão de interesses coletivos e capazes de expressar uma vontade jurídica distinta da de seus membros” (VELASCO, 2006, p.43).cooperação entre os membros para alcance de um objetivo comum, parece ser a solução potencial para a conciliação entre a dicotomia do desenvolvimento econômico e preservação ambiental e o redirecionamento de forças no sentido da cidadania global. A força potencial para construí-la está, em um primeiro momento, na cooperação internacional em prol do meio ambiente e da formação de um princípio moral forte que coincida com o sujeito fático concreto, pressupondo o engajamento da sociedade civil para que os efeitos danosos ao meio ambiente sejam minimizados. Não é tarefa simples convencer governos, organizações internacionais, empresas, e até a sociedade civil, de que problemas podem ser enfrentados e solucionados fora dos mecanismos tradicionais de autoridade formal (GONÇALVES; COSTA; 2011, p. 109). Por isso, a Organização Mundial do Meio Ambiente, deverá lançar mão de mecanismos neoliberais de alcance de objetivos comuns e transmutar algumas questões centrais da Governança Global, pois um cenário de intensa cooperação, levando em conta qualidade imperativa dos Estados na defesa de seus objetivos, mostra-se utópico. Além disso, essa Organização precisará culminar alguns aspectos realistas, através do monitoramento, do uso de sanções e da coesão por uso de moeda de barganha internacional, quando necessário. Sem estruturas adequadas para trazer organização ao sistema internacional em curso, a desordem pode prevalecer, desencadeando grande instabilidade (GONÇALVES; COSTA; 2011, p.111).

V- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Relatório Global Governance 2025 analisou quatro cenários possíveis para a aplicação da Governança Global nos próximos 15 anos. Em sua conclusão, foi salientada a probabilidade dos Estados Unidos e da União Européia continuarem na linha de frente da condução da agenda internacional. Contudo, analisando as transformações de poderio desde a Segunda Guerra Mundial, que evoluíram de uma Ordem Bipolar para a consolidação da supremacia norte-americana no Pós- Guerra Fria Analisando as potências em ascensão ou projeção internacional consolidada, percebo que o sistema ruma para um globalismo descentralizado: apesar do grande crescimento econômico da China, aspectos militares e sociais dificultam que ela se torne uma potência hegemônica. A União Européia por sua vez, mostra sinais de enfraquecimento, e não me parece haver vontade política para lutar e se impor como um poder central. Quanto aos Estados Unidos, sua projeção deve-se as lacunas de poder deixadas durante os séculos XIX e XX. Hoje os espaços estão se fechando na medida em que outros países estão emergindo com força no cenário internacional. Os Estados Unidos continuarão muito fortes, fazendo o bom uso de seu poder legítimo, mas a tendência aponta para uma política internacional mais regionalizada, onde não haverá um país que se encarregue de ser o grande “mediador global”. A existência de uma hegemonia apresenta um dos principais desafios da Governança Global.. Portanto, neste estudo de cenário descentralizado, a Organização Mundial do Meio Ambiente seria plenamente cabível,

pois a formação de um equilíbrio de poder “multipolarizado” impossibilitaria a renúncia de uma grande potência em aceitar os acordos de interesse comum, ao passo que a instituição teria condições de aplicar mecanismos de coesão para promover o alinhamento dos padrões da lógica produtivista com a hermenêutica ambiental.

REFERÊNCIAS

- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001. DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1998.
- ESTY, Daniel C.; IVANOVA, Maria H. (Orgs.). *Governança Ambiental Global: opções e oportunidades*. São Paulo: SENAC, 2005. FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá Editora, 2010. GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Editora Almedina, 2011. HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. *Theories of international regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. KEOHANE, Robert O. Introduction. IN: NYE, Joseph S.; DONAUHE, John D. (ED.). *Governance in a globalizing world*. Washington, DC: Brookings Press, 2000. MATIAS, Eduardo Felipe P. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005. ROSENAU, James N. *Governança, ordem e transformação na política mundial*. IN: CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 200. P. 11- 46. SEITENFUS, Ricardo (organizador). *Legislação Internacional*. Barueri, SP: Manole, 2004. SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. SILVA, Solange Teles da. *O Direito Ambiental Internacional*. Belo Horizonte, MG: Del rey, 2010. SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Editora Atlas, 2001. SOARES, Remi Aparecida de Araújo. *Proteção Ambiental e desenvolvimento econômico: Conciliação*. Curitiba: Juruá Editora, 2005. VARELLA, Marcelo. *Direito Econômico Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. VELASCO, Manuel Diez de. *Las Organizaciones Internacionales* 14. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE QUALIDADE DE VIDA E AS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE¹

Gibran Malaquias da Costa²
Orientador: Prof. Esp. Fábio Rijo Duarte³

RESUMO

A gestão municipal representa um desafio complexo para os administradores públicos. Não se trata apenas de planejamento que a gestão administrativa municipal terá durante a vigência de suas atividades, para atender às necessidades da presente geração, mas, sim, de um planejamento que começa com a organização do meio ambiente artificial (Cidade) e precisa projetar um desenvolvimento sustentável para as futuras gerações. Este trabalho tem como objetivo fazer uma reflexão sobre os direitos e garantias individuais para o desenvolvimento social e a erradicação das diferenças sociais.

Palavras-Chave: Cidade, políticas urbanas, gestão, desenvolvimento, sustentabilidade e cidadania.

INTRODUÇÃO

As cidades brasileiras, independente do seu tamanho e desenvolvimento, tem o compromisso de ofertar, às pessoas, condições dignas, saudáveis, justas de vida, visando oportunizar melhorias da qualidade de vida. Neste contexto o processo de reestruturação de uma cidade é demorado e trabalhoso, porém os resultados serão, de grande valia, tanto para o Município⁴, que certamente será fonte de referência em nível nacional, como também para todos os cidadãos que fazem parte dele.

Neste pensamento, os direitos e garantias individuais, também conhecidos como Cláusulas Pétreas⁵ assegurados pela atual Constituição Federal, estão previstos com a intenção de alcançar objetivos de desenvolvimento sustentável e erradicação das diferenças sociais. Sabe-se que o alcance das melhorias previstas na Constituição Federal é um processo de responsabilidade que abrange todas as esferas de governo, que depende da exclusão do amadorismo na gestão pública e da aplicação do interesse social sobre o interesse privado. A metodologia utilizada foi uma revisão bibliográfica pertinente ao assunto, além de leituras e análises doutrinária e legislativa, o que garante um estudo sobre a realidade e a temática ambiental.

O trabalho está disposto em duas partes: no primeiro momento fez-se um estudo sobre os direitos e garantias individuais elencados na Constituição Federal que tenham como objetivos identificar os personagens que são responsáveis pela promoção da sustentabilidade e desenvolvimento do ambiente artificial com foco no estudo legislativo da atual Constituição Federal.

1 Artigo retirado do Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade de Direito de Santa Maria sob orientação do Professor Esp. Fábio Rijo Duarte.

2 Egresso do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA

3 Professor das Disciplinas de Direito Internacional, Práticas de Negociação e Trabalho de Conclusão I da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

4 Município é a cidade à qual se reconheceu autonomia administrativa e legislativa e se deferiu governo próprio, com membros do Executivo e Legislativo eleitos por seus habitantes, na forma da Lei (MARQUES, 2011, p.95).

5 Cláusulas pétreas ou também conhecidas como garantias de eternidade: são limitações materiais ao poder de reforma da Constituição de um Estado. (STF – Pleno – Adin nº939-7/DF – Rel. Min. Sydney Sanches – medida cautelar – RTJ 150/68-69).

6 Santa Maria é considerada como importante Centro Educacional de Ensino Superior no Brasil, sendo também reconhecida como Cidade polo do Estado do Rio Grande do Sul.

7 Meio ambiente segundo Dicionário básico da língua portuguesa Folha/Aurélio, “o conjunto de condições naturais e de influências que atuam sobre os organismos vivos e os seres humanos”. (AURÉLIO, 1995)

Na segunda parte, apresentou-se a preocupação em identificar o desenvolvimento sustentável a aplicação do interesse metaindividual sobre o interesse individual nas políticas públicas municipais e as diversas formas de requisitos expostos pela doutrina, que influenciam na qualidade de vida das pessoas. Por fim, apresentam-se, ainda, alguns projetos que estão de acordo com as exigências da Lei 10.257 de 2001 que influenciou na comunidade local e são consideradas práticas para um desenvolvimento sustentável, adotados pela Cidade de Santa Maria - RS6.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Como plano, o legislador constituinte observou os principais problemas do país na época e os colocou como prioridade a ser sanada através de Princípios Fundamentais e Objetivos Constitucionais, previstos na Constituição Federal de 1988, do artigo 1º ao 4º, sendo, cláusula pétreia o direito à vida, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, à moradia, bem como, meio ambiente⁷ ecologicamente equilibrado, à educação, ao lazer, à segurança, à assistência aos desamparados, à saúde e outros. Destacam-se, ainda, alguns dos objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais...

Com as ordens expostas na Constituição, surgem também desafios próprios, com relação à dignidade da pessoa humana estar relacionado diretamente com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, traz para os dias de hoje desafios a serem vencidos.

Tiago Fensterdifer observa a influência que os ambientes exercem nas áreas de convívio humano e no princípio da dignidade da pessoa humana:

O conteúdo conceitual e normativo do princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado à qualidade do ambiente (onde o ser humano vive, mora, trabalha, estuda, pratica lazer, bem como o que ele come, veste etc.) (Tiago apud BARBOSA, p. 61).

A doutrina aponta quatro tipos de meio ambiente, o meio ambiente natural, artificial, cultural e meio ambiente do trabalho.

José Roberto Marques diferencia e define o meio ambiente natural do meio ambiente artificial, para o Autor meio ambiente natural, também chamado de físico, é aquele composto dos elementos existentes na natureza, para cuja criação não concorreu o homem, já o meio ambiente urbano, também conhecido como artificial [...], é aquele construído pelo homem, acrescentando a natureza. (MAQUES, 2011, p. 43)

Já as características do meio ambiente cultural estão identificadas na Constituição Federal no art. 216 - “[...] os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira [...]”. (BRASIL, 1988)

Em consonância com as definições de meio ambiente, Celso Antônio entende que o meio ambiente do trabalho é constituído do local que as pessoas exercem suas funções laborais relacionadas à saúde, atividades remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores. (FIORILLO, 2008, p. 22).

A Constituição da República Federativa do Brasil é uma constituição “democrática e popular” (MORAES, 2007, p. 6), que visa através da aplicação de política social estabelecer atividades que consistam e que devam ser debatidas entre os diversos grupos da sociedade, para um equilíbrio dos interesses existentes em determinado tempo e região. (CARAMURU, 2001, p.24).

Alejandra ao se posicionar sobre políticas sociais identifica duas perspectivas distintas: a perspectiva tradicional e a perspectiva marxista.

Visualizando pela corrente tradicional “as políticas sociais são entendidas como um conjunto sistemático de ações do Estado que têm uma finalidade redistributiva”

Já o ponto de vista da corrente marxista as Políticas Sociais são uma série de “as políticas sociais são entendidas como um conjunto sistemático de concessões e conquistas dos serviços oferecidos pelo Estado”. (Pastorini, 1997, p. 81)

Neste raciocínio os Direitos e Garantias Fundamentais estão previstos do artigo 5º até o 17º da Constituição Federal de 1988, abrangem os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e de participação em partidos políticos, porém, para definir direitos e garantias existe divergência entre as áreas da Ciência, conforme demonstra BOBBIO, em sua ilustríssima obra A Era dos Direitos:

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 as mudanças das condições históricas [...]. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem se quer mencionavam, como os direitos sociais, são proclamados agora com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar [...]. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza.”

A solução do problema passa por três caminhos, que estão em divergência: a primeira corrente diz respeito à expressão muito vaga. A segunda faz referência sobre o estatuto desejado ou proposto para tal definição, porém, não faz referência sobre o seu conteúdo. E enfim a terceira vertente que alega ser necessário acontecer concessões das partes anteriores, mas que é impossível, pois, no abrir mão “as preferências pessoais, as opções políticas, as orientações ideológicas”, são postas na mesa e por estes motivos “não podem ser todos realizados globalmente e ao mesmo tempo”. (BOBBIO, ano, p.)

O Mestre esclarece, ainda, que os “direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais” (BOBBIO, ano, p.). Esses problemas estão completamente fora do escopo desse artigo e não serão detalhados. O problema expostos acima está completamente fora do escopo desse trabalho e não será detalhado. O que importa, nesse item, é saber que a Constituição Federal de 1988 compromete a Administração Pública a exercer o Poder Político-Administrativo⁹, para buscar soluções e aplicação de políticas sociais a fim de que ocorra o desenvolvimento urbano. O Estado assume o compromisso de proteger e defender¹⁰ assim como o de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes (CF/88 art. 182), propiciar à coletividade um ambiente ecologicamente equilibrado que deve ser preservado e protegido para as futuras gerações (CF/88 art. 225).

Nesta linha de raciocínio, a União tem como efeito Político Administrativo, “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, de acordo com o art. 21, IX, um ótimo exemplo de desenvolvimento Social está previsto no Artigo 225¹¹, inciso VI, da Constituição Federal (1988), “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

A competência estadual está prevista no artigo 25, § 3, da Constituição Federal:

Art.25 - Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observando os princípios desta Constituição.

§ 3.º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Os Estados poderão estabelecer constituições próprias, deliberar conjunto de leis com características especiais para um determinado território, administrar e gerenciar negócios próprios e ter a capacidade de eleger representante tanto no âmbito administrativo como no âmbito legislativo (MORAES, 2007, p. 256).

8 Administração Pública segundo Alexandre de Moraes “pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos qual a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”. (MORAES, 2007)

9 Art. 18, caput: A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (Constituição Federal, 1988)

10 Proteção e defesa. (HOBBS, 2003, p. 15)

11 Art. 225, caput: 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 e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (Constituição Federal, 1988)

É o pensamento do Ilustre Ministro Eros Roberto Grau, quando conceitua aglomerações urbanas e microrregiões:

Em sentido amplo, como conjunto territorial intensamente urbanizado, com marcante densidade demográfica, que constitui um polo de atividade econômica, apresentando uma estrutura própria definida por razões privadas e fluxos peculiares, formando, em razão disso, uma mesma comunidade socioeconômica em que as necessidades específicas somente podem ser de modo satisfatório, atendidas através de funções governamentais coordenadas e planejadamente exercitadas. Face à realidade político-institucional brasileira, serão elas o conjunto que, com tais características, esteja implantando sobre uma porção territorial dentro da qual se distinguem várias jurisdições político territoriais, contíguas e superpostas entre si, Estados e Municípios (GRAU, 1983, p.10)

Dessa forma, o Estado tem papel tão importante quanto a União e o Município a respeito do planejamento urbano, no processo de construção de uma sociedade digna para todos os habitantes, tem-se como pressupostos, os mesmos previstos anteriormente como o direito à vida, à moradia, ao trabalho e outros. As características que diferenciam as competências dos Estados para a União são justamente os temas que se pretende regulamentar, devendo o interesse da União atingir a todas as regiões situadas no território nacional, já o interesse do Estado abrange a localidade regional. (SILVA, 1995, p.113).

Segundo o entendimento do Professor e Doutrinador Uadi, entende-se por Políticas Públicas, como:

Um conjunto de providências que objetivam ordenar os espaços habitáveis, organizando todas as áreas em que o ser humano exerce funções sociais indispensáveis a sua sobrevivência, isto é, habitação, trabalho, recreação (lazer) e circulação” (BULOS, 2003, p. 1239).

Neste contexto os municípios receberam a oportunidade de avançar na condução de seus planejamentos e gestão, pois deverão legislar Planos Diretores traçando as exigências fundamentais como instrumento de política de desenvolvimento e expansão público-municipal. Devendo ser observadas e adaptadas às necessidades e peculiaridades que cada município tem, ordenar o crescimento da cidade de acordo com a disponibilidade de cada prefeitura e tendo como meta a sadia qualidade de vida e de toda a coletividade (BULOS, 2003, p. 1243).

O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS CIDADES

Devido às exigências promovidas pela Constituição Federal, prevista artigo 182, caput¹², referente à política de desenvolvimento urbano ao ordenamento das funções sociais da cidade visando garantir do bem-estar dos habitantes. Assim, entende-se importante diferenciar o Crescimento do Desenvolvimento, bem observados por Marcos Leite e Lara de França:

Desenvolvimento trata de um progresso, uma evolução, [...] uma melhoria na qualidade de vida que passa primeiro por um desenvolvimento educacional de extrema valorização do exercício do pensar, associado a uma melhoria das condições socioambientais. Enquanto o crescimento aumenta a demanda por recursos naturais e coloca de lado os valores humanos, que dentro do contexto do crescimento é secundário. (Leite; França, 2007, p. 141)

Desse modo, as obras públicas, deverão observar as “Pedras de Toque do Direito Administrativo¹³”, princípios necessários e relacionados à função social, ambiental e econômica, que firma, aos administradores públicos compromisso em respeitá-los.

Maria Cristina define alguns requisitos de crescimento organizado e desenvolvido ambientalmente com grande felicidade, a Autora entende que os espaços públicos devem preencher algumas características que lhe são próprias:

¹² Art. 182, caput: A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Constituição Federal, 1988)

¹³ Princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

A configuração e tipologia dos espaços públicos determinam a sua função social [...].

As ruas devem ter largura adequada à passagem de veículos, as calçadas devem ser amplas, com calçamento conservado e sem obstáculos que dificultem a circulação de pessoas, para que acidentes sejam evitados, além disso, cidades com grande tráfego de bicicletas precisam de ciclovias, bem estruturadas, possibilitando o acesso bairro/centro/bairro, de modo seguro.

Os espaços de lazer e recreação, como praças e parques urbanos, têm a função primordial no encontro das pessoas. Interagir com o próximo, conhecer as diversas histórias de quem vive na mesma cidade, traz ao ser humano uma gama de experiências que lhe servem para a construção de sua própria história.

As áreas livres para exercícios físicos e recreação, para todas as idades, inclusive para portadores de necessidades especiais, devem estar preparadas com diferentes equipamentos e brinquedos, parques seguros e conservados possibilitam o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes e a convivência sadia entre adultos. Quadras esportivas que além de estimularem o exercício físico, prestam-se ao exercício de cidadania, pois retiram crianças e jovens da vida das ruas e as trazem para a alegria e disciplina promovidas pelo esporte. (BACOVIS, 2010, p. 59) Já no contexto das propriedades particulares o entendimento das Autoras Ana Maria, Annelise e Silvia, é que as características das propriedades particulares são impostas segundo o interesse da coletividade e não mais da simples vontade dos indivíduos:

Quando se diz que a propriedade tem uma função social, está-se afirmando que ao proprietário se impõe o dever de exercer o seu direito de propriedade, não mais unicamente em seu próprio e exclusivo interesse, mas em benefício da coletividade, sendo precisamente o cumprimento da função social que legitima o exercício do direito de propriedade pelo seu titular. (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2011, p. 49).

As propriedades públicas devem ser utilizadas como instrumento de redução de desigualdades sociais e cumprir as devidas Funções Sociais em harmonia com a propriedade privada. Nos dizeres da Professora Maria Cristina a harmonia das propriedades devem ser observadas através de três óticas, também já identificadas no Direito Administrativo, “a social, a ambiental e a econômico”. (BACOVIS, 2010, p. 60).

Com os apontamentos da Autora a ótica Social situa-se em perceber que a utilização de cada espaço deva preencher a sua finalidade: as ruas conservadas, que deva fazer conexão desde bairros afastados até regiões centrais da cidade, tenham qualidade e ofereçam meios de transporte público para pessoas realizarem suas atividades diárias, ciclovias, redes elétricas com novos métodos de instalação da fiação, assim como, proporcionar acessibilidade para pessoas com necessidades especiais; as zonas residenciais propiciem iluminação pública de qualidade, saneamento básico-ambiental, abastecimento de água potável, coleta seletiva de lixo, segurança; as zonas comerciais tenham presença de espaços públicos, acesso de outras regiões facilitadas através de transporte público, segurança, fiscalização; Zonas industriais tenham acesso por ciclovias, ruas alargadas para escoação da produção, terrenos amplos e baratos e outros afim de que busque a melhor satisfação das fábricas e indústrias. (BACOIS, 2010, p.60)

O dever da função ambiental é fazer com que as pessoas, além da interação com o outro, possam refletir e meditar junto a belezas naturais que proporcionem a tranquilidade e o relaxamento, as pessoas possam observar a preservação das espécies nativas, exercendo a função de contemplação, as pessoas devem se sentir verdadeiramente parte da comunidade, isso faz, com que as pessoas passem a zelar pelas obras municipais, a Autora entende que espaços públicos ambientais, sejam jardins botânicos com vegetação farta e águas límpidas, como parques, reservas ambientais e outros meios de preservação natural.(BACOVIS, 2010, p. 59)

Pela ótica econômica, segundo a Autora deve ser observada por dois ângulos distintos a questão econômica referente à administração pública e a questão econômica referente ao administrado, na primeira ótica os administradores públicos devem observar o Princípio da Eficácia do serviço público onde as obras precisam ser de boa qualidade e ter baixos custos, tenham os devidos requisitos preenchidos através de licitações e outros meios legais, que haja fiscalização impedindo o desvio de verba pública e que os projetos aprovados sejam os mais adequados a cada espaço.

Em outras palavras, o Professor Uadi observa à questão econômica em sua obra esclarecendo o artigo 37 da Lei Superior¹⁴, o autor cita como fundamental o Princípio da Eficiência:

A eficiência equivale a um reclamo contra a burocracia estatal, sendo uma tentativa para combater a malversação dos recursos públicos, a falta de planejamento, os erros repetidos através de praticas gravosas do serviço público deve ser observado (BULOS, 2003, p. 632).

Na segunda visão entende-se que os espaços públicos geram riquezas, quando construídos de forma planejadas, podem beneficiar atividades econômicas regulamentadas e as ruas, avenidas, ciclovias geram economia de tempo para todos os beneficiários se refletindo na economia financeira [...]”.(BACOVIS, 2010, p. 60)

As questões que envolvem o equilíbrio da cidade são complexas, trata-se da melhoria do tratamento das pessoas que nelas se encontram, as cidades que aplicam as premissas constitucionais no desenvolvimento de projetos e agregam os interesses coletivos, visando conscientizar o maior número de pessoas a se comprometerem e a praticar valores ambientais sustentáveis, terão um resultado na sustentabilidade e na qualidade de vida de todos os habitantes.

14 Art. 37, caput: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

EXPOSIÇÃO DE PROJETOS

A ideia que o Legislador traçou abrange desde a Constituição Federal até Plano Diretor Municipal, e prevê que os atuais administradores públicos municipais trabalhem para modificar o descaso oriundo de um sistema capitalista, que resultou em um planejamento desordenado e desigual no meio ambiente artificial, anterior a vigência da Lei 10.257/2001. Com a edição da Lei 10.257/2001, Estatuto da Cidade, também conhecida como Lei da Reforma Urbana, o Poder Público objetiva colocar em prática todas as normas referidas na Constituição Federal de caráter urbano. Traz consigo uma carga de valores de ordem pública e interesse social que faz com que as cidades tenham a legitimidade para ordenar o pleno desenvolvimento e consigam regular o uso da propriedade urbana disciplinando as principais diretrizes do meio ambiente artificial, fundamentando-se no equilíbrio ambiental e a sadia qualidade de vida. Muito bem observado por Ana Maria:

Partindo-se da premissa de que o Estatuto da Cidade (Lei da Reforma Urbana) veio com escopo de construir cidades sustentáveis, seria no mínimo uma incoerência não contivesse ele dispositivos comprometidos com a higidez ambiental imprescindível a realização do ideal da qualidade de vida - o meio ambiente e, de fato, estruturante. Por mais que o homem o transforme, recrie e construa mesmo uma segunda natureza, ele é a base sobre a qual nossas cidades paulatinamente se conformam. (MARCHESAN , 2001 p. 47)

Diante desse quadro legislativo, que regula o ambiente artificial, é imprescindível a exposição de alguns exemplos de projetos que estabelecem normas de ordem pública e interesse social, que regulam o uso de áreas públicas e tem como objetivo a satisfação coletiva.

Projetos que deram certo em várias cidades e devem ser implantados nas que ainda não têm, entendo que pequenas mudanças influenciam na qualidade de vida dos cidadãos elevando ainda a satisfação das pessoas por participar de uma cidade que tem comprometimento e valorização das pessoas.

Santa Maria – RS que é considerada como “importante Centro Educacional de Ensino Superior” (DISTRITO VIVO, acesso 2011), sendo também reconhecida como “um polo”¹⁶ do Estado do Rio Grande do Sul, não poderia deixar de ter um distrito industrial¹⁷, mais um objetivo previsto na Lei Orgânica Municipal n.º 034/2005.

15 Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 – Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e das outras providências.

16 Santa Maria é considerada um polo com um forte grau de centralidade, cuja influência ultrapassa os limites regionais, principalmente nas atividades ligadas ao setor terciário, polarizando as atividades comerciais e de serviços. (DISTRITO VIVO, acesso 2011)

17 Distrito industrial de Santa Maria – RS: No dia 13 de janeiro, em solenidade realizada no Senai, a governadora do Estado, Yeda Crusius assinou o repasse de 329 hectares do DI para o município de Santa Maria.

Objetivando cumprir as premissas de sustentabilidade municipal alinhadas no art. 2º, inc. I, do Estatuto da Cidade:

Art.2º: A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito..., à infra-estrutura urbana, ao transporte, ..., ao trabalho..., para as presentes e futuras gerações;

O Município oferece a infraestrutura prevista no inciso I do art.2º visto acima, como também mostra o art. 6º, inc. VIII, da Lei 034/2005:

Art. 6º. Os Programas e projetos devem observar as seguintes diretrizes transversais de política de infraestrutura e serviços de utilidade pública:

[...]

VIII. Garantir o investimento adequado em infraestrutura, a universalização do acesso à infraestrutura urbana e aos serviços de utilidade pública, bem como a justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes das obras e serviços de infraestrutura urbana;

Também é possível transferir o domínio de lotes do distrito industrial para as empresas, como previsto em Lei de nº. 5.521/201118, com a finalidade de incentivar que venham a se instalar na região, e assim o Município passe a ter uma maior arrecadação como previsto nos art. 145 (A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – impostos), e 156, I da CF/8819.

18 Lei Municipal nº. 5.521, de 22 de setembro de 2011 – Autoriza o poder Público Municipal a transferir o domínio de lotes do distrito Industrial e da outras providências.

19 Art. 156 Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

20 Art. 16. Os objetivos, as diretrizes e as estratégias para as áreas públicas são: I. Planejar e implantar os equipamentos sociais de acordo com a demanda atual e projetada, com a infraestrutura, o acesso, o transporte e demais critérios pertinentes;

Outro projeto que satisfaz os anseios de grande parte da população foi a implementação do Shopping Popular Independência, através dele, o Poder Público Municipal de Santa Maria - RS, consegue suprir alguns dos vários objetivos previstos no art. 16 da LM 034/200520, como o de ofertar vários pontos de desenvolvimento em benefício da coletividade, oferecer uma melhor qualidade do meio ambiente do trabalho para os administrados²¹ e preencher os requisitos de desenvolvimento social previstos no art.16, II:

Art.16 [...]

II. Tornar obrigatória a elaboração de plano de uso e ocupação, reorganização e revitalização de áreas de médio e grande porte, de forma a evitar a ocupação desordenada por vários equipamentos sociais dissociados urbanisticamente e em relação aos seus usos;

Quanto ao desenvolvimento ambiental,

Art. 18 A política de proteção do Patrimônio e da Paisagem Urbana deve: [...]

II. Garantir a qualidade ambiental do espaço público;

E na questão econômica.

Art. 1, [...]:

IV. Prever a integração dos espaços públicos com o entorno, promovendo, junto aos órgãos competentes, os tratamentos urbanísticos e de infraestrutura adequados.

Vale lembrar com a implementação do Shopping Popular, a Administração Pública passou a ter o controle e fazer um serviço de “fiscalização eficaz”²² sobre os 194 estandes, observando o Princípio da Eficiência Pública, a Administração Pública resolveu o problema de bancas irregulares de acordo com o que está estabelecido no Art. 16, II, delineado acima e, como exemplo deste caso analisado, extinguiu a poluição visual que se existia na Avenida Rio Branco localizada na parte histórica da Cidade.

²¹ Camelôs, ambulantes e artesãos.

²² Fiscalização – Hoje, o trabalho do Setor de Fiscalização é, justamente, de evitar que novos informais se instalem na cidade e que os existentes permaneçam nos locais em que estão cadastrados. Depois da abertura do Shopping, a fiscalização deverá agir em duas frentes: a primeira é evitar que os trabalhadores retornem aos antigos pontos e impedir que outros se estabeleçam nas ruas. (A RAZÃO, acesso 2011)

Com a retirada das bancas irregulares de comércio informal da Avenida Rio Branco²³, que não estava recebendo a devida atenção pelo Poder Público Municipal prevista no art. 16, inc. VI, da lei 034/2005.

Art. 16. Os objetivos, as diretrizes e as estratégias para as áreas públicas são:

[...]

VI. Estabelecer programas que assegurem a preservação das áreas públicas, ainda não ocupadas ou invadidas, atribuindo à municipalidade a função de zelar pela posse, manutenção e conservação desses espaços, com o compromisso de coibir invasões e estabelecer usos adequados, conforme as necessidades e características locais;

Ainda, como por negligência de administradores passados o centro da cidade havia perdido sua característica de “centro histórico” (SANTA MARIA, acesso 2011), porém de um tempo para cá a prefeitura passou a aplicar a política de desenvolvimento urbano através do projeto de revitalização, que tem previsão no art. 2º:

Art. 2º. A Política de Desenvolvimento Urbano Ambiental tem por objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

IV. Planejamento do desenvolvimento da cidade, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município de Santa Maria de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e de seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;)

A finalidade deste dispositivo é exatamente garantir a qualidade de meio ambiente artificial e resgatar a função de patrimônio histórico, assim como, assegurar o uso adequado para a fruição da paisagem, conforme as características previstas no art. 18, incisos I; II; III; IV, da lei 034/2005:

Art. 18 A política de proteção do Patrimônio e da Paisagem Urbana deve:

I. Garantir o direito do cidadão à fruição da paisagem;

II. Garantir a qualidade ambiental do espaço público;

III. Favorecer a preservação do patrimônio histórico-cultural e ambiental urbano;

IV. Criar instrumentos técnicos, institucionais e legais de gestão do patrimônio, da paisagem e do espaço urbano, garantindo melhor qualidade, tanto pelo setor público, quanto pelo setor privado;

A respeito da Política de Produção Social da Cidade previsto no inciso VII acima, o município tem diversos projetos²⁴ em fase de elaboração e realização²⁵.

²⁴ Projeto: Do lat. projectu, empreendimento a ser realizado dentro de um determinado esquema, plano geral de edificação (FERREIRA, 1999, p.1647).

²⁵ Em uma entrevista com a Senhora Sheila Comiran: Sheila Comiran Arquiteta e Urbanista, Diretora de planejamento do Escritório da Cidade de Santa Maria, no dia 18 de novembro de 2011 as 11:00 horas.

²⁶ Obra Pública é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. (MELLO, 2008, p. 648)

²⁷ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, [...] portadores de referência à identidade, [...] à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] V – os conjuntos urbanos e sítio de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, ecológico e científico.

²⁸ Lei que considera a Vila Belga como patrimônio histórico e cultural do município.

²⁹ Projetada pelo engenheiro belga Gustave Vauthier, a vila foi construída no período de 1901 e 1903 para servir de moradia aos funcionários da companhia belga "Compagnie Auxiliare des Chamins de Fer au Brésil", que vieram para construir a ferrovia.

³⁰ Lei Municipal nº2983/88, de 6 de janeiro de 1988 art. 1º - Fica considerada PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL do Município, a Vila Belga, cujas casas residenciais estão distribuídas em quatro quarteirões compreendidos entre as ruas Manoel Ribas, Ernesto Beck, Dr. Vauthier e André Marques.

²³ Avenida Rio Branco. Antigamente, ao longo dessa via, funções nobres da cidade se estabeleceram, como hoteleira, comercial e religiosa.

Alguns exemplos são as obras públicas²⁶ com finalidade de suprir a função social, econômica e de meio ambiente. A Legislação Federal²⁷, a qual está sendo observada, através do tombamento segundo art. 3º da Lei Municipal de nº. 2983/8828. Com grande expectativa da população que aguarda a finalização do projeto em andamento de Revitalização da Vila Belga²⁹ considerada patrimônio histórico e cultural do município Art. 1º Lei Municipal nº. 2983/8830 terá destaque de passeio público o que já acontece no Parque Itaimbé, ainda será oportunizado a leitura de totens de entrada com a história do local como prevê o art.18 inc. V da lei 034/2005:

Art. 18 A política de proteção do Patrimônio e da Paisagem Urbana deve:

[...]

V. Formular legislação própria de disciplinamento e ordenamento dos elementos componentes do patrimônio e da paisagem urbana, assegurando o equilíbrio visual entre os diversos elementos que a compõem, favorecendo a preservação do patrimônio histórico-cultural e ambiental urbano e garantindo ao cidadão a possibilidade de identificação, leitura e apreensão da paisagem e de seus elementos constitutivos, públicos e privados;

Quanto à acessibilidade deve-se respeitar as necessidades de pessoas especiais, iluminação pública com fiação subterrânea e calçamento da Rua Doutor Wauthier, (SANTA MARIA, 2011) sendo uma parceria do Governo Estadual com o Governo Municipal para recuperar as áreas tombadas, como prevê o art. 18 da Lei Complementar (LC 034/2005) em sua subseção IV Do Patrimônio e da Paisagem Urbana.

Art. 18 A política de proteção do Patrimônio e da Paisagem Urbana deve:

[...]

III. Favorecer a preservação do patrimônio histórico-cultural e ambiental urbano;

Diante de alguns exemplos de projetos que promoveram uma alteração bastante significativa no centro da Cidade de Santa Maria, integrados com outras ações de políticas sociais na educação, saneamento, inclusão social e etc. É imprescindível que outros projetos devam ser implantados também nas regiões periféricas do centro da cidade oportunizando a todas as pessoas uma melhor qualidade de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Argumentou-se, ao longo deste texto, que os Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Constituição, devem ser estruturas basilares para a implementação de projetos, afim de que a operacionalização de políticas públicas seja eficiente e contribuam para o desenvolvimento de toda uma localidade, sempre respeitando a dignidade de pessoa humana.

Portanto, a gestão municipal de uma cidade, passa primeiramente por bons projetos a serem implantados, valorizar o meio ambiente natural, planejar e ordenar o uso e ocupação do solo, o parcelamento, a atividade edilícia, monitorar, fiscalizar e revisar os planos, programas e projetos, visando à participação maciça da sociedade, sem distinção alguma, assim a tomada de decisões, além de mais satisfatória não sobrecarrega o Administrador Público de todas as responsabilidades que assume ao ser empossado.

A sociedade majoritariamente já exige uma mudança de postura de seus representantes, as questões socioambientais, de participação da comunidade, questões de valorização da educação, do trabalho, aplicação do dinheiro público, têm e terão cada vez mais um papel predominante na determinação dos eleitos pelo povo é o que irá determinar o crescimento ou o desenvolvimento do País.

REFERÊNCIA:

BARBOSA, Michelle Sanches, *Breves Notas sobre o Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana Frente o Conflito entre Direito à Moradia e o Direito ao Meio Ambiente*. Doutrina-Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico Nº 33 – Dez-Jan/2011.

BACOVIS, Maria Cristina M. de. *Função Social dos Espaços Públicos*, *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*. Nº 29 – Abr-Maio/2010 – DOCTRINA.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acessado em: 20 de abril de 2012.)

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

- CARAMURU, Francisco Afonso. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- DISTRITOVIVO. Disponível em: [HTTP://www.distribovivo.org.br/conhecasm.asp](http://www.distribovivo.org.br/conhecasm.asp). Acesso em: 21 de novembro de 2011.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo: RT, 1983.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, São Paulo: Afiliada, 2003.
- LEITE, Marcos Esdras; França, Iara Soares de. Reflexões sobre a Sustentabilidade Urbana: *Novo Modelo de Gestão Ambiental da Cidade. Caminhos da Geografia Revista on line*, Uberlândia. V.8, n.22, set. 2007.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI Sílvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011.
- MARQUES, José Roberto. *Meio Ambiente Urbano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. Jurídico ATLAS São Paulo: Atlas, 2007.
- PASTORINI, Alejandra. Quem mexe os fios das políticas sociais? Avanços e limites da categoria concessão-conquista. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, ano 18, n. 53, p. 80-101, mar. 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros,

DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO: UM ESTUDO A PARTIR DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Rodrigo Cristiano Diehl¹
Candisse Schirmer²

A Natureza fez tudo a nosso favor, nós, porém pouco ou nada temos feito a favor da Natureza. Nossas terras estão ermas, e as poucas que temos roteado são mal cultivadas, porque o são por braços indolentes e forçados. Nossas numerosas minas, por falta de trabalhadores ativos e instruídos, estão desconhecidas ou mal aproveitadas. Nossas preciosas matas vão desaparecendo, vítimas do fogo e do machado destruidor da ignorância e do egoísmo. Nossos montes e encostas vão-se escalvando diariamente, e com o andar do tempo faltarão às chuvas fecundantes que favoreçam a vegetação e alimentem nossas fontes e rios, sem o que o nosso belo Brasil, em menos de dois séculos, ficará reduzido aos desertos áridos da Líbia. Virá então este dia, em que a ultrajada natureza se ache vingada de tantos erros e crimes cometidos. - José Bonifácio de Andrada e Silva

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Caracterizada como uma das mais brilhantes evoluções da sociedade contemporânea está a disseminação e concretização dos direitos humanos. Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo inicial analisar o histórico, desde a sua real efetivação no pós-segunda guerra mundial, onde o seu principal objetivo era responder as atrocidades cometidas naquela época, até as perspectivas e os desafios dos direitos humanos na atualidade, tanto no plano teórico quanto no prático.

Na sequência, versar-se-á sobre a proteção ambiental como método para garantir a manutenção ou as gerações de condições necessárias para que se tenha um meio ambiente sustentável, sadio e ecologicamente equilibrado para um pleno desenvolvimento dos seres humanos. E por conta dessa proximidade entre meio ambiente e dignidade da pessoa humana, que o direito ao ambiente pode ser classificado como um direito humano por excelência.

E por fim, abordar-se-á um dos principais objetivos do Estado Democrático de Direito para a efetivação dos direitos, a educação. Sendo assim, a mesma se apresenta como um processo de transformação do ser humano, onde a razão é aperfeiçoada, permitindo um desenvolvimento pleno da cidadania ao favorecer a participação política do indivíduo. Consequentemente, existe a preocupação em garantir as presentes e futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1 Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista da Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS no projeto de pesquisa “O direito de proteção contra a exploração do trabalho infantil e as políticas públicas de saúde no Brasil”. Integrante dos grupos de pesquisa: “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa; e “Direitos Humanos”, coordenado pelo professor Pós-Doutor Clovis Gorczewski, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC e certificados pelo CNPq. Email: rodrigocristianodiehl@live.com

2 Professora na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA e na Faculdade Dom Alberto. Advogada. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, área de concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisa: Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Marli Marlene Moraes da Costa, vinculado ao Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Endereço Eletrônico: candisseschirmer@yahoo.com.br

1. DIREITOS HUMANOS COMO RESPOSTA A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Uma das questões mais discutidas na atualidade, sem sombra de dúvida, é referente à aplicação tanto no âmbito nacional quanto internacional dos direitos humanos. No entanto, para que se chegasse a este patamar de discussões, foram travadas, ao longo da história, diversas lutas, entre elas, aquelas perpetradas por trabalhadores urbanos, camponeses, mulheres, indígenas e muitos outros segmentos minoritários da sociedade, que se posicionaram contra uma elite que resistia em manter os seus privilégios. (DHESCA, 2008). Nesta perspectiva de surgimento dos direitos, destaca-se o da pessoa humana, segundo relatório da Plataforma Dhesca (2008) percebe-se uma certa resposta as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. A violência absurda empregada naquele período alertou para a necessidade da criação de padrões, no âmbito internacional, de tolerância às mais diversas culturas, étnicas e grupos sociais. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevendo um mundo mais igualitário, onde todos os seres humanos gozariam de liberdade de expressão, de crença e de viverem a salvo de toda a forma de temor.

O último momento especialmente marcante no percurso histórico da noção de dignidade da pessoa humana é também o mais chocante. A revelação dos horrores da Segunda Guerra Mundial transtornou completamente as convicções que até ali se tinham como pacíficas e 'universais'. A terrível facilidade com que milhares de pessoas – não apenas alemãs, diga-se, mas de diversas nacionalidades europeias – abraçaram a ideia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política de governo válida, ainda choca. (BARCELOS, 2002, p. 108)

No entanto, esta mesma Declaração se encontrava em um plano *além*, ou seja, seus artigos não estavam sendo aplicados na vida real das pessoas. Desta forma, chegou-se a conclusão de que estes direitos deveriam ser definidos em maior detalhe na forma de um tratado internacional, onde todos os países participantes da ONU ratificassem e cumprissem o referido tratado. Porém, tudo isso estava ocorrendo em meio a Guerra Fria, onde havia uma inegável disputa política de fundo na questão dos direitos humanos.

Esta disputa dividiu o planeta em dois grandes blocos: o primeiro com um teor puramente capitalista, liderado pelos Estados Unidos da América, onde se tinha, como prioritários, os direitos civis e políticos, como a liberdade de expressão. E no outro lado do mundo encontrava-se o segundo bloco, comandado pela antiga União Soviética, puramente socialista, e tendo como viés prioritário a igualdade social e econômica, como a alimentação, o trabalho, a moradia, entre outros. (DHESCA, 2008)

A partir desse grande embate, o texto acabou sendo dividido em dois tratados de direitos humanos para que fossem aprovados mais facilmente pela Assembleia Geral da ONU. Um deles se denominaria Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o outro de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos com vigência nos dias atuais. (DHESCA, 2008) Como visto anterior, a reação da comunidade internacional, a barbárie do fascismo e do nazismo, em geral, consagrou a dignidade da pessoa humana no âmbito internacional como princípio máximo dos ordenamentos jurídicos. Nesta linha, Barcelos (2002, p. 109) disciplina sobre a inclusão em algumas Cartas Políticas da "dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava (Alemanha, Portugal e Espanha, (...)); a Bélgica tratou do tema através de emenda à Constituição, juridicizando, com estatura constitucional, o tema".

A partir da admissão desses "novos direitos" nos ordenamentos jurídicos mundiais, iniciou-se também a discussão no âmbito acadêmico, pois os mesmos não se encaixavam em nenhuma dimensão de direitos. Por isso, cria-se uma nova categoria baseado no caráter universal, e levando em consideração as suas peculiaridades como, a aplicação genérica a todas as pessoas e a sua forte ligação com o terceiro princípio encontrado na Revolução Francesa, a fraternidade.

Ainda, a Conferência Mundial de Viena (1993), reafirmou o compromisso mundial pelos direitos humanos e os declarou como indivisíveis e interdependentes. As características que definem tais direitos possuem outras prerrogativas como, *universais* (valem para todos); *interdependentes* (um depende do outro para serem concretizados plenamente), *indivisíveis* (os direitos humanos passam a ser considerados como um todo, não podendo ser divididos) e por último, e não menos importante, eles se classificam como *inalienáveis* (não podem ser trocados, compensados ou vendidos por outros direitos ou garantias). (DHESCA, 2008). Sendo assim, após este breve estudo sobre a evolução histórica e conceitual dos direitos humanos, no capítulo seguinte pretende-se

conciliar a concreta aplicação destes direitos a partir de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

2. O MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO UM DIREITO HUMANO

O processo de formação da sociedade e o sistema político empregado no Brasil, podem ser elencados como os principais causadores da lentidão em absorver e aplicar os direitos, tanto isso ocorreu pela própria estrutura do Estado quanto pela capacidade que a sociedade reivindica seus direitos. Neste sentido, de acordo com relatório da Plataforma Dhesca (2008, p. 9), desde a colonização e da exploração de terras

a construção histórica de nossa identidade foi marcada pelo enorme poder dos donos de terras, pelos mais de 300 anos de escravidão que impedia a participação social dos trabalhadores e pelo autoritarismo da monarquia portuguesa, que usava os privilégios e a corrupção como instrumentos de poder. Este cenário de desigualdade perdura até os dias de hoje, tanto pela concentração de poder econômico e político na mão de poucos grupos, quanto pelo desinteresse e desinformação da sociedade em participar dos espaços públicos de tomada de decisão.

E esta situação de desigualdades é agravada, em grande parte, pelo rápido avanço tecnológico, e por consequência, a globalização. Sendo assim, essa denominada perspectiva de um mundo globalizado pode ser entendida a partir de dois vieses, o primeiro deles se preocupa com a efetividade dos direitos, pelo fato de ter ocasionado a fragilidade dos países, e concorrentemente, poderá desencadear a fragilização de sua implementação. E o outro viés a ser analisado, disciplina que este o atual mundo contemporâneo globalizado facilita a formação de um sistema internacional de proteção dos direitos. (RICHTER; GORCZEVSKI apud GORCZEVSKI, 2007).

Não se pode negar que a atual sociedade contemporânea possui diversos valores, sejam eles religiosos, culturais ou morais, ou melhor, ela está equipada com uma verdadeira multiplicidade de valores. Esse pluralismo para Cittadino (2000, p. 1), “é uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas”. E ainda, de acordo com a mesma autora, essa definição possui duas significações “ou o utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico”.

Nesta percepção de sociedade contemporânea, de acordo com um estudo realizado por Richter e Gorczevski (2000) o direito humano ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado apresenta-se como um direito de terceira dimensão, pois verifica-se seu caráter individual e ao mesmo tempo coletivo, pelo fato de a vivência em um local agradável ambientalmente sempre estará vinculada ao um outro princípio fundamental, o da dignidade da pessoa humana. Ou ainda, referente ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida estarem preconizados no artigo duzentos e vinte e cinco da Constituição Federal, ele extrai características tanto dos direitos civis e políticos quanto dos direito econômicos, sociais e culturais.

Neste sentido, a Constituição Federal no seu artigo 225 disciplina que, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Compreender o meio ambiente como um direito humano fundamental, como visto recentemente, significa que a sua realização é condição primária para a garantia de uma vida mais digna e sadia a qualquer ser humano. Nesta linha, a própria sobrevivência do planeta, garantia de um mundo para as presentes e futuras gerações, depende principalmente da salvaguarda do meio ambiente. Por isso, só se pode falar na concretização de outros direitos, a partir da garantia do maior dele, que é o direito à vida e ao mundo em que habitamos de um modo sustentável e saudável. (DHESCA, 2008)

Ou ainda, de acordo com Milaré (2001, p. 112), o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria exis-tência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida – que faz com que valha a pena viver.

Pelo fato desses direitos serem individuais, particulares, a ninguém é dado o direito de destruir ou até mesmo praticar atos que agridam o meio ambiente, pois se isso ocorrer estará violando o direito de todos os seres humanos. É um direito do qual todos são titulares ao mesmo tempo, por isso o mesmo se classifica como um direito *difuso*, ou melhor, espalhado por toda a sociedade.

Implica um exercício de solidariedade, de dever de respeito mútuo entre os seres, que se realiza entre os mais diversos grupos sociais. (RICHTER; GORCZEVSKI apud GORCZEVSKI, 2007).

Por consequência, se extrai da Carta Magna, segundo Gomes (1999, p. 170), o mais importante princípio do direito ambiental, qual seja, o *princípio do direito humano fundamental*. Quando diz que o meio ambiente é direito de todos, *res communes omnium*, dotando-o da nota de essencialidade à vida, não de qualquer vida, mas da *sadia* qualidade de vida, a Lei Maior reconhece expressamente que tal direito é *direito humano do qual não se prescinde*. Por outras palavras, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito essencial, vinculado ao bem jurídico maior, qual seja, a proteção da vida.

Nesta linha, falar em direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é falar essencialmente do exercício da política plena, onde se envolvem diversas relações de poder entre atores diferenciados por suas identidades, interesses e até mesmo valores, com distintas capacidade e condições para intervir, por exemplo, no acesso e uso aos bens naturais. (RICHTER; GORCZEVSKI apud GORCZEVSKI, 2007). Por isso, a importância do meio ambiente, por exemplo, independe do seu reconhecimento por lei, é mais enraizada em comunidades mais tradicionais, rurais, onde há uma relação de dependência direta desses recursos ambientais, do que em centros urbanos aonde o consumo de serviços, alimentos e outras necessidade básicas chegam ao consumidor através de indústrias, ou seja, o comprador final não tem grande informação do todo o processo, nem principalmente no início da cadeia de produção. (DHESCA, 2008).

Tem-se como recursos ambientais, segundo Rocha (2001, p. 19), o solo, água, vegetação, fauna, subsolo, ar e o homem organizado em sociedade, constituem o meio ambiente. Cada um destes recursos tem um padrão de qualidade. O rompimento de um padrão de qualquer recurso natural dá origem à deterioração ambiental, e aí se inicia o processo de diminuição da qualidade de vida. O homem e a sociedade só se desenvolvem quando não há deterioração ambiental (não há rompimento do padrão de qualidade).

Diferentemente dos conglomerados empresariais ligados à produção de energia, alumínio, papel, produção de alimentos para a exportação e outros, os grupos sociais como as comunidades ribeirinhas que tem uma relação direta com a subsistência com os rios, ou os seringueiros que retiram a sua subsistência das florestas, ou dos pescadores que retiram do mar o sustento de sua família, ou ainda os índios que trazem a floresta um forte valor espiritual, tendem a coligar nos mais diversos atos do cotidiano práticas sustentáveis e um maior respeito no trato com o meio ambiente em sua forma mais virgem. (DHESCA, 2008).

Por isso, o acesso igualitário e justo, direto e indireto, aos recursos naturais de um país também é elemento primordial para a concretização do direito humano ao meio ambiente sadio, ou talvez para a realização da justiça ambiental, que assegura que nenhum grupo social, seja ele qual for, tenha que suportar uma parcela desproporcional dos efeitos negativos dos danos ambientais causados por todos. Ou mais, que todos os indivíduos tenham acesso igual aos recursos ambientais disponíveis e que tenham tanto amplo acesso a informação quanto aos processos democráticos na construção de políticas públicas, planos, programas ou projetos que lhe dizem respeito. (RBJA, 2001)

A partir dessa preocupação que todos possam usufruir, com responsabilidade, dos recursos ambientes, em junho de 1972, realizou-se em Estocolmo, A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, tendo como principal reflexo no ambiente internacional o marco do nascimento do Direito Ambiental internacional. Por considerar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental do indivíduo, igualando com outros direitos, como liberdade e isonomia, como visto no princípio primeiro.

Princípio nº 1: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. (ONU, 1972).

Nesta mesma Conferência, foi criado o PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – que se caracteriza como uma agência do Sistema ONU responsável por monitorar a ação internacional e nacional para proteger o meio ambiente em um contexto sustentável, e por conta disso, e pela vasta biodiversidade brasileira que desde 2004 o PNUMA tem um escritório no Brasil. (DHESCA, 2008).

Assim, é de extrema importância que haja um espaço de diálogo e cooperação entre os mais diversos atores sociais, seja para a elaboração e execução de políticas públicas ou para ações

ambientais. No entanto, além dos espaços institucionais de participação, outras estratégias também se mostram tão eficientes para a preservação natural, como a educação, onde, além de conscientizar o indivíduo acerca de seus atos e reflexos deste no meio ambiente, pode-se incluir esse indivíduo no processo de elaboração dos projetos, o que analisar-se-á na sequência.

3. A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FERRAMENTA PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE

Como base do Estado Democrático de Direito e integrante do rol dos direitos humanos e fundamentais, a educação, se apresenta como um processo de transformação em que a razão inerente ao ser humano é aperfeiçoada, permitindo o desenvolvimento e a formação do indivíduo e, assim, sua atuação no meio onde vive. Ou ainda, segundo Durkheim (2012), a educação tem por objetivo suscitar e desenvolver na criança estados físicos e morais que são requeridos pela sociedade política no seu conjunto. (...) A sociedade e cada meio social particular determinam o ideal que a educação realiza. (...) A criança deve exercitar-se a reconhecer na palavra do educador e a submeter-se ao seu ascendente; é por meio dessa condição que saberá, mais tarde, encontrá-la na sua consciência e aí se conformar a ela.

Neste sentido, a educação tem o principal objetivo de sistematizar, democraticamente, o desenvolvimento da cidadania participativa. Desse modo, os educadores ambientais são convidados a participarem do processo de discussão e elaboração de um plano básico ambiental, voltando todas as políticas públicas à proteção, a melhoria socioambiental, mas, sobretudo, no âmbito educativo.

A partir disso, Lanfredi (2002, p. 123) realiza um paralelo entre a educação e o meio ambiente.

Com efeito, assim em relação à educação (direito de todos) como ao meio ambiente (todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), destaca o legislador que se trata de um direito comum da população, bem como, em face da magnitude da empreitada, não incumbe só ao Estado, mas também à sociedade o dever de promovê-los e incentivá-los.

Portanto, como visto e analisado anteriormente, a corresponsabilidade desses deveres, importa, sem dúvida, na difusão da educação ambiente como um processo político e pedagógico, direcionada principalmente a democratização e ao exercício concreto da cidadania, de uma maneira que ao programar um novo paradigma em parte da sociedade, abriríamos novos horizontes a toda ela. (RICHTER; GORCZEWSKI apud GORCZEWSKI, 2007).

A educação ambiental pode suprir muitos vazios ideológicos desse tempo de extremismos políticos, desperdícios de recursos ambientais, exageros de produção e consumo. A educação ambiental opera processo que oferecem vantagens práticas, sensíveis, palpáveis e as vezes, imediatas e muito positivas àqueles que prezam os atos humanitários, o pensamento holístico, a solidariedade, a saúde, o equilíbrio ambiental e a paz. Busca-se, assim, um concerto global para a implementação desse enfoque educacional, determinante da transformação políticas para a criação de um novo mundo, calcado na sustentabilidade, cujos atores serão cidadãos ativos, trabalhando para a obtenção de soluções concretas que visem à dignidade humana e o bem estar ambiental, através da ação solidária comunitária. (COSTA in ECO-92, 2002, p. 446)

Assim, o que se apresenta neste capítulo, representa muito mais do que uma iniciativa de pesquisadores, mas sim, um rompimento com uma história de descaso, de degradação ao meio ambiente. Reproduz uma ação efetiva no plano fático, que segundo Richter e Gorcevski (2007), procura basicamente enraizar uma cultura de respeito aos multiculturalismos existente na sociedade, por meio da estimulação da educação como um processo emancipatório.

Portanto, é imprescindível a conscientização dos indivíduos acerca de seus direitos e deveres enquanto membros ativos de uma sociedade, para que num futuro não tão distante, os resultados das sementes plantadas hoje sejam colhidos de forma mais eficaz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho procurou-se analisar a história dos direitos humanos no plano internacional, e a sua influência dentro do Estado brasileiro. Ainda, de forma sucinta, relatou-se a brava luta travada entre os grupos minoritários e aqueles que ainda resistiam em manter os seus privilégios à custas do menos desfavorecidos.

Em meio a este conflito surge então o direito humano a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, como um direito decorrente dos dois principais direitos, a dignidade da pessoa

humana e a vida. Por conta disso, o mesmo fora introduzido nas mais diversas cartas políticas como um dos pilares para o Estado Democrático de Direito.

Por conta disso, tem-se apresentado como um objetivo a ser alcançado pelas sociedades globalizadas, a educação ambiental, visto que, anos atrás não havia nenhuma preocupação com o meio ambiente, já que não possuíam pesquisas afirmam de forma inquestionável a estreita relação entre meio ambiente equilibrado e qualidade de vida dos seres humanos.

Sendo assim, é de extrema importância que haja um espaço de diálogo e cooperação entre os mais diversos atores sociais, seja para a elaboração e execução de políticas públicas ou para ações ambientais. No entanto, além dos espaços institucionais de participação, outras estratégias também se mostram tão eficientes para a preservação natural, como a educação, onde, além de conscientizar o indivíduo acerca de seus atos e reflexos deste no meio ambiente, pode-se incluir esse indivíduo no processo de elaboração dos projetos, e a partir desta participação política ativa, torna-lo efetivamente um cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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: 22 set. 2012.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 01. In: RICHTER, Daniela; GORCZEVSKI, Clovis. O Direito Ambiental sob a ótica dos Direitos Humanos e a importância da educação. In: GORCZEVSKI, Clovis (org.). Direitos Humanos, Educação e Meio Ambiente. – Porto Alegre : Evangraf, 2007.

DHESCA, Plataforma. Direito Humano ao Meio Ambiente. Marijane Lisboa (relatora); Juliana Neves Barros (assessora). INESC – Curitiba, 2008.

DURKHEIM, Émile. Disponível em: <http://pt.wikiquote.org/wiki/%C3%89mile_Durkheim> Acesso em: 14/05/2012.

GOMES, Luis Roberto. Princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, n. 16, p. 164-191, out./dez., 1999.

LANFREDI, Geraldo. Política ambiental: A busca da efetividade de seus instrumentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente – doutrina prática, jurisprudência, glossário, 2. ed. Revista, atualizada e ampliada, RT, 2001.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. Revista dos Tribunais. 2004

MOURA, Laércio Dias de. Construindo a Cidadania. São Paulo: Makron Books, 1995.

ONU. Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano. 1972. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html> Acesso em 25 out 2012.

RBJA, Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Manifesto de lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponível em www.justicaambiental.org.br. In: BRASIL, Plataforma Dhesca. Direito Humano ao Meio Ambiente. Marijane Lisboa (relatora); Juliana Neves Barros (assessora). INESC – Curitiba, 2008.

RICHTER, Daniela; GORCZEVSKI, Clovis. O Direito Ambiental sob a ótica dos Direitos Humanos e a importância da educação. In: GORCZEVSKI, Clovis (org.). Direitos Humanos, Educação e Meio Ambiente. – Porto Alegre : Evangraf, 2007.

ROCHA, José Sales Mariano da. Cartilha ambiental. Santa Maria: Palotti, 2001.

WARAT, Luis Alberto. Manifestos para uma Ecologia do Desejo. Editora Acadêmica. São Paulo, 1990.

YOSHIDA, Consuelo Y. M. Poluição em face das cidades no direito ambiental brasileiro a relação entre degradação social e degradação ambiental. Tese de Doutorado, PUC/SP, 2001.

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Simone Andrea Schwinn¹
Quelen Brondani de Aquino²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo principal, um estudo acerca da educação em direitos humanos como um instrumento de proteção ao meio ambiente, especialmente a partir da chamada educação ambiental. Inicialmente, pretende-se fazer um estudo sobre a educação em direitos humanos, no sentido de que ela deve ser tratada como um direito humano fundamental. Na sequência, abordar-se-á o meio ambiente enquanto direito humano fundamental necessário ao desenvolvimento sustentável. Por fim, através da educação ambiental buscar-se-á mecanismos adequados para a proteção ao meio ambiente e a promoção de um desenvolvimento sustentável. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, apoiada nas teorias de pensadores que possuem estudos na área, além de instrumentos legais que tratam dos temas em questão. O problema de pesquisa é como a educação em direitos humanos pode ser um instrumento de proteção ambiental, na medida em que a educação ambiental aparece como tema transversal nos sistemas de ensino, e esta, tem a faculdade de promover a consciência ambiental, tanto no ambiente educacional formal, quanto por meio da educação não formal. O resultado da pesquisa é justamente a constatação de que a educação em direitos humanos, através da educação ambiental, é uma importante ferramenta para a tomada de consciência com relação aos problemas ambientais, e, conseqüentemente, para a proteção do meio ambiente e da participação ativa dos cidadãos para a defesa de um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

2 EDUCAR EM DIREITOS HUMANOS

Educar tem se mostrado um desafio em inúmeros sentidos: das condições dos educadores em sala de aula, à condição dos educandos fora dela, além das condições atuais em que se encontra a humanidade, com uma crise crescente de valores. Muito embora o mundo esteja cada vez mais conectado, através da inserção das novas tecnologias no cotidiano dos indivíduos, a figura do educador continua sendo peça fundamental para o sucesso do processo educativo. E a educação, frente aos inúmeros desafios atuais, “surge como um trunfo indispensável à humanidade na sua construção dos ideais de paz, da liberdade e da justiça social”³.

Temas como liberdade, construção cultural e soberania são desafios para educadores que, ao passar seu conhecimento, tem todo um cenário político e social a sua volta. Assim, tem eles o dever de, não apenas repassar conhecimento acumulado, mas trabalhar para a emancipação dos sujeitos, pois, no dizer de Paulo Freire “a educação como prática da liberdade, ao contrário naquela que é prática da dominação, implica na negação do homem abstrato, isolado, solto, desligado do mundo, assim também na negação do mundo como uma realidade ausente dos homens.”⁴

3 DELORS, Jacques (Org.). *Educação um tesouro a descobrir*: relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre a educação para o século XXI. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: MEC: UNESCO, 2006, p. 11.

4 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17^o ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 40.

5 CHARLOT, Bernard. *Relação com o saber, formação dos professores e globalização*: questões para a educação hoje. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 145.

6 CHARLOT, Bernard. *Relação com o saber, formação dos professores e globalização*: questões para a educação hoje. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 145.

7 GORCZEWSKI, Clóvis; MARTIN, Núria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania*. movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 16. 8 MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*: repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução: Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 65.

Partindo do pressuposto de que a educação é um direito, e não mercadoria, é necessário que ela seja tida como um direito universal que deve ser defendido, uma vez que é integrante da própria condição humana⁵. Dessa forma,

a educação é, fundamentalmente, o triplo processo pelo qual, de maneira indissociável, o “filhote” de homem se torna um ser humano, membro de uma sociedade e de uma cultura em um dado momento e lugar, um sujeito com sua história pessoal. Ela é movimento de humanização, de socialização, de subjetivação; é cultura como entrada em universos simbólicos, como acesso a uma cultura específica, como movimento de construção de si mesmo; é direito ao sentido, às raízes, a um futuro; é direito ao universal, à diferença cultural, à originalidade pessoal. Todos esses direitos devem ser considerados.⁶

Esses aspectos devem ser considerados, na medida em que se constituem como formas de exclusão social dos indivíduos, que, ao não terem atendido seu direito fundamental à educação, ficam alijados da participação social, em uma sociedade cada vez mais complexa, globalizada, onde se impõem drásticas mudanças em valores tradicionais, com o “debilitamento de culturas locais, uma espantosa interdependência econômica e, sobretudo, um profundo questionamento sobre as novas funções do Estado e sua relação com o cidadão.”⁷

Assim, a educação deve ser reconhecida não como um mero direito, mas como um direito fundamental do ser humano, capaz de transformações sociais e pessoais. Nesse sentido, parece consenso de que a educação é uma ferramenta de emancipação dos indivíduos, na medida em que proporciona uma possibilidade de retomada de valores como ética e justiça, aparentemente tão esquecidos. Sendo assim,

a EDUCAÇÃO deve contribuir para a autoformação da pessoa (ensinar a assumir a condição humana, ensinar a viver) e ensinar como se tornar cidadão. Um cidadão é definido, em uma democracia, por sua solidariedade e responsabilidade em relação a sua pátria. O que supõe nele o enraizamento de sua identidade nacional.⁸ (grifo no original)

Levando-se em conta que a educação não é um instrumento neutro, e que, o fato de se optar por uma educação em direitos humanos é uma opção ideológica⁹, necessário se faz o cuidado na abordagem deste modelo, onde “o conteúdo ideal é o que encontra o equilíbrio entre um conteúdo puramente de direitos humanos (mais universal) e um de direitos de cidadania (mais local).”¹⁰

9 GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009, p. 224.

10 GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009, p. 227.

11 BARBOSA, Marco Antônio R. *Memória, Verdade e Educação em Direitos Humanos In: Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. . Paraíba: João Pessoa Editora Universitária, 2007, p.161.

12 BARBOSA, Marco Antônio R. *Memória, Verdade e Educação em Direitos Humanos In: Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. . Paraíba: João Pessoa Editora Universitária, 2007, p.161.

13 CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL- Cedin. *Art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em <<http://www.cedin.com.br/website/internas/legislação>> Acesso em: 08 mai 2012.

14 CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL- Cedin. *Art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em <<http://www.cedin.com.br/website/internas/legislação>> Acesso em: 08 mai 2012.

15 CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL- Cedin. *Art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em <<http://www.cedin.com.br/website/internas/legislação>> Acesso em: 08 mai 2012.

A educação em direitos humanos deve estar, então, pautada em preceitos éticos, para que esses direitos sejam difundidos, compreendidos e efetivamente realizados¹¹. Os diferentes instrumentos, que trazem “os direitos contidos na Declaração Universal e nos sistemas normativos, doméstico e internacional, relativos à matéria, são uma conquista da humanidade, que conclama uma luta contínua para estabelecê-los firmemente na consciência dos indivíduos e dos povos.”¹²

No âmbito internacional, a educação, enquanto direito fundamental dos indivíduos, aparece em diferentes instrumentos, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde seu artigo XXVI traz que todo ser humano tem direito à instrução, sendo que esta deve ser “orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais”.¹³

Em âmbito regional, a Carta da Organização dos Estados Americanos-Carta da OEA - traz como um de seus princípios que “a educação dos povos deve orientar-se para a justiça, a liberdade e a paz”¹⁴; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem assevera que “toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana. Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade. O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado.”¹⁵

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que “os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa à educação. Concordam que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua dignidade e reforçar o respeito pelos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Concordam também que a educação deve habilitar toda a pessoa a desempenhar um papel útil numa sociedade livre, promover compreensão, tolerância e amizade entre todas as nações e grupos, raciais, étnicos e religiosos, e favorecer as atividades das Nações Unidas para a conservação da paz.”¹⁶

Além destes instrumentos normativos, há inúmeros outros documentos internacionais que tratam do tema e, no Brasil, em 2007, foi elaborado o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, de forma conjunta entre o Ministério da Justiça, o Ministério da Educação, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura-UNESCO. O documento, afirma que a educação em direitos humanos, ao longo de todo o processo de redemocratização e de fortalecimento do regime democrático, tem buscado contribuir para dar sustentação às ações de promoção, proteção e defesa dos direitos humanos, e de reparação das violações. A consciência sobre os direitos individuais, coletivos e difusos tem sido possível devido ao conjunto de ações de educação desenvolvidas, nessa perspectiva, pelos atores sociais e pelos(as) agentes institucionais que incorporaram a promoção dos direitos humanos como princípio e diretriz.¹⁷

16CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL- Cedin. *Art. 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/website/internas/legislação>>. Acesso em: 08 mai 2012.

17COMITÊ NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos-PNEDH*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007, p. 26.

Portanto, a educação em direitos humanos é considerada matéria das mais importantes, principalmente porque é uma ferramenta direcionada ao fortalecimento de valores cada vez mais esquecidos, tanto que em recomendação dirigida ao Estado brasileiro, no caso da Guerrilha do Araguaia, a Comissão Interamericana de Justiça solicitou que, como garantia de não repetição de atos de tortura e desaparecimentos forçados, fosse implementado um curso de educação em direitos humanos para as forças armadas. Essa recomendação foi reafirmada pela Corte Intertamericana de Direitos Humanos, na sentença do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”), em novembro de 2010, onde o país foi condenado a, além de outras formas de reparação, a “implementar um curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, a todos os níveis das Forças Armadas.”¹⁸

Percebe-se, portanto, a importância da educação em direitos humanos, não somente nos bancos escolares, mas também nas instituições públicas, especialmente na área de segurança pública, uma vez que o Estado possui o monopólio do uso da força, para que as violações aos direitos humanos e fundamentais não se repitam, ainda mais pelos próprios agentes do Estado.

A educação como vemos se mantém estreitamente unida à forma de organizar e pensar a sociedade. É impensável, portanto, uma educação sem valores, desvinculada de uma dimensão utópica. Educação, ética e política são vértices da construção utópica da paz que necessita de uma cultura de direitos humanos baseada não em qualquer tipo de democracia (representativa, avançada, etc), mas sim na democracia participativa na perspectiva de um renovado humanismo (Pérez Tapias, 1996). Democracia que tem como principal protagonista a cidadania que participa na elaboração, aplicação e promoção de um conjunto de valores.¹⁹

Portanto, é preciso acreditar, e mais, atuar, no sentido de uma educação libertadora, capaz de trazer à tona questões essenciais para o desenvolvimento de um país. A educação em direitos humanos resgata valores fundantes de uma sociedade, que leva para a escola, para a Universidade e para as instituições estatais a concepção ética desses direitos, como sendo inalienáveis ao ser humano, e mais, que busque a emancipação dos indivíduos, para que possam exercer usufruir de uma cidadania plena.

18 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia) vs Brasil.* Disponível em <http://www.cortedh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em 12 jun 2011.

19 RAYO, José Tuvilla; trad. Jussara Haubert Rodrigues. *Educação em direitos humanos: rumo a uma perspectiva global.* Porto Alegre: Artmed, 2004, p.174-175.

Assim, a educação em direitos humanos deve ser entendida como a garantia e efetivação das liberdades fundamentais, tendo por horizonte o desenvolvimento da democracia, criando uma cultura de paz e cidadania a todos os cidadãos. Dito isso, como bem lembra Rubio apud Gorczevski, alguns temas são essenciais na abordagem de uma educação em direitos humanos, quais sejam: democracia, cultura de paz, solidariedade e cooperação, diversidade e multiculturalismo, gênero e sexualidade, consumo responsável e meio ambiente²⁰. Silveira assevera que, “[...] a educação em Direitos Humanos comporta processos socializadores de uma Cultura em Direitos Humanos, que a disseminem nas relações e práticas sociais, no sentido de capacitar os sujeitos (individuais e coletivos) para a defesa e promoção desta cultura.”²¹

²⁰ GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009. p. 225-227.

²¹ SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et al. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária, 2007, p. 245.

²² GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009. p. 225.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231.

Nesse processo de socialização, é preciso ter em conta a realidade em que vivemos. Portanto, elementos político culturais como guerras, contaminação ambiental, ameaça nuclear, pobreza, desigualdades sociais, riscos e avanços tecnológicos, violência e exclusão social e discriminação étnica, racial e de gênero devem necessariamente ser abordados. ²²

Portanto, a educação em direitos humanos, tem papel central no processo de consolidação dos direitos humanos e da consolidação da educação enquanto um direito humano fundamental, proporcionando um sentimento de solidariedade e fraternidade por meio da cooperação de todos.

3 O MEIO AMBIENTE ENQUANTO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Os direitos humanos são uma conquista quase que cotidiana na história da humanidade. A cada nova fase da história humana, novos direitos vão sendo inseridos no rol daqueles considerados de fundamental proteção. Neste sentido, afirma Mendes que:

a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.²³

Assim, fala-se em gerações de direitos, sendo que em princípio foram consagrados os direitos civis e políticos, também chamados de direitos de primeira geração; seguindo-se dos direitos sociais, ou direitos de segunda geração, para chegarmos aos direitos de grupos ou categorias, ou, os direitos de terceira geração. Alguns autores já mencionam direitos de quarta e quinta gerações. Os chamados direitos de terceira geração, correspondem ao princípio da fraternidade e seu titular é indefinido. São os chamados direitos difusos, correspondendo ao direito ao meio ambiente, à informação, à paz, ao desenvolvimento. Tais direitos teriam origem no Direito Internacional, vindo a ser consagrados no Direito Constitucional, estando ainda na dependência de uma melhor conceituação, o que, para alguns, significa tratarem-se apenas de aspirações, sem força jurídica vinculante.²⁴

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 294.

Tal posicionamento parece não fazer jus à realidade atual, sendo, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, já em 1995, usou a terminologia “direitos de terceira geração” para classificar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado na Constituição brasileira.²⁵

Não obstante uma grande gama de diplomas legais versando sobre questões ambientais, somente nas últimas décadas é que a legislação sobre a matéria passou a se desenvolver com maior consistência e celeridade, protegendo o meio ambiente de forma específica, elevando-o como patrimônio na categoria de bem de interesse público, eis que de direta relevância social e que deve observar regime particular em benefício da coletividade.²⁶

Nesse sentido, o fato de a Constituição Federal de 1988 ter consagrado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu texto, mais precisamente no artigo 225, demonstra a importância do tema que, até então não havia sido considerado nos textos constitucionais brasileiros.

O legislador constituinte, ciente da necessidade de proteção ao meio ambiente, estabeleceu neste artigo que a vida depende do meio ambiente equilibrado, que o homem pode extrair dele somente aquilo que for necessário à sua sobrevivência, entretanto, tem de fazê-lo de forma a permitir que os outros homens de sua geração e das gerações futuras possam ter o mesmo acesso.²⁷

No âmbito internacional, as Nações Unidas, na Conferência de Estocolmo em 1972, trouxe em sua declaração que “Defender e melhorar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações se tornou uma meta fundamental para a humanidade.”²⁸ A partir daí, a preocupação com a questão ambiental ganhou cada vez mais força dentro da estrutura das nações Unidas, que passou a adotar diferentes instrumentos de proteção e promoção ambiental, tratando de temas como sustentabilidade, mudanças climáticas, desenvolvimento, pobreza e dívida externa, educação, entre outros.

A questão ambiental tem se mostrado de suma importância, contemplada em diferentes documentos, nacionais e internacionais, sendo o direito ao meio ambiente sadio considerado fundamental para a humanidade, haja vista o processo de globalização mundial, a industrialização e exploração de recursos naturais. Nesse sentido, a educação ambiental torna-se um importante instrumento para a percepção da importância da proteção ao meio ambiente, onde o cidadão o reconhece como um direito a ser exigido.

25 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 134297, Relator Ministro Celso de Mello. Brasil. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207731>>. Acesso em 27 mai. 2011.

26 RODRIGUES, Horácio Wanderlei; FABRIS, Myrtha Wandersleben Ferracini. Educação Ambiental no Brasil: obrigatoriedade, princípios e outras questões pertinentes. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; DERANI, Cristiane. *Educação Ambiental*. Coleção Pensando o Direito no Séc. XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 12.

27 MACHADO, Antônio Cláudio Costa (org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal Interpretada*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, 2010, p. 1192.

28 ONU-BRASIL. *Organização das Nações Unidas*. Disponível em <<<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>>>. Acesso em: out. 2012.

4 A PROTEÇÃO AMBIENTAL A PARTIR DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: A EDUCAÇÃO AMBIENTAL

O termo *educação ambiental* passou a ser utilizado a partir do crescimento dos movimentos ambientalistas na década de 1970, servindo para rotular as iniciativas dos diferentes setores da sociedade, tanto no setor público, quanto privado, de preocupação com o meio ambiente.²⁹

A lei 9795/1999, foi a responsável por inserir no ordenamento jurídico brasileiro, a política nacional de educação ambiental, e traz em seus artigos introdutórios que

Art. 1º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Art. 2º A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.³⁰

Pela leitura dos dispositivos, percebe-se a importância do tema, além de sua intrínseca ligação com a educação em direitos humanos, na medida em que trata-se de uma série de valores a serem cultivados em sociedade, em todos os níveis e processos educativos, seja na educação formal, quanto na não formal.

A lei estabelece ainda, que a educação ambiental não deve ser trabalhada como disciplina específica, devendo ser inserida no currículo escolar de forma transversal em todas as disciplinas, em todos os níveis e modalidades do ensino formal. Com relação à educação não formal, traz a lei que tratam-se de “ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente.”³¹Essas ações serão incentivadas pelo Poder Público, em todos os seus níveis, através da divulgação, planejamento, fomento e sensibilização para ações que visem à proteção ao meio ambiente.

Essa Lei tem como características inerentes: valores sociais, habilidades, processo de cognição, atitudes e competências construídas pelos indivíduos inseridos na coletividade, voltados para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida e sua sustentabilidade. Ressalta-se que através dela foi reconhecido que todos têm direito à educação ambiental como parte do processo da educação nacional [...]³²

Ressalta-se a importância de um olhar sobre as realidades locais para a inserção de um trabalho, projeto ou programa, de educação ambiental, tendo em vista que cada localidade ou comunidade tem características específicas, onde determinados temas são mais prementes.

29 RODRIGUES, Horácio Wanderlei; FABRIS, Myrtha Wandersleben Ferracini. Educação Ambiental no Brasil: obrigatoriedade, princípios e outras questões pertinentes. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; DERANI, Cristiane. *Educação Ambiental*. Coleção Pensando o Direito no Séc. XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 12

30 Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>>. Acesso em out. 2012.

31 Artigo 13 da lei 9.795/1999.

32 RODRIGUES, Horácio Wanderlei; FABRIS, Myrtha Wandersleben Ferracini. Educação Ambiental no Brasil: obrigatoriedade, princípios e outras questões pertinentes. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; DERANI, Cristiane. *Educação Ambiental*. Coleção Pensando o Direito no Séc. XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 13.

Para Chust, para que a educação em direitos humanos seja realizada adequadamente, é preciso seguir três etapas: a cognitiva, a emocional e a participativa ou ativa. A primeira diz respeito ao número de informações sobre o tema a ser trabalhado, uma vez que, quanto mais informações sobre o tema, maior a possibilidade de aprofundamento e reflexão, que conduz a segunda fase, a emocional, onde o mais importante é a sensibilização, a tentativa de afetar emocionalmente os educandos, através de filmes, textos, exemplos, testemunhos, entre outros. Um elemento importante nessa fase é que os educandos devem poder expressar seus sentimentos e os educadores devem fomentar a participação nessa fase.³³

Já a terceira fase, a participativa ou ativa, é uma consequência das anteriores. O conhecimento e a reflexão racional da primeira fase, aliada aos sentimentos da segunda, convergem em uma fase em que o educando se transforma em um cidadão ativo. Aqui devem ser propostas ações onde os alunos sejam protagonistas na defesa dos direitos humanos.³⁴

Ou seja, uma educação que também permita a problematização da realidade a partir da análise dessa própria realidade. Por isso, importa a educação ambiental de forma transversal e obrigatória, mas igualmente o ensino da contextualidade na qual os seres humanos estão inseridos.³⁵

Quanto ao modelo pedagógico a ser adotado, Gorcevski aponta que, nos documentos referentes a direitos humanos não há referência a um modelo a ser adotado. Para o professor, isso corrobora a opinião de que o mais importante não é o modelo, mas o exemplo. Afirma que o princípio didático mais eficaz é viver os direitos humanos, ou seja, ensinar verdadeiramente requer ensinar algo que seja verdadeiro ou válido aos seus próprios olhos. É preciso acreditar naquilo que se ensina, pois a educação em direitos humanos não se realiza somente no discurso, ela deve também ser uma prática. Não pode existir uma dicotomia entre discurso e prática.³⁶

Sendo assim, a educação em direitos humanos, da qual faz parte a educação ambiental, é responsável pelo repasse de valores éticos, de respeito à natureza e aos conhecimentos tradicionais, em busca de uma nova mentalidade coletiva, com vistas ao exercício da solidariedade e de uma educação participativa e inclusiva.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou, através de um breve estudo sobre a importância do reconhecimento da educação e do meio ambiente como direitos fundamentais, demonstrar que a educação ambiental, enquanto tema transversal da educação em direitos humanos é um importante instrumento de proteção ao meio ambiente.

A partir desse estudo, foi possível verificar que, a educação ambiental ao tratar o meio ambiente como um direito humano fundamental, cria condições de reflexão para os indivíduos, de que, enquanto cidadãos, e, portanto, detentores de direitos e deveres, podem e devem reivindicar seu direito a um meio ambiente sadio e, conseqüentemente, levar essa garantia às futuras gerações.

Para tanto, a educação tem papel fundamental, seja nas estruturas formais ou informais, haja vista que trabalha com valores, extremamente caros para o desenvolvimento humano das sociedades. O meio ambiente, enquanto direito humano e fundamental, deve ser objeto de estudo através da educação ambiental, realizada na forma de projetos, programas e outras ações educativas, de forma continuada, para que sua proteção torne-se algo inerente a todas as pessoas, em todos os espaços.

33CHUST, José Vicente Mestre. *Educar em derechos humanos*. Disponível em:<< <http://www.aldeaglobal.net/jvmestre/educarenderechoshumanos.html>>>. Acesso em out. 2012.

34 CHUST, José Vicente Mestre. *Educar em derechos humanos*. Disponível em:<< <http://www.aldeaglobal.net/jvmestre/educarenderechoshumanos.html>>>. Acesso em out. 2012.

35 GRUBBA, Leilane Serratine; FABRIS, Myrtha Wandersleben Ferracini; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Da cidadania ambiental à cidadania planetária. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; DERANI, Cristiane. *Educação Ambiental*. Coleção Pensando o Direito no Séc. XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 13, p. 195.

36 GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009. p. 231.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Marco Antônio R. Memória, Verdade e Educação em Direitos Humanos *In: Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. . Paraíba: João Pessoa Editora Universitária, 2007.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 134297, Relator Ministro Celso de Mello. Brasil. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207731>>. Acesso em 27 mai. 2011.
- BRASIL. *Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999*. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>>. Acesso em out. 2012.
- CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL- Cedin. *Art. 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/website/internas/legislação>>. Acesso em: 08 mai 2012.
- CHARLOT, Bernard. *Relação com o saber, formação dos professores e globalização: questões para a educação hoje*. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- CHUST, José Vicente Mestre. *Educar em derechos humanos*. Disponível em:<<<http://www.aldeaglobal.net/jvmestre/educarenderechoshumanos.html>>>. Acesso em out. 2012.
- COMITÊ NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos-PNEDH*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*. Disponível em <http://www.cortedh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em 12 jun 2011.
- DELORS, Jacques (Org.). *Educação um tesouro a descobrir: relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre a educação para o século XXI*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: MEC: UNESCO, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.
- MACHADO, Antônio Cláudio Costa (org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução: Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- ONU-BRASIL. *Organização das Nações Unidas*. Disponível em<<<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>>>. Acesso em: out. 2012.
- RAYO, José Tuvilla; trad. Jussara Haubert Rodrigues. *Educação em direitos humanos: rumo a uma perspectiva global*. Porto Alegre: Artmed, 2004.
- RODRIGUES. Horácio Wanderlei; DERANI, Cristiane. *Educação Ambiental*. Coleção Pensando o Direito no Séc. XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.
- SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et al. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

O TRANSEXUAL E OS DIREITOS PERSONALÍSTICOS: A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PRENOME E ESTADO SEXUAL NO REGISTRO CIVIL¹

José Luiz Dellinghausen Neto²
Viviane Coutinho³

1. INTRODUÇÃO

No alvorecer da história da humanidade, Direito e Sociedade se entrelaçam, buscando o primeiro sempre acompanhar os avanços da segunda, regendo a forma como dar-se-ão todas as relações surgidas neste transformação. No Brasil, por sua vez, não ocorre diferente de outras partes do mundo, buscando, o Direito, estabelecer limites à atuação dos seres humanos e do Estado aos interesses alheios. Neste sentido, o país vem, especialmente nas últimas duas décadas, enfrentando uma realidade, por vezes, além da suportada pela doutrina e especificamente pelo ordenamento jurídico: o caso dos transexuais. Diante do supracitado, a realidade do transexual é dura, começando logo na infância, momento crucial para o desenvolvimento de qualquer indivíduo. A doença, assim entendida por muitos, se dá pela não aceitação do próprio corpo, uma vez que a convicção da pessoa é pertencer ao sexo oposto. Não raro são os casos em que os transexuais se mutilam a fim de livrarem-se dos órgãos que nasceram. São, portanto, pessoas que estariam fadas à incompatibilidade do sexo psíquico e do sexo físico, antagônicos e inconciliáveis. Os avanços da medicina e da psiquiatria, as quais continuam a aperfeiçoaram-se, surgem com uma alternativa à incompatibilidade enfrentada pelos transexuais. A cirurgia de mudança de sexo possibilita, hoje em dia, a adequação, a grosso modo, do corpo à mente daqueles. Porém, surgem questões relacionadas à reputação e dignidade do indivíduo. Como lidar com a questão do prenome? Como lidar com a questão do estado sexual no registro civil?

O Direito, por fim, mostra-se aberto às possibilidades, cabendo, muitas vezes, aos próprios juristas a interpretação do ordenamento jurídico, a favor ou contra a alteração do prenome e estado sexual dos transexuais operados.

2. METODOLOGIA

A partir de uma análise criteriosa acerca do transexual no Brasil, englobando aí aspectos como a retificação do nome e estado sexual no registro civil, este trabalho terá por estrutura a seguinte forma: busca mostrar, embasado em opiniões de juristas e jurisprudências, como se tem lidado, no Brasil, a questão da alteração do prenome e estado do transexual que se submeteu à cirurgia de mudança de sexo. Trabalhar-se-á aqui com direitos da personalidade, sobretudo ao prenome; a sexualidade humana e também a mudança de sexo, englobando aí o Conselho Federal de Medicina, a cirurgia propriamente dita e a adequação do prenome e estado sexual do transexual operado à sua nova realidade.

3. OS DIREITOS PERSONALÍSTICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O NOME E SUA ALTERAÇÃO

O atual Código Civil brasileiro, de janeiro de 2002, traz a ideia de que toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Ainda, no artigo 2o, apregoa que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, pondo a lei a salvo os direitos do nascituro. A existência de pessoa natural acaba, por sua vez, com a morte e, também, em casos que a lei autoriza a morte presumida, com ou sem declaração de ausência. Dentro deste aspecto, deve-se lembrar do direito da personalidade que se referente à disposição do próprio corpo, o qual, a diante, será de extrema utilidade. O artigo 13 do Código Civil diz que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

¹ Artigo escrito no ano de 2012.

² Acadêmico do 2o semestre do curso de Direito na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) e do 5o semestre do curso de Relações Internacionais na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: joseluiz.dellinghausen@gmail.com

³ Professora Orientadora. Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

Percebe-se, no caso da mudança de sexo, uma discordância entre a disposição do corpo e a irrenunciabilidade proposta no artigo 13. Isto ocorre porque “salvo por exigência médica” dá uma margem para interpretação grande, abrindo-se, com isso, a já citada possibilidade de mudança de sexo, a qual será tratada adiante, com embasamento nos entendimentos do Conselho Federal de Medicina.

Ao lado do direito personalidade citado e demais, encontra-se, no artigo 16 do Código Civil Brasileiro, que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Mais adiante, o artigo 19 diz que “o pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”. Sendo assim, como os direitos da personalidade, faz-se importante ressaltar que a identificação da pessoa natural se faz pelo nome, que a individualiza, pelo estado, que demarca sua posição social, familiar e política, e pelo domicílio, que define o espaço do exercício de sua atividade social (DINIZ, 2007, p. 200). O nome é, portanto, o sinal exterior mais visível da individualidade. Além disso, Gagliano e Pamplona Filho falam no nome como sendo parte integrante da personalidade na medida em que individualiza o indivíduo no grupo familiar e social. Figurativamente, pode ser comparado a uma tatuagem, cuja remoção só pode ser feita por delicada operação (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2007, p. 116). Integrando o nome, podem ser averiguados dois elementos: o prenome e o nome de família. O primeiro deles, o prenome, é específico, podendo ser simples ou composto (duplo, triplo, quádruplo, etc.). Fica, de modo geral, a cargo dos pais a escolha do prenome dos filhos. Uma vez que o prenome escolhido pelos pais exponha o filho ao ridículo, o tabelião pode se recusar a proceder o registro. Em caso de inconformismo dos pais diante da recusa, o caso poderá ser submetido por escrito ao juiz competente, independente da cobrança de quaisquer emolumentos (artigo 55 da Lei de Registros Públicos). O segundo elemento, o nome de família, também conhecido como sobrenome ou patronímico, identifica os membros de uma mesma família. Enquanto elemento que exterioriza a procedência da família, é imutável, podendo advir da mãe, do pai ou de ambos. Neste caso, prevalece o do pai ao final do nome. Maria Helena Diniz lembra que o patronímico pode decorrer da adoção, do casamento ou por ato do interessado, mediante requerimento judicial (artigo 57, §§ 2o e 3o da Lei de Registros Públicos) (DINIZ, 2007, p.204). Além destes, pode-se citar a existência do pseudônimo, alcunha ou apelido, designando a determinada pessoa por uma particularidade sua. Pode ser, inclusive, acrescentada no nome. O exemplo mais claro é o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em que Lula é o pseudônimo que foi acrescentado ao nome. Diniz, citada por Toledo, traz à baila os artigos 17, 18 e 19 do atual Código Civil brasileiro, auferindo proteção ao nome: A proteção ao nome é garantida contra atentados de terceiros, vez que ele é elemento integrador da personalidade, constituindo-se no sinal exterior que caracteriza a pessoa humana, individualizando-a e proporcionando sua identificação no meio social. Assim, não pode o nome ser empregado por outra pessoa, de maneira a expor ao desprezo público, em publicações ou representações, mesmo que a intenção não seja difamatória (artigo 17, CC). Na mesma esteira, não pode o nome alheio ser usado em propaganda comercial (artigo 18, CC), assim como o pseudônimo adotado para atividades permitidas pela lei – veja-se o caso dos artistas, escritores e pintores – goza de idêntica proteção conferida ao nome (artigo 19, CC). Uma vez que tais dispositivos legais sejam desrespeitados, surge para a vítima o direito de pleitear indenização por danos patrimoniais e morais (TOLEDO, 2008, p. 9 -10 apud DINIZ, 2007, p. 128). Pode-se concluir o direito ao nome, prenome e nome de família, como um método para que haja a individualização da pessoa natural, protegendo-a e, como disse Diniz anteriormente, “proporcionando sua identificação no meio social”. O pseudônimo, por sua vez, goza dos mesmos direitos do nome, sendo ambos, portanto, protegidos pelos direitos personalísticos e garantindo, mais uma vez, à pessoa natural a segurança de integridade moral. Além disso, é de extrema importância ressaltar quais são, na atualidade, as maneiras em que se é possível que haja a alteração do nome. Esta é feita de acordo com a regulamentação do nome positivada pela Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), nos artigos 54 a 58. O artigo 54 da LRP determina que o assento do nascimento deverá conter, entre outros, o sexo do registrando (2o) e o nome e o prenome que forem postos ao que nascerá (4o). Hoje em dia, trabalha-se com a ideia de que o nome é inalterável pelo princípio da inalterabilidade do nome (GAVIÃO, 20094). Entretanto, existem alguns casos que tal princípio não é aplicado, prevalecendo a possibilidade de alteração do mesmo. O caso dos transexuais, por sua vez, não é tratado como uma das possibilidades para alteração do nome (trataremos adiante este tópico). As possibilidades de alteração são as seguintes: quando o portador do nome for exposto ao ridículo e/ou à situação que cause vergonha, ficando clara a necessidade de comprovação de tal acontecimento e, abrindo a

jurisprudência, a oportunidade de que se troque o nome dos casos em que este gere dúvida quanto ao sexo do titular (Jacy, Alisson, etc.); existência de erro gráfico notável (artigo 110 da Lei de Registros Públicos, trataremos adiante); ocorrência de embaraço em sede eleitoral, comercial e/ou em atividades profissionais; ocorrência da mudança de sexo (somente é permitida a alteração do nome no que tange a mudança de sexo quando se tratar de intersexuais, trataremos adiante mais detalhadamente); existência de apelido notório, que se queira fazer constar ao invés do nome; reconhecimento de paternidade no que tange ao sobrenome e adição do nome de família do cônjuge. Também pode-se auferir ao artigo 58 da LRP, em parágrafo único, que “a substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público”. Quintanilha lembra “que fique claro, portanto, ser o nome de família imutável (para garantia da ordem pública), podendo ser feitas alterações no prenome”, situações ventiladas acima. (QUINTANILHA, 1981, p. 34)

4. O TRANSEXUAL NA ATUALIDADE: DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA À ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL

O crescente interesse social relativo à sexualidade humana vem, hoje em dia, sendo focado de diferentes maneiras pelos operadores do direito, fazendo que estes necessitem ter maiores conhecimentos sobre o assunto. Tratar-se-á, portanto, de duas situações que tangem a sexualidade humana: o intersexualismo e o transexualismo. O primeiro - o intersexual -, segundo o Instituto Antônio Houaiss, é o indivíduo intermediário, no tocante a características sexuais, entre o macho e a fêmea (HOUISS, 2004, p. 1637). Trata-se, não somente de um problema de ordem psicológica, mas, sobretudo, de natureza física, uma vez que o portador tem órgãos sexuais internos de um gênero e externos de outros. Por exemplo, um homem que assim é porque apresenta um pênis, mas que, na verdade, tem útero e ovários, internamente. A cirurgia para correção do problema de natureza física tem sido realizada e a jurisprudência vem dando tendências de que é possível que haja a retificação do prenome e alteração do registro civil, como fora supracitado. Maria Helena Diniz diz que “inegável a licitude do procedimento médico no caso do intersexual, diante da necessidade absoluta de determinação do gênero. A intervenção hospitalar tem, pois, nesta situação, condão tão somente corretivo” (DINIZ, 2006, p. 288). Em sua obra, o Estado Atual do Biodireito, Maria Helena Diniz conceitua, segundo Aldo Pereira, a transexualidade como “condição da pessoa que rejeita sua identidade genética e a anatomia de seu gênero, identificando-se com o gênero oposto” (DINIZ, 2006, p. 283). Assim, a situação do transexual é alguém que não sofre de qualquer tipo de anomalia genital, mas sim de uma não correspondência entre suas características físicas e psicológicas, recusando integralmente seu sexo, podendo, inclusive, se automutilar ou cometer suicídio. Maria Helena Diniz entende, em sua doutrina, que:

Quando se trata de um distúrbio psíquico de identidade sexual, o acertado seria mudar a mente do transexual através de psicoterapia ou psicanálise, adequando-o aos atributos físicos. Todavia, tal técnica é, em regra, infrutífera porque o transexualismo é incurável, já que constitui uma doença genética produzida por defeito cromossômico ou fatores hormonais”. (DINIZ, 2006, p. 290). Também pode-se utilizar das palavras do desembargador aposentado Semy Glanz, citando Gilles Goubeaux: Interessante observar que, na França, os tribunais, fundando-se em orientações médicas, dizem que “o sexo é resultante de componentes diversos: genético, morfológico, hormonal, mas também psicológico e psicossocial” (GILLES GOUBEAUX – *Traité de Droit Civil, Les Personnes*, n. 262, p. 232, LGDJ, 1989).

4 GAVIÃO, Fausto Carpegeani de Mora. Do princípio da Imutabilidade do Nome. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090519145442509&mode=print>. Acesso em: 17 abr. 2012.

5 A forma como a alteração do prenome pode ser requerida não é apresentada neste trabalho, pois foi considerada demasiadamente extensa e que a mesma perderia, de certa maneira, o enfoque deste trabalho.

Mas, no transexualismo, uma pessoa de sexo bem determinado tem convicção absoluta de pertencer ao outro sexo. Esta pessoa considera-se vítima de um erro da natureza. Poder ser homem em corpo de mulher ou mulher em corpo de homem (GLANZ, Revista de Direito n° 80, 2009). A identificação do transexual com o gênero oposto enquanto doença incurável traduz as palavras de Diniz, enquanto Goubeaux afere à formação do sexo outros componentes, não deixando de lado o psicológico e o psicossocial, culminando, assim, na formação de indivíduos que não aceitem o seu sexo jurídico, necessitando, no futuro, passarem pela cirurgia de mudança de sexo.

4.1 Conselho Federal de Medicina (CFM)

No Brasil, é importante ressaltar a atuação do Conselho Federal de Medicina no que tange à conceituação do transexual e também o trabalho que foi feito por este órgão relacionado à cirurgia de mudança de sexo. O parecer número 11/1991, em sua ementa, dizia que: Incorre em ilícito ético e penal o médico que, diante de solicitação de seu paciente, realizar cirurgia de conversão sexual, por desobediência ao artigo 129 do Código Penal e ao artigo 42 do Código de Ética Médica, por se tratar de mutilação grave e ofensa à integridade corporal. (CFM, 1991). A ementa do parecer número 12/1991, indo ao encontro da anterior, dizia que: A cirurgia de conversão sexual para indivíduos com genitálias externas e internas definidas e cromatina sexual compatível é proibida pelas Leis Brasileiras capitulado no artigo 129, § 2º, incisos III e IV do Código Penal e incorporada ao Código de Ética Médica, artigo 42, pôr se tratar de mutilação grave e ofensa à integridade corporal. (CFM, 1991).

Poder-se-á observar que o CFM evoluiu bastante o modo que vem abordando as questões supracitadas, de pareceres que condenavam a cirurgia e a resoluções que vão ao encontro da mesma. Em 1991, o Conselho Federal de Medicina emitiu dois pareceres condenando a prática da cirurgia de mudança de sexo⁶. Menos de uma década depois, “considerando ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou autoextermínio”, o mesmo Conselho aprova a Resolução n° 1.482/97 que autoriza, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização, podendo esta ser realizada somente em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa (CFM, 1997). Já no ano de 2002, o CFM lança a Resolução n° 1.652, revogando a anterior, n° 1.482/97. Os pontos alterados foram poucos, sendo eles: primeiro, “que as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino poderão ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa” (artigo 6º da mesma Resolução) e, segundo, “que as cirurgias para adequação do fenótipo feminino para masculino só poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa” (artigo 5º da mesma Resolução). Por fim, no ano de 2012, entra em vigor a Resolução 1.955 que revoga a Resolução CFM n° 1652/02. Fica estabelecido, no artigo 2º, que somente a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia será autorizada em caráter experimental; e, no artigo 5º, “que o tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida no artigo 4º. 7” (CFM, 2010).

4.2 A cirurgia de mudança de sexo

A cirurgia de mudança de sexo, hoje em dia, é permitida pelo Conselho Federal de Medicina. Além disso, o Sistema Único de Saúde (SUS), através da Portaria n° 1.707 do Ministério da Saúde, prevê a realização do processo transexualizador nos hospitais públicos. Tal decisão se deu pela 3º. Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª.

⁷Dos pré-requisitos estabelecidos nesta resolução. Art. 5º. § 1º. O corpo clínico destes hospitais, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina, deve ter em sua instituição os profissionais previstos na equipe citada no artigo 4º., aos quais caberá o diagnóstico e a indicação terapêutica. § 2º. As equipes devem ser previstas no regimento interno dos hospitais, inclusive contando com chefe, obedecendo aos critérios regimentais para a ocupação do cargo. § 3º. Em qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação da permissão para a execução dos tratamentos. § 4º. Os hospitais deverão ter comissão de ética constituída e funcionando dentro do previsto na legislação pertinente. (Resolução CFM n o 1.955/2010)

Região, em Porto Alegre, em que ficou decidido que o SUS está obrigado a arcar com os custos da operação para transexuais. O procedimento cirúrgico culmina na perda irreparável dos órgãos sexuais – daí a necessidade de pelo menos 2 anos de acompanhamento pré-cirurgia – e, o resultado, não é idêntico ao natural, ainda que o procedimento seja bem sucedido (TOLEDO, 2008, p. 15). Maria Helena Diniz traz a consequência das cirurgias: sexo masculino para feminino - “extirpação dos testículos ou seu ocultamento no abdômen, aproveitando-se para da pele do escroto para formar os grandes lábios; amputação do pênis, mantendo-se partes mucosas da glândula e do prepúcio para a formação do clitóris e dos pequenos lábios com sensibilidade erógena; formação da vagina, forrada, em certos casos com a pele do pênis amputado; desenvolvimento das mamas pela administração de silicone ou estrógeno (DINIZ, 2006, p. 292). Do sexo feminino para o masculino - “ablação dos lábios da vulva sem eliminação do clitóris; fechamento da vagina; histerectomia, ou seja, ablação do útero; ovariectomia, para fazer desaparecer a menstruação, se o tratamento com testosterona não a eliminar; elaboração de escroto com os grandes lábios, com bolinhas de silicone, o que torna os testículos insensíveis sexualmente; faloplastia, ou seja, construção de neopênis, com retalho abdominal, que reveste o pênis, e com o uso de uma prótese de silicone, transferindo-se alguns nervos, para que possa haver semi-ereção, ablação das glândulas mamárias (DINIZ, 2006, p. 292). O transexual operado tem, agora, a grosso modo, o corpo condizente com a mente, mas ainda assim, os problemas que aquele enfrentará não serão somente médicos, serão, sobretudo, em níveis sociais e religiosos.

4.3 Transexualismo e a alteração do registro civil

Como mencionado anteriormente, o Brasil e, mais precisamente o Sistema Único de Saúde, é obrigado a oferecer a cirurgia de mudança de sexo de forma gratuita, observando-se, sempre, as resoluções do Conselho Federal de Medicina. Além disso, vários países já garantem aos transexuais o direito à troca do prenome e a retificação de seu estado no Registro Civil, o Brasil, por enquanto, caminha a passos lentos, mostrando-se, na verdade, desfavorável à ideia do que já é preconizado nos outros países, tanto na doutrina quanto na jurisprudência⁸. Dentre os casos que foram mencionados para que haja a mudança no prenome, estavam lá o caso dos intersexuais – o qual a jurisprudência vem dando tendências à troca do prenome e do estado no Registro Civil – e, também, casos de exposição ao ridículo em decorrência do nome. Nestes casos, portanto, não caberia ao transexual obter a retificação do prenome e também de seu estado? Não se poderia dizer que as decisões que são feitas em determinados tribunais “contra os transexuais” vão contra o princípio da dignidade da pessoa humana mencionado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal? Analisar-se-á um caso em o desembargador julgou procedente o recurso por entender que a correção do prenome do transexual, bem como do sexo farão com que este não passe por mais situação vergonhosas: Apelação. Registro Civil. Transexual que se submeteu à cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação, de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo). Adequação do registro à aparência do registrando que se impõe. Correção que evitará repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade no meio social causada pelo registro atual. Precedentes do TJ/RJ. Inexistência de insegurança jurídica, pois o apelante manterá o mesmo número do CPF. Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem como a retificação para o sexo feminino. (DES. LUIS FELIPE SALOMÃO 2005.001.01910 – APELAÇÃO CÍVEL – TJ/RS, QUARTA CÂMARA CÍVEL) Rosa Maria Nery, citada por Maria Helena Diniz, entende que a alteração do registro deva ser feita, ainda que a primeira não tenha posição favorável à mudança de sexo. A dignidade da pessoa humana, segundo a processualista, estaria posta em cheque, uma vez que os documentos não seriam fiéis aos fatos da vida. Além disso, considera discriminatória a averbação da opção “transexual”, entendendo que a mesma deva ser sigilosa no registro de nascimento, somente sendo revelada quando da solicitação de certidão de inteiro teor.

⁸ Buscar-se-á mostrar neste artigo jurisprudências favoráveis à mudança do prenome e do sexo no registro civil do transexual operado. Além disso, o item destina do a “Jurisprudências” (4) tratará de trazer exemplos em que os transexuais não conseguiram alcançar seus objetivos referentes aos aspectos propostos neste trabalho.

Diniz cita, inclusive, Antônio Chaves que entende que a legislação só reconhece o sexo masculino e feminino, indo contra qualquer averbação quanto ao estado da pessoa, e, além disso, que o transexual pode pedir alteração do nome por apelido público notório (artigo 58 da Lei de Registros Públicos, redação promovida pela Lei n o 9.708/98). (DINIZ, 2007, p. 208) Observa-se abaixo uma Apelação Civil do que o relator se utilizou do princípio da dignidade humana: EMENTA: ... Retificação de registro civil. “Transexual. Obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Aplicação do artigo I o , III, da Constituição Federal. Modificação de nome e sexo que, no entanto devem ser averbadas, para que se preserve a continuidade do registro civil e os direitos de terceiros. Recurso provido para tal (Apelação Cível 6196724900, Relator(a): MAIA DA CUNHA, Comarca: Guarulhos, Órgão julgador: 4a Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 19/02/2009, Data de registro: 18/03/2009). Outra jurisprudência que se pode destacar é referente ao que Antônio Chaves dissera – artigo 58 da Lei de Registros Públicos, redação promovida pela Lei n o 9.708/98 – , aqui citado por Maria Helena Diniz: REGISTRO CIVIL. Transexualidade. Prenome. Alteração. Possibilidade. Apelido público e notório. O fato de o recorrente ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano sócia, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constituiu prenome feminino, justifica a pretensão já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. Diante das condições peculiares, o nome de registro está em desconhecimento com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário à situação vexatória ou de ridículo. Ademais, tratando-se de um apelido público e notório justificada está a alteração. Inteligência dos artigos 56 e 58 da Lei n o 9.708/98 (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 00394904NROPROC70000585863, DATA: 31/05/2000, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Origem Esteio). Busca-se mostrar como a jurisprudência vem agindo a favor da alteração do sexo e do prenome dos transexuais, com diferentes tipos de argumentações. Maria Helena Diniz, sendo aqui citada por Luiza Toledo, sugere, mais uma vez, de que forma deva ser feito a retificação do registro civil do transexual operado. Maria Helena Diniz é categórica ao afirmar, pois, que deve ser concedida retificação no registro civil do transexual operado, procedendo-se à alteração de todos os seus documentos (carteira de trabalho, títulos de eleitor, CPF, etc.), não devendo ser feito nem mesmo averbação sigilosa no registro do nascimento. Entende a autora que o mandado judicial de retificação deveria, a par de ordenar averbação à margem do registro das retificações de prenome e sexo do requerente (sendo possíveis o masculino e o feminino, apenas; nunca “transexual”), também exigir o arquivamento como ocorre com os mandados judiciais em processos de adoção. A nova certidão fornecida, portanto, não deve fazer qualquer menção à natureza da correção, apenas de retificação de registro civil, cujo conteúdo se resguarda em segredo de justiça. A certidão com o inteiro teor do mandado somente se fornece para salvaguarda de direitos, a critério da autonomia judiciária (TOLEDO, 2008. p. 20 apud DINIZ, 2006, p. 302)

Tangendo esta questão, observa-se, no artigo 13 do Código Civil, “salvo por exigência médica”⁹. Tal expressão recebeu a seguinte exegese, por parte do Conselho da Justiça Federal, enunciado n o 6, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em 2002: “a expressão ‘exigência médica’, contida no artigo 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente” (TARTUCE, 2004, p. 3). Observa-se, portanto, que o bem-estar psíquico do disponente pode ser requerido por ‘exigência médica’ e, deve-se ter em mente que a formação do indivíduo, enquanto sexo psicossocial, depende de vários fatores – genética, criação, pré-natal, determinismo de meio, etc. – que culminarão com a formação de um indivíduo que não se enquadre no seu sexo jurídico (aparente, analisando-se somente os órgãos externos) e deva ele recorrer à cirurgia da mudança de sexo para seu “bem-estar físico quanto psíquico”. Segundo entendimento da Ministra do STJ Nancy Andrighi: Quando se iniciou a obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos era feita baseada na conformação da genitália. Hoje, com o desenvolvimento científico e tecnológico, existem vários outros elementos identificadores do sexo, razão pela qual a definição do gênero não pode mais ser limitada somente ao sexo aparente. Todo um conjunto de fatores, tanto psicológicos quanto biológicos, culturais e familiares, devem ser considerados. A título exemplificativo, podem ser apontados, para a caracterização sexual, os critérios cromossomal, gonadal, cromatínico, da genitália interna, psíquico ou comportamental, médico-legal, e jurídico¹⁰ (ANDRIGHI, 2007, p.5) A doutrina e a jurisprudência brasileira não contemplam, de um modo geral, a mudança de prenome e estado no registro civil para transexuais operados. Entretanto, buscou-se, neste tópico, mostrar que há decisões neste sentido, retificando as informações referentes aos transexuais, tendo como argumentações os mais variados, permeando a Lei de Registros Públicos até o princípio constitucional da dignidade humana. Não

se pode esquecer, por fim, que o princípio da isonomia, da solidariedade social e da não-discriminação são boas bases para entender a inserção da cirurgia de mudança de sexo na sociedade atual.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema aqui proposto – a alteração do prenome e do registro civil para o transexual operado – ainda merece muito estudo e atenção. Entretanto, pode-se chegar a algumas conclusões. A controvérsia do tema e também a falta de previsão legal faz com que, muitas vezes, decisões sejam tomadas de forma preconceituosa que não refletem a intenção do Direito em proteger o indivíduo, evoluindo conforme a sociedade. Outro ponto a ser destacado é que a medicina, aqui representada pelo Conselho Federal de Medicina, evoluiu bastante seu entendimento sobre os transexuais. A cirurgia de mudança de sexo encontra, agora, amparo do CFM e também do próprio Sistema Único de Saúde, obrigado a oferecer a mesma de forma gratuita. Pensar, portanto, em um país que concede o direito à cirurgia gratuitamente e pensá-lo sem as devidas possibilidades legais para a alteração de prenome e estado sexual é um retrocesso. Ainda assim, cabe ressaltar que a jurisprudência, especialmente nos últimos anos, vem tendo uma atitude admirável frente aos pedidos dos transexuais. Tem-se buscado, na medida do possível, leis e princípios que sustentem estes requerimentos. O transexual, por fim, espera conseguir, através da cirurgia e da mudança do prenome e estado sexual, a verdadeira integridade e sexo que lhe sempre foram negados, utilizando, sobretudo, dos direitos personalísticos, da isonomia e da dignidade humana.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Nancy. *Relatório e Voto. Recurso Especial n o 1.008.398 - SP (2007/0273360-5). Supremo Tribunal de Justiça*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702733605&dt_publicacao=18/11/2009> . Acesso em: 13 set. 2012.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Parece 11*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/1991/11_1991.htm>. Acesso em 13 set. 2012.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Parece 12*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/1991/12_1991.htm>. Acesso em 13 set. 2012.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1.482/97*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em 13 set. 2012.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1.652/02*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em 13 set. 2012.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução 1.955/10*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em 13 set. 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *O estado atual do Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

9 Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar

diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

10 STJ. Recurso Especial n o 1.008.398 – SP (2007/0273360-5). Relatora Ministra Nancy Andrichi.

GAVIÃO, Fausto Carpegeani de Mora. Do princípio da Imutabilidade do Nome. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090519145442509&mode=print>. Acesso em: 17 abr. 2012.

GLANZ, Semy. *Direitos da Personalidade*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=caa365b1-f0be-4a47-b4dcc55e5e1f5488&groupId=10136>. Acesso em: 13 abr. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

SOARES, André Marcelo M. PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e Biodireito – uma introdução*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Mudança do Nome do Transexual*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/tartuce_transexualL.doc>. Acesso em: 12 set 2012.

TOLEDO, Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Soderó. *Transexualismo e direito da personalidade*. Disponível em: <http://www.direitounisal.com.br/Direito_Lorena/Revista_Juridica_Online_5ed_files/5ed03.pdf>. Acesso em: 13 set. 2012.

TESTAMENTO DE ESTRANGEIRO¹

José Marcio Azevedo Gomes²
Rosana Wesz Rosado³
Izabel Favarin de Oliveira⁴
Luciana Manica Gossling⁵

Introdução

O elemento de estraneidade envolve uma preocupação na resolução de aparentes conflitos jurídicos internacionais. A disposição de última vontade também suscita dúvidas. Recorre-se, assim, aos elementos de conexão e qualificação para atingir um entendimento e solução do impasse, estabelecendo, então, a análise das questões envolvidas. A lei pauta os elementos envolvidos para a reflexão, passando-se a elucidar, por conseguinte, os pontos necessários, como os fatores intrínsecos e extrínsecos que compõem a admissão ao direito brasileiro. Sendo compreendidas a capacidade e a forma necessária para a postulação do fato.

Metodologia

Através da pesquisa doutrinária arrola-se alguns autores e na legislação, pretendendo expor os princípios para resolução do conflito.

Desenvolvimento

A questão testamentária do estrangeiro suscita explicações, pois envolve elementos de pluralidades jurídicas. Na resolução da questão que envolve outras nacionalidades, recorre-se às regras de conexão para serem elucidadas. Para Amilcar de Castro⁶ a sucessão testamentária é a expressão da última vontade do *de cujus*, cuidando da validade intrínseca e extrínseca das últimas disposições da vontade. Para a validade intrínseca, deve-se observar a capacidade de exercer o direito de testar, considerando no ato de tal capacidade o direito do lugar de domicílio, ou seja, a capacidade onde domiciliava ao tempo em que redigiu o testamento. Observa ainda, o autor, que pode existir dois domicílios; um quando da confecção do testamento e outro do falecimento. Entende a doutrina que se deve levar em conta o domicílio do ato e sua capacidade naquele tempo. Quanto aos efeitos das disposições testamentárias, segundo o autor, seguirá pelo local do domicílio do óbito do defunto, quando deverá ser observada a quota disponível e demais disposições. Quanto aos requisitos extrínsecos, forma do ato, ressalta o mesmo, que prevalece aqueles impeditivos pelo direito brasileiro (ordem pública, testamento conjunto, recíproco). Amilcar de Castro suscita a questão da vacância da herança do estrangeiro, a qual não incluem os entes federativos na linha sucessória (artigo 1829 do CC) mas inclui a vacância da herança ao Estado brasileiro pelo artigo 1822 do CC.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado

este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Art. 1.822. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal.

1 Trabalho realizado para a disciplina de Direito Internacional Privado.

2 Acadêmico do 9º período do curso de direito da FADISMA, autor, turma N9. E-mail: gemadai@hotmail.com.

3 Acadêmica do 9º período do curso de direito da FADISMA, co-autora, turma N9.

4 Acadêmica do 9º período do curso de direito da FADISMA, co-autora, turma N9.

5 Orientadora, Professora da Disciplina de Direito Internacional da FADISMA.

6 CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*, 6 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 390-394.

Irineu Strenger⁷, também aborda tal questão, referenciando a convenção de Haia de 1905, mantendo a preferência ao Estado onde se localiza os bens vacantes. Para o autor, a lei aplicável será a nacional do último domicílio do *de cuius* e a do país onde se encontre os bens, para os efeitos do testamento. Cita, ainda, os artigos 9º, § 1º e 13 da LINDB, pelo princípio *Locus Regit Actum*, regendo a forma e os requisitos extrínsecos a lei do local do ato, ou seja, onde foi feito o testamento. Referencia ainda o Código de Bustamante, o qual aborda a capacidade para testar, sendo a lei pessoal do testador, ou seja, o domicílio.

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

A autora Nadia de Araujo⁸ também assinala que o ato do testamento realizado fora do país para ser validado em outro país deve ser visto sobre dois aspectos: quanto à forma do ato caráter extrínseco) e quanto a sua substância (caráter intrínseco). O primeiro irá seguir o princípio *Locus Regit Actum*, sendo regido pelas leis do local do ato. O segundo questionará a capacidade de testar e as regras de sucessão. No caso do testamento ter sido redigido no estrangeiro, a qualificação pelo direito sucessório, donde será primeiro visto a questão da validade do ato. Para a capacidade tal ato, pelo artigo 7º da LINDB, será onde era domiciliado na propositura do ato (lei do local rege o ato), conforme dispõe: “

A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

Na questão da forma, a autora Nadia de Araujo cita ser controvertido, exemplificando um caso ocorrido, em que uma cantora lírica italiana fez um testamento particular na Itália relativos a bens no Brasil. Falecida em Roma, local de seu domicílio, e seus bens no Brasil, a competência brasileira pela situação do local dos bens. Discutia-se a validade do testamento, na sua forma, pois foi realizado sem testemunhas, ato permitido pelas leis italianas e contrárias às do Brasil. Foi julgado validado pelo TJRJ e mantido pelo STF, pois se aludiu o artigo 10 da LINDB, de modo que não feria a ordem pública, pois se deve respeitar a última declaração de vontade do testador, desde que não seja no intuito de fraude ou ferir os princípios do artigo 17 da LINB.

Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

A autora Maria Helena Diniz⁹ aborda a questão do testamento do estrangeiro inicialmente com três sistemas para solucionar o conflito de leis. O primeiro com o da unidade sucessória, pela qual uma só lei deverá reger a transmissão *causa mortis*, enfocando a nacionalidade ou o domicílio do falecido. O segundo, pelo sistema da pluralidade sucessória, sendo aplicado o princípio da *Lex Rei Sitae*, ou seja, a lei da situação do bem. Portanto devendo obedecer a singularidade da lei onde estiver cada bem. O terceiro pelo sistema misto, pela qual os imóveis reger-se-ão pela *Lex Rei Sitae* (lei da situação). Os demais bens pela lei do domicílio ou nacionalidade do *de cuius*. Maria Helena também aponta que o artigo 10 da LINDB veio a adotar a teoria da unidade sucessória, que deverá ser regida por um só direito: o do domicílio. “ A sucessão abre-se e liquida-se no último domicílio do *auctor successionis*, por ser sua sede jurídica, onde se operou a extinção da personalidade (...)”. Completa com os artigos do código civil 70,71,72, 1.785 e do código de processo civil o 96. Que tais artigos apontam o domicílio como sendo o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo, onde alternadamente viva, ou onde é exercida a profissão. No art. 1.785, a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido, - complementando com o art. 96, sendo o foro do 9º DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 336-337.

7 STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, 6 Ed. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2005.

8 ARAUJO, Nadia de. *Direito Privado: teoria e pratica brasileira*, 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 420-422.

domicílio do autor da herança situada no Brasil ser o competente para o cumprimento de disposições de última vontade, mesmo que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Indica desta forma o último domicílio do autor da herança a lei a ser aplicada à sua sucessão. Sendo a *Lex Domicílii* vigente no momento da morte do *de cuius* que determinará os limites da liberdade de testar e a redução das disposições testamentárias¹⁰. No Código Bustamante, no artigo 144, conforme a autora citada, dispõe: Art. 144. As sucessões legítimas e as testamentárias, inclusive a ordem de sucessão, a quota dos direitos sucessórios e a validade intrínseca das disposições, reger-se-ão, salvo as exceções adiante estabelecidas, pela lei pessoal do de cuius, qualquer que seja a natureza dos bens e o lugar em que se encontrem. Resolvido a questão da competência para a abertura da sucessão do testamento do estrangeiro, como sendo o local do seu último domicílio, indaga-se averiguar a validade extrínseca e a intrínseca do ato de última vontade. Observa-se a forma legal do local onde foi lavrado o seu ato volitivo, aplicando a *Lex Loci Actus*¹¹. -Reproduz-se abaixo a argumentação da autora supra citada:

Quanto à forma extrínseca, p. ex., uma modalidade de testamento levada a efeito num país que a admita valerá em outro que a proíba, mesmo que seja a lei pessoal do testador, em obediência ao princípio *locus regit actum*. Assim sendo, lícito será a estrangeiro, domiciliado no Brasil, testar, p. ex., na Espanha, por alguma das formas testamentárias admitidas pela lei deste país, mesmo que a modalidade por ele escolhida não seja reconhecida pela *lex domicílii*. Complementando ainda com a autora, a válida intrínseca¹²: Todavia, relativamente à validade intrínseca do testamento, ou seja, ao seu conteúdo, à admissibilidade de suas cláusulas e aos seus efeitos, aplicar-se-á a lei do domicílio do testador, que rege a sucessão, vigente ao tempo de seu falecimento, pouco importando as normas do país onde a disposição testamentária foi feita, podendo até ser considerada nula se a *lex domicílii* do falecido não admitir o que no seu teor textual se contém. Assim sendo, se estrangeiro aqui domiciliado fizer testamento de acordo com a sua lei nacional, esse ato de última vontade romper-se-á no que atina a sua sucessão sujeitar-se-á ao direito brasileiro, que rege seu domicílio à data do óbito. Compreende-se assim quanto à forma em obediência a lei do ato, ou seja, onde foi lavrado o testamento, será validado a sua forma e a capacidade do autor ali na época e naquele local. Princípio *locus regit actum*. Já o efeito do conteúdo, aplica-se a lei do último domicílio (*lex domicílii*). Observa-se que desde não ofender aos preceitos do artigo 17 da LINDB, vistos anteriormente.

Revela-se por tanto, a aplicação da lei na questão da estraneidade que envolve o testamento do estrangeiro.

Considerações finais

Finaliza-se o presente trabalho, sintetizando que para testamento de estrangeiro, observa-se as questões de capacidade e formas válidas que não colidam com as normas brasileiras. No entanto, em determinadas situações buscará uma resolução dentro do caso concreto, na qual o ordenamento jurídico estrangeiro poderá ser aceito mesmo em discordância, desde que não vá ferir os princípios da ordem pública, bons costumes, soberania e não objetivando fraudar a lei. Busca-se portanto, respeitar a última vontade do *de cuius*.

10 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 338.

11 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348.

12 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 351.

Referências

- ARAUJO, Nadia de. *Direito Privado: teoria e pratica brasileira*, 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*, 6 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, 6 Ed. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2005

UMA ANÁLISE DA REAÇÃO SOCIAL AO MENSALÃO À LUZ DAS TEORIAS PSICANALÍTICAS DA CRIMINALIDADE

Lenon Goulart de Vargas¹

Introdução

Nos últimos dias, grande parte dos brasileiros tem acompanhado atentamente o julgamento de um dos maiores escândalos de corrupção da política brasileira, que teve início em agosto de 2012: o Mensalão. Nesta demanda, o Supremo Tribunal Federal julga trinta e oito réus, supostamente participantes de um ardiloso esquema de financiamento ilegal de parlamentares em troca de apoio político ao governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Em razão disso, evidenciam-se as reações sociais, em redes sociais e entrevistas vinculadas à mídia, tornando-se um tanto quanto perceptíveis. Tão verdade, que a sociedade não somente passou a conhecer os Magistrados responsáveis por decidir o futuro dos réus envolvidos, mas também se manifesta o sentimento de que a condenação dos mesmos representaria verdadeira vitória para a população brasileira, que se sentiria de “alma lavada”.

Tais fatos oferecem um vasto campo para análise da reação social da população brasileira à luz da criminologia crítica, pois o Mensalão trata-se de um caso emblemático, de grande repercussão, o qual confere uma maior evidência aos sentimentos daqueles cidadãos que acompanham o julgamento, ou seja, viabiliza a legítima percepção dos verdadeiros sentimentos e anseios da sociedade em relação ao caso.

Nesse sentido, com base especificamente nas teorias psicanalíticas da criminalidade, onde se inclui o da sociedade punitiva, através dos métodos indutivo e hipotético-dedutivo, serão tecidos alguns comentários a fim de analisar a problemática que envolve a reação social de nossa sociedade em relação ao (talvez) mais importante julgamento do STF de todos os tempos.

Nessa senda, o presente trabalho insere-se na linha de pesquisa “Novos Direitos, Internacionalização e Multiculturalismo”.

I – O CASO MENSALÃO: a repercussão do maior escândalo político brasileiro

O Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do dia dois de agosto de 2012, começou a julgar um dos maiores escândalos de corrupção da política brasileira, o qual, nas palavras do Procurador-Geral da República, responsável pela denúncia perante a mais alta Corte brasileira, foi um esquema de financiamento ilegal de parlamentares em troca de apoio político ao governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O Congresso Nacional, que é composto pelo Senado Federal e pela Câmara de Deputados, tem competência para a elaboração e aprovação de leis, conferida pela própria Constituição Federal de 1988, de forma que é extremamente importante que o Presidente tenha aliados no Poder Legislativo, a fim de que seus projetos de lei (do governo) sejam aprovados.

De fato, é incontestável que sempre existiram essas relações entre o Executivo (governo) e o Legislativo, as quais nascem a partir de afinidades predominantemente políticas.

Ocorre que, no intento de construir essas afinidades para consolidar a base do governo, a prática denominada “Mensalão” foi realizada de forma ilícita, criminosa, uma vez que, de acordo com a denúncia, os políticos envolvidos desviaram dinheiro dos cofres públicos objetivando comprar o voto dos congressistas (pertencentes ao Senado e à Câmara).

1 Autoria de Lenon Goulart de Vargas, acadêmico do 10º semestre da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), sob orientação do Prof. Ms. Eduardo Pazinato da Cunha

2 No dia 14 de maio de 2005, aconteceu a divulgação pela imprensa de uma gravação de vídeo na qual o ex Chefe do DECAM/ECT, Maurício Marinho, solicitava e também recebia vantagem indevida para ilicitamente beneficiar um falso empresário - na realidade o advogado curitibano Joel Santos Filho, o denunciante da corrupção, que para colher prova material do crime, faz-se passar por empresário - interessado em negociar com os Correios. Na negociação então estabelecida com o falso empresário, Maurício Marinho expôs, com riqueza de detalhes, o esquema de corrupção de agentes públicos existente naquela empresa pública, conforme se depreende da leitura da reportagem divulgada na revista Veja, com a capa “O vídeo da corrupção em Brasília”, Edição de 18 de maio de 2005, com a matéria “O Homem Chave do PTB”, referindo-se a Roberto Jefferson, o homem por trás do esquema naquela estatal. Disponibilizado em <<http://www.facebook.com/pages/CPMI-da-Compra-eVotos/105473376271693?fref=ts&rf=137103009645224>>, acesso em 23/10/2012 às 19h30min.

Tal fato somente veio a conquistar notoriedade em meados de 2005, vindo à tona a partir de uma notícia de que teriam sido pagos cerca de R\$ 55 milhões à dezoito políticos de partidos que compunham a base aliada do governo de Lula, pertencentes ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Partido Progressista (PP), Partido da República (PR) e Partido Trabalhista Brasileiro (PTB)². Estes políticos, integrantes de partidos distintos ao de Lula, tratam-se, inclusive, de líderes de seus respectivos partidos, que, por seus turnos, redistribuíam a verba aos demais envolvidos. Assim, o esquema teria sido engendrado pelo Partido dos Trabalhadores (PT), do ex-presidente Lula e da atual presidenta Dilma Rousseff, que o teria consumado para fortalecer a base aliada a fim de manter-se no poder.

Acontece que o escândalo tomou tamanha proporção, que provocou a queda da cúpula do partido do governo, composta por José Dirceu (ministro da Casa Civil e líder), Delúbio Soares (ex-tesoureiro do PT), José Genoino (presidente do partido) e Silvío Pereira (ex-secretário geral), denominado “núcleo político do mensalão”. Para além deste, ainda havia o núcleo operacional, que tinha à frente Marcos Valério, empresário e dono de agências publicitárias, que mantinham contratos com o Governo Federal, desviando os recursos públicos desses contratos para pagar os políticos indicados pelos petistas. E, por fim, também o núcleo financeiro, qual formado pelos bancos BMG e Rural, os quais faziam empréstimos ao PT e às agências publicitárias de Marco Valério.

Com efeito, de longe, o Mensalão é considerado o maior escândalo da política brasileira e, para alguns juristas, o caso mais importante já julgado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), no âmbito da esfera política, recomendado a cassação de dezoito mandatos. Ademais, provocou a maior crise política da era Lula, em que pese não tenha obstado sua reeleição em 2006, implicou um expressivo desgaste político.

O julgamento será, sem dúvida, o mais longo de todos os cento e vinte anos da história do STF, visto que o processo contém mais de cinquenta mil páginas, acerca das imputações feitas aos acusados, por supostamente estarem incursos nos crimes de formação de quadrilha, corrupção ativa e passiva, peculato, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta.

Portanto, não faltam circunstâncias que justifiquem a enorme repercussão tomada ao longo desses últimos meses.

Desde que começou o julgamento da Ação Penal nº 470 (o Mensalão), o Supremo Tribunal Federal ficou em evidência, no foco de atenção da opinião pública, constituída por grande parte dos cidadãos brasileiros, que não possuem afinidade com assuntos jurídicos, mas que passaram a conhecer melhor os ministros responsáveis pelo julgamento dos políticos envolvidos, emitindo as mais diversas opiniões “técnicas”, porquanto movidos pelo (suposto) sentimento de Justiça.

Nesse sentido, percebeu-se que os mais diversos meios de comunicação, sobretudo na mídia e nas redes sociais, começaram a expedir informações a respeito do julgamento, atacando especificamente os políticos envolvidos com acusações severas, a fim de responder, passo a passo, satisfatoriamente ao anseio de toda a sociedade, a qual exige que a programação proceda de tal maneira (audiência). Nesse ínterim, não foram economizados comentários, tanto prós como contra os políticos-réus.

Diante das inúmeras circunstâncias já mencionadas, permanecem algumas perguntas que merecem análise, quais sejam: Quais foram os motivos que deram surgimento ao crescente (e tão rápido) interesse da sociedade em ver os réus condenados? Ademais, adequado ainda questionar: Qual o reflexo da propagação da chamada “opinião pública”?

Por óbvio, o presente trabalho jamais poderia pretender entrar no mérito da questão, a respeito do certo e do errado: o que se deseja é, em algumas linhas, extrair algumas análises das reações sociais à casos de grande repercussão, como o do Mensalão, à luz das teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva.

II – TEORIAS PSICANALÍTICAS DA CRIMINALIDADE E DA SOCIEDADE PUNITIVA: a explicação para os suplícios modernos

No século XVII, em meados da ordenação de 1670, a prática penal baseava-se na ostentação do suplício: a pena deveria produzir certa quantidade de sofrimento, ou seja, uma graduação calculada de sofrimentos. Mais do que isso, tal produção de sofrimento deveria ser regulada, conseqüentemente, deveria considerar o tipo de sofrimento, qualidade, intensidade, tempo, pessoa do criminoso, entre algumas outras variantes.

Com o tempo, esse panorama evoluiu, pois a punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. Ora, passando a ter um cunho negativo, as cerimônias penais (ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune) deixavam pouco a pouco de ser compreendida, pois se suspeitava das finalidades do “fecho” que davam ao crime, com muita selvageria, esta que a população não mais desejava vivenciar.

Superada essa fase, já no século XIX, desaparece o poder sobre o corpo, mas permanece, entretanto, um fundo “suplicante” nos modernos mecanismos da Justiça criminal, este que, segundo Foucault (1975), “*não está inteiramente sob controle, mas envolvido cada vez mais amplamente, por uma penalidade incorpora*”.

A partir de então a pena passa a ser dirigida à alma do acusado: não se julgam os objetos jurídicos definidos pelo código, mas também as paixões, instintos, anomalias, enfermidades, inaptações, efeitos do meio ambiente, hereditariedade. Pune-se não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão ou, até, possam ser.

Cabe salientar que esses inúmeros fatores, os quais se tornaram objeto de julgamento pela Justiça Criminal (lato sensu), e por todo o aparato que o envolve (peritos psiquiátricos, psicólogos, magistrados, educadores, funcionários penitenciários, etc.), sofre influência direta da já referida opinião pública (ou clamor público), a qual, por sua vez, está envolvida por diversos outros fatores, estes geralmente desprezados por grande parte da sociedade, que lhe dão origem.

Nessa senda, as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva³ explicam, de certa forma, como ocorre essa influência. Dividem-se em dois grandes filões, ligados entre si, que explicam (em parte) a reação social ao caso do Mensalão.

3 Foram extremamente importantes para reflexão propriamente sociológica proposta por Alessandro Baratta para elaborar o novo paradigma criminológico, denominado “*Labeling Approach*” (ou enfoque da reação social), tendo em vista que trata-se de uma orientação de pesquisa sobre o crime e pena que, em meados dos anos 20 e 30, e sob um ângulo visual inteiramente diferente, incluía a sociedade (embora considerada a historicamente) no interior do objeto do esforço explicativo.

4 Tendo como autores Freud e Tilman Moser.

5 Termo usado por Freud no Capítulo de Totem und Tabu, para designar a formação social (as regras sociais).

O primeiro visa explicar certas formas de comportamento delituoso⁴. Nas palavras de Freud:

A repressão de instintos delituosos pela ação do superego, não destrói esses instintos, mas deixa que estes se sedimentem no inconsciente. Esses instintos são acompanhados, no inconsciente, por um sentimento de culpa, uma tendência a confessar. Precisamente com o comportamento delituoso, o indivíduo supera o sentimento de culpa e realiza a tendência de confessar [sem grifos no original] (FREUD, 1948).

A partir da ótica freudiana acima colacionada, tem-se que o delito não é uma atitude absolutamente reprovável, uma vez que não é propriamente contrária aos valores e às normas (princípio da culpabilidade), posto que é inerente aos mecanismos da psique humana, presente em todo homem.

Além disso, há o segundo filão, correspondente à teoria da sociedade punitiva, segundo a qual “*a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de eliminar ou circunscrever a criminalidade*”, mas corresponde “*a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizador aparece como necessário e ineliminável da sociedade*” (BARATTA, 2011, p. 50).

O que vem a corroborar com o já afirmado, posto que a reação penal e social não se dirige propriamente a combater a criminalidade, tampouco é de todo reprovável, uma vez que se trata da ação de mecanismos psicológicos originados pelo chamado “desvio criminalizador”.

Em outras palavras, esses dois filões servem para explicar, num primeiro momento, que a intervenção punitiva do grupo (da sociedade) se dá porque todos os componentes do grupo se sentem ameaçados pela violação do tabu⁵ (regras ou normas) e, por isso, se antecipam na punição do violador. Tal reação social se explica, segundo Freud, pela tentação de imitar aquele que violou o tabu, liberando, assim como aquele que efetivamente cometeu o crime, instintos de outro modo reprimidos.

Com isso, um primeiro ponto que podemos delimitar da reação social brasileira ao Mensalão, é a de que a própria sociedade identifica-se com aqueles atos cometidos por aqueles políticos envolvidos, o que não ocorre somente em razão da grande expressão política destes. Assim, antecipam a punição dos supostos criminosos pela tentação (predominantemente inconsciente) de

cometer os mesmos delitos, uma vez que “a reação punitiva pressupõe, portanto, a presença, nos membros do grupo, e impulsos idênticos aos proibidos” (BARATTA, 2011, p. 51).

Entretanto, há que se considerar que outras teorias igualmente demonstram que a reação social brasileira tem raízes profundas na psique humana. É o que mostra, por exemplo, a explicação psicanalítica das teorias retributiva e preventiva da pena, ofertada por Theodor Reik.

Segundo REIK, a pena possui uma dupla-função: (i) serve à satisfação da necessidade inconsciente de punição que impele uma ação proibida; (ii) satisfaz também da necessidade de punição da sociedade, através de sua inconsciente identificação com o delinquente.

A primeira não se aplica, pois se refere à motivação do próprio acusado, que adotou o comportamento desviante (desconforme com as normas oficialmente impostas). Saliente-se, entretanto, o que diz respeito à segunda função, a qual preceitua que a pena satisfaz a necessidade de punição da própria sociedade, uma vez que inconscientemente identifica-se com o delinquente.

Ora, esse processo de identificação da sociedade com o delinquente remonta ao tempo da ostentação dos suplícios⁶, predominante no século XVII, já mencionado no início deste trabalho, onde se levava o acusado ao martírio muito antes da sentença condenatória – registre-se: também com a participação de atores extrajurídicos, como a mídia, tão decisiva atualmente. Esse processo mostra que “a concepção retributiva e a concepção preventiva, não são mais que racionalizações de fenômenos que fundam suas raízes no inconsciente da psique humana” (BARATTA, 2011).

⁶ Bem tratado no Capítulo II, da obra “Vigiar e Punir” de Michel Foucault (*Vigiar e punir: nascimento da prisão*, tradução de Raquel Ramalhete. 38. ed. Vozes: Petrópolis, RJ. 2010).

⁷ É o que defende a ideologia do dano social, especificamente por meio do princípio da finalidade (ou da prevenção), para o qual a pena não tem somente a função de retribuir, mas o de prevenir o crime, criando uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso, para além de, enquanto sanção concreta, possuir uma função de ressocializar o condenado.

Para BARATTA, no que concerne às concepções retributiva e preventiva da pena, somente poderão ser compreendidas (2011)

Através de uma fundação psicológica da finalidade da pena, que parte da investigação psicológica que Freud fez do sentimento de culpa, anterior ao delito e que, como se disse, aparece não como uma consequência da ação delituosa, mas como a sua mais profunda motivação. [sem grifos no original]

Sendo assim, tem-se que a sociedade brasileira acaba submetendo os acusados à uma espécie de suplício, em outros moldes, que embora não seja aquele de séculos passados, assume uma nova roupagem, moderna e mascarada, sob a ideia do “politicamente correto”, que sustenta a falsa ideia está sendo feita a Justiça⁷.

Quer-se destacar, com isso, que a explicação psicanalítica prestada por REIK por meio das referidas teorias, demonstram que o povo brasileiro age – através dos meios de comunicação – impulsionado por uma necessidade interior, intangível, residida no inconsciente, que consiste na identificação com o próprio delinquente que deseja ver atrás das grades.

Para tanto, corroborando com o acima mencionado, o ser humano (entenda-se como o cidadão brasileiro), utiliza-se de um mecanismo de projeção interior (acredita-se que predominantemente de modo involuntário), que concerne à “um momento central da análise do mecanismo psicológico do inconsciente” (BARATTA, 2011, p. 55).

Trata-se dos conceitos de projeção e de bode expiatório, os quais sustentam a teoria que gira em torno da ideia de delinquente como um bode expiatório, contribuição esta de autoria de Paul Reiwald, Helmut Ostermeyer e Edward Naegeli, a partir da raiz textual da análise freudiana do mecanismo de projeção. A teoria de projeção preceitua que o ser humano possui uma mentalidade primitiva, consequentemente, conduzindo à representação das formas demoníacas hostis, motivo pelo qual são transferidas as próprias agressões. Com isso explicita como a sociedade punitiva, apartando-se do sujeito considerado delinquente, transfere para este as próprias agressões.

Ou seja, a pena não basta para descarregar toda a agressão reprimida, motivo pelo qual ela é dirigida (transferida) para o exterior, para os outros indivíduos, através dos mecanismos de projeção (OSTERMEYER, 1972, p. 32-33). Consequentemente, a teoria remonta à ideia mitológica de bode expiatório, que carregado dos nossos sentimentos de culpa, era enviado ao deserto:

O nosso negativo, e assim chamada sobra, produz, como conteúdo consciencial inibido através da instância do superego, sentimentos de culpa inconscientes que procuram ser descarregados. Em todo homem existe a tendência a transferir esta sombra sobre uma terceira pessoa, objeto da

projeção, ou seja, a transportá-la para o exterior e, com isso, a concebê-la como alguma coisa de externo, que pertence a um terceiro. Em lugar de voltar-se contra si próprio, insulta-se e pune-se o objeto desta transferência, o bode expiatório, para o qual é sobretudo característico o fato de que se encontra em condição indefesa. [sem grifos no original] (NAEGELI, 1972, p.13)

Destaca-se do acima colacionado, pelo menos duas conclusões, a saber: (i) em todo homem existe a tendência a transferir a sombra sobre uma terceira pessoa, objeto de projeção; (ii) o homem evita voltar-se contra si próprio, preferindo insultar e punir o objeto dessa transferência, o chamado bode expiatório.

Depreende-se das conclusões de NAEGELI, que o todos cidadãos integrantes da sociedade brasileira que ostentam a condenação imediata dos políticos envolvidos no caso mensalão possuem tendência a transferir a uma terceira pessoa a sombra, esta que é o lado negativo do ser humano, seu lado sombra, um conteúdo inerente à consciência humana que é inibido pelo superego. Por provocar o sentimento de culpa, acaba sendo descarregado naquele terceiro.

Ainda, vale destacar, infere-se que essa transferência se dá, principalmente, porque essas pessoas preocupadas em acusar sem dispensar a mínima análise técnica do processo, preferem insultar e punir os políticos réus à proceder a autoanálise, transformando estes últimos em verdadeiros bodes expiatórios, em condição indefesa.

Isso tudo se dá porque, como já referido, se julga muito mais que os acusados são, serão ou poderão ser, olvidando que cada um deve ser punido na medida de sua culpabilidade⁸, não se podendo tomar jamais o acusado como bode expiatório, representando verdadeiro exercício do poder punitivo, como bem refere Luiz Flávio Gomes (2011):

⁸ Este princípio ainda vige no sistema penal atual, legado das Escolas positivista e clássica. Não obstante, Alessandro Baratta o contesta frontalmente, motivo pelo qual, somente menciona-se a título de ilustração da influência da sociedade punitiva.

A Justiça, consoante sua perspectiva, “deve ser punitiva e exemplar” [a Justiça penal é punitiva por excelência, mas todas as vezes que procurou kantinariamente ser exemplar, tropeçou no princípio da proporcionalidade e da culpabilidade, tornando absolutamente irracional o poder punitivo; cada um deve ser punido na medida da sua culpabilidade; quando o juiz toma um réu como “bode expiatório”, este acaba pagando mais do que devia, só para servir de exemplo para os demais; tudo isso conflita com o princípio da proporcionalidade e revela desequilíbrio, falta de ponderação, falta de razoabilidade na decisão; é o exercício absurdamente irracional do poder punitivo, típico do Estado de Polícia]. [sem grifos no original]

Esses terceiros escolhidos como bodes expiatórios (pela sociedade através dos diversos meios de comunicação, mormente a mídia), transformam-se em minorias e grupos marginais, por isso diz-se que estão em situação condição de indefesa (ou vulnerabilidade). Logo, facilmente conseguimos verificar o caráter particularmente perigoso que as formas de “projeção das sombras” têm.

É sabido que muitos poderosos perdurarão em situação de impunidade *ad eternum*, em face da sua situação de poderio econômico (o que se aplica *in casu*). Não obstante, deve-se considerar, outrossim, que o delinquente assume tal condição, por vezes, por uma mensagem ideológica nefasta, resultante da mensagem repressiva emitida pela própria legislação penal, o que acaba vinculando o apontado delinquente apenas com imagem estereotipada difundida pela “*criminologia midiática*”.

Luiz Flávio Gomes nos oferece outra brilhante contribuição (2012), *verbis*:

A impunidade dos poderosos é criminógena. De outro lado, a legislação penal repressiva transmite uma mensagem ideológica nefasta [vinculando, muitas vezes, o delinquente apenas com imagem estereotipada difundida pela criminologia midiática]. O conceito de segurança divulgado amplamente na atualidade não significa segurança dos direitos sociais. Segurança é igual segurança pública, cujas medidas se voltam contra “bodes expiatórios”, escondendo-se grandes tensões sociais não resolvidas. Confunde-se política penal com política social [menosprezando-se a Justiça social]. Neste cenário de priorização da segurança policial ou penal duas seguranças se perdem: (a) segurança dos direitos sociais; (b) segurança da liberdade frente ao poder estatal. [sem grifos no original]

Ou seja, nos últimos tempos, constantemente tem-se debatido o caso do Mensalão, oportunidade em a população brasileira (os cidadãos, principalmente através da mídia brasileira) não economizam comentários maldosos, de repressão a criminalidade. Com efeito, esse clamor pela prisão dos acusados acaba por iludir muitos, que acreditam que a condenação dos políticos réus implicará o fim da impunidade.

Bem na verdade – talvez sem dar-se conta (?) – a sociedade brasileira está manifestando a própria vulnerabilidade ao cometimento de crimes, idênticos aos que acusados cometeram. Ou seja, trata-se de uma manifestação íntima de da sociedade, ainda punitiva, brasileira: projetando suas sombras originadas pelos respectivos anseios reprimidos pelo superego, naqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade (minorias) em razão da acusação que se lhes pesa, transformando-os em bodes-expiatórios, posição ocupada (atualmente) pelos políticos envolvidos no mensalão.

Finalmente, por meio dessas projeções, representando nossas mais ou menos inconscientes tendências criminosas, vende-se a ideia de que estamos conquistando a segurança dos direitos sociais. No entanto, equivocadamente, porquanto esta segurança corresponde à mera segurança pública, cujas medidas se voltam contra “bodes expiatórios”, e, a partir disso, estamos meramente escondendo as grandes tensões sociais, mas não as resolvendo. “A segurança dos direitos não pode ser ultrajado sob o pretexto de garantir-se o direito à segurança” (PAZINATO, 2011).

É o populismo penal midiático (movimentado pela própria sociedade brasileira), portanto, que alimenta alguns preconceitos e crenças infundados, principalmente no que diz respeito à *causalidade mágica* (Zaffaroni) que determina a crença que mais penas e mais prisões implicariam mais prevenção de crimes. Consequentemente, concentra-se todo o sentimento de vingança contra alguns delinquentes (os bodes expiatórios), na esperança de que se estaria resolvendo o problema da criminalidade (GOMES, 2012).

CONCLUSÃO

Pelo presente estudo, torna-se evidente o quanto a sociedade brasileira ainda identifica-se com aquela sociedade do Século XVII, do tempo dos suplícios, primeiramente, corpóreos e, posteriormente, incorpóreos, perdurando ainda na pena um fundo “suplicante”, ocasionado pela interferência de diversos fatores extrajurídicos que se desenvolveram em torno do sistema de Justiça criminal, que desmultiplica as instâncias de decisão judiciária.

É o que se verifica no caso do Mensalão. Este, sem embargo, considerado o maior escândalo de corrupção do Brasil, tornou-se o foco de atenção da opinião pública, que passou a interessar-se pelos assuntos jurídicos pertinentes ao caso, desejando, no anseio de ver feita a justiça, ver os políticos acusados atrás das grades, condenados a pena perpétua (se fosse possível).

Nestas circunstâncias, as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva, explicam muitas das reações sociais brasileiras, por meio de teorias ofertadas por Freud, Paul Reiwald, Helmut Ostermeyer, Edward Naegeli, Theodor Reik, entre outros.

Tais teorias demonstram, em apertada síntese, que a sociedade brasileira ainda guarda íntima relação com a sociedade denominada “punitiva”, tendo em vista que, com base na ideologia do dano social, ao emitir a dita opinião pública, considera como se existissem dois comportamentos, o bom e o mal (comportamento desviante (princípio do bem e do mal), de modo que a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de eliminar ou circunscrever a criminalidade, mas aparece como necessário e ineliminável da sociedade (por entender que sempre existirão dois comportamentos distintos, correspondendo ao bem e ao mal).

Assim, a partir do caso mensalão, verifica-se que a sociedade brasileira anseia pela condenação dos políticos réu, em razão de inconscientemente identificar-se com o delinquente (Reik). Não rara as vezes, ignorando o funcionamento da sua psique, age por impulso, proferindo as mais diversas opiniões, que tem como ponto-comum o sentimento de vingança.

Nesse processo de ordem psíquica, que se dá principalmente no inconsciente, o indivíduo – possuidor de uma mentalidade primitiva – projeta suas próprias agressões (formas demoníacas e hostis) à terceiros, apartando-se estes, em razão das próprias agressões. Esses terceiros são os chamados “bodes expiatórios”.

Em outras palavras: como a pena não é suficiente para a sociedade brasileira descarregar toda a agressão reprimida (pelo superego), os indivíduos que constituem aquela

tendem a transferir para o exterior, direcionando (inconscientemente) aos indivíduos em situação de vulnerabilidade (no caso, os políticos envolvidos no Mensalão, uma vez que pesa sobre os mesmos sérias acusações por diversos crimes).

Destarte, esse sentimento nutrido pela sociedade punitiva brasileira, se expressa principalmente através da mídia (populismo penal midiático), que constrói a ilusão de que a prisão dos acusados implicaria mais prevenção dos crimes, o que não ocorre, tendo em vista que nas últimas três décadas nenhum índice da criminalidade diminui.

Portanto, conclui-se que a sociedade brasileira é ainda uma sociedade punitiva, isso por diversos fatores (além dos já expostos), que se tornam expressivos na medida em que são julgados casos emblemáticos como o do Mensalão. Isso acontece porque ainda vige, em nosso sistema penal, a ideologia do dano social, o qual sustenta algumas utopias expressadas pelo populismo penal midiático, por exemplo; bem como pelo fato, como já mencionava Carl Jung, da sociedade (mundial) jamais ter passado por uma mudança moral realmente significativa, que atente os problemas de natureza intangível.

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan. 6ª edição, outubro de 2011.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*; trad. Raquel Ramalhe. Rio de Janeiro: Vozes. 16ª edição. 1997.

FREUD, Sigmund. Totem und Tabu. Einige Ubereinstimmungen im Seelenleben der Wilder und der Neurotiker. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan. 6ª edição, outubro de 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Penalistas Garantistas: novos desafios*. 2012. Disponibilizado em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/07/12/penalistas-garantistas-novos-desafios/>>. Acesso em 24.10.2012 às 21h14min.

_____. *Criminalidade organizada e democracia ("Lectio doctoralis" de Ferrajoli)*. 2012. Disponibilizado em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/07/17/criminalidade-organizada-e-democracia-lectio-doctoralis-de-ferrajoli/>>. Acesso em 24.10.2012 às 21h14min.

_____. *Resistência ao novo: ainda há juízes que não admitem nem sequer o princípio da insignificância*. 2011. Disponibilizado em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/04/13/resistencia-ao-novo-ainda-ja-juizes-que-nao-admitem-nem-sequer-o-principio-da-insignificancia/>>. Acesso em 24.10.2012 às 21h14min

OSTERMEYER, Helmut. Strafrecht und Psychoanalyse, München. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan. 6ª edição, outubro de 2011.

PAZINATO, Eduardo. *Do direito à segurança à segurança dos direitos : uma análise sociopolítica e criminológica acerca dos sentidos da participação na gestão de políticas municipais de segurança na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO: DO PATRIMONIALISMO- BUROCRÁTICO AO CORPORATIVISMO - NEPOTISTA NA ÉPOCA DO BRASIL - COLÔNIA¹

Luiz Felipe Queiroz²
Viviane Coitinho³

No juízo de Deus basta ser bom no último instante da vida para ser eternamente bom. No juízo dos homens basta ser mau em qualquer tempo da vida para ser eternamente mau. Se fordes bons, e sois maus, julgam-vos mal pelo que sois; se fostes mau, e sois bons, julgam-vos mau pelo que fostes; e se sois e fostes sempre bons, julgam-vos mal pelo que podeis vir a ser. (Padre Antônio Vieira. *Sermão da Segunda Domingo do Advento*)

RESUMO: O Direito Brasileiro da época do Brasil Colonial serviu como introdutório e fundamental para o Direito vigente hoje no Brasil. Embasando-se nesse contexto histórico, tem-se a herança de valores constituídos naquela época. Em contradição a esses valores é notório hoje, na sociedade, costumes e hábitos que competem a um sistema corrompido (ou a corromper) de Direito. Como demonstração dessa herança, a história revela seu começo, desde as desigualdades até o nepotismo. E como ator principiante nessa contextualização, a elite na época colonial.

Palavras-Chave: Patrimonialismo. Burocracia. Corporativismo. Nepotismo

INTRODUÇÃO

A vivência atual da sociedade brasileira é o reflexo de alguns valores deixados pela povoação lusitana. Sendo assim, o Direito como regulador e mantedor de uma sociedade pacífica, também é refletido no contexto histórico do qual abarca. A história do Direito brasileiro é a demonstração de um Direito recente, frente aos países europeus, controverso, em relação a outras formas de Direito na América e influenciado por questões políticas e sociais.

A construção do Direito brasileiro foi caracterizada com a semelhança nas formas de legislação e operação do Direito com as de Portugal. Em relação à legislação, o Brasil, por intermédio português, herdou traços do Direito Romano.⁴ E, sob influência romana, o Direito brasileiro atual continua sendo caracterizado com o sistema *Civil Law*, sistema característico do Direito Romano Pós-Clássico.⁵

1 O presente artigo foi elaborado como instrumento de avaliação da disciplina de História do Direito no curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

2 Estudante do 2º semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Endereço eletrônico: felipezqueiroz@hotmail.com

3 Orientadora.

4 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42.

5 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 80-96.

O Direito colonial brasileiro, nada mais foi do que o próprio exercício do Direito português de uma forma burocrática em território brasileiro.⁶ Diante disso, eram designados para o Brasil, operadores do Direito português sem experiência alguma com a realidade social brasileira gerando um desequilíbrio entre realidade e idealismo. Portanto, tem-se aí o mau começo do Direito no Brasil.

Igualmente na época do traslado do Direito português ao Brasil, a dominação da elite proporcionou desigualdades frente às demais classes portuguesas. A justiça era exercida sob os olhares dos senhores donatários, possuidores soberanos da terra na época das capitânicas hereditárias. ⁷ E esses senhores donatários, também possuidores de poderes ou com alguma particularidade com alguns parentes que possuíam poder, aplicavam as leis conforme suas vontades, gerando assim, conflitos de interesses e direitos entre os que habitavam as capitânicas.⁸ Por tudo isso, a observação desse artigo reflete na herança patrimonialista-burocrática⁹ e corporativista - nepotista¹⁰ brasileira em relação à sociedade construtora do Direito. É passível de se considerar que, se a justiça (Direito) foi mal formada, a sociedade por si só é considerada incompleta. Portanto, a história explica a sociedade e Direito corrompido (ou a corromper) em que vivenciamos hoje.

1. O patrimonialismo e a burocracia refletidos no Direito Colonial Brasileiro

Para o entendimento do Direito Colonial Brasileiro, impõe-se descrever a sua inicialização perante o patrimonialismo presente na época (pode-se considerar hoje uma continuação) e a respeito do começo burocrático em que hoje o nosso país prossegue. Extraído desse contexto histórico, é notadamente visto a presença do elitismo comandante de Direito na época.

O patrimonialismo é uma forma de dominação política de respeito e obediência ao chefe político.¹¹ Sendo assim, os possuidores de poderes consideravelmente políticos e jurídicos, além da realeza no território, eram os demais colonizadores com o domínio das propriedades, fazendas e engenhos.¹²

Portanto, a base formadora do Direito colonial era de classe superior, excluindo vantagens e longe de manter uma isonomia entre os mesmos e com os indígenas que aqui habitavam. Além dos indígenas, excluíram, também, os negros recém-chegados da África, admitidos para trabalharem de forma escrava em suas propriedades. Lembrando que o Estado português era escravocrata, tanto em Portugal, quanto em sua colônia, Brasil.

A aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias locais permitiu construir um modelo de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos de segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção.¹³

6 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 08.

7 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 17.

8 *Idem*.

9 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 01.

10 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 57.

11 SILVEIRA, Daniel Barile da. *Patrimonialismo e a Formação do Estado Brasileiro: uma releitura do pensamento de Sergio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>> Acesso em: 21 jun. 2012

12 CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 333.

13 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.

Percorrido alguns anos da colonização portuguesa, diante da crescente povoação, principalmente de senhores donatários de capitanias, aconteceram disputas de âmbito territorial entre esses senhores. Diante disso, a necessidade de um sistema burocrático foi considerado como solução para encerrar esses conflitos, ademais injustiças provenientes dessa classe superior.

Dentro de um sistema burocrático, tímido ainda, surgiram os governadores-gerais juntamente com a reforma político-administrativa, criando uma jurisdição centralizadora com o controle legislativo da Coroa, dessa reforma surgiu o cargo particular de ouvidor. Com o passar de alguns anos, os ouvidores subiram de classe e formaram-se ouvidores-gerais, sendo esses com a tendência de aumentar o controle real na colônia e objetivando a economia da mesma para o retorno português.¹⁴

Posteriormente esse período, com o crescimento da população local e também das cidades, naturalmente cresceram os conflitos. Com isso, aumentou-se a burocracia jurídica com a inclusão de tribunais de primeira instância constituídos por ouvidores, juízes ordinários e juízes especiais (que eram divididos em: juízes de vintena, juízes de fora, juízes de órfãos, juízes de sesmaria). Além da segunda instância composta por juízes colegiados (desembargadores) que agrupavam os Tribunais de Relação. Encerrando esse sistema burocrático inicial do período do Direito colonial, tem-se o Tribunal de Justiça Superior (terceira instância e uma espécie de tribunal de apelação).¹⁵

Portanto, a realidade jurídica de hoje no Brasil é baseada no contexto histórico do qual está inserida. O patrimonialismo-burocrático da época da colônia está refletido em certos pontos do Direito atual brasileiro, desde os tribunais e a legislação, quanto às influências políticas e classicistas dos quais governam e criam as leis no país.

2. A concomitância do Direito Colonial Brasileiro com o corporativismo e o nepotismo

Como referido no item anterior, o Direito Colonial Brasileiro, inclusive o atual, está alicerçado com influências sociais e políticas, ademais particularidades de operadores jurídicos com algum grau de parentesco com pessoas externas ao Direito. Sendo assim, os princípios da imparcialidade e da neutralidade nem sempre estão dentro do mundo jurídico. O que remete a isso são o corporativismo e o nepotismo existente na construção do Direito no Brasil.

O corporativismo é para uma categoria de trabalhadores ou funcionários, a defesa de seus próprios interesses profissionais ou econômicos.¹⁶ Sendo assim, os operadores jurídicos como os burocratas, encontraram facilidades e brechas nessa classe para satisfazerem suas necessidades econômicas e para elevarem o “status” social dos próprios na época.¹⁷

Em procedência a esse corporativismo, as ocupações nos cargos burocratizados da área jurídica eram de parentes ou com algum grau de parentesco com os já efetivados magistrados ou operadores jurídicos.¹⁸ Portanto, o jogo de interesses era evidenciado na busca de dinheiro e poder envolvendo o nepotismo nesse contexto.¹⁹ E, infelizmente, o controle desses atos corruptos era dos próprios governantes e elitistas jurídicos.

14 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 52.

15 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 52- 53. CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 338-342.

Foram os operadores jurídicos do Brasil – Colônia, principalmente os desembargadores, os verdadeiros formadores de opinião, intelectuais orgânicos legitimadores do statu quo, que nunca souberam diferenciar o público das relações privadas e os interesses da coletividade com os seus próprios interesses e os da classe dominante que representavam.²⁰

A prevaricação do Direito Colonial Brasileiro conjuntamente com o governo é expressamente comprovada no século XVII pelo Padre Antônio Vieira na sua obra *Arte de Furtar*. Nela, o autor coloca a intuição de alertar o rei de Portugal, Dom João IV sobre os malfeitos de seus súditos, tanto operadores jurídicos, quanto governantes no que diz respeito a desvio de dinheiro público na colônia.²¹

Por tudo isso, torna-se plausível a realidade brasileira jurídica e governamental do qual o Brasil está inserido. O exacerbado intento de riqueza e prestígio social levou o Direito Colonial Brasileiro a alienar-se e hoje, infelizmente, resquícios desse passado corporativista e com a incidência do nepotismo, ainda podem ser vistos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, é de se perceber que o Direito Colonial Brasileiro, nunca considerou o conteúdo das necessidades coletivas e individuais da sociedade na época. A ganância pelo poder e dinheiro exprimiam a larga vantagem jurídica e patrimonial dos grandes proprietários, operadores jurídicos e governantes que detinham o alto *status quo* frente aos pequenos proprietários, comerciantes e demais grupos que habitavam a colônia.

Além da constituição patrimonialista do sistema jurídico colonial, a burocratização dos cargos e também dos processos jurídicos ficaram claros com as evidências supracitadas. A integração dessa burocracia no sistema, que viria a ser a solução para os conflitos entre os grandes proprietários e os demais grupos que habitavam a colônia, contrariou as expectativas e uniu-se com as próprias oligarquias.

Depois de constituído um sistema jurídico burocrático, o apadrinhamento, o corporativismo e o nepotismo surgiram para a contemplação, tanto de um Direito pertencente a poucos, quanto a um Direito corrompido. A pretensão de poder e reconhecimento fez com que alguns burocratas mandassem certos membros da sua própria família a relacionarem-se com pessoas da nobreza ou com algum cargo importante na colônia, tudo isso para buscar alguma promoção ou apadrinhamento.

Investigando as raízes do Direito Brasileiro é notório, pelo menos a certos períodos da história, o encontro de erros na sua formação e procedência. E a realidade presente hoje, nada mais é que a herança (modificada) deixada por esses erros ao longo da história. Cabe aqui salientar o pensador *Confúcio* de que “não corrigir nossas falhas é o mesmo que cometer novos erros”²² e isso foi evidenciado ao longo de nossa história, tanto no Direito, quanto na política.

Foi nessa perspectiva que se procurou privilegiar esse reconhecimento maléfico da nossa história do Direito no decorrer deste artigo. Através do conhecimento desses erros do passado, que continuam hoje, podemos corrigi-los e assim feitos, começarmos a transformação benéfica dessa cultura tão arraigada por valores corrompidos.

16 Disponível em: <www.dicio.com.br/corporativismo/> Acesso em: 25 jun. 2012.

17 CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 343-344.

18 CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 342.

19 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 57.

20 CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 343.

21 Disponível em: <revistaepoca.globo.com/ideias/noticia/2012/01/como-se-desvia-dinheiro-no-brasil.html> Acesso em: 25 jun. 2012.

22 Disponível em: <www.pensador.uol.com.br/erros_e_acertos/> Acesso em: 02 jul. 2012

REFERÊNCIAS

- CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
Disponível em: <revistaepoca.globo.com/ideias/noticia/2012/01/como-se-desvia-dinheiro-no-brasil.html> Acesso em: 25 jun. 2012.
Disponível em: <www.dicio.com.br/corporativismo/> Acesso em: 25 jun. 2012.
Disponível em: <www.pensador.uol.com.br/erros_e_acertos/> Acesso em: 02 jul. 2012.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- SILVEIRA, Daniel Barile da. *Patrimonialismo e a Formação do Estado Brasileiro: uma releitura do pensamento de Sergio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>> Acesso em: 21 jun. 2012.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OS DIREITOS SOCIAIS E O PROBLEMA DO SISTEMA DO WELFARE STATE NO BRASIL.

Luiz Henrique Menegon Dutra¹
Luiz Felipe Nunes²

RESUMO: Hoje vemos a Europa com grandes dificuldades financeiras, muito pelo fato do modo como se conduziu o fornecimento dos direitos sociais nos últimos anos. Ao adotar o sistema do "WELFARE STATE", A Europa passou a financiar os direitos sociais para sua população, gerando um bem-estar-social. Ocorre que esse sistema gerou uma enorme crise financeira, pois não existe dinheiro no mundo que consiga bancar tantos direitos sociais a população. Mesmo diante do que está acontecendo na Europa, o Brasil está, de forma indireta adotando o mesmo sistema Europa, fato que preocupa para o nosso futuro.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO SOCIAIS – WELFARE STATE – EUROPA – BRASIL – FINANCIAMENTO.

ABSTRACT: Today we see Europe with major financial difficulties, much as the fact of our leading social rights in recent years. By adopting the system of "WELFARE STATE", Europe began to finance social rights for its population, generating a welfare-social. It is that this system generated a huge financial crisis, because no money in the world who can afford so many social rights to the population. Even in the face of what is happening in Europe, Brazil is, indirectly adopting the same system Europe, a fact that concerns for our future.

KEYWORDS: SOCIAL LAW - WELFARE STATE - EUROPE - BRAZIL - FINANCING.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O sistema do *Welfare State* financia os direitos sociais³ a população, sem qualquer meio de controle, visto que não se verifica as condições financeiras e econômicas do Estado para o fornecimento desse direito, fornecendo de forma irresponsável a população assistência social completa.

Como conseqüências deste sistema pode-se mencionar a acomodação da população diante de tanta ajuda do Estado, tal acomodação gera um enorme impacto na economia do país, afinal, pra que o esforço das pessoas, uma dedicação exaustiva, sendo que, não alcançando meu objetivo final, como metas de produção e de lucros, existem uma certeza que o governo ajudará no que se refere aos meus direitos sociais.

¹ Mestrando do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-graduando em Direito Constitucional e Direito e Processo do Trabalho. Membro do Grupo de Pesquisa Verdade, Memória e Justiça: *análises da experiência das políticas públicas reparatórias do governo no Rio Grande do Sul envolvendo os atos de sequestro, morte, desaparecimento e tortura de pessoas no regime militar brasileiro (1964/1985)*, coordenado pelo professor Dr. Rogério Gesta Leal. Advogado. E-mail: adv.dutra@hotmail.com

² Mestrando e Bolsista CAPES do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduando lato sensu em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação – IMED. Membro do Grupo de Pesquisa Verdade, Memória e Justiça: *análises da experiência das políticas públicas reparatórias do governo no Rio Grande do Sul envolvendo os atos de sequestro, morte, desaparecimento e tortura de pessoas no regime militar brasileiro (1964/1985)*, coordenado pelo professor Dr. Rogério Gesta Leal. Advogado. E-mail: luizfelipenunes@gmail.com

³ Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva. São Paulo 2011. p.974.

Ocorre que andando junto com esse sistema Europeu, o mundo capitalista, e, cada vez mais globalizado começa a prejudicar a economia Européia. Enquanto países da Ásia e da América do Sul trabalham exaustivamente visando o lucro e maior produção, sem qualquer preocupação com o Estado do Bem-Estar-População, os países europeus continuaram com o mesmo pensamento de financiamento social.

Com a economia não conseguindo acompanhar a produção dos demais países capitalistas¹ e a conta dos direitos sociais aumentando, a crise passou a se tornar um fato eminente, como estamos podemos observar nesse momento.

Quanto ao Brasil, o nosso Estado acredita-se estar passando uma transformação, onde, após a Constituição Federal de 1988², passou a se preocupar com os Direitos Sociais. Na constituição de 1988, podemos verificar que os Direitos Sociais estão em sua grande maioria positivados, ou seja, são exigíveis no âmbito jurídico. O professor do Mestrado de Direito da UNISC Clovis Gorczewski³ em seu magistério menciona que através da CF/88 não há de se falar em problemas com a positivação dos direitos sociais, mas sim em sua efetivação, o que comprova a preocupação adotada pelo Estado brasileiro com esses direitos.

Assim, questiona-se se está certo o Estado brasileiro investir tanto nos direitos sociais, mesmo observando o que está acontecendo nos Estados Sociais Europeus, também preocupa-se pela questão financeira, afinal a conta dos direitos sociais é enorme, e com a tendência de somente crescer no decorrer dos anos.

2. DO BEM-ESTAR SOCIAL E O SISTEMA DO WELFARE STATE

No início do século XX delineou-se o Estado do Bem-Estar-Social⁴ e, com ele, uma nova etapa de direitos, que demandam prestações estatais positivas a fim de proporcionar condições mínimas à população no campo social. A partir do impacto das constituições Mexicana, de 1917⁵, e de Weimar, de 1919⁶, sentiu-se no mundo a necessidade de abranger o elenco dos direitos da

¹ Com a idéia de produção em massa, trabalho no limite dos empregados, para combater a economia dos países europeus e americano.

² A Constituição de 1988 traz um capítulo próprio dos direitos sociais (capítulo II do título II) e, bem distanciado deste, um título especial sobre a ordem social (título VIII). Mas não ocorre uma separação radical, como se os direitos não fossem algo ínsito na ordem social. O art. 6º mostra muito bem que aqueles são conteúdo desta quando diz que são direitos sociais *a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª edição, revista e atualizada. Editora Malheiros Editores. São Paulo. p.285.

³ Advogado, doutor em direito, professor da Universidade de Santa Cruz do Sul –UNISC.

⁴ Atribui-se ao *welfare State*, Estado do Bem-Estar-Social, ou, ainda, Estado Providência, o desequilíbrio orçamentário sentido após a crise de 1929 e refletido na economia até hoje pelos países desenvolvidos, como França, Itália e Espanha, por exemplo. Ocorre que passaram os Estados a emitir moeda para cobrir o déficit no orçamento causados pelas despesas sociais, por conta do surgimento de um novo paradigma de Estado, agora voltado para abrandar as desigualdades sociais degradantes refletidas no pós-guerra. MARTINS, Ives Granda da Silva. Direitos Humanos – aspectos jurídicos. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo: ESDC, nº , p. 26, jul./dez.2004.

⁵ O modelo da Constituição mexicana alargou o elenco dos direitos sociais, inclusive com a pormenorização das questões trabalhistas, envolvendo horas extras, por exemplo, além dos direitos previdenciários, embora esses em menor grau de especificações. Nesse ponto é bom lembrar que em muito se parece a Carta Mexicana com a atual Constituição, tendo em vista a forma abrangente de elencar os direitos. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves.Op. Cit. P .152.

⁶ A Constituição de Weimar, mesmo tendo marcado a eferescência dos direitos sociais, não pautou tão descritivamente os direitos sociais como a Constituição Mexicana, enunciando a justiça social como princípio, porém remetendo para o legislador infraconstitucional a função de concretizá-lo. Todavia, muitas inovações no direito dos trabalhadores surgiram a partir de 1919, como a jornada de trabalho limitada e a criação da justiça especializada.

representação das liberdades públicas¹. Então, numa perspectiva evolutiva, os direitos fundamentais sociais surgiram a partir da inserção do indivíduo na sociedade.²

O Estado passou a se preocupar com o bem-estar na sociedade³ e a potencialização dos seres humanos. No entanto, essa cidadania gerada pelo Estado permitiu apenas o reforço da dependência de políticas públicas⁴. E, com o tempo, em decorrência do avanço do capitalismo e a modificação das forças políticas, tal opção mostrou-se insuficiente. Com esse sistema a Europa não conseguiu acompanhar a economia do resto do mundo, com a economia em queda constante, começou a faltar dinheiro para bancar os direitos sociais para toda população. Como um meio de solução para resolver esse problema, atualmente, o Estado adquiriu novos matizes, alterando-se o sentido do *welfare* produzido.

Nesse “novo *welfare*”, o Estado passou a se comportar como um elemento de apoio e não como agente direto, diminuindo assim, o comodismo da população e produzindo soluções. Esse é o chamado “*welfare* positivo”, envolve três elementos: Estado, Mercado e Sociedade Civil⁵. Nesse contexto, o Estado passa a promover o apoio às necessidades dos indivíduos, fomentando o mercado e permitindo a geração dos serviços. Ele também promove a regulamentação do mercado, intervindo pontualmente.

Mesmo o Estado se comportando como elemento de apoio no chamado “*welfare state positivo*”, a economia europeia continua em decadência, como já mencionado nas considerações iniciais com o exemplo da Grécia e Itália. A população já mal acostumada com o sistema antigo, não respondeu da maneira esperada pelo Estado, e o incentivo realizado não foi suficiente para elevar a economia europeia.

¹ A simples abstenção do Estado já não assegurava efetivamente a dignidade da pessoa humana.

² REIS, Jorge Renato dos. Op. cit., p.130.

³ Giddens (1996) refere que há quatro “tipos” de *welfare state* na Europa, sendo estes determinados conforme a sua abrangência. Um primeiro tipo é representado pelo sistema utilizado no Reino Unido, que possui serviços sociais e de saúde, juntamente com benefícios dependentes da renda. Além deste há o Nórdico, que impõe a existência de impostos elevados, que permitem o oferecimento de benefícios sociais generosos. Há ainda o sistema Europeu Central, que possui serviços sociais financiados pelos empregados e por contribuições previdenciárias. E, por último, mas não menos importante, há o Europeu Meridional, que se assemelha ao Europeu Central, porém possui benefícios menos abrangentes. O ponto comum de cada um destes sistemas é a presença de um Estado “provedor”, que “abastecer” a sociedade de serviços e produtos que garantem (em tese) uma melhoria na qualidade geral de vida dos cidadãos. (GIDDENS, Anthony. Reflexões)

⁴ Refletindo sobre a questão, Santos Filho expressa que “A atuação estatal cristalizou as estruturas de produção e exploração, reduzindo a evidenciação da luta de classes, impregnando a sociedade de uma lógica produtivista (SANTOS, 2002). Além disso, um *welfare* tradicional (negativo) nega o exercício da insatisfação do homem. A insatisfação, conforme aponta Schumpeter (1969), age no inconsciente, determinando necessidades que devem ser satisfeitas. A redução da insatisfação reduz as necessidades do homem e não permite, ocupando-se da terminologia de Maslow (cf. Chiavenatto, 1994), uma completa auto-realização, comprometendo as vontades autônomas do indivíduo. Neste sentido, Santos (2002) aponta que “[...] a compreensão do mundo e a forma como ela cria e legitima o poder social tem muito a ver com concepções do tempo e da temporalidade [...] a característica mais fundamental da concepção ocidental de racionalidade é o facto de, por um lado, contrair o presente e, por outro expandir o futuro. A contracção do presente, ocasionada por uma peculiar concepção de totalidade, transformou o presente num instante fugidio, entrincheirado entre o passado e o futuro. Do mesmo modo, a concepção linear do tempo e a planificação da história permitiram expandir o futuro indefinidamente. Quanto mais amplo o futuro, mais radiosas eram as expectativas confrontadas com as experiências presentes” (SANTOS, 2002, p. 239). Assim, contraditoriamente, não se realizam nem no presente, nem no futuro as aspirações e mina-se a possibilidade de crescimento do homem, reforçando-se a necessidade das políticas públicas.” (SANTOS FILHO, Luiz Aristeu dos. Um Olhar Sobre Burocracia, Maquiavelismo, Direito e Comédia: Jocosidade e Crítica à Eficiência Estatal em “O Guia do Mochileiro das galáxias” de Douglas Adams. Trabalho de Conclusão de Curso. Santa Maria: Centro Universitário Franciscano, 2008, p. 46.)

⁵ GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

Outro fator que prejudica ainda mais a situação na Europa é a enorme dificuldade do Estado em conter os gastos já existentes com os direitos sociais e alterar a rotina da população que ficou mal acostumada com o sistema do bem-estar-social.

3. DO SISTEMA WELFARE STATE NO BRASIL

Em meio a todo esse contexto, intelectuais no Brasil vêm travando intenso debate teórico acerca da implementação, desde a década de 1930, de um sistema de *Welfare State*, no caso brasileiro. A célebre discussão entre os economistas Eugênio Gudín e Roberto Campos tem demarcado as posições favoráveis e contrárias ao intervencionismo econômico estatal. Essa questão é amplamente discutida por Perez¹ e mencionada por Santos Filho².

Além disso, deve-se perceber que ampla tem sido a discussão acerca do papel dos Direitos Sociais que foram incluídos na Constituição Federal de 1988, destacando-se aqueles definidos no seu artigo 6º, cuja redação é:

Art. 6º 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.³

Ainda, referente à inclusão dos direitos dos direitos sociais no rol de cláusulas pétreas, imperioso mencionar Correia em seu ensinamento:

Os valores apostos nos princípios fundamentais do Título I invocam a idéia de que há que se valorizar não apenas o indivíduo para a formação do Estado Democrático de Direito, que é fundamento da República Federativa do Brasil. Assim, valores sociais também são fundamentais para o nosso modelo (como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, mesmo a cidadania do artigo 1º, II, que não é valor apenas individual, mas também social). Logo, sendo os direitos individuais, inclusive quanto à atuação do Poder Constituinte Derivado.⁴

A interpretação tradicional desta definição constitucional impunha principalmente a responsabilidade do Estado no oferecimento de assistência social aos desamparados. Porém, seu sentido vem sendo revisado, em termos teóricos. Principalmente uma vez que se vê abandonada a matriz constitucionalista e adentra-se uma matriz neoconstitucionalista. Dentre as principais características, conforme Agra,

[...] tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) positividade e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força dos princípios do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva. [...]⁵

¹ PEREZ, Reginaldo Teixeira. O Pensamento Político de Roberto Campos: Da Razão do Estado à Razão do Mercado. Rio de Janeiro: FGV, 1999

² SANTOS FILHO, Luiz Aristeu dos. Uma Reflexão acerca do Caráter da Súmula Vinculante no contexto da Reforma Institucional do Poder Judiciário Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2011.

³

⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 117, p. 154. 2005.

⁵ AGRA. Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 31

Observa-se nesse sentido, que há um suporte, pelo menos teórico, ao oferecimento de programas sociais. No caso brasileiro, nos últimos anos, tem havido uma significativa ampliação desses programas, fornecendo um atendimento mais integral ao cidadão. De um lado, há os custos associados às benesses estatais, de outro, há um sistema de duas esferas: a uns, se garantem uma série de benesses, em função de sua condição social. A outros, resta recorrer apenas às próprias expensas.

Cria-se, portanto, com a ampliação dos programas sociais, uma elite de assistidos pelo Estado, que, ao mesmo tempo em que se fundamenta nas desigualdades promovidas pelo capitalismo, cria um grupo de excluídos dessa nova elite. Uma significativa revisão do princípio da igualdade.

Assim, parafraseando Celso Antônio Bandeira de Melo em seu célebre *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, a discriminação juridicamente válida é aquela que vise a pessoas indeterminadas e indetermináveis no momento de sua escolha (na elaboração do projeto legislativo), que seja uma decorrência lógico-racional do critério diferenciador erigido e, por fim, que esteja em consonância com os valores constitucionalmente consagrados.¹

Desse modo, garantir uma série de programas a setores da sociedade, por conta de sua condição social, acaba gerando amplos problemas na economia, uma vez que a lógica de financiamento envolve a remodelagem do sistema de compensação da relação entre as benesses oferecidas e a capacidade de pagamento do Estado. Nesse sentido, observando-se o caso europeu, deve-se ter por conta que

O desemprego crônico na Europa, assim como a pobreza e a desigualdade crescentes na América do Norte são sintomas daquilo que muitos acreditam ser o dilema subjacente às economias abertas de hoje: um trade-off básico entre o crescimento do emprego e uma seguridade social generosa e igualitária. Contribuições sociais e impostos pesados, salários altos e inflexíveis e direitos trabalhistas amplos tornam a contratação de mais trabalhadores excessivamente custosa e o mercado de trabalho muito inflexível.²

O oferecimento de determinadas benesses, especialmente a uma população que poderia estar economicamente ativa, define um panorama prejudicial para o desenvolvimento econômico como um todo, criando dificuldades de sustentação financeira desse sistema. A garantia dos Direitos Sociais, na atualidade, representa um problema, quando se trata de programas de transferência de renda ou oferecimento continuado de cestas básicas, uma vez que a garantia desse sustento ao indivíduo tende a gerar a sua acomodação³. A solução lógica seria uma redução do bem-estar, com vistas adequá-lo à capacidade financeira do Estado.

¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Da constitucionalidade e da conveniência da Lei Maria da Penha. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1711, 08 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11030>>. Acesso em: 15 set. 2011, p. 01.

² ESPING-ANDERSEN, Gosta. O Futuro do Welfare State na Nova Ordem Mundial. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 35, 1995, p. 74.

³ No entanto, segundo dados constantes do site do Ministério do Desenvolvimento Social, há dados, no caso brasileiro, que suportariam a perspectiva contrária. Se expressa que "Integrantes das famílias beneficiadas com o Programa Bolsa Família, do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), não ficam acomodadas para o trabalho por receber os recursos. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) de 2004, aumentou em 2,2 vezes a participação no mercado de trabalho de homens que integram famílias beneficiárias, e em 4,5 vezes o número de mulheres. As informações são parte da apresentação que o pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Ricardo Paes de Barros, fez nesta sexta-feira (11/12) durante o *Seminário Internacional Sistemas de Proteção Social: Desafios no Contexto Latino-americano*, em Brasília (DF). CARVALHO, André. Números mostram que Bolsa Família não gera acomodação para o trabalho. Ministério do Desenvolvimento Social.

Dentre outras vantagens do programa minha casa minha vida, podemos mencionar a possibilidade de financiar 100% do imóvel, um prazo de até 30 anos para o pagamento do imóvel, taxa de juros de 4.5% ao ano, onde, quanto menor a renda do contratante, menor será a taxa de juros do contrato, usar o FGTS na compra ou construção do seu imóvel ou, ainda, para pagar as prestações e amortizar o saldo devedor nas operações do Sistema Financeiro de Habitação –SFH, para estabelecer o limite de crédito exigido, pode ser somado a renda do contratante com a de outras participantes

Em decorrência desse programa, com tantas vantagens para a população, ocorreu uma supervalorização dos imóveis no Brasil, o qual prejudicou a classe média do país, pois estão adquirindo imóveis com taxas de juros maiores, num mercado super aquecido. Nesse sentido, observa Esping-Andersen, uma alternativa envolve o repensar do papel da Assistência Social.

No lugar de uma redução do bem-estar, preferem um redirecionamento das políticas sociais que favoreça programas ativos para o mercado de trabalho, treinamentos e educação permanentes, “trazendo as pessoas de volta ao trabalho” - combinados, se possível, a uma garantia de renda mínima. A mudança em direção aos investimentos em capital humano, no lugar da preservação da renda real, é um tema central para a administração Clinton, assim como para a Comunidade Europeia e até mesmo para os países do Leste Asiático.¹

Isso já demonstra uma revisão acerca da perspectiva que rege a garantia dos Direitos Sociais, bem como um reforço na possibilidade de financiamento deste. Há que se observar que é de vital importância que não se incorra nos mesmos erros experimentados pelo caso Europeu. Dessa forma, o caso brasileiro, deve relevar as especificidades constitucionais e as experiências internacionais sobre o tema.

Um ponto que deve ser alterado o quanto antes, é o momento em que se discute a efetividade dos direitos sociais, visto que no Brasil, primeiro se positivam os direitos sociais para depois no judiciário se discutir se o Estado terá condições de arcar com os custos do direito social positivado. Esse momento de discussão e análise econômica deve ser realizado pelo Legislativo e não pelo Judiciário, muito em razão da peculiaridade dos direitos fundamentais, que após sua positivação, devem ser fornecidos a população.

Os direitos fundamentais sociais prestacionais legislativamente concretizados assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa, visto que justificam o recurso à proteção judicial. Diante da omissão do constituinte quanto à extensão da aplicabilidade das normas de direito fundamentais, estão os poderes públicos vinculados a eles de tal forma que a omissão seria, na verdade, um mandado de otimização de sua eficácia. Assim, o legislador está obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental e encontra-se proibido de editar normas que atendem contra o sentido e a finalidade contida na Constituição.²

Em razão dessa falha no sistema de positivação dos direitos sociais, é muito comum ver no judiciário a utilização da reserva do possível.

A reserva do possível é uma composição doutrinária, geralmente invocada quando da necessidade de prestação de um direito fundamental, mais propriamente, um direito fundamental social, que, a priori, seria o que exigem uma ação positiva, a prestação de um serviço do Estado para com seus cidadãos.³

Segundo o doutrinador Canotilho⁴, a efetivação dos direitos sociais deve ser pautada na “reserva do possível”, estando esses atrelados aos recursos econômicos. Qualquer elevação ou maior disposição desses direitos sociais estaria atrelada ao volume possível de recurso a ser

Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/noticias/numeros-mostram-que-bolsa-familia-nao-gera-acomodacao-para-o-trabalho/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

¹ ESPING-ANDERSEN. Op. cit., p. 74.

² REIS, Jorge Renato dos. Direitos Sociais e Políticas Públicas, Desafios Contemporâneos. Tombo 11. Artigo: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A SOLIDARIEDADE: notas introdutórias. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2011. p. 113.

³ GORCZEWSKI, Clóvis. Op. Cit., p. 39.

⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

conseguido com verbas públicas. Esse cenário é diferente tanto na origem do argumento na doutrina alemã, como na doutrina norte-americana dos custos do direito. Logo, deve ser vista com restrições na teoria brasileira.

Acerca do tema, Silva manifesta sua contrariedade a tais argumentos, na medida em que vislumbra o risco dessa retórica na efetividade dos direitos fundamentais:

As limitações fáticas do Estado para a consecução dos direitos fundamentais prestacionais passaram a ser categorizados como cláusula da *reserva do possível*, oponível na sua atualidade, segundo o pensamento mais tradicional, contra toda e qualquer concretização do argumento da reserva do possível, passou a constituir mais um óbice para a efetividade dos direitos a prestação, eis que o argumento findou por fazer o coro ao já sonoro refrão da inefetividade das normas constitucionais, servindo freqüentemente a inconfessáveis objetivos de frustração da vontade constitucional de transformação da realidade brasileira na direção da inclusão social.¹

Ocorre, que mesmo com a aplicação do princípio da reserva do possível, os custos dos direitos sociais são enormes, com crescimento em grande a cada ano que passa isso em decorrência de vários fatores dentre os quais podemos destacar, a crescimento em grande da população e o aumento do preço dos serviços que decorrem dos direitos sociais.

Assim, passa a se preocupar não só com o funcionamento e os custos dos problemas causados pelo sistema do *welfare state*, como também qual o método deve ser realizado para que se possa pelos menos diminuir os prejuízos desse sistema, garantindo assim, o máximo possível, um estado voltado ao bem-estar-social da sua população sem que ocorra um super endividamento do mesmo.

4. DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Para o sistema do bem-estar-social alcançar os objetivos da população, que é receber ajuda do Estado no que diz respeito aos direitos sociais e atender aos objetivos do Estado, no que se refere a dar ajuda a população sem afetar sua economia, deve-se pensar na coletividade em um todo, ou seja, deve ocorrer uma ajuda de toda população, mesmo dos que não necessitam da ajuda do governo.

Nesse ponto, observa-se o princípio da solidariedade, onde a coletividade trabalha em conjunto para alcançar um objetivo final, no caso do presente trabalho, assistência social para todos que necessitam com o menor custo possível para o Estado.

Esse princípio, numa interpretação constitucionalmente aberta, sugere uma saída ao individualismo excessivo que domina as interpretações jurisdicionais, nos moldes de uma sociedade dominada pelo fenômeno global do consumo, da competitividade a qualquer preço e da conseqüente desigualdade econômica. Com o propósito de adentrar nos aspectos relevantes da solidariedade em prol de uma efetiva realização dos direitos fundamentais sociais, busca-se situá-la. Para isso, é mister a trajetória descrita por Baggio de solidariedade como instrumento-substância para uma adequada prestação jurisdicional, ou seja, a solidariedade, ao mesmo tempo em que é instrumento, serve como objetivo último (substância) para uma decisão imbuída de valores solidários, em contraponto às conflitantes situações da sociedade contemporânea.²

Explica o autor:

O “instrumento-substância” da solidariedade está situado, então, no nível dos princípios, em um senso geral (entendidos aí, princípios e valores), em nosso ordenamento jurídico. E colocado, em função da necessidade de reação hodierna a crise de solidariedade ou fraternidade em um ponto

¹ SILVA, Anabelle Macedo. Concretizando a Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Júris: 2005. P. 163.

² REIS, Jorge Renato dos. Op. Cit. p.133.

dentre os mais elevados na região onde gritavam esses princípios fundamentais, em face à sua função fundamental nessa reação.¹

Para Fachin, há uma preocupação acima do valor jurídico, no tocante da solidariedade, que é a necessidade de toda a sociedade firma-se em ações solidárias, a fim de contribuir cada qual de seu modo para a construção de uma teia não individualista, como se extrai do texto:

A preocupação do jurista não se dirige apenas ao indivíduo, mas à pessoa tomada em relação, inserida no contexto social. A pessoa humana, como bem supremo do Direito, não é um elemento abstrato, isolado, dotado de plenos poderes, com direitos absolutos e ilimitados. A coexistencialidade implica que se assegure não só o pleno desenvolvimento da pessoa individual, mas, simultaneamente, que as demais pessoas com as quais o indivíduo está em relação também possam ter esse desenvolvimento, de forma solidária. A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade.²

Gramsci foi além à questão do individualismo, destacando o conformismo social, desenvolvido pela crise na sociedade civil: Tendência ao conformismo no mundo contemporâneo mais extenso e mais profundo que no passado: a padronização do modo de pensar e de operar assume extensões nacionais e talvez continentais [...] Continua o autor: “O homem coletivo atual, ao contrário, se forma essencialmente de baixo para cima, baseado na posição ocupada pela coletividade.”³

Por fim, a solidariedade, vista como um atributo moral pode fazer muito pelo desenvolvimento social, todavia há de ser levantada amplamente em todos os setores da sociedade organizada. Não há de se realizar, nem mesmo por meio da hermenêutica filosófica, qualquer valor de solidariedade se não houver receptividade, responsabilidade e senso de equilíbrio para a sua opção, completamente desvinculada de métodos ou obstáculos puramente formais que embarquem a usualidade desse princípio. Assim, é preciso insistir que o trabalho em torno da utilização do princípio da solidariedade não se faz pelo caráter normativo, visto como mais uma exigência legal do Estado para efetivação dos direitos, mas por meio da desconstrução dos discursos jurídicos fantasiosos que acabam por encobrir o movimento pela concretização dos direitos sociais, ou, de outro modo, a solidariedade coloca-se como razão de ser dos direitos fundamentais, numa perspectiva de modificação de cenário social, mormente das promessas não cumpridas da modernidade.⁴

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se mostrar que o sistema do *Welfare State*, adotado na Europa requer vários cuidados para que se concretize de forma ideal, sem prejuízos para a população e o Estado.

Verificou que o Brasil, está adotando esse sistema a partir da Constituição de 1988, na qual se preocupou bastante com a positivação dos direitos sociais e o bem-estar-social dos brasileiros. Ocorre que desde o início do sistema do bem-estar-social, o Brasil já não está conseguindo arcar com as imensas custas dos direitos sociais, se utilizando o princípio da reserva do possível na maioria das discussões acerca do tema, para evita um super endividamento do Estado.

¹ BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição e previdência em tempos de crise de solidariedade (alguns pressupostos para uma prestação jurisdicional adequada). Revista de Direito Social, Porto Alegre: Nota Dez, ano VII, n. 25. P.80.jan./mar. 2007

² FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 50.

³ GRAMSCI, Antonio. Poder, política e partido. Sader, Emir. Tradução de Eliana Aguiar, 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2005. P. 104.

⁴ REIS, Jorge Renato dos. Op. Cit. P 3331.

Por se tratar os direitos fundamentais sociais de cláusulas pétreas, é de extrema dificuldade sua remoção da carta magna, restando com solução para resolução do problema de fornecimento dos direitos sociais a toda a população, surge a idéia do princípio da solidariedade, que traz o pensamento da coletividade em si, onde todos devem exercer um papel na sociedade para que o sistema funcione de forma correta.

8. REFERÊNCIAS A SEREM CONSULTADAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 31

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.15.

BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição e previdência em tempos de crise de solidariedade (alguns pressupostos para uma prestação jurisdicional adequada). Revista de Direito Social, Porto Alegre: Nota Dez, ano VII, n. 2, p. 11-108, jan./mar. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, André. Números mostram que Bolsa Família não gera acomodação para o trabalho. Ministério do Desenvolvimento Social. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/noticias/numeros-mostram-que-bolsa-familia-nao-gera-acomodacao-para-o-trabalho/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 117, p. 149-166, jan./mar. 2005.

COTRIM, Gilberto. História Global: Brasil e Geral. São Paulo: Saraiva, 1998.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. O Futuro do Welfare State na Nova Ordem Mundial. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 35, 1995, p. 74.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GORCZEWSKI, Clóvis. Direitos Sociais e Políticas Públicas, Desafio Contemporâneos. Tombo 11. Artigo: Marcos Teórico- Fundacionais dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2011.

GRAMSCI, Antonio. Poder, política e partido. Sader, Emir. Tradução de Eliana Aguiar, 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

HOBBS, Thomas. O Leviatã. In: HOBBS. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

LÊNIN, Vladimir Ilitch. A Sociedade de Classes e o Estado. In: FERNANDES, Florestan (org.) Lênin. São Paulo: Ática 1989, p. 140.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva. São Paulo 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 27.

PEREZ, Reginaldo Teixeira. O Pensamento Político de Roberto Campos: Da Razão do Estado à Razão do Mercado. Rio de Janeiro: FGV, 1999

REIS, Jorge Renato dos. Direitos Sociais e Políticas Públicas, Desafio Contemporâneos. Tombo 11. Artigo: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A SOLIDARIEDADE: notas introdutórias. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2011.

SANTOS FILHO, Luiz Aristeu dos. Um Olhar Sobre Burocracia, Maquiavelismo, Direito e Comédia: Jocosidade e Crítica à Eficiência Estatal em “O Guia do Mochileiro das galáxias” de Douglas Adams. Trabalho de Conclusão de Curso. Santa Maria: Centro Universitário Franciscano, 2008.

SANTOS FILHO, Luiz Aristeu dos. Uma Reflexão acerca do Caráter da Súmula Vinculante no contexto da Reforma Institucional do Poder Judiciário Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2011.

SILVA. Anabelle Macedo. Concretizando a Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Júris: 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª edição, revista e atualizada. Editora Malheiros Meditadores. São Paulo.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Da constitucionalidade e da conveniência da Lei Maria da Penha. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1711, 08 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11030>>. Acesso em: 15 set. 2011, p. 01.

WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou, Florianópolis: Fundação Boiteus, 2004. V. II.

WEBER, Max. A Política como Vocação. In: GERTH, Hans H. e MILLS, Charles Wright (orgs.). Max Weber – Ensaio de Sociologia. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 98

WEBER apud KÜHNEL, Reinhard. O Modelo Liberal de Exercício do Poder. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. (Orgs.) Política & Sociedade. Vol. 1. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1979, p. 242.

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E A CORTE DE HAIA: ESTUDOS PARA A COMPETIÇÃO PHILIP C. JESSUP LAW MOOT COURT COMPETITION, DURANTE OS ANOS DE 2011 E 2012.

Introdução

A Phillip C. Jessup Law Moot Court Competition é, atualmente, a maior e mais importante competição de direito do mundo, sendo promovida pela *International Law Students Association* (Associação Internacional dos Estudantes de Direito) e o escritório internacional de advocacia, *White and Case*. O nome da competição é uma homenagem a Philip Jessup, juiz da Corte Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas¹. Trata-se de uma corte simulada, em que países fictícios envolvidos num conflito também fictício submetem a controvérsia à Corte Internacional de Justiça. As equipes são formadas por estudantes de Direito, que representam advogados perante a Corte. Mais de quinhentas faculdades de Direito de mais de cem países participam anualmente da competição. Neste ano, a etapa nacional da Competição teve lugar no Centro Universitário Ritter dos Reis, entre os dias 27 e 29 de fevereiro. Visando mudar esses paradigmas (vinculados ao estudo somente repetitivo da doutrina), e em apoio uma melhor formação dos estudantes, oportunizando-os o máximo de aproveitamento de sua vida acadêmica, viu-se na criação do grupo de estudos para o JESSUP uma grande oportunidade, a qual atingiu seus objetivos e obteve resultados positivos para os estudantes da Universidade Federal de Santa Maria. Acreditando que a educação superior é oportunidade para, além de desenvolver habilidades profissionais, agregar valores pessoais, estabelecer contatos, construir mudanças, e que não deve se dar somente com base no estudo das doutrinas, como costumeira, exaustiva e quase unicamente ocorre, a participação em atividades extra-classe, sobretudo competições, faz-se de extrema importância. Inúmeras competições jurídicas ocorrem nacional e internacionalmente todos os anos². Elas demonstram ser importantes meios para a integração e desenvolvimentos acadêmicos, pois permitem a interação entre instituições das mais longínquas partes do país e do globo: “as competições estudantis internacionais são ricos processos de aprendizagem que desenvolvem postura, profissionalismo, comunicação eficiente e criatividade, num ambiente de intensa interação com estudantes de diversas culturas e tradições jurídicas.” (FGV, *online*). Entretanto, poucas instituições possuem a tradição de participarem delas, ou incentivarem seus alunos para tal.

Conforme relato do Reitor do Centro Universitário Ritter dos Reis (Porto Alegre, Rio Grande do Sul)³: “Ex-concorrentes no concurso acabaram saindo da faculdade e tomando parte em governos e organismos internacionais, tendo ocupado posições de destaque em estudos jurídicos”. O consultor da área de Direito Internacional da ONU Vasco Jesus Rodrigues destacou a importância desse evento. “A JESSUP é como se fosse o campeonato mundial de futebol, só que é de Direito, portanto é um privilégio estar participando como juiz desta competição de reconhecimento internacional aqui em Belo Horizonte, na Fumec” Ele elogiou ainda os participantes. “Os melhores alunos de Direito do Brasil estão aqui presentes. São a nova geração que futuramente se tornarão membros do Ministério das Relações Exteriores, funcionários da ONU e dos tribunais internacionais”⁴. Dessa maneira, pode-se ressaltar a importância da criação de grupos de estudos, os quais visem excelência em suas produções, nas áreas jurídicas, na Universidade Federal de Santa Maria. Sabendo a instituição haver completado seus 50 anos, enfrentando dificuldades, porém, tendo grandes nomes que formaram suas bases no ensino jurídico aqui, é lastimável que tenha perdido a vertente da criação, pesquisa e produção, diretamente vinculada às Universidades Federais, e tão difundida nos outros cursos.

1 Conforme consta em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Philip_C._Jessup_International_Law_Moot_Court_Competition>, acesso em 10. Jun. 2011.

2 São exemplos, além do Jessup: *Willem Vis International Commercial Arbitration Moot* (na área de Direito Comercial) e *ELSA Moot Court Competition on WTO Law* (simulação de contencioso da Organização Mundial do Comércio).

3 Atualmente a UniRitter sedia as etapas brasileiras do Jessup. Disponível em: <<http://www.uniritter.com.br/graduacao/direito/poa/?noticia=1076>>, acesso em 28/06/2011.

4 Disponível em <<http://www.fch.fumec.br/destaques/detalhes.php?desId=204>> , acesso em 28/06/2011.

O Projeto de Ensino teve como objetivo principal a discussão sobre temas atuais na área de Direito Internacional Público, bem como a discussão da matéria de maneira geral. Os estudos foram realizados na Universidade Federal de Santa Maria, no decorrer do segundo semestre de 2011. Outros objetivos foram a elaboração dos memoriais para a competição, os quais exigiram um avançado conhecimento pelos participantes; o aprimoramento do discurso jurídico no idioma inglês, no qual ocorre toda a competição; o desenvolvimento de habilidades de trabalho em equipe e em competições pelos participantes, bem como a oralidade dos mesmos, que tiveram que apresentar os trabalhos para qualificados julgadores, nacionais e internacionais, especialistas em suas áreas. Também foi escopo do projeto o desenvolvimento de artigos científicos e sua posterior publicação em periódicos internacionais, porquanto refletiria os conhecimentos adquiridos pelos estudantes e no aproveitamento das habilidades desenvolvidas. Durante a execução do projeto, os alunos encontraram dificuldades, como a falta de material específico na área de Direito Internacional Público, bem como a falta de orientação de discentes ou docentes que já tenham participado da competição e pudessem, assim, auxiliar nas dúvidas específicas. Entretanto, em que pese todas as dificuldades, é inegável que a experiência adquirida em diversas habilidades, como para a pesquisa e elaboração de documentos no sistema *Common Law*, o desenvolvimento e utilização da linguagem jurídica em idioma estrangeiro – o inglês (idioma oficial da competição), o aprendizado e desenvolvimento da pesquisa em bancos de dados oficiais estrangeiros (tendo em vista que, após a inscrição da equipe, é fornecido o acesso à sites renomados de consulta de legislação estrangeira), bem como o desenvolvimento do trabalho em equipe e da oratória no campo jurídico, não poderiam ter sido desenvolvidos e atingidos de outra maneira.

Metodologia:

O evento consiste na elaboração de material escrito e apresentação oral sobre um contencioso de Direito Internacional Público, entre duas nações fictícias, sobre a qual as equipes devem elaborar material escrito (memoriais), para ambas as nações, e realizar a apresentação oral. A preparação dos acadêmicos da UFSM iniciou após o lançamento do problema sobre o qual a competição se pautou, chamado “*The Case Concerning the Mai-Tocao Temple*”, em outubro do ano passado. Durante o período, os alunos tiveram que desenvolver dois memoriais, em língua inglesa, além de prepararem-se para as apresentações orais perante bancas composta por especialistas na área, nacionais e internacionais. Para tanto, foram realizadas reuniões quinzenais, a fim de discutir temas em direito internacional público, em um primeiro momento, e, após um mês de discussões e pesquisas, foram realizados estudos na área específica sobre a qual se concentrava o problema. As pesquisas foram desenvolvidas em bancos de dados internacionais, entre os quais: *Hein Online*, *Westlaw* e *Oxford University Press*. Os alunos também utilizaram livros específicos da doutrina na área de Direito Internacional Público, muitos dos quais disponíveis *on line*. Para elaboração dos memoriais, a equipe dividiu-se em grupos, que ficariam responsáveis, um para cada parte participante do contencioso (*Applicant* e *Respondant*). Ademais, foi necessária ampla consulta à legislação de tratados, acordos e resoluções internacionais, de diversos organismos, bem como precedentes da Corte de Haia. Na etapa final, os alunos participantes realizaram treinamentos das apresentações orais, na qual se prepararam para responder os possíveis questionamentos feitos pela banca.

Resultados e discussões:

Os resultados superaram as expectativas, porquanto a equipe da Universidade Federal de Santa Maria, além de obter quinta colocação (em pontos corridos, sexta no *ranking* geral) entre 10 equipes na competição (sendo apenas 4 equipes novatas, dentre elas a da UFSM), puderam conhecer estudantes de todo o país, os quais possuem alto nível de conhecimento na área de Direito Internacional, e profissionais de várias nações, inseridos em cargos importantes nas suas áreas, criando um vasto, qualificado e importante *networking*. Ainda, a participação deste ano – a primeira da Universidade Federal de Santa Maria em mais de cinquenta anos de competição – foi importante o desenvolvimento de grupo de estudos em Direito Internacional no Curso de Direito da UFSM, do qual sairão os participantes para as competições posteriores. Além disso, a competição é um grande passo para quem pretende seguir carreira na área internacional, trabalhar em organismos como a Organização das Nações Unidas, Corte de Haia ou mesmo faculdades de Direito e Ciências Políticas/Relações Internacionais ao redor do mundo, pois é muito difícil

encontrar, no Brasil, outra maneira de ter acesso a rede de dados internacionais disponibilizada, e outra maneira para desenvolver as habilidades exigidas durante a competição.

Conclusão:

Conclui-se que o projeto realizado foi de extrema importância para o Curso de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Maria, pois pôde despertar nos alunos e professores o interesse para a participação em competições jurídicas, as quais apresentam resultados positivos para a Instituição de maneira geral. Além de prosseguir com os estudos, os alunos interessaram-se por ampliar seus conhecimentos na área, tendo já sido criado grupo de estudos específico, o qual certamente resultará em interessantes produções e projetos acadêmicos.

Referencias Bibliográficas:

Centro Universitário Ritter dos Reis. Disponível em: <<http://www.uniritter.com.br/graduacao/direito/poa/?noticia=1076>>, acesso em: 28. Jun. 2011.

Direito GV. Competições Internacionais. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/competicoes-internacionais>>. Acesso em: 10. Set. 2011.

International Law Students Association – JESSUP. In <www.ilsa.org/jessup>, acesso em 06 de agosto de 2011.

KÖCHE, José Carlos. Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e iniciação à pesquisa – Petrópolis, RJ. Vozes, 1997.

Universidade Fumec. Disponível em: <<http://www.fch.fumec.br/destaques/detalhes.php?desId=204>> , acesso em: 28. Jun. 2011.

VENTURA, Deisy. SEITENFUS, Ricardo. Introdução ao direito internacional público. 2.

Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

White & Case – JESSUP. In <<http://jessup.whitecase.com/>>, acesso em 06 de agosto de 2011.

Wikipedia. Jessup. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Philip_C._Jessup_International_Law_Moot_Court_Competition>. Acesso em: 10. Jun. 2011.

A POSSIBILIDADE DO CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO CONSEQUÊNCIA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº. 132 E ADI Nº. 4277

Marli Marlene Moraes da Costa¹
Kellen Eloisa dos Santos²

1 Considerações Iniciais

Duradoura e árdua foi a batalha em busca do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como união estável, o que ocorreu por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277, ações que tinham como objetivo, especialmente, a obrigatoriedade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil como entidade familiar e, por conseguinte, detentoras de direitos e deveres como qualquer união estável entre pessoas de sexos distintos.

Contudo, apesar de o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e que dela decorrem os mesmos direitos e deveres que emanam das uniões estáveis heteroafetivas, o Tribunal não enfrentou outros assuntos relativos aos direitos dessas famílias, tais como, por exemplo, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, uma das principais consequências sociais e jurídicas oriundas do referido reconhecimento e que ainda permanece alvo de intensa discussão.

Desse modo, o presente artigo se destina a abordar a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo como consequência da decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. É exatamente o que será analisado a seguir.

2 Breves considerações acerca do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar

No dia 05 de maio de 2011, em julgamento conjunto da ADPF nº. 132 e da ADI nº. 4277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, as uniões homoafetivas como entidades familiares, concedendo-as idênticos direitos que são auferidos às uniões estáveis heteroafetivas (BRITTO, 2011, <<http://www.stf.jus.br>>), e, para tanto, interpretou o artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição, com intuito de excluir quaisquer hipóteses que venham a impedir o reconhecimento dessas uniões como entidades familiares. A decisão possui eficácia contra todos e efeito vinculante, devendo o reconhecimento da união estável homoafetiva ser realizado de acordo com os mesmos requisitos e possuir as mesmas consequências da união estável entre pessoas do mesmo sexo (DIAS, [2012?], <<http://www.direito.homoafetivo.com.br>>).

Ressalta-se que o Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, opinou pela procedência dos pedidos formulados por ambos requerentes, qual seja, o pedido de “interpretação conforme a Constituição” do artigo 1.723 do Código Civil, utilizando o argumento de que é nela, na Constituição, que constam os requisitos essenciais para o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas, que se caracterizam em face de sua durabilidade; do conhecimento público e, portanto, não aceitação da clandestinidade; da continuidade; e, do desígnio de constituir uma família (BRITTO, 2011, <<http://www.stf.jus.br>>).

1 Pós-doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC. Professora da Graduação em Direito na FEMA - Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa. Psicóloga com especialização em terapia familiar. Coordenadora dos Projetos de Pesquisa: “O Direito à Profissionalização e as Políticas Públicas da Juventude na Agenda Pública: desafios e alternativas para a inserção dos jovens no mercado de trabalho - um estudo no município de Santa Cruz do Sul - RS.” e “O Brincar e a Construção da Cidadania nas Escolas: uma releitura do Estatuto da Criança e do Adolescente”. Endereço eletrônico: marlicosta15@yahoo.com.br.

Nessa linha, deve-se destacar que ao conferir igualdade de direitos entre famílias homoafetivas e heteroafetivas, a decisão do Supremo Tribunal Federal possibilitou não somente o reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, como também, por consequência, os demais direitos assegurados às uniões estáveis, tais como, o direito à dissolução desta união e partilha de bens, herança, benefícios previdenciários, dentre outros direitos (OPPERMANN, 2011, <<http://www.ibdfam.org.br>>). Em síntese, com o resultado do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, há muitos motivos para comemorações pela realização de justiça no Brasil, eis que ambas as ações reafirmaram os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, e como consagração do pluralismo se resgatou a cidadania, dando o direito aos homossexuais de alcançarem, com o reconhecimento de suas uniões estáveis como entidades familiares, a almejada felicidade, que é um direito pleiteado por todos (CHAVES, 2011a, <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>). No entanto, destaca-se que apenas se conquistou o primeiro passo, qual seja a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, havendo ainda inúmeras questões a serem enfrentadas (OPPERMANN, 2011, <<http://www.ibdfam.org.br>>), considerando-se que a decisão implica consequências sociais e jurídicas em relação a outros direitos não enfrentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nas ações citadas.

Assim, apesar de a união estável homoafetiva ser detentora dos mesmos direitos inerentes às uniões estáveis heteroafetivas, sobreveio, como consequência da decisão, dúvidas relativas à possibilidade ou impossibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Os conservadores, em face de questões ideológicas, culturais, religiosas ou, ainda, em virtude do persistente preconceito e discriminação, entendem e defendem que não há possibilidade, argumentando que foi reconhecido aos homossexuais apenas o direito à união estável e não o direito ao casamento civil, argumento esse totalmente equivocado (DIAS, [2012?], <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>), conforme se passará a demonstrar.

3 Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: uma abordagem Constitucional e infraconstitucional

Ao se fazer uma análise ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal, o qual dispõe que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, conclui-se que, se é dever da lei facilitar a conversão da união estável em casamento e, se o Supremo Tribunal Federal conferiu às uniões estáveis homoafetivas idêntica proteção que é aferida às uniões estáveis heteroafetivas, logo, a facilitação ao casamento também é garantia constitucional inerente às famílias homoafetivas.

Nessa linha, se faz necessário esclarecer o porquê da utilização das nomenclaturas “homem” e “mulher” no dispositivo supracitado, o que Britto (2011, p. 42, <<http://www.stf.jus.br>>), em sua fundamentação no julgamento da ADPF nº. 132 e ADI nº. 4277, faz muito bem.

[...] Essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher” [...] também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano [...] nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade (Grifo próprio).

Portanto, o fato de constar as terminologias “homem” e “mulher” no artigo 226, § 3º da Constituição Federal é no sentido apenas de estabelecer relações horizontais e igualdade entre os gêneros e não o impedimento ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ressalta-se que o Código Civil de 2002, diferente do que fez a Constituição, em seu artigo 1.726 não faz qualquer menção à diferença de gêneros, apenas aduz que “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Assim, não restam dúvidas de que a união homoafetiva pode ser convertida em casamento.

Nesse passo, cabe mencionar alguns dos dispositivos do Código Civil de 2002 que tratam acerca da capacidade e impedimentos ao casamento para, a partir disso, se fazer uma análise construtiva de modo a demonstrar que a possibilidade de homossexuais contraírem matrimônio é garantia inafastável.

Desse modo, o artigo 1.517 do Código Civil de 2002 dispõe que “o homem e a mulher com dezesesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”. Portanto, em análise ao referido dispositivo verifica-se que tanto homens quanto mulheres, desde que respeitando as condições estabelecidas pelo artigo, possuem o direito de se casar. Agora, se referidas uniões serão hetero ou homoafetivas, isso nada menciona o artigo. Logo, conclui-se, que a orientação sexual não poderá ser fator que motive a exclusão/negação de direitos.

Nesse desiderato, assume relevo transcrever também o artigo 1.521 do mesmo diploma legal, Código Civil, de forma a apresentar todos os impedimentos para o casamento.

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Mais uma vez, verifica-se que homossexuais não estão impedidos de se casar, haja vista que o dispositivo infraconstitucional acima transcrito dispõe de maneira taxativa e não exemplificativa o rol de impossibilidades à constituição de família por meio do matrimônio.

Outro dispositivo que assume relevância destacar é o 1.523 do Código Civil de 2002, o qual apresenta as causas suspensivas do casamento, impondo quem não deve se casar.

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Como se vê, a união homoafetiva também não configura causa suspensiva do casamento. Dessa forma, não havendo nada que impeça ou suspenda a possibilidade de casamento por pessoas do mesmo sexo, tem-se, como única justificativa, que a negação de lhes conferir tal direito se dá em virtude de preconceitos e discriminações.

Nesse sentido foram os argumentos utilizados pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Luiz Felipe Francisco (2012), em sua decisão que reconheceu o pedido de conversão da união estável em casamento, formulado por duas pessoas do mesmo sexo.

Se a Constituição da República determina que seja facilitada a conversão da união estável em casamento, e o Supremo Tribunal Federal determinou que não fosse feita qualquer distinção entre uniões hétero e homoafetivas, não há, pois, como afastar a recomendação constitucional negando [...] a conversão da união estável em casamento, máxime porque consta [...] a prova de existência de convivência contínua, estável e duradoura [...] sem qualquer impedimento ou causa suspensiva. [...] o ordenamento jurídico não veda expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, portanto, ao se enxergar uma vedação implícita ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, estar-se-ia afrontando princípios consagrados na Constituição da República, quais sejam, os da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo (FRANCISCO, 2012, p. 01, <<http://www.tjrj.jus.br>>). (Grifo próprio).

Além do mais, frisa-se que o casamento civil, por ser considerado o vínculo que confere às famílias maior segurança jurídica, não pode ser negado a nenhuma entidade familiar que desejar se constituir dessa forma, e isso, inclusive, independentemente da orientação sexual, até mesmo porque a união homoafetiva possui os mesmos núcleos axiológicos de dignidade dos componentes da família e de afetividade que os da união entre pessoas de sexos distintos (SALOMÃO, 2011, <<https://ww2.stj.jus.br>>).

Não é a toa que nossa Carta Magna, em seu dispositivo 226, *caput* e parágrafos, ao consagrar diferentes formações familiares, assegurando a todas elas a “especial proteção do Estado”, trouxe como primeira constituição de família, aquela fundada no casamento civil, o que é natural, haja vista que este instituto configura ampla notoriedade, publicidade e compromisso público, o que vem em benefício da estabilidade, continuidade e segurança jurídica da família (BRITTO, 2011, <<http://www.stf.jus.br>>).

Frisa-se que a Carta Constitucional de 1988 passou a ver a família sob uma nova ótica, mais humanizada, não mais focada e idealizada no casamento e sim, na dignidade dos componentes familiares (SALOMÃO, 2011, <<https://ww2.stj.jus.br>>). Essa nova visão da família foi objeto de análise do voto proferido por Britto (2011, p. 39, <<http://www.stf.jus.br>>), quando do julgamento da ADPF 132 e ADI 4277.

[...] “O casamento é civil e gratuita a celebração”. Dando-se que “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§§1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *litteris*: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (*caput* do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). (Grifo no original).

Verifica-se que a característica principal do casamento desloca-se daquela visão retrógrada para uma visão focalizada na dignidade da pessoa humana. Portanto, o casamento na atualidade não pode ser visto sob o mesmo aspecto do passado, que possuía como características essenciais a procriação, a indissolubilidade e a necessidade de ser constituído por pessoas de diferentes sexos (SALOMÃO, 2011, <<https://ww2.stj.jus.br>>).

Diante de todo o exposto, verifica-se que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil de 2002, em momento algum, excluíram a possibilidade de casamento civil ou de conversão da união estável em casamento por pessoas do mesmo sexo. Desse modo, ao impedir o casamento entre homossexuais, estar-se-á afrontando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do pluralismo, do planejamento familiar, e, da não discriminação (SALOMÃO, 2011, <<https://ww2.stj.jus.br>>).

Nesse sentido, destaca-se a afirmação do Deputado Federal Wyllys (2011, <<http://casamentociviligualitario.com.br>>) sobre o impedimento de homossexuais de constituírem família por meio do instituto do casamento civil e a discriminação que enfrentam.

Estamos falando de uma forma de discriminação do mesmo tipo que a exclusão das mulheres do direito ao voto, a proibição do casamento inter-racial, a segregação de brancos e negros, a perseguição contra os judeus e outras formas de discriminação e violência que, mais tarde ou mais cedo, emergiram à superfície e ficaram em evidência como tais. Da mesma maneira que hoje não há mais “voto feminino”, mas apenas *voto*, nem há mais “casamento inter-racial”, mas apenas *casamento*, chegará o dia em que não haja mais “casamento homossexual”, porque a distinção resulte tão irrelevante como resultam hoje as anteriores e o preconceito que explicava a oposição semântica tenha sido superado.

Portanto, vale dizer, que a busca pela possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo é também no sentido de “reconhecimento social e político da dignidade e da condição humana das pessoas homossexuais. É luta não apenas jurídica como também cultural e simbólica” (WYLLYS, 2011, <<http://casamentociviligualitario.com.br>>).

Por outro lado, destaca-se que a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, criada pela Portaria nº. 16, de 15 de abril de 2011, como forma de acabar com o preconceito jurídico enfrentado por lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT) apresentou, por meio do Estatuto da Diversidade Sexual, dentre outras propostas, a de emenda constitucional em relação aos parágrafos primeiro e terceiro do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Assim, em caso de aceitação da proposta passaria o parágrafo primeiro a constar que deve ser “[...] admitido o casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual” (OAB, 2011, p. 14). (Grifo no original). Já o parágrafo segundo, passaria a constar que deve ser “[...] reconhecida a união estável entre duas pessoas como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (OAB, 2011, p. 14). (Grifo no original).

Note-se que, se aprovados tanto o projeto de lei quanto a proposta de emenda constitucional, a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil irá inovar no sentido de referenciar além da orientação sexual também a identidade de gênero, o que, conseqüentemente ampliará a definição de casamento, motivo que impossibilitará quaisquer tratamentos discriminatórios (BARRETO, <<http://www.tudoron donia.com>>).

Referido Estatuto, segundo Oppermann e Dias (2011, <<http://direitohomo afetivo.com.br>>), “trata-se de um microsistema que visa a promover a inclusão de todos, sem distinção, combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou por identidade de gênero, inclusive pela criminalização da homofobia” (DIAS, M. B.; OPPERMANN, M. C, 2011, <<http://direitohomo afetivo.com.br>>).

Para aperfeiçoar todos os argumentos acima expostos, cabe ressaltar que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão (2012), em julgamento ao Recurso Especial nº. 1183378, publicado em 01 de fevereiro de 2012, interpretou os dispositivos que tratam do casamento civil de acordo com a técnica de interpretação conforme a Constituição, orientação principiológica concedida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº. 132 e ADI nº. 4277, reconheceu o direito de homossexuais se habilitarem para o casamento, eis que inexistente vedação expressa em contrário. Logo, qualquer interpretação que venha a vedar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, irá afrontar os princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana, pluralismo, livre planejamento familiar e, o da não discriminação.

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPALMENTE CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. REsp.1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJ 01/02/2012.

Assim, como forma de atender e regularizar os direitos de casais homoafetivos que queiram fundar sua entidade familiar pelo vínculo matrimonial e para que não haja quaisquer hipóteses de impedimento dos Cartórios em receber pedidos de habilitação ao casamento, o Desembargador James Magalhães de Medeiros, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Alagoas, no uso de suas atribuições, determinou por meio do Provimento nº. 40, de 06 de dezembro de 2011, que os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado de Alagoas deverão receber os pedidos de habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo. Frisa-se que referida determinação, dentre outras considerações apontadas pelo Desembargador, deu-se especialmente em razão do Julgamento da ADPF nº. 132 e da ADI nº. 4277, bem como do julgamento do Recurso Especial nº. 1183378 (ALAGOAS, 2011, <<http://direitohomoafetivo.com.br>>).

No mesmo sentido, por meio do procedimento nº. 4640, o Ministério Público do Estado de São Paulo requereu à magistrada Betina Rizzato Lara, da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Osasco, a homologação para que seja concedida habilitação ao casamento civil para homoafetivos, tendo em vista que o mesmo raciocínio que conferiu os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para conceder-lhes o direito ao casamento civil (OSASCO, 2011, <<http://direitohomoafetivo.com.br>>).

Por fim, há que se considerar que ao impedir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, conforme corroborado, estar-se-á violando os princípios da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e da afetividade. Desse modo, tendo as famílias heteroafetivas a possibilidade de constituir a sua entidade familiar com base no matrimônio, o mesmo direito de escolha deve ser conferido aos homoafetivos, já que a orientação sexual não deve ser motivo de preconceito e discriminação (CHAVES, 2011b).

4 Considerações Finais

Este trabalho de pesquisa teve a finalidade de esclarecer pontos relevantes acerca da possibilidade de casamento civil no contexto das relações homoafetivas enquanto novas entidades familiares. Nessa linha, pode-se verificar que não há impedimentos ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, haja vista que o Supremo Tribunal Federal ao conferir igualdade de direitos entre uniões homoafetivas e heteroafetivas, conseqüentemente possibilitou a constituição dessas famílias por meio do vínculo matrimonial. Assim, têm-se como únicas justificativas de negação de tal direito, o preconceito e a discriminação, já que a legislação em vigor, interpretada conforme a Constituição,

não impede o casamento civil homoafetivo. Ao contrário, incentiva a conversão da união estável em casamento, não devendo a lei, sob risco de violar o princípio da igualdade, conferir dois pesos e duas medidas às uniões estáveis heteroafetivas e uniões estáveis homoafetivas.

Como resultado deste trabalho foi possível verificar também que no raciocínio dos direitos aferidos, tem-se que os magistrados devem julgar as demandas que versem sobre essa matéria de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, além de possuírem o dever de reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, também deverão lhes conceder idênticos direitos conferidos às uniões estáveis formadas por pessoas de sexos distintos, exatamente como demonstrado.

Em síntese, o presente trabalho visou demonstrar que o casamento civil é uma possibilidade jurídica inerente não só às uniões heteroafetivas como também às uniões homoafetivas, de forma a evidenciar que o não reconhecimento de tais garantias é decorrente de atos preconceituosos e discriminatórios.

Referências

ALAGOAS. *Provimento nº. 40, de 06 de dezembro de 2011*. Alagoas, 2011. Disponível em: <http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao/provimento_-_cgj-al.pdf>. Acesso em: 15 maio 2012.

BARRETO, Paulo Cezar. *OAB apresenta anteprojeto do estatuto da diversidade sexual*. Tudo rondonia jornal eletrônico, Rondonia, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.tudorondonia.com/noticias/oab-apresenta-anteprojeto-do-estatuto-da-diversidade-sexual-23327.shtml>>. Acesso em: 10 maio 2012.

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

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 10 abr. 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. *Íntegra do voto da decisão da ADPF nº. 132 e ADI nº. 4277*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

CHAVES, Marianna. *As uniões homoafetivas e a corte constitucional brasileira*. 2011a. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/as_uni%20es_homoafetivas_e_a_corte_constitucional_brasileira.pdf>. Acesso em: 11 Jun. 2011.

_____. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade: um panorama luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011b.

DIAS. *Um sonho convertido em casamento*. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/um_sonho_convertido_em_casamento.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2012.

DIAS, M. B.; OPPERMANN, M. C. *Estatuto da diversidade sexual: a promessa de um Brasil sem preconceito*. Disponível em: <http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/71__99e75b61ac7e0abfac2a73f1c07f86de.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2012.

FRANCISCO, Luis Felipe. Apelação Cível nº. 0007252-35.21012.8.19.0000. Julgado em 08/02/2012. DJ 24/04/2012. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus>>.

OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Comissão Especial de Diversidade Sexual. *Estatuto da Diversidade Sexual: anteprojeto e proposta de emenda constitucional*. Aprovada em audiência pública do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada dia 22 de março de 2011 e criada pela Portaria 16/2011 de 15 de abril de 2011. Brasília: Magister, 2011.

OPPERMANN, Marta Cauduro. *A vitória da cidadania*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=726>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

OSASCO. *Procedimento nº. 4640, de 2011*. Osasco, 2011. Disponível em: <http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao/80__7950855c4888a135297f13eb1f040314.pdf>. Acesso em: 15 maio 2012.

SALOMÃO, Luis Felipe. REsp.1183378/RS. Julgado em 25/10/2011. DJ 01/02/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em: 30 maio 2012.

WYLLYS, Jean. *Casamento igualitário*. Disponível em: <<http://casamentociviligualitario.com.br/casamento-igualitario/>>. Acesso em: 30 maio 2012.

LEI MARIA DA PENHA: UM NOVO OLHAR A PARTIR DOS RECENTES JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marli Marlene Moraes da Costa¹
Rodrigo Cristiano Diehl²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sob a vigência da Lei 11.340, o sistema jurídico brasileiro passou por diversas transformações, principalmente aquelas voltadas à violência no âmbito familiar. Sendo assim, surgiram diversas dúvidas de quais medidas devem ser tomadas pelo Poder Público para que haja um combate efetivo a esta prática.

Neste contexto, o presente artigo tem por desígnio ponderar todo o histórico da Lei Maria da Penha, desde a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, até o caso concreto que levou o Brasil a ser condenado pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, também faz-se necessário a análise sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal quando aprecia a união estável como instituto jurídico, sempre considerando e contextualizando os fundamentos da República Federativa do Brasil. E com isso inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado".

Além do mais, demonstrar-se-á a obrigatoriedade da extensão da referida lei a qualquer indivíduo que se encontre em uma união longínqua e que haja a finalidade de constituir uma família, sendo assim, membro de uma sociedade em constante aperfeiçoamento.

1. MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES: DE VÍTIMA A SÍMBOLO NACIONAL DE COMBATE A VIOLÊNCIA FAMILIAR

A legislação conhecida por combater a violência familiar no Brasil, a lei número 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, tem por objetivo a criação de mecanismos capazes de coibir a violência doméstica e familiar, e com isso, estar em consonância com o artigo 226 da Constituição Federal. Estando, deste mesmo modo, em concordância, com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Sendo assim, a legislação supracitada disciplina acerca da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da alteração do Código de Processo Penal, do Código Penal e da Lei de Execução Penal, entre outras providências. (BRASIL, 1990).

1 Pós-doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Coordenadora do Grupo de Estudos "Direito, Cidadania e Políticas Públicas" da UNISC. Professora da Graduação em Direito na FEMA - Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa. Psicóloga com especialização em terapia familiar. Coordenadora dos Projetos de Pesquisa: "O Direito à Profissionalização e as Políticas Públicas da Juventude na Agenda Pública: desafios e alternativas para a inserção dos jovens no mercado de trabalho - um estudo no município de Santa Cruz do Sul - RS." e "O Brincar e a Construção da Cidadania nas Escolas: uma releitura do Estatuto da Criança e do Adolescente". Endereço eletrônico: marlicosta15@yahoo.com.br

2 Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista da Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS no projeto de pesquisa "O direito de proteção contra a exploração do trabalho infantil e as políticas públicas de saúde no Brasil". Integrante dos grupos de pesquisa: "Direito, Cidadania e Políticas Públicas", coordenado pela professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa; e "Direitos Humanos", coordenado pelo professor Pós-Doutor Clovis Gorczewski, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC e certificados pelo CNPq. Email: rodrigocristianodiehl@live.com

A razão que levou essa norma a ser conhecida como Lei Maria da Penha é em grande parte trágica, pois a mesma homenageia a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica, vítima de violência doméstica, perpetrada por seu marido, o Senhor Marco Antônio Heredia Viveiros, economista e professor universitário. Que no dia 29 de maio de 1983, atingiu sua mulher, enquanto dormia com um tiro de espingarda pelas costas. Tendo como consequência a sua paraplegia, o que foi a primeira tentativa de homicídio cometida pelo seu marido.

A vítima ficou um longo período no hospital e, dias após o retorno à sua casa, sofrendo então a segunda tentativa. O agressor, seu marido Marco Heredia, tentou eletrocutá-la enquanto se banhava, porém foi em vão. Ainda, cabe ressaltar que seu marido a mantinha presa dentro de casa, causando-lhe mais sofrimento, pois proibia Maria da Penha a ter qualquer contato com quem quer que seja inclusive com sua família.

Após tamanho sofrimento, Maria da Penha se viu obrigada a pedir auxílio à sua família, escondendo-se de Marco Heredia. E com isso, através de uma autorização judicial, conseguiu deixar a casa levando junto suas três filhas, frutos do casal, sendo esse o fim de uma relação de intensa aflição e tortura, provinda de alguém que se podia menos esperar, seu companheiro, pai de suas filhas, e em um lugar inesperado, seu próprio ambiente familiar.

Somente em 1984, mais precisamente no dia 28 de setembro, que fora oferecida a denúncia, pelo Ministério Público, contra Marco Heredia. Apesar de o réu negar a autoria do crime, afirmando ter sido um assalto, na primeira tentativa de homicídio, as provas obtidas no inquérito policial eram suficientes para incriminá-lo.

Alguns dados foram, aqui, decisivos. Primeiro, a prova testemunhal, constituída por empregados do casal, a ressaltar o gênio violento do marido. Segundo, a intenção deste em convencer a esposa a celebrar um contrato de seguro de vida, da qual ele seria beneficiário; além da transferência do seu veículo, a pedido do marido. E, por último, o encontro da espingarda utilizada na prática do crime, fato sempre negado pelo autor sob o fundamento de que não possuía qualquer espécie de arma de fogo. (FERNANDES, 1994, p. 170).

No dia 4 de maio de 1991, o réu foi condenado pelo tribunal do júri a 8 anos de prisão, no entanto, contra essa decisão, o réu recorreu em liberdade e um ano depois, teve seu julgamento anulado. Foi então em 1996 que o acusado foi novamente condenado, mas agora a pena de 10 anos e seis meses de prisão. Contudo, impetrou recurso da decisão do júri, recorrendo novamente em liberdade.

Diante da demora da justiça brasileira em adotar uma decisão no processo penal de responsabilização do agressor, Maria da Penha, iniciou a lutar pelos direitos das mulheres contra a violência doméstica, buscando a cidadania feminina, visto que, naquela época não havia lei para orientar e proteger a mulher vítima de violência familiar.

A bravura de Maria da Penha Maia Fernandes a fez recorrer no âmbito internacional de justiça com o apoio de diversas ONG's, bem como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

Ante o exposto, Maria da Penha, com ajuda de tais parcerias, conseguiu fazer com que seu caso chegasse à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA). Que tem como principal função examinar as petições que denunciam violações aos direitos humanos, considerados aqueles contidos na Declaração dos Direitos do Homem. Nesse sentido, possuem legitimidade para manifestar estas petições qualquer indivíduo, grupo ou ONG legalmente reconhecida por no mínimo um Estado-membro da OEA. (CUNHA, 2011).

Recebida a denúncia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos divulgou, no dia 16 de abril de 2001, o Relatório 54/2001. Documento este, indispensável para poder compreender a violência contra a mulher no Brasil, e com a repercussão que teve, incentivou que se estabelecessem mais fortemente as discussões sobre o tema, culminando, após 5 anos de sua publicação, a Lei Maria da Penha. (CUNHA, 2011, p. 25).

Em consequência, o relatório da OEA responsabilizou o Estado brasileiro pelas falhas, displicência e ineficácia judicial, em relação à violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas protetivas, além de impor indenização, tendo que o Estado pagar 20 mil dólares à Maria da Penha, pelo descumprimento do comprometimento em obedecer às disposições contidas nos tratados e convenções internacionais.

Passados 19 anos e seis meses após os fatos, em setembro de 2002, o autor do delito, Marco Antônio Heredia Viveiros, foi finalmente preso pela tentativa de homicídio. Ressalta-se, porém, que o condenado cumpriu apenas dois anos de prisão.

A repercussão do caso Maria da Penha foi tamanha que, em 7 de agosto de 2006, foi instituída a Lei nº 11.340, sancionada pelo ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, e tendo sua entrada em vigor dia 22 de setembro de 2006. E, por conseguinte, a partir dessa data se iniciou uma nova era no que tange aos direitos das mulheres, principalmente a busca pela igualdade.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO A IGUALDADE EM FACE DOS ALARMANTES DADOS DE VIOLÊNCIA

Com o ingresso da Lei 11.340/2006 no ordenamento jurídico brasileiro principiou um novo período em busca da igualdade de gênero. Tendo como principais pontos de partida o início do interesse da sociedade no que cerceia a violência doméstica e familiar contra a mulher, visto que antes, ela era meramente discriminada, ignorada, humilhada.

Portanto, pelo aspecto histórico, a Lei Maria da Penha, foi criada visando à proteção da mulher diante dos dados alarmantes de violência doméstica praticada por homens contra esta, tratando-se então de violência de gênero.

A respeito disso Maria Berenice Dias (2007, p. 31) argumenta que, no momento em que é afirmado que está sob o abrigo da Lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantém relação íntima de afeto em ambiente familiar de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção. Nesse diapasão, há uma corrente que questiona a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha no que tange o princípio da isonomia, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Porém,

não há o que se falar em afronta ao princípio da isonomia, pois este não se refere à igualdade literal. Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. Significa “igualdade na aplicação do direito”. O princípio da igualdade pressupõe não somente a igualdade formal, mas também a igualdade material. (CUNHA, 2011, p. 34)

Dessa forma, o princípio constitucional deve ter interpretação conforme a teoria aristotélica, isto é, “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, visto que, de modo contrário, não se conseguiria alcançar a aplicação real desse princípio. Não há como garantir a igualdade perante a lei, se não tornar possível a igualdade social, ou seja, material.

A partir disso, para que homens e mulheres sejam iguais perante a lei e na sociedade, é necessário que haja uma “ferramenta” que possibilite uma equiparação, ainda que forçada, entre eles. Logo,

prevê-se a possibilidade de adoção, pelo Estado, de ações afirmativas visando acelerar o processo de obtenção da igualdade entre a mulher e o homem. Na definição de Serge Athabashian, “as ações afirmativas são medidas privadas ou políticas públicas objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas”.

Assim, no que se refere especificamente as infrações praticadas com violência doméstica e familiar, ao afastar a aplicação da Lei 9.099/95 no tocante a estas infrações, deixou de considerá-las infrações de menor potencial ofensivo. (CUNHA, 2011).

Aliás, segundo Cavalcanti (2010, p. 193-194)

esta foi uma das grandes modificações da Lei Maria da Penha, visto que, como já foi exposto anteriormente, o procedimento da Lei nº 9.099/95 não possibilitava o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher no Brasil, por vários motivos, principalmente: por considerar a violência doméstica crime de menor potencial ofensivo; pelo grande número de arquivamento dos processos pela desistência do direito de representação da vítima; pela aplicação indiscriminada de penas de cestas básicas ou multa.

Mediante todas essas observações acerca da Lei Maria da Penha, tem-se a liberdade de demonstrar que a referida lei se destina, desde sua origem, a proteção da mulher contra violência praticada pelo seu companheiro. No entanto, se houver a percepção desta lei como política pública de promoção a igualdade utilizando como base jurídica a constante transformação que ocorre na sociedade e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no que tange a união homoafetiva, poderá ocorrer uma extensão de sua aplicação, na qual será abordada no próximo capítulo.

4.POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO A IGUALDADE EM FACE DE UM ORDENAMENTO JURÍDICO EM CONSTANTE APRIMORAMENTO

Primeiramente, é de extrema importância à realização da distinção entre violência doméstica e violência familiar, sendo a primeira caracterizada por qualquer ação ou omissão praticada que causa morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial ocorrida no espaço de convívio permanente de pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. (BRASIL, 2006) Como se pode observar, no âmbito doméstico, o agressor pode não ter relações familiares com a vítima, mas deve necessariamente conviver, de forma continuada, com ela. Essa definição abrange, inclusive, os empregados domésticos, ou seja, os "esporadicamente agregados". O termo "esporadicamente" nos remete a uma noção de relacionamento provisório.

Já a violência familiar é a violência praticada por membros de uma mesma família, aqui entendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, que venham a ter uma união estável.

Nesta linha, de acordo com o recente julgamento Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.277 em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 132, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da união homoafetiva, reconhecendo-a como instituto jurídico, e tendo como consequências deste pleito, algumas alterações na legislação infraconstitucional.

E com isso inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado".

Destarte, é bem de ver que, na Carta da República de 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. (STJ, 2010).

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o **homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002).

A partir do entendimento da Suprema Corte, não haverá impedimento para que duas pessoas do mesmo sexo formem uma união estável, pelo fato de que, o parágrafo terceiro do artigo 226 da Carta da República não utiliza o termo "união estável entre homem e mulher" como sendo possível unicamente a união entre uma pessoa do sexo masculino e uma do sexo feminino, mas sim, para afirmar que há uma igualdade entre ambos.

Ainda, alega-se de que o propósito constitucional é de estabelecer relações jurídicas horizontais (indivíduo-indivíduo) ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano.

Com isso, a decisão do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro se baseia na técnica da "interpretação conforme", reconhecendo a união homoafetiva como família.

Por isso, tem-se por entendido que a Constituição não empresta ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica, ou mais, homenageia o pluralismo como valor sócio-político-cultural, incluindo a advertência sobre o direito subjetivo de construir família.

Como consequência deste fato, deve-se reafirmar que quando houve a elaboração e aprovação da Lei Maria Penha, tão pouco o Supremo Tribunal Federal quanto o Poder Legislativo havia se manifestado no que tange a possibilidade da união homoafetiva.

Nada mais adequado do que se ressaltar que as uniões homossexuais, da mesma forma que as uniões heterossexuais, pautam-se pelos vínculos de afeto, não havendo razão para um tratamento desigual, devendo ser superado o preconceito, sob pena de se ferir o princípio da igualdade. O reconhecimento da união homoafetiva como família é um direito do indivíduo e um dever do Estado.

Também, a Lei Maria da Penha incide independentemente de orientação sexual (arts. 2.º e 5.º, parágrafo único). Sob esse argumento, pode-se também haver uma extensão no que tange a sua aplicabilidade a gays, lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros, estão ao seu abrigo quando a violência ocorre entre pessoas que possuem relação afetiva no âmbito da unidade familiar. Sendo de responsabilidade do Estado assegurar meios para coibir a violência, não somente no âmbito das relações, mas em qualquer forma de expressão.

Destacando o marco normativo fundamental da lei nº 11.340/06, que é o reconhecimento da situação peculiar de violência familiar em que a vítima se encontra, tanto para o processamento judicial quanto para a adoção de medidas administrativas.

Neste sentido, desde a entrada em vigor da norma, a lei Maria da Penha tem causado grandes polêmicas, e com isso, houve diversas flexibilizações, criando variadas jurisprudências sobre o assunto. Em uma primeira visão, não pode haver qualquer distinção, salvo as trazidas pela Constituição Federal, entre homens e mulheres, porém sabemos que esta hipótese já foi relativizada. Nesse sentido, entende-se que a maioria dos crimes praticados no âmbito familiar ocorre contra mulheres, porém, o Estado brasileiro, representando o interesse da sociedade, não pode ficar na inércia com o restante das agressões domésticas. Neste entendimento, vale ressaltar o artigo 3º da Carta da República, assegurando que, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Por isso, ao subordinar a lei 11.340 de 2006 a Constituição Federal, como assevera Hans Kelsen (1998), de que todo o ordenamento jurídico está subordinado à Carta Magna, depara-se com duas hipóteses: a primeira delas seria a sua inconstitucionalidade, visto que, trata homens e mulheres de forma desigual, ou seja, há uma desigualdade formal (NOVAK, 2012), no entanto, como visto anteriormente, não há o que se falar em afronta ao princípio da igualdade, pois a sociedade está em busca de uma igualdade social, e inclusive, essa hipótese também foi derrubada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade número 19, na qual foi declarada sua constitucionalidade.

A segunda hipótese seria que ao passar (na concepção de que a Constituição Federal se caracteriza por ser um filtro no ordenamento jurídico) a Lei 11.340/06 pela Carta da República, interpretar-se-ia o termo "*mulher*", como sendo, "*mulher e homem*", ou melhor, aquele indivíduo que se encontra em situação de perigo iminente ou tendo o seu direito da integridade física e moral agredido, estaria acobertado pela referida lei.

Numa interpretação de que, a lei adveio para proteger aquele mais fraco da relação, mais vulnerável, independentemente de se caracterizar como sendo uma relação heteroafetiva ou homoafetiva, tendo como requisito básico a relação de convivência contínua.

Além disso, o governo passa a atuar no combate a violência contra a mulher, propondo alternativas para essas demandas. Opções, essas, não só para as mulheres vítimas de violência e que precisam de assistência, mas também para todos os membros que integram a família, desde que respeito o requisito de que a violência tenha ocorrido "no âmbito da unidade doméstica", "no âmbito da família"; ou "em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima independente do gênero", tendo assim respeitado o princípio fundamental de cada indivíduo, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho procurou-se contextualizar a legislação que tem por intuito a coibição e a erradicação da violência familiar, registra-se aqui, o abuso cometido contra as mulheres, visto que, as mesmas se encontram nos cumes das pesquisas de violência.

Ainda, houve a preocupação em elencar e descrever, de forma geral, as alterações que a sociedade vem sofrendo ao longo do tempo, mas principalmente aquelas relativas à união homoafetiva e suas implicações no sistema jurídico atual.

Ao encontro disso, não deve o Poder Público, a sociedade civil e a iniciativa privada se eximirem dos seus papéis no processo de formação de uma sociedade pluralista, livre e sem preconceitos. Tendo este objetivo não alcançado, estar-se-á diante de uma afronta aos princípios fundamentais da República.

Por fim, entende-se que o Estado brasileiro tem o dever jurídico de resguardar a integridade física e moral de seus indivíduos, seja ela através do Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente ou lei 11.340 (Maria da Penha), isto é, o meio em que o Estado utilizar, respeitando a legislação, é de pouco interesse, desde que cesse o mais rápido possível com essa supressão de direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Decreto nº 1.973 de 01 de agosto de 1994. Brasília, DF: Congresso Nacional. 1996.

_____, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 1979. Brasília, DF: Congresso Nacional. 2002.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Violência doméstica: análise da lei “Maria da Penha”. Bahia, 2010.

CUNHA, Rogerio Sanches. Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo, 2011.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça. São Paulo. 2007.

_____, Maria Berenice. Gênero e homossexualidade. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/discurso-genero-e-homossexualidade.cont>> Acesso em: 07/10/2012

FERNANDES, Maria da Penha Maia. Sobrevivi, posso contar. Fortaleza, 1994.

GORCZEVSKI, Clovis. Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar. 1. ed. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2009.

GUIMARÃES, Issac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal. Salvador: Jus Podivm, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. [tradução João Baptista Machado]. 6º Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LAURIA, Thiago. É possível aplicar a Lei Maria da Penha a lésbicas, travestis e transexuais? Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=59> Acesso em: 07/10/2012.

NOVAK, Jonny. Igualdade Formal x Igualdade Material. Disponível em: <http://rossinovak.blogspot.com.br/2011/05/igualdade-formal-x-igualdade-material.html> Acesso em: 07/10/2012.

PARSONS, Wayne. Políticas Públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas. [traducción de Atenea Acevedo] México: FLACSO, Sede Académica de México, 2007.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In.: REIS, Jorge R.; LEAL, Rogerio G. Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo Reconhece União Homoafetiva. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> Acesso em: 07/10/2012.

VITÓRIA, Ticiane. A isonomia e a lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://criticaconsciente.wordpress.com/2011/04/19/a-isonomia-e-a-lei-maria-da-penha/>>

A EDUCAÇÃO EM UM MUNDO GLOBALIZADO: UM ESTUDO A PARTIR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SUA INFLUENCIA EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Rodrigo Cristiano Diehl1
Rosane Teresinha Carvalho Porto2

Somente através de uma transformação profunda na consciência dos homens é que se poderá atingir uma sociedade mais humana, menos injusta, mais digna de ser vivida, a fim de poder realmente desfrutar com alegria do privilégio de viver, criar e conviver. E esta transformação só poderá ser obtida, a meu ver, através de um processo educacional global e renovado, que parte da base, e que mature através de gerações, e que, por isso mesmo, não pode mais ser adiado. (Geraldo Jordão Pereira).

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho versará acerca do papel da escola na formação do indivíduo no contexto da globalização e das múltiplas possibilidades daí advindas. A história revela que a crise faz parte do processo civilizatório da humanidade. Mas algumas crises, colocam em questão o fundamento da sociedade, sendo que no atual contexto social da chamada “ pós-modernidade” ou a sociedade do consumo o processo de desenvolvimento social, a articulação da educação e do conhecimento com a formação da criança enquanto cidadão de direitos deve ser revisado, principalmente no que tange a sua formação integral. Nisso depende a condição social do indivíduo autônomo, em um Estado democrático de direito, envolvendo entre os atores sociais (a família, a escola, o estado) e a mídia televisiva. Dentro desse contexto, tem-se que a diferença entre as sociedades tradicionais e a sociedade pós-moderna, exige um agir reflexivo, por conta também, do avanço tecnológico e dos meios de comunicação, diga-se aqui: a televisão, que contribuiu com a crise de identidade social. Não é uma crise apenas de conteúdo, mas uma crise de estrutura, uma crise de modelo que gera uma infinidade de situações e atinge diretamente o cotidiano da criança e do adolescente.

Muito se têm discutido nos espaços acadêmicos sobre o papel da família, da escola, da sociedade, e do Estado na educação de formação integral das crianças e adolescentes e na prevenção da delinquência juvenil no Brasil. E em meio a tudo isso, ainda inclui-se a mídia televisiva e outros espaços virtuais, por exemplo, as redes sociais, que aqui não serão abordadas. Ocorre que, repensar sobre o envolvimento desses atores sociais pelo princípio da solidariedade e da cooperação no atual cenário social, leva de imediato a desconstituir os conceitos pré-estabelecidos de modernidade, sociedade, instituição e sujeitos, para depois analisar a comunicação e interligação entre estes espaços, verificando se efetivamente a educação e a mídia televisiva são ambientes de inclusão social, independentemente das conseqüências negativas que podem também acompanhar essa relação. A maior preocupação está no processo alienante e de consumo que os meios de comunicação e especialmente a televisão acarretam nas crianças e nos adolescentes, desrespeitando os princípios constitucionais estatutários contemplados pela teoria da proteção integral, que devido a condição de sujeitos em desenvolvimento psicossocial, são vulneráveis sociais, devendo serem protegidos indistintamente pelo Estado Democrático de Direito.

Assim o texto se organiza em três partes sendo que a primeira teve por escopo delinear a condição do sujeito no mundo pós-moderno. Num segundo momento foi abordado a educação X escola: a formação e deformação da liberdade humana pela educação. Por fim, o final do artigo aborda de maneira reflexiva a relação educação e televisão, se de inclusão social ou de consumo, quais suas implicações para o público infanto-juvenil.

1. O SUJEITO E A SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Muitos são os fatores que nos fazem pensar a respeito da condição do sujeito na pós-modernidade, em especial a influência da educação na autonomia individual e coletiva. A cada ano que passa o ser humano tem necessidade de tomar consciência da expansão tecnoeconômica, que está espalhada por todo globo terrestre, bem como também saber que vive na era planetária, constituída por uma comunidade de destinos sobre a Terra, isto é, essa comunidade ou população que decidirá o futuro do planeta de acordo com suas ações tais como: a dispersão de armas nucleares, guerras por petróleo, a degradação da biosfera, outros

problemas também surgem a partir desse contexto, como a pobreza, a miséria, o desemprego, a baixa qualidade da educação e no ápice de todos os eles está à exclusão social, que traz perigo de morte a humanidade. (MORIN, 2005).

No passado, a aproximação das pessoas era constituída de laços afetuosos, o que concretizava as amizades. Atualmente, as amizades nada mais são que redes, aonde as pessoas se conhecem de maneira precária e têm maior facilidade em romper suas conexões axiológicas de relações virtuais, de maneira simplista, sem maiores dificuldades de rompimento, porque não deram tempo, nem se desgastaram para construir relações ou vínculos de proximidade e conseqüentemente, de amizade. Essa abordagem nos leva a compreender o sentido de rede, de laços humanos e de comunidade, e o quanto isso fragiliza as relações comunitárias. O que por sua vez, também está relacionado ao tipo de sujeito enquanto produto do meio social.

Nesse sentido, existem dois valores essenciais para uma vida satisfatória, recompensadora e relativamente feliz: Um, é a segurança e o outro é a liberdade. Em outras palavras, não se consegue ser feliz, ter uma vida digna, na ausência de um deles. Segurança, sem liberdade, é escravidão. Liberdade, sem segurança é a instabilidade, a incapacidade de não fazer, de não ter planos e nem sonhos nesse sentido.

Ao encontro disso, quer verificar se a educação que se dissemina na sociedade e nos espaços escolares, contempla a transformação do indivíduo, de maneira a compreender a dicotomia entre os direitos fundamentais e basilares que são em um primeiro momento: a segurança e a liberdade. Diga-se de passagem, que ao se contextualizar a respeito de cidadania ativa e a comunidade que cada ser humano está inserido, bem como em repensar no papel que cada um enquanto ator social exerce dentro do Estado, faz-se necessário relembrar que esse Poder público, por meio de um contrato social, em cada momento histórico, confrontou-se com o direito a segurança versus o direito a liberdade. Esse paradoxo de direitos, muito presente na pós-modernidade vem ao encontro do significado contemporâneo de globalização, que entre outras coisas, é a progressiva separação entre poder e política. (BAUMAN, 1999).

Disso tudo, a exclusão social é uma conseqüência nefasta da globalização, do neoliberalismo, do capitalismo, mas principalmente a não efetivação dos princípios fundamentais do cidadão e um afronte a sua cidadania.

Hoje em dia a idéia de uma cidadania terrestre se manifesta por meio de várias organizações e associações como Médicos sem fronteiras, Greenpeace, Survival International que defendem pequenos povos hoje ameaçados de extermínio. Associações como Anistia Internacional e Aliança Solidária desempenham, igualmente, um grande papel. Há, portanto, a constituição de uma cidadania terrestre que não deve ser confundida com mundialização tecnoeconômica. Esta cidadania é a resposta mundial à mundialização. A pátria terrestre não deve negar ou recalcar as pátrias que a compõem mas, ao contrario disso, integrá-las (MORIN, 2005, p. 101).

A respeito de cidadania dentro da pós-modernidade enquanto um desafio contemporâneo, ainda é importante saber que a partir do século XX, surge o Estado-nação, o que implicou diversas fontes de nacionalidade, não mais de etnia, tais como: necessidades de autonomia e de autoafirmação, necessidade de fontes, de raízes e de comunidade, envolvidos pelo sentimento de pertença fraterna. (MORIN, 1995, p. 75). Por esse motivo dentro da concepção de globalização, que fragilizou a poder do Estado frente ao mercado e aprisionou a política, que segundo Bauman (1999, p. 124) é imprescindível redescobrir a democracia sem fronteiras por meio de outras instituições jurídicas, que não estejam a serviço do mercado ou de grupos dominantes, de maneira que os demais membros das comunidades sejam cotejados pelo mínimo existencial de direitos e garantias individuais, que lhes assegurem viver seu próprio estilo de vida, de forma criativa e feliz. Logo, para que isso seja possível, o ponto de partida está na educação do ser humano, no modo em que é preparado para viver em comunidade, devendo compreender que esta precede a sua existência enquanto ser humano uno e universal.

Desse modo, é fundamental resignificar os sentidos da educação e da escola na formação do sujeito pós-moderno.

2. EDUCAÇÃO X ESCOLA: A FORMAÇÃO E DEFORMAÇÃO DA LIBERDADE HUMANA PELA EDUCAÇÃO.

Os desafios da educação não se localizam apenas na escola, considerando que a família é o primeiro elemento socializador do ser humano, é nela que o sujeito nasce, se desenvolve e obtém os primeiros registros de afeto, proteção, carinho e também de limites. Num segundo momento,

vem à escola, e nela solidifica-se o que a família com mais ou menos intensidade ensinou “A educação pretende desenvolver na criança a percepção dos valores e facilitar sua adesão a práticas correspondentes a tais valores”. (PEREIRA JUNIOR, 2011, p. 160).

A educação não se refere exclusivamente ao processo de desenvolvimento da capacidade intelectual de cada indivíduo, vai muito além, tem a ver principalmente com a capacidade intelectual e moral do ser humano. (FERREIRA, 2011). Portanto, reconhecer a educação como vínculo de emancipação do sujeito para o exercício da sua cidadania é o maior desafio para os membros da sociedade que labutam pela ética enquanto pilar da condição humana, no encontro da humanização.

Dos estudos mais importantes realizados por Foucault, talvez o mais essencial e primordial para a educação, seja a expressão e a desconstrução feita sobre o *sujeito desde sempre aí*. Ao longo de suas obras, se dedicou a averiguar não apenas a constituição da noção de sujeito, que é própria da Modernidade, mas também de que maneira essa entidade torna-se sujeito moderno, isto é, como se auto-constitui. (VEIGA, 2004). Em outros termos, questionou como se dá a constituição do sujeito moderno, que foi mais uma das invenções da Modernidade, dada pela necessidade de legitimação do exercício do poder, enquanto se quer um indivíduo que produza e que permaneça na normalidade. (VAZ, 2004).

Por sua vez, a noção de sujeito já estava sempre dada, partia da incompletude, por exemplo, para Kant incompleto porque ainda vazio, para Marx incompleto porque era alienado e inconsciente da realidade política e social. E segundo Piaget incompleto porque cognitivamente ainda não estava desenvolvido. Essa incompletude, evidência a importância da educação na constituição do sujeito. Vale lembrar que o *sujeito desde sempre aí* é visto como um objeto das influências sociais, culturais, políticas, educacionais e por isso, facilmente manipulável. (VAZ, 2004).

Essa visão iluminista, isto é, a noção de sujeito *desde sempre aí*, fora abandonada por Foucault e por outros filósofos e sociólogos, como Friedrich Nietzsche (na segunda metade do século XIX), Martin Heidegger, Ludwig Wittgenstein e Norbert Elias (na primeira metade do século XX). Porém foi Foucault que demonstrou de maneira mais detalhada as formas com que o sujeito se institui. No registro da arqueologia, a objetivação de um sujeito no campo dos saberes, na genealogia, a objetivação de um sujeito que se dá nas práticas do poder que divide e classifica. E no registro da ética, Foucault trabalhou com a subjetivação de um indivíduo que pensa sobre si mesmo. (VAZ, 2004). Aliás, dentro de tal contexto, percebe-se a ingerência da disciplina, principalmente nas relações de poder-saber. Logo, segundo Foucault (1996, p. 36) “a disciplina é um princípio de controle da produção do discurso. Ela lhe fixa os limites pelo jogo de uma identidade que tem a forma de uma reatualização permanente das regras”.

Note-se que, o sistema de ensino é considerado uma ritualização da palavra, que dispõe da fixação dos papéis para os sujeitos que falam, assim como constitui um grupo doutrinário, distribui e se apropria de discursos com seus poderes e seus saberes. Nessa relação de poder-saber, fica difícil perceber que a relação entre os sujeitos seja uma relação de igualdade de condições ou que nesse meio, seja diferente do que se está posto na sociedade. Significa ainda dizer, que o poder de autoridade, disciplina, disputa de poder está presente nos discursos de ensino e no meio acadêmico ou ainda, na escola. Então, como a educação pode transformar sujeitos subjugados ou assujeitados em sujeitos emancipados, de tal maneira que possa criticar e mobilizar-se para reconhecer a si próprio e ao outro? (BRANCO, 2004).

Pensando sobre a origem da palavra educação, co-relacionando com a teoria de poder de Foucault, diante o discurso, atualmente a sua aplicabilidade está longe de transformar o homem em um cidadão criativo e autônomo, simplesmente pelo motivo dela não ser considerada prioridade social. (TESSMANN, 2006).

Para que a educação deixe de ser instrumental, pela característica atual de alienante por ser reprodutora de discursos, o homem precisa se autodescobrir e compreender que a sua emancipação dar-se-á quando aceitar o outro como legítimo na relação social. Por esse motivo o amor é o elemento constitutivo da vida humana e por sua vez, do processo de educar. (MATURANA, 1998). No mesmo sentido, Bauman (1999) afirma que uma sociedade realmente autônoma é feita de indivíduos autônomos. Noutras palavras, um indivíduo

autoconstituído, que não recebeu pronta a sua identidade, que ao construí-la assume a responsabilidade por ela. E uma maneira de trabalhar essa identidade é pela educação.

Pode-se afirmar que o direito à educação, por estar esculpido como um direito social no art. 6º, da Constituição Federal, deve ser considerado direito fundamental de prestação. "O direito à educação é típico direito de prestação em sentido estrito (prestação fática, direito fundamental social). Entre os direitos sociais, o direito à educação e o direito à saúde assumem características especiais, uma vez que a Constituição de 1988 definiu ambos como dever do Estado". (MALISKA, 2001, p. 153-154).

O direito a educação, como amplamente afirmado, consiste no mais elementar dos direitos que devem ser assegurados a todas as pessoas. Não que os outros sejam menos importante em ordem de hierarquia, mas é que somente através da educação bem sedimentada que se poderá exigir o cumprimento das outras garantias asseguradas aos cidadãos. De acordo com Gorczewski e Costa (2005, p. 127).

A educação é um dos instrumentos mais importantes para a consolidação da cidadania. Evidencia-se a necessidade de redefinir-se o papel da educação como um direito fundamental e imprescindível para que a pessoa humana se realize e se torne capaz de construir vínculos fortes e estáveis entre os membros de sua comunidade, tendo por fundamentos a unidade social, a aceitação, a solidariedade e o senso de um destino comum, porque nada adiantaria ser cidadão sem a perspectiva ou possibilidade de pôr em prática essa prerrogativa: a de exercer a cidadania. Dito isso, é imperioso que se faça a distinção entre Educação e Ensino, apesar de comumente as duas serem utilizadas como sinônimos. A educação, segundo Bittar (2001, p. 15), encerra um tema mais amplo do que o ensino. Para este autor, a educação envolve "todos os processos culturais, sociais, éticos, familiares, religiosos, ideológicos, políticos que se somam para a formação do indivíduo".

A Constituição Federal de 1988 abriga em seu corpo dispositivos que resguardam tanto a educação como o ensino propriamente dito. Tais disposições podem ser encontradas, exemplificativamente nos artigos 205 e 214 da CF, certamente baseados no artigo XXVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem que já mencionava o direito à educação fundamental, de forma gratuita e obrigatória, à educação técnica-profissional generalizada e à educação superior, que deve assegurar a igualdade para todos, baseada em méritos individuais.

Assim, o artigo 205 da Constituição encerra três finalidades, quais sejam, primeiramente através dela desenvolver a integralidade do ser humano, depois seu preparo para a construção de uma cidadania ativa e, por fim, a última finalidade diz respeito a qualificação profissional. Como nos ensina Dalmo de Abreu Dallari (1999, p. 47), a educação é um processo de aprendizagem e aperfeiçoamento. Em suas palavras

É através dela que se obtém o desenvolvimento individual da pessoa que passa a utilizar, de modo mais conveniente, seu conhecimento. Por isso, fica evidente a importância da educação. Ela torna as pessoas mais preparadas para a vida, para a convivência e para a reivindicação de seus direitos fundamentais.

Já o ensino, por sua vez, representa, segundo Bittar (2001, p. 16),

Uma relação mais pontual, que se destaca de um processo de aprendizado direcionado e direto, em que se podem detectar dois pólos relacionais, a saber, o educador e o educando. O ensino tem mais a ver com o engajamento da atividade educacional em relações privadas ou públicas de prestação de serviços educacionais, tendentes à formação elementar do indivíduo nas ciências, nas práticas e nos saberes constituídos pelos progressos da humanidade. Quando se menciona a palavra *ensino* está a vislumbrar uma atividade de transmissão de conhecimento dentro de parâmetros predefinidos formais, portanto, por meio dos quais se transporta a experiência de um para outro ser.

Para Moura (1995), o ensino é uma das tarefas da educação, uma vez que se concentra mais na transmissão de conhecimentos, e a de formação, que é o esforço de refletir, avaliar e assumir valores.

Assim, o ensino é apenas um pedaço da educação de uma pessoa, eis que ele se constitui no meio de se realizar a educação, e aqui reside a necessidade da eficiência pedagógica e da capacitação dos educadores, para que consiga se atingir o fim almejado. Nesse contexto quer se analisar, refletindo a respeito do papel da televisão frente ao processo de formação integral da criança, ou seja, se necessariamente, contribui com a educação dos telespectadores infantis.

3. EDUCAÇÃO E TELEVISÃO: AMBIENTE DE INCLUSÃO SOCIAL OU DE ESTÍMULO AO CONSUMO?

Observa-se na atualidade que as crianças nascem com tendências de serem cada vez mais ativas e curiosas para descobrirem o mundo. A televisão é um meio de comunicação em massa que está presente na maioria das residências brasileiras. Em consequência dita padrão de comportamento, beleza, instiga a violência e incentiva a sexualidade precoce. Atua no inconsciente do cérebro e produz efeitos devastadores, ainda mais nas crianças e adolescentes que não possuem uma opinião formada e são facilmente sugestionados, manipulados, preferem assistir programas de televisão que são direcionados ao público adulto como: Novelas, filmes e seriados. A maioria dos programas é um péssimo exemplo, mostram crianças namorando, adolescentes rebeldes, cenas de sexo, homens e mulheres traindo, além de retratarem e mostrarem exemplos de maldade, ou seja, ultimamente o vilão não é mais punido no final da trama, o mocinho ou a mocinha nem sempre obtém êxito em combater o mal.

A TV exerce influência sobre o pensar, o agir e o sentir de qualquer indivíduo, e efeito maior alcança na pessoa menor de idade, que assimila os estímulos audiovisuais com maior veemência por carecer de juízo apto a filtrar os conteúdos segundo padrão de valores adequados, uma vez que tais são forjados nela durante o processo educacional. Não se pode tratar criança como adulto. Ela tem direito aos elementos necessários para sua formação integral, e a televisão deve respeitar essa necessidade da pessoa em peculiar momento de sua evolução (PEREIRA JUNIOR, 2011, p. 169).

Nesse sentido que a televisão interfere na formação da criança e do adolescente. Por exemplo: as propagandas que são apresentadas durante os comerciais instigam os maus hábitos alimentares, aumentam o consumismo e fazem a sexualidade aflorar de forma intensa através de propagandas cada vez mais eróticas como é o caso dos comerciais de cervejas e automóveis que mostram mulheres seminuas, sendo assim estimulando o sexo e deformando o caráter daqueles que ainda encontram-se na formação da sua personalidade. Por isso, que a programação televisiva, quando não assegura o direito à educação integral da criança e do adolescente, abusa de seus poderes e causa dano moral, individual e/ou coletivo, além de, no mínimo, gerar grande risco de dano, o que já configura ilícito. (PEREIRA JUNIOR, 2011).

Nesse sentido, de acordo com Pereira Junior (2011) cabe aos pais, originariamente, zelar pela conformação ética dos filhos. Aos operadores de mídia televisiva incumbe a promoção da educação dos jovens, pautados por limites éticos de aceitação geral pelo conjunto dos pais. Os sentimentos são passíveis de educação. O direito a educação integral em face da TV é o direito a ter os sentimentos educados, ou seja, harmonizados aos valores: atração pelo que aperfeiçoa a dignidade humana e aversão pelo que a deteriora. E deve a programação televisiva preferir finalidade educativa ao interesse indutor de consumo (CF, art. 221, I). Sendo assim, a televisão deve colaborar para que as pessoas sejam livres e contribuam para o bem comum.

Neste sentido, a Universidade de Santa Cruz do Sul e a Brigada Militar do Vale do Rio Pardo unem seus esforços para desenvolverem um projeto que vise proporcionar às crianças, minutos de lazer acompanhados de uma divertida aprendizagem, que faz da vida uma arte.

A partir disso, ao aproximar-se desse contexto conceitual, também se torna possível relacionar com as políticas públicas, tão necessárias e prioritárias as crianças e aos adolescentes. Prontamente, tais reflexões possibilitaram a realização do projeto "O direito vai à escola: consumo x educação para cidadania de crianças da rede escolar do ensino fundamental", na região do Vale do Rio Pardo, a partir de fevereiro de 2012 e com previsão de término em dezembro de 2012.

O mencionado trabalho de extensão fora desenvolvido nas escolas públicas de Santa Cruz do Sul e em outras da região. A metodologia deu-se a partir de um grupo de estudantes do curso de direito, que elaboraram histórias infantis, que tinham como pano de fundo temáticas sociais entre elas: cidadania, consumo frente à televisão e os direitos e deveres das crianças. As histórias eram contadas às crianças por meio de um teatro de bonecos (fantoques). Essa maneira lúdico-pedagógica era a exploração de uma linguagem criativa, que faz parte do processo interativo e educativo de brincadeiras, fundamental à criança, que precisa se apropriar dessa modalidade de linguagem, pois também é uma arte utilizada para estimular a sua imaginação e o senso crítico.

Devido a grande importância deste projeto, o mesmo fora apresentado, até o momento, a aproximadamente 3500 crianças dos anos iniciais do ensino fundamental. E por fim, com o principal objetivo de contribuir na formação ética do profissional operador do direito, que posterior

a sua caminhada na Universidade, também deverá ser um cidadão do mundo, isto é, preocupado com as demandas sociais que estão a sua volta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, percebeu-se a importância de se proporcionar na infância todas as possibilidades educativas e sociais para o completo e harmonioso desenvolvimento do ser humano de forma a prevenir a delinquência juvenil por meio da educação para o consumo.

Importante ressaltar que na medida em que a criança vai crescendo e consolidando seu comportamento antissocial, aumentam as dificuldades de obter êxito com programas preventivos. Daí a importância de se estabelecer limites nos primeiros anos de vida da criança, quando os problemas de conduta, delinquência e agressividade ocorrem na adolescência às possibilidades de intervenção se reduzem e é mais difícil modificar os padrões de conduta, do que quando esses mesmos problemas ocorrem na infância.

A estratégia de prevenção da delinquência juvenil, muito se precisa explorar, pesquisar, de maneira a propor políticas que sejam articuladas com a escola, a família, e principalmente a sociedade civil, que pode ser uma fomentadora de discussão e de propositura de ação civil pública para sugerir que as emissoras de televisão sejam responsabilizadas civilmente, e por sua vez, venham a reparar o dano ocasionado no público infante-juvenil. Atualmente, tudo indica que as estratégias preventivas estão apontadas a programas de prevenção comunitária e na participação do público. As situações de prevenção do crime baseadas na comunidade adotam uma aproximação tanto situacional como orientada ao delinquente e operam geralmente a nível de comunidade local. Esta interação se pode observar pelas propostas de melhoria das condições de vida nos bairros residenciais, nas praças públicas, nas questões de saúde, educação, segurança etc. Importante também, que se criem campanhas informativas que sensibilizem os cidadãos da necessidade de responsabilizarem-se pelas medidas preventivas, assim como de modificar certos fatores da infraestrutura social, que promovem ou podem promover situações delitivas.

As questões sociais demandam uma profunda reflexão e ação frente as suas diferentes necessidades. Evitar o acirramento das questões sociais é tarefa e desafio de todos os setores da sociedade envolvidos na construção da democracia como um valor humano de garantia universal de direitos sociais, políticos e jurídicos.

O poder público, a sociedade civil e a comunidade precisam construir uma rede de apoio às famílias, desenvolvendo projetos e implementando programas que permitam resgatar uma qualidade de vida que proporcione às crianças e adolescentes crescer com vínculos afetivos estáveis com suas famílias, de forma a prevenir a delinquência juvenil.

Assim o texto se organizou em três partes sendo que a primeira teve por finalidade delinear a condição do sujeito no mundo pós-moderno. Num segundo momento foi tratado a educação x escola: a formação e deformação da liberdade humana pela educação. E ao final do artigo abordou-se de maneira reflexiva a relação educação e televisão, se de inclusão social ou de consumo, quais suas implicações para o público infante-juvenil. Neste último ponto, pode considerar que a televisão exerce um papel para a inclusão social, mas é bem mais forte a função de deformadora e alienadora social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zigmunt. Em Busca da Política. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BITTAR, Eduardo. C. B. Direito e Ensino Jurídico – Legislação Educacional. São Paulo: Atlas, 2001.
- BRANCO, Guilherme Castelo. Kant no último Foucault: liberdade e política. In: CALOMENI, T. C. B.; et al. (Org.) *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 1999.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (org.). Mini Aurélio Século XX: o minidicionário da língua portuguesa. 4 ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2001.
- FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

- GORCZEWSKI, Clóvis; COSTA, Marli. Educação: a mais eficaz política pública de inclusão social. In: VIAL, S.R.M; LEAL, M. C. H.; REIS, J.R.; LEAL, R. G.. Anais do II Seminário Internacional sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Porto Alegre: Evangraf, 2005.
- MALISKA, MALISKA, Marcos Augusto. O direito à educação e a Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- MATURANA, Humberto R.,. Emoções e linguagem na educação e na política. Tradução de José Fernando Campos Fortes. - Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998.
- MORIN, Edgar. Educação e complexidade. Os sete saberes e outros ensaios. Maria da Conceição de Almeida e Edgard de Assis (orgs.). 3 ed. São Paulo: Cortez: 2005.
- MORIN, Edgar. Terra-Pátria. Traduzido do francês por Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1995.
- MOURA, Laércio Dias de. Construindo a Cidadania. São Paulo: Makron Books, 1995.
- PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TESSMANN, Erotides K. O Direito e suas perspectivas de efetividade frente as normas constitucionais vigente no Brasil. IN: Clóvis Gorczewski (org.) Direito e Educação: a questão da educação com enfoque jurídico. Porto Alegre: UFRGS, 2006.
- VAZ, Paulo. Risco e justiça. In: CALOMENI, T. C. B.; et al. (Org.) Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra. Campos, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2004.
- VEIGA, Neto Alfredo. Foucault e a educação. 2ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

DIREITOS AUTORAIS¹

Rosana Wesz Rosado²
José Marcio Azevedo Gomes³
Izabel Favarin de Oliveira⁴
Luciana Manica Gössling⁵

Introdução

O presente trabalho visa à compreensão dos direitos autorais, tanto em âmbito nacional quanto internacional. Esses direitos encontram-se inseridos na linha do direito de propriedade intelectual. Busca-se saber o que propriamente são esses direitos, e como se faz a sua proteção. Para isso, será usada a pesquisa doutrinária e também jurisprudencial. Ademais, ressalta-se que o referido tema é de suma importância, pois se trata de direito e garantia fundamental, assim consagrado pela Carta Magna Brasileira.

Desenvolvimento

Os Direitos Autorais estão regulamentados no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei nº 9.610/98, que dispõe sobre os direitos autorais. Encontram-se também diversos dispositivos na legislação nacional acerca do tema, na Constituição Federal, artigo 5º, XXVII, XXVIII e XXIX, 170, II, 215 e 216, no Código Civil, artigos 20, 186 e 187, no Código Penal, artigos 184 a 196, no Código de Processo Penal, artigos 542 a 530, I, na Lei nº 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências, na Lei nº 5.988/73, artigo 17 que não foi revogado pela Lei 9.610. Trata do registro da obra intelectual, na Lei nº 5.700/71 que dispõe sobre a forma e a apresentação dos Símbolos Nacionais, e dá outras providências, no Decreto nº 5.244/2004 que dispõe sobre a composição e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, e dá outras providências, no Decreto nº 2.894/98 que regulamenta a emissão e o fornecimento de selo ou sinal de identificação dos fonogramas e das obras audiovisuais, previstos no art. 113 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais, e dá outras providências, no Decreto nº 2.556/98 que regulamenta o registro previsto no art. 30. da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências e no Decreto nº 4.533/02 que regulamenta o art. 113 da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, no que se refere a fonogramas, e dá outras providências.

No que tange a matéria internacional, estão em vigor no Brasil, a Convenção de Roma, incorporada pelo Decreto nº 57.125/65, a Convenção de Berna, incorporada pelo Decreto nº 75.699/75, a Convenção Universal, incorporada pelo Decreto nº 76.905/75, e o Acordo TRIPS/ADPIC, incorporado pelo Decreto nº 1.355/94.

Os Direitos Autorais são um conjunto de Prerrogativas morais e patrimoniais sobre as criações do espírito, expressas por quaisquer meios ou fixadas em quaisquer suportes, tangíveis ou intangíveis, que se concede aos criadores de obras intelectuais. Eles compreendem os direitos de autor e os que lhe são conexos. 1

Os Direitos do Autor estão previstos no Título III, na Lei nº 9.610/98 e compreende os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou, ficando estabelecido que os co-autores da obra intelectual exercerão de comum acordo, os seus direitos.

Direitos Morais são aqueles que se vinculam à personalidade da criação intelectual bem como à integridade da obra, são inalienáveis e irrenunciáveis.

Direitos Patrimoniais são os que decorrem da utilização econômica da obra intelectual e de sua comunicação pública, pelo próprio autor ou pelos que são autorizados, podem ser alienados.

1 Trabalho realizado na disciplina de Direito Internacional Privado, da Faculdade de Direito de Santa Maria.

2 Acadêmica do 9º semestre do curso de direito da FADISMA, autora.

3 Acadêmico do 9º semestre do curso de direito da FADISMA, co-autor.

4 Acadêmica do 9º semestre do curso de direito da FADISMA, co-autora.

5 Orientadora, Professora da Disciplina de Direito Internacional da FADISMA.

Os Direitos Conexos estão previstos no Título V da lei 9.610/98, e compreende os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

Os Direitos Autorais são considerados bens móveis e entende-se por autor a pessoa física criadora de obra artística, literária ou científica. A proteção concedida ao autor, porém, podem-se aplicar as pessoas jurídicas.

O Art 7º da Lei nº 9.610/98 traz o rol de obras intelectuais que são protegidas:

“Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.”

A proteção aos direitos previstos na Lei nº 9.610/98, independe de registro, porém, é facultado ao autor registrar, conforme o § 1º do artigo 17 da Lei nº 5.988/73:

“Art 17, §1º: Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.”

O órgão competente sobre a matéria do Direito Autoral é a Diretoria de Direitos Intelectuais (DDI) do Ministério da Cultura, sendo o registro feito em uma das unidades do MinC, a depender da natureza da obra.

Os direitos autorais perduram por mais 70 anos após a morte do autor, conforme o artigo 41 da Lei nº 9610/98, esse prazo começa a contar a partir de 1º de janeiro do ano subsequente de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória. O mesmo prazo acontece em caso de obras anônimas ou pseudônimas, porém contados a partir de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

Destaca-se como uma importante Convenção que o Brasil é signatário, a Convenção de Berna, que é administrada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI e possui mais de cem países signatários. A OMPI é uma das 16 agências especializadas da ONU, foi criada em 1967, com sede em Genebra.

A Convenção de Berna regula a proteção das obras literárias e artísticas, e foi estabelecida em 09 de setembro de 1886. O Brasil se tornou signatário em 06.05.75 pelo Decreto nº 75.699/75. A Convenção já foi revista algumas vezes: Berlim (1908), Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971). Na Convenção de Berna ficou estabelecido que cabe aos países membros proteger as obras em benefício dos autores e de seus legítimos representantes.³

1 Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2010/11/10/tira-duvidas/>>. Acesso em: 06 set 12. Após decorrido esse prazo, os direitos patrimoniais das obras, pertenceram ao domínio público.

O Domínio Público é a condição inerente ao conjunto bens culturais, de tecnologia ou de informação (livros, filmes, artigos, músicas, invenções, software de computador e outros) sobre os quais não existem titulares de direitos econômicos de exclusividade (direitos de propriedade intelectual). Eles são de livre uso de todos e integram o patrimônio cultural da humanidade.²

2 Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2010/11/10/tira-duvidas/#pergunta-11>>. Acesso em: 06 set 12.

3 Convenção de Berna. Artigo 2. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/decreto-75699.pdf>>. Acesso em: 19 ago 12.

Isso se justifica pelos princípios da reciprocidade e tratamento nacional, onde cabe a cada país signatário proteger o direito de autores estrangeiros como o direito de autores nacionais. O Art. 7

da Convenção estabelece o princípio do prazo mínimo de proteção, onde o prazo da duração da proteção aos direitos do autor é o seu tempo de vida, mais 50 anos, esse tempo vincula o país estrangeiro seguidor a cumprir também. É lícito os países signatários estipularem prazos superiores em suas legislações internas, como o Brasil, que estipulou 70 anos após a morte do autor.

Nesse sentido, o legislador brasileiro dispôs na Lei nº. 9610 de 1998, que regula os direitos autorais:

“Art. 2º: Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil.

Parágrafo único: Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes.”

Destaca-se também o princípio da ausência de formalidades, onde mesmo a obra não estando protegida em seu país de origem, os direitos do autor podem ser exercidos em qualquer um dos países signatários da Convenção de Berna.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em suas decisões aplica o referido princípio da reciprocidade estabelecido na Convenção de Berna:

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO, NÃO ESPECIFICADO. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITO AUTORAIS. UTILIZAÇÃO ILÍCITA DE SOFTWARE. Nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei nº 9.609/98, para que seja protegido o direito autoral do estrangeiro domiciliado no exterior, a legislação pátria exige a respectiva reciprocidade com a outra nação. No caso, tal requisito de reciprocidade foi preenchido, pois, tanto o Brasil, quanto os Estados Unidos da América, país de origem das autoras, são signatários da Convenção de Berna, tratado que regula o direito autoral no âmbito internacional. Consoante o acervo probatório formado na cautelar de produção antecipada de provas em apenso, a perícia apurou a utilização, pelo réu, de softwares de autoria das demandantes. Entretanto, o requerido não logrou comprovar a existência das respectivas licenças de uso, devendo ser condenado ao pagamento de indenização. No caso, o quantum indenizatório não pode ser limitado ao mero pagamento do preço de uso das licenças, sob pena de incentivo à prática de atos ilícitos, razão pela qual a indenização deve ser majorada, conforme entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DAS AUTORAS E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO RÉU. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70036118172, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 30/03/2011).”

Em matéria criminal, não há acordo internacional para a aplicação do princípio da reciprocidade, assim a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região:

“Ementa: PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO A DIREITO AUTORAIS NA FORMA EQUIPARADA. ARTIGO 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. ARTISTAS ESTRANGEIROS. CARÁTER TRANSNACIONAL DO DELITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ARTIGO 109, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

- Em matéria penal, para o reconhecimento da competência da Justiça Federal, exige-se que, além de o iter criminis inicie no exterior e seja concluído em território pátrio, exista acordo internacional incorporado ao direito brasileiro que preveja o combate à modalidade delituosa em questão, o que ocorre apenas em relação ao crime de violação a direitos autorais de artistas estrangeiros, por força da Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas. (RSE 3491 PR 2008.70.02.003491-0. Relator(a):LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO. Julgamento:16/06/2010. Órgão Julgador:OITAVA TURMA. Publicação:D.E. 22/07/2010)”.

Considerações Finais

Conclui-se que o Brasil respeita os direitos autorais, tanto de seus nacionais quanto dos estrangeiros dos países que também são signatários da Convenção de Berna, e assim também respeitam os direitos dos brasileiros em seus respectivos países.

Referências

<<http://pt.ovtt.org/patentes/registro/convencao-de-berna>>

<<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/ompi/>>

<<http://www.cultura.gov.br>>

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_da_Uni%C3%A3o_de_Berna>

<<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/decreto-75699.pdf>>
<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=conve%F1%E7ao+de+berna&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3A null%29&requiredfields=&as_q=>>
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10579>
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1137593/recurso-em-sentido-estrito-rse-68868-sc-20010401068868-0-trf4>>

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO E A ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DEFESA DOS DIREITOS

Simone Andrea Schwinn¹

Letícia Regina Konrad²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo acerca do processo de internacionalização dos direitos humanos, a partir de um breve histórico sobre os primeiros passos dessa internacionalização, sobre o principal órgão internacional de proteção a esses direitos, qual seja, a Organização das Nações Unidas-ONU e os principais instrumentos de proteção: a Declaração Universal dos Direitos Humanos- DUDH, os Tratados e ainda, os mecanismos de proteção do sistema ONU, com vistas ao exame desta estrutura internacional e a investigação sobre os avanços na proteção aos direitos humanos.

O trabalho tem por metodologia a pesquisa bibliográfica, apoiada em autores que trabalham com tema dos direitos humanos e do direito internacional, como Piovesan e Comparato, além de análise documental, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e Tratados de Direitos Humanos.

A relevância do trabalho encontra-se na atualidade do tema e na importância do estudo sobre os mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, tão importantes no combate à violações desses direitos, que ocorrem diariamente em vários países. O resultado do estudo é que, a partir desta investigação, foi possível perceber o quanto complexo é o sistema internacional de proteção a direitos humanos, representado pela ONU, e que este necessita realizar uma constante reformulação em suas estruturas, para que alcance seu fim maior, que é a proteção a todo tipo de violação a direitos humanos.

2 PRIMEIROS PASSOS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos, podemos citar o Direito Humanitário, A Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.³ Pode ser considerada a primeira fase de internacionalização dos direitos humanos, cujo início se dá na segunda metade do século XX tendo seu término com a segunda guerra mundial.⁴

1 Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, área de concentração Direitos Sociais e Políticas Públicas, linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Integrante dos Grupos de Pesquisa: “Estado, Sociedade e Administração Pública”, coordenado pelo Professor Doutor Rogério Gesta Leal; “Direitos Humanos”, coordenado pelo Professor Pós-Doutor Clovis Gorczewski e “Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Profª Pós Dra Marli da Costa. Bacharel em Direito. E-mail: sofiasm@ig.com.br.

2 Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo e Bolsista CAPES. Integrante do grupo de Pesquisa “Direitos Humanos”, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Clovis Gorczewski. Bacharel em Direito. Especialista em Direito Civil com ênfase em família e sucessões. Advogada. Mediadora Familiar. E-mail: leticiakonrad@gmail.com.

3 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

4 A esse respeito, Fábio Konder Comparato ensina que no campo do direito humanitário, que compreende o conjunto de leis e costumes da guerra, visando minorar o sofrimento de soldados prisioneiros, doentes e feridos, bem como das populações civis atingidas por um conflito bélico, o primeiro documento normativo de caráter internacional foi a Convenção de Genebra de 1864, a partir da qual fundou-se, em 1880, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha. Com a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, a proteção do trabalhador assalariado passou também a ser objeto de uma regulação convencional entre os diferentes Estados. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 55-56. Em relação à Liga das Nações, Flávia Piovesan coloca que a Liga apontou a necessidade de relativizar a soberania dos Estados. Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Liga das Nações tinha como finalidade a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões

Esse processo de internacionalização é um movimento relativamente novo, surgido no pós-guerra, “como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo”.⁵ A era Hitler é lembrada como aquela em que a vida humana foi descartada, com o extermínio de milhões de pessoas, onde o Estado foi o grande violador de direitos humanos.⁶

Sobre as conseqüências desse momento histórico, para os direitos humanos, comenta Henkin: subsequentemente à Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação de Direito Internacional.⁷

É a partir daí que toma forma e força a idéia de que a proteção dos direitos humanos não pode estar reduzida ao domínio do Estado, unicamente à sua jurisdição.⁸ Trata-se de um tema cujo interesse é internacional e a idéia de proteção da dignidade da pessoa humana, passa a ser o norte, o referencial ético e o princípio que irá “orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido”.⁹

Essa relativização da supremacia do Estado apresenta duas conseqüências, conforme aponta Piovesan:

1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal; e 2ª) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.¹⁰

É neste cenário, após os horrores enfrentados na Segunda Guerra, que surge a Organização das Nações Unidas, em 1945, e que, em 1948, em sua Assembléia Geral, aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos, constituindo uma nova fase para os direitos humanos.

3 A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU

A criação da ONU foi uma iniciativa dos países vitoriosos da Segunda Guerra, que se reuniram para organização de um sistema multinacional de defesa coletiva.¹¹ Surge assim, oficialmente, em 24 de outubro de 1945, com a promulgação da Carta das Nações Unidas, assinada à época por 51 países, entre eles o Brasil, a organização mundial mais conhecida pela defesa aos direitos humanos, cuja atuação busca a manutenção da paz e do desenvolvimento em todos os países do mundo.¹²

externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 116.

5 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

6 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

7 HENKIN, 1993 apud PIOVESAN, Flávia. In: BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline (Org.). *As mulheres e os direitos humanos: Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero*, n. 2. Rio de Janeiro: Cepia, 2001, p. 9.

8 PIOVESAN, Flávia. In: BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline (Org.). *As mulheres e os direitos humanos: Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero*, n. 2. Rio de Janeiro: Cepia, 2001, p. 10.

9 PIOVESAN, Flávia. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p. 8.

10 PIOVESAN, Flávia. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p. 9.

11 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285.

12 ONU-BRASIL, 2010. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/conheca_hist.php>. Acesso em: 13 nov. 2010.

À cerca dos propósitos das Nações Unidas, traz a Carta em seu artigo primeiro:

Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz.¹³

Os principais órgãos que constituem as Nações Unidas são a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretário Geral. Além destes, podemos citar ainda o Tribunal Internacional de Justiça, e o novo Conselho de Direitos Humanos, aprovado em setembro de 2005.

O Conselho de Segurança é o principal órgão das Nações Unidas, pois é responsável pela manutenção da paz e da segurança internacionais.¹⁴ É composto por 15 membros, sendo 5 permanentes e 10 não permanentes. O Conselho pode discutir qualquer conflito existente, inclusive um conflito interno de um Estado, mesmo se este Estado não for membro da ONU. Para consecução de suas competências, pode o Conselho se utilizar de todas as medidas necessárias, como o envio de tropas e a criação de outros órgãos internacionais jurisdicionais.¹⁵

O Secretariado é o principal órgão das Nações Unidas, “composto por um Secretário- Geral e pelo pessoal exigido pela Organização, nomeado por aquele, de acordo com as regras estabelecidas pela Assembléia Geral”.¹⁶ De acordo com o artigo 98 da Carta, o Secretário atua neste caráter em todas as reuniões da Assembléia Geral, do Conselho de Segurança, do Conselho Econômico e Social e do Conselho de Tutela. Poderá ainda, desempenhar outras funções que estes órgãos lhe atribuírem. Dispõe ainda o artigo 99 que o Secretário-Geral poderá chamar a atenção do Conselho de Segurança para qualquer assunto que entenda poder ameaçar a manutenção da paz e da segurança internacionais.¹⁷

O Tribunal Internacional de Justiça, também chamado de Corte Internacional de Justiça, ao contrário dos outros órgãos, cuja sede é em Nova Iorque, tem sua sede em Haia. Isso não impede que ele exerça suas funções em qualquer lugar que considere conveniente. Suas decisões tem força vinculante, embora os Estados possam não aceitar as sentenças. O Tribunal é composto por 15 juízes, eleitos pela Assembléia Geral e pelo Conselho de Segurança para um mandato de nove anos, permitida a reeleição. As condições para que os juízes assumam o cargo é ter alta consideração moral e possuir as condições exigidas nos seus respectivos países para o exercício das mais altas funções judiciais ou que sejam consultores de reconhecida competência em Direito Internacional.¹⁸

Braga ressalta que o Tribunal Internacional de Justiça possui competência contenciosa e consultiva. No que se refere à competência contenciosa, somente os Estados soberanos poderão ser partes em suas causas perante o Tribunal. Desse modo, as organizações internacionais e os particulares não tem acesso ao Tribunal nessas questões.¹⁹ Em relação à competência consultiva, “O Tribunal também elabora pareceres consultivos sobre qualquer questão jurídica, a pedido da Assembléia Geral ou do Conselho de Segurança das Nações Unidas, além de outros órgãos por ela autorizados a fazer tal pedido”.²⁰

13 Art. 1º da Carta das Nações Unidas, EUA, 1945.

14 BRAGA, Marcelo Pupe. *Direito internacional público e privado*. São Paulo: Método, 2009, p. 132.

15 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 290.

16 BRAGA, Marcelo Pupe. *Direito internacional público e privado*. São Paulo: Método, 2009, p.135.

17 O atual Secretário-Geral das Nações Unidas é o sul-coreano Ban Ki-Moon, que assumiu o cargo em 2007.

18 Estatuto da Corte Internacional de Justiça, EUA, 1945.

19 BRAGA, Marcelo Pupe. *Direito internacional público e privado*. São Paulo: Método, 2009, p. 140.

20 BRAGA, Marcelo Pupe. *Direito internacional público e privado*. São Paulo: Método, 2009, p. 140.

A Organização das Nações Unidas possui, ainda, órgãos especializados, como a Organização Internacional do Trabalho-OIT, a Organização Mundial de Saúde-OMS, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência Cultura-UNESCO, a Organização Mundial do Comércio-OMC, entre outros²¹, permitindo a cooperação entre os Estados. Já o Conselho de Direitos Humanos, que vem substituir a Comissão de Direitos Humanos da ONU, tem como principal objetivo “reforçar a promoção e proteção dos direitos humanos em todo o planeta”.²² Antecessora do Conselho, a Comissão, que havia sido criada como uma comissão do Conselho Econômico e Social, de acordo com o artigo 68 da Carta das Nações Unidas²³, vinha sofrendo críticas da comunidade internacional, pois não estava cumprindo com seu papel para o estabelecimento de “padrões universais de direitos humanos”²⁴ que “fossem reconhecidos e aplicados por organismos no mundo todo”.²⁵

Mas, para além das críticas, é preciso reconhecer que a Comissão teve papel fundamental na implementação de uma cultura de direitos humanos em todas as nações. O principal exemplo disso, e também sua principal vitória, foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Como lembra Short, a Declaração adquiriu “uma vida própria”²⁶, adquirindo assim, “uma crescente força moral, política e inclusive legal por meio do direito consuetudinário, tornando-se vinculante além de declaratória”.²⁷ O fato é que a Comissão estava evidentemente desgastada, e já não contava com o prestígio, nem dos países membros da ONU, nem da comunidade internacional. Urgente uma reforma, eis que vinha sendo um instrumento muito mais político, de preservação dos interesses dos Estados, do que, efetivamente, um instrumento de proteção aos Direitos Humanos, reconhecido e respeitado mundialmente.

Para recuperar a credibilidade do sistema ONU de proteção aos direitos humanos, é aprovado, em 2006, o Conselho de Direitos Humanos, em substituição à Comissão. Com sede em Genebra, na Suíça, é composto por 47 Estados-membros, eleitos pela Assembleia Geral, por um período de 3 anos, sendo que sua representação conta com 13 países africanos, 13 países asiáticos, 8 países da América Latina e Caribe, 6 da Europa do Leste e 7 da Europa Ocidental e outros países.²⁸

21 Artigo 57 da Carta das Nações Unidas: 1. As várias entidades especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos, serão vinculadas às Nações Unidas, de conformidade com as disposições do Artigo 63. 2. Tais entidades assim vinculadas às Nações Unidas serão designadas, daqui por diante, como entidades especializadas.

22 ONU-BRASIL, 2010. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=4215>. Acesso em: 13 nov. 2010.

23 Artigo 68: O Conselho Econômico e Social criará comissões para os assuntos econômicos e sociais e a proteção dos direitos humanos assim como outras comissões que forem necessárias para o desempenho de suas funções.

24 SHORT, Katherine. *Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?*. São Paulo: SUR, 2008. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index9.php>>. Acesso em: 4 jun. 2011, p.175.

25 SHORT, Katherine. *Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?*. São Paulo: SUR, 2008. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index9.php>>. Acesso em: 4 jun. 2011, p.175.

26 SHORT, Katherine. *Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?*. São Paulo: SUR, 2008. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index9.php>>. Acesso em: 4 jun. 2011, p.176.

27 SHORT, Katherine. *Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?*. São Paulo: SUR, 2008. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index9.php>>. Acesso em: 4 jun. 2011, p.176.

28 NADER, Lucia. *O papel das ongs no Conselho de Direitos Humanos da ONU*. São Paulo: SUR, 2007. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index7.php>>. Acesso em: 13 nov. 2010, p. 8.

O Conselho, que possui maior destaque dentro da ONU, sendo subsidiário da Assembléia Geral e não mais do Conselho Econômico e Social²⁹, traz importantes inovações para melhora dos trabalhos da Comissão, que incluem um mecanismo universal de revisão periódica; critérios mais rígidos para conseguir a qualidade de membro, incluindo medidas para combater a seletividade e garantir representação geográfica mais equitativa; e aspectos procedimentais como maior prontidão nas respostas a emergências de direitos humanos.³⁰

Não obstante às críticas que vem sofrendo, a criação de um Conselho de Direitos Humanos é um importante sinal de que a própria ONU está revendo sua atuação, em busca de mecanismos mais efetivos de proteção aos direitos humanos.

4 INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS TRATADOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos³¹ tem sido um dos mais importantes instrumentos de proteção a esses direitos, tendo sido uma importante conquista da Comissão de Direitos Humanos da ONU. Aprovada em 10 de dezembro de 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas, “a Declaração Universal dos Direitos Humanos definiu os princípios morais e éticos que devem orientar os povos das Nações Unidas, devendo ser adotados por todos os países democráticos”.³²

Desde seu preâmbulo, a DUDH afirma a “dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis”³³ e rompe com o nazismo, para o qual a pertença de direitos era exclusivamente da raça ariana.³⁴

Comparato lembra que, a leitura do preâmbulo da DUDH, leva á constatação de que sua redação se deu “sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita [...] após o encerramento das hostilidades.”³⁵A DUDH é o marco da internacionalização dos direitos humanos, “mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção”.³⁶ Ela “confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”.³⁷

Os críticos da Declaração costumam afirmar que o documento não tem força vinculante, por tratar-se de uma recomendação da Assembléia Geral da ONU aos seus membros. A esse respeito, assinala Comparato:

29 SHORT, Katherine. *Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?*. São Paulo: SUR, 2008. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index9.php>>. Acesso em: 4 jun. 2011, p.179.

30 SHORT, Katherine. *Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?*. São Paulo: SUR, 2008. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index9.php>>. Acesso em: 4 jun. 2011, p.179.

31 Doravante DUDH.

32 BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline (Org.). *Instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos: traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero*. n. 2. Rio de Janeiro: Cepia, 2001, p. 9.

33 PIOVESAN, Flávia (Org.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p. 20.

34 PIOVESAN, Flávia (Org.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p.20.

esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.³⁸

Cabe salientar que, é a partir da DUDH que a comunidade internacional passa a adotar diversos instrumentos internacionais de proteção.³⁹ Foi o processo de universalização dos direitos humanos que permitiu a adoção de diferentes tratados de proteção a esses direitos. A declaração não é um tratado, mas é diretriz a ser seguida pela comunidade internacional, de respeito aos direitos humanos, e sua força vinculante está em seu conteúdo moral, que fundamenta os direitos humanos na dignidade da pessoa humana, e, de acordo com Gorcevski, “é essa a única ideia-força que aglutina as diferentes concepções culturais filosóficas, ideológicas, religiosas, morais e sociais, presentes no mundo contemporâneo”.⁴⁰ Ela foi o passo inicial para uma série de outras declarações que nela se inspiraram. Várias Constituições incorporam seus preceitos, fazendo que os Estados se voltem à proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, ela representa a culminância de um processo ético- iniciado com a Declaração da Virgínia, passando pela Declaração de Independência dos Estados Unidos e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão- que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é: a fonte de todos os valores.⁴¹

Como já referido, a partir da DUDH, foram construídos vários outros documentos de proteção aos direitos humanos, com força vinculante para os Estados que os ratifiquem. O preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, reconhece “a importância cada vez maior dos tratados como fonte do Direito Internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam seus sistemas constitucionais e sociais”.⁴²

Sendo assim, os tratados são a principal fonte do Direito Internacional, na medida em que os Estados e as organizações internacionais participam da sua formação⁴³, podendo ter diferentes terminologias, como, Convenção, Declaração, Pacto, Estatuto, Protocolo, Acordo, Concordata, entre outros. Qualquer que seja sua denominação, os tratados são matéria de direito internacional público e são norteados pelos princípios do livre consentimento das partes, da boa fé e do *pacta sunt servanda*.⁴⁴

35 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 226.

36 PIOVESAN, Flávia (Org.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p.10.

37 PIOVESAN, Flávia (Org.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p.10.

38 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 227.

39 PIOVESAN, Flávia. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 10.

40 GORCZEVSKI. Clovis. *Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p.160.

41 GORCZEVSKI. Clovis. *Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p.160.

42 Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. Viena, 1969.

43 BRAGA, Marcelo Pupe. *Direito internacional público e privado*. São Paulo: Método, 2009, p. 33.

44 Preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969: “Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra do *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos”.

Para superação das críticas sobre a impossibilidade de vinculação jurídica da DUDH, a Comissão de Direitos Humanos começa a trabalhar na elaboração de Pactos que pudessem responsabilizar internacionalmente os Estados em caso de violação aos direitos neles elencados. Divergências de ordem política entre os Estados fizeram a Comissão apresentar dois projetos para Pactos distintos: um sobre os direitos civis e políticos e outro sobre os direitos econômicos, sociais e culturais.⁴⁵ Castillo, citado por Gorczevski, afirma que “a distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais foi o resultado de uma decisão política dos Estados que decidiram identificá-los de um ou de outro modo e agregá-los em um ou noutro Pacto”.⁴⁶

Assim, entra em vigor, em 1976, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sendo que até dezembro de 2008, havia sido ratificado por 159 Estados.⁴⁷ Composto por 31 artigos, além do preâmbulo, “traz regras que criam obrigações de políticas públicas para os Estados, cabendo a estes sua real efetivação”.⁴⁸ O Pacto traz garantidos direitos como a autodeterminação dos povos e a liberdade de cada Estado de dispor livremente de suas riquezas naturais, a igualdade entre homens e mulheres, direitos trabalhistas, saúde, educação, cultura, entre outros.⁴⁹

O Pacto, em seus artigos 16 a 25, estabelece sistema de monitoramento a partir de relatórios enviados pelos Estados, “sobre as medidas que tiverem adotado e sobre os progressos realizados com vista a assegurar o respeito dos direitos reconhecidos no Pacto”.⁵⁰ Esses relatórios serão encaminhados ao Secretário Geral da ONU, que os encaminhará ao Conselho Econômico e Social para apreciação.⁵¹

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos entrou em vigor em março de 1976, constituído por um preâmbulo e 53 artigos, sendo que, até dezembro de 2008, 163 Estados o haviam ratificado.⁵² Enquanto o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais garante proteção aos direitos de segunda geração, o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos abarca a proteção aos direitos de primeira geração.

O Pacto traz a proteção aos seguintes direitos: direito à vida (artigo 6º); proibição à tortura e a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 7º); proibição à escravidão, servidão e trabalho forçado ou obrigatório (artigo 8º); direito à liberdade e à segurança, sendo proibida a prisão ou detenção arbitrária (artigo 9º); em caso de privação da liberdade, direito ao tratamento humano digno (artigo 10º); direito de ir e vir (artigo 12); proibição da expulsão de estrangeiros sem o devido processo legal (artigo 13)⁵³, além de outros.

5 MECANISMOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA ONU

A proteção internacional dos direitos humanos conta com os mecanismos global e regionais de proteção. O sistema global, representado pela ONU, surge em 1945, quando foi assinado o primeiro documento do Direito Internacional de Direitos Humanos, a Carta de São Francisco, documento responsável pela fundação das Nações Unidas.⁵⁴

45 GORCZEVSKI. Clovis. *Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p.161-162.

46 CASTILLO, 2003 apud GORCZEVSKI. Clovis. *Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p.162.

47 GORCZEVSKI. Clovis. *Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p.163.

48 ALMEIDA, Guilherme Assis de; MOISÉS, Cláudia Perrone (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 47.

49 ALMEIDA, Guilherme Assis de; MOISÉS, Cláudia Perrone (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 47.

50 Artigo 16 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

51 Artigo 16 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

52 GORCZEVSKI. Clovis. *Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p.165.

53 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

54 ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Direitos humanos e não-violência*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 57.

A partir daí, passa-se à codificação do direito internacional dos direitos humanos, sendo a Carta de São Francisco (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a base da Carta da ONU de Direitos Humanos, que é o documento básico do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É possível afirmar que a história do Direito Internacional dos Direitos Humanos divide-se em duas fases: “a fase legislativa e a fase de implementação”.⁵⁵A primeira, com início em 1945, com a Carta de São Francisco, e a segunda, 1966, com a conclusão dos dois Pactos. Essa fase “tem como característica principal a implementação daquelas normas já existentes, em vez da criação de novas normas de direitos humanos”.⁵⁶

Assim, no sistema global são adotados tratados⁵⁷ internacionais de proteção dos direitos humanos no âmbito da ONU, com amplo alcance, que são monitorados por comitês instituídos pelos próprios tratados, como órgãos políticos e por vezes quase-judiciais. A competência dos Comitês pode abranger a apreciação de relatórios formulados por Estados-partes a respeito das medidas tomadas no âmbito interno para a implementação do tratado; a realização de investigações *in loco*; a apreciação de comunicações interestatais, bem como de petições individuais, previstas, geralmente, mediante cláusulas facultativas.⁵⁸

As recomendações emitidas pelos diferentes Comitês da ONU, que “simbolizam relevante jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos”⁵⁹, não chegam a ter força vinculante, pois cabe aos governos “decidir sobre a conveniência de acatar ou não os pedidos e recomendações”⁶⁰Alves lembra que “desde a proclamação da Declaração Universal, em 1948, até o presente, as Nações Unidas adotaram mais de 60 declarações ou convenções sobre direitos humanos”⁶¹. Dessas, algumas tratam de novos direitos, “como a Declaração do Direito ao Desenvolvimento, de 1986, outras relativas a determinados tipos de violações, outras ainda para tratar dos direitos de grupos vulneráveis, de minorias e da mulher”.⁶²

Uma grande expectativa gira em torno do novo Conselho de Direitos Humanos, que conta com maior importância e autonomia dentro da ONU, trazendo novos mecanismos para intervenção nos Estados, como o mecanismo universal de revisão periódica, “com a tarefa de examinar o histórico de direitos humanos de todos os Estados”.⁶³

55 ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Direitos humanos e não-violência*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 63.

56 ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Direitos humanos e não-violência*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 63.

57 Tratado é a ato jurídico pelo qual duas ou mais pessoas internacionais expressam sua vontade, objetivando um fim lícito e possível. Gorcevski, Clóvis. *Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p. 149.

58 PIOVESAN, Flávia. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p.11.

59 PIOVESAN, Flávia. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p.11-12.

60 ALVES, José Augusto Lindgren. *A ONU e a proteção aos direitos humanos*. Brasil. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_alves_onu_protecao_dh.pdf. Acesso em 05 de jun 2011.

61 ALVES, José Augusto Lindgren. *A ONU e a proteção aos direitos humanos*. Brasil. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_alves_onu_protecao_dh.pdf. Acesso em 05 de jun 2011.

62 ALVES, José Augusto Lindgren. *A ONU e a proteção aos direitos humanos*. Brasil. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_alves_onu_protecao_dh.pdf. Acesso em 05 de jun 2011.

63 SHORT, Katherine. *Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?*. São Paulo: SUR, 2008. Disponível em: <http://www.surjournal.org/index9.php>. Acesso em: 4 jun. 2011, p.180.

Outro mecanismo diz respeito à aplicação de critérios mais rígidos para a qualidade do membro do Conselho, onde cada Estado candidato deve ter seu histórico de proteção aos direitos humanos submetido à exame. Fazem parte desse mecanismo, “medidas para combater a seletividade e garantir a representação geográfica mais equitativa”.⁶⁴ Ainda, a melhora nos procedimentos adotados pelo Conselho para uma resposta mais rápida às crises prementes de direitos humanos, eis que essa era uma das grandes críticas à Comissão, que não tinha agilidade para oferecer soluções rápidas aos conflitos.⁶⁵

Já em relação às agências especializadas, elas tem se mostrado importantes instrumentos de proteção aos direitos humanos à medida em que “ao investigar queixas individuais, as agências de direitos humanos da ONU chamaram a atenção do mundo para casos de tortura, desaparecimentos e prisões arbitrárias”⁶⁶, gerando “pressão internacional para fazer com que os governos melhorassem o respeito aos direitos humanos”.⁶⁷

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo a análise do processo de internacionalização dos direitos humanos, representado, especialmente, pela criação da Organização das Nações Unidas-ONU e, posteriormente, pela elaboração de documentos de sedimentação desse processo de internacionalização e consequente proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006

BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline (Org.). *As mulheres e os direitos humanos: Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero*, n. 2. Rio de Janeiro: Cepia, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU-BRASIL, 2010. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/conheca_hist.php>. Acesso em: 13 nov. 2010.

BRAGA, Marcelo Pupe. *Direito internacional público e privado*. São Paulo: Método, 2009.

SHORT, Katherine. *Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?*. São Paulo: SUR, 2008. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index9.php>>. Acesso em: 4 jun. 2011

NADER, Lucia. *O papel das ongs no Conselho de Direitos Humanos da ONU*. São Paulo: SUR, 2007. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index7.php>>. Acesso em: 13 nov. 2010.

GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa cruz do Sul: Edunisc, 2009.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; MOISÉS, Cláudia Perrone (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Direitos humanos e não-violência*. São Paulo: Atlas, 2001.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A ONU e a proteção aos direitos humanos*. Brasil. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_alves_onu_protecao_dh.pdf>. Acesso em 05 de jun 2011

64 SHORT, Katherine. *Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?*. São Paulo: SUR, 2008. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index9.php>>. Acesso em: 4 jun. 2011, p.179.

65 SHORT, Katherine. *Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?*. São Paulo: SUR, 2008. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index9.php>>. Acesso em: 4 jun. 2011, p.184.

66 ONU-BRASIL. *60 maneiras das Nações Unidas fazerem a diferença*. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/img/60maneiras.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2011.

67 ONU-BRASIL. *60 maneiras das Nações Unidas fazerem a diferença*. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/img/60maneiras.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2011.

NOVOS DIREITOS NO SÉCULO XXI

Taise Rabelo Dutra Trentin¹
Bárbara Chiodini Axt Hoppe²
Sandro Seixas Trentin³

Resumo: O presente artigo pretende analisar acerca dos novos direitos no século XXI, tendo em vista as atuais transformações, as quais estão surgindo em decorrência da velocidade dos acontecimentos, chamando-os de novos direitos. Assim, analisar-se-ão as cinco gerações, de forma a conceituá-las e classificá-las, para ao final pontuar alguns direitos reconhecidos como novos direitos. Cita-se a exemplo o reconhecimento da afetividade como vínculo familiar e seus efeitos na concepção dos estudos do Direito de Família. O método a ser adotado no desenvolvimento da presente pesquisa será o hipotético-dedutivo, parte de uma consideração geral para verificação específica.

1. Introdução

Os novos direitos objetivam assegurar a todos garantias antes não reconhecidas, dentro da indispensável convivência social, necessárias à sobrevivência da sociedade organizada⁴. As transformações do mundo atual, em uma velocidade incrível, estão produzindo o que tem sido chamado de novos direitos. Cabe ao Estado, através do direito interno e ao conjunto das Nações, pelos Tratados ou Convenções, regular coativamente novas condutas, frente a questões, muitas delas, até então nem pensadas⁵.

Norberto Bobbio⁶ levanta a questão dos novos direitos, partindo dos direitos humanos e considerando o avanço da eletrônica, da química, da física, da biologia, da cibernética e de outros ramos do conhecimento científico. Assim, para fins de estudos didáticos, têm sido elencadas cinco gerações de direitos representativos dos avanços sociais:

1 Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC, Pós-graduada em direito empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, Advogada. Participou como integrante do Grupo de Pesquisas Políticas Públicas no tratamento dos conflitos, coordenado pela Prof. Pós-Dra. Fabiana Marion Spengler, Integrante do Grupo de Pesquisa: Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Marli Marlene Moraes da Costa, vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da UNISC, e certificado pelo CNPQ. Endereço eletrônico: taise@dutratrentin.adv.br

2 Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela mesma instituição. Graduada do Programa Especial de Formação de Professores para Educação Profissional oferecido pela UFSM. Advogada atuante.

3 Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, e Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, Advogado. Participou como integrante do Grupo de Pesquisas Políticas Públicas no tratamento dos conflitos, coordenado pela Prof. Pós-Dra. Fabiana Marion Spengler, e do Grupo de estudos de Políticas Públicas para a Inovação e a Proteção Jurídica da Tecnologia, coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Salete Oro Boff, vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da UNISC, e certificado pelo CNPQ. Endereço eletrônico: sandro@dutratrentin.adv.br

4 SCHWENCK, Terezinha. Os novos direitos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2566>>. Acesso em: 17 outubro. 2012.

5 SCHWENCK, Terezinha. Os novos direitos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2566>>. Acesso em: 17 outubro. 2012

6 Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*, trad.Carlos Nelson Coutinho, RJ: Campus, 1992.

2. Os novos direitos no século XXI

Na primeira categoria, são os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e constituem garantia do cidadão, diante da força cada vez mais descomunal do Estado; na segunda categoria, os direitos sociais, que procura inserir o sujeito de direito no contexto social, representando um compromisso sócio-ideológico do Estado em busca da justiça social. Na terceira geração encontram-se os direitos transindividuais, compreendendo os coletivos e difusos, abarcando a proteção do consumidor, meio ambiente e outros valores considerados importantes para a vida da sociedade. Para Maria José Añón Roig⁷, os direitos de terceira geração são direitos difusos, coletivos e individuais ao mesmo tempo. Os direitos da liberdade são direitos individuais, os direitos de igualdade são direitos individuais e coletivos e os direitos de solidariedade seriam direitos individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo.

Nesse sentido, Wolkmer⁸, menciona que ocorreu uma ampliação com relação aos direitos da terceira geração. Assim, nessa perspectiva de amplitude e concretude dos “novos direitos” e em especial a categoria apresentada indaga-se se o atual sistema está conseguindo dar concretização e efetivação a estes direitos? Ademais, apresentam na quarta geração, os direitos do patrimônio genético, relacionados à biotecnologia e bioengenharia, tratando de questões relativas à vida. Para Bonavides⁹, verificam-se os direitos relativos aos efeitos da pesquisa biológica a ensejar a manipulação do patrimônio genético. Em relação à quinta geração, estão presentes os direitos dos sistemas informatizados e de comunicação, que fizeram inclusive romper a noção de fronteira entre países e, também, a noção de tempo, tirando-nos a consagrada ideia de presente e passado¹⁰. Afirma Oliveira Júnior¹¹, que a ciência jurídica como está articulada não possui condições de dar conta destes novos direitos. Toma este autor, como exemplo, os direitos sociais para afirmar que a força do trabalho é hoje muito menos importante para o desenvolvimento que o fenômeno da globalização econômica, o da internacionalização do capital, o da comunicação, ou da tecnologia e da informação. Por isso mesmo, trabalhadores, em todo o mundo, estão aceitando, indefesos, a redução de suas conquistas no campo da relação de trabalho. Cita-se que muito além desta esfera, a da relação de trabalho, há a redução de conquistas, pois o que está em voga atualmente é a busca incessante pela efetividade dos direitos já resguardados no bojo Constitucional, ou seja, quer se ver agora implantado e efetivado direitos que há muito tempo já deveriam estar valendo, pois teoricamente já conquistados.

Assim, tratar-se-á de um novo direito que veio surgindo dentro dessa mesma ideia de evolução social, especificamente o direito à afetividade, direito este que é a liga de toda e qualquer família brasileira.

3. Dentre outros, o Direito ao Afeto:

A partir da Emenda Constitucional nº 65, de 2010, a família fora reconhecida como a base de toda a sociedade, tendo especial proteção do Estado (art. 226 CF/88), e para tanto se elevou a afetividade como liga mantedora deste mesmo núcleo formador basilar estatal, vez que a família, agora entendida como fato cultural, aquém de um mero fato jurídico, trataria-se de uma situação jurídica subjetiva, individual ou coletiva, que poderia ser vislumbrada pelo ordenamento jurídico, infelizmente não em sua totalidade, vez que muitas as suas facetas (entendimento externado por Luiz Edson Fachin em sua obra *Dicionário de Filosofia do Direito*).

7 AÑÓN ROIG, Maria José. *Necesidades y Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 45.

8 WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org). *Os “novos” direitos no Brasil*. São Paulo:

Saraiva, 2003, p. 12.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.525.

10 Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*, trad.Carlos Nelson Coutinho, RJ: Campus, 1992.

11 Oliveira Júnior, José Alcebíades. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. RJ: Lumem Juris, 2000, p. 102/105.

A evolução da sociedade indica estas novas facetas todos os dias, pois não se imaginava um século antes que poderia existir um grupo familiar de pessoas do mesmo sexo, haja vista a historicidade humana indicar apenas a formação familiar com a união de um homem e uma mulher, essencialmente, homem como mantenedor financeiro e patriarca e a mulher subjugada a mera função de “do lar”. Atualmente, venceu-se esta ideologia antiquíssima, já que muitos são os casos que houve inversão de papéis. Mais recentemente, jurisprudencialmente, a união homoafetiva é considerada comum, detentora de direitos e deveres iguais ao conceito heteroafetivo; porém, isto ainda não está indicado em letras claras na Constituição Federal, pois o que se vê é que o Casamento Civil ainda não abriga estas uniões, deixando-se ao rótulo de União Estável abranger estas novas tendências. Aqui se vê um novo direito que surgiu da evolução da sociedade, da supressão de preconceitos, pois se a Constituição Federal nos indica que somos iguais perante a lei, sem distinções de quaisquer tipos, por que não reconhecer o Casamento Civil as uniões homoafetivas?

Indo mais além, as famílias mudaram em seu cerne de maneira totalmente avassaladora, pois também se fala em família de uma única pessoa, com o intuito claro de proteção patrimonial, ou seja, o dito bem de família, deste ser, que totalmente só, forma a sua família e tem seu patrimônio também protegido pelo Estado. Assim, a afetividade cria agora os vínculos familiares, quando se fala em pais e filhos, não necessariamente, estar-se-á falando em descendências, consanguinidade, e, sim em vínculos afetivos, por que não dizer vínculos de amor?

Presos a esta ideia de amor como vínculo familiar, se tem inclusive o Estatuto das Famílias em andamento que nos trará uma nova concepção de Direito de Família derogando vários artigos do Código Civil de 2002, que invariavelmente necessitam de um entendimento de contemporaneidade em sua escrita. O exemplo se põe em discussão que dito projeto ao conceituar o parentesco (artigo 9º), define que resulta da "*consanguinidade, da socioafetividade e da afetividade*". O código teve reboços em citar a socioafetividade como modalidade do parentesco, limitando-se a mencionar que o parentesco pode resultar de "outra origem", além do parentesco natural ou civil (artigo 1.593), exigindo esforço interpretativo desnecessário numa época em que a socioafetividade já vinha sendo reconhecida de há muito pela doutrina e pela jurisprudência do país. De fato, essa modalidade de parentesco derivada da convivência, do afeto e do amor, independente do vínculo biológico, desempenha papel importante nas relações de família em todos os níveis, conforme a opinião de Venosa.

Como anteriormente afirmado os laços afetivos são tão importantes que inclusive ensejam, no caso de negligência, indenização por danos morais. Há de se lembrar que o poder familiar está justamente em deter a obrigação de manutenção e salvaguarda dos componentes de uma dita família, aqui não se externa apenas a conotação de manutenção financeira, e sim, toda e qualquer necessidade para uma perfeita formação biológica e psíquica. Observa-se que as constantes mudanças nesta seara, primordialmente a facilidade em unir-se, desunir-se e quiçá unir-se novamente, advindas da nova Lei do Divórcio; fez com que as famílias pudessem destruir e reconstruir laços afetivos com mais agilidade que a própria lei mantê-las atualizadas, pois se concebe hoje a união de duas ou mais pessoas, afrontando a monogamia exigida anteriormente, reconhecendo-se o direito de uma esposa e de uma companheira em prol de um único homem, por exemplo, vulgarmente conhecido como família paralela, o que a de convir já se ouvia falar a muito tempo e somente agora, com a real proteção do Estado se está efetivando estes direitos de convivência. Então, no caso de desunião, aonde há negligência afetiva, quando a obrigação do poder familiar indicaria a extrema necessidade de afetividade, de acompanhamento na formação de um indivíduo, dos pais para com os filhos, por exemplo, há a necessidade de reparar os danos impingidos aquela vítima alienada. Em recente decisão o STJ indicou pela Terceira Turma a obrigação de um pai a indenizar sua filha no valor de R\$ 200 mil reais por abandono afetivo, com a brilhante frase: "*Amar é faculdade, cuidar é dever.*" a ministra Nancy Andrighi, asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. Mudando a ideia anterior de que inexistia a possibilidade de ocorrência de dano moral por abandono afetivo.

Este tipo de inovação nas interpretações do ordenamento jurídico brasileiro que ditam novos direitos todos os dias, ditam novas tendências de entendimentos, já que é evidente que o mundo muda, a sociedade se movimenta em constantes adaptações, para isso a legislação deve se recriar, deve tornar-se apta a renovar a subsunção da lei escrita com os fatos do nosso dia a dia.

4. Conclusão

Em considerações finais, afirma-se que é impossível mensurar e indicar todos os novos direitos, pois a evolução sistêmica destes sempre será inovadora. As próprias gerações de direitos aqui citadas, se olhadas por outro prisma podem se recriar, pois já se fala em nova geração, tal qual a paz global, que visa tornar o indivíduo deste corpo estatal um cidadão do mundo, vez que vive-se em uma aldeia global. Então, cabe apenas ponderar, estudar e dialogar os acontecimentos e seus efeitos, como o aqui indicado, quando se fala em amor como ligadura de união familiar, repisando em solo já conhecido religiosamente, onde se diz que: ame o próximo como a ti mesmo, será que este dizer não resumiria anos e anos de estudos? Tornando-o base científica para a tão almejada PAZ GLOBAL? O que nos indica que se separando crenças e culturas diversas nunca se chegará a um consenso de otimização legislativa, quando estas mesmas leis são criadas para pessoas totalmente diversas entre si, obrigatoriamente, há de se ponderar a igualdade como primazia tal elevação de ordem e progresso, que juntos é possível almejar e alcançar, só nos falta paciência.

Por fim, afirma-se que se o homem é mutável, todo direito e toda nossa concepção de justiça também o deve ser, sob pena de estagnação em plena transmutação, restando a nós operadores e pensadores do direito, idealizadores da justiça, efetivar tanto este como aquela na medida do possível, para tonar a UTOPIA DO HOJE o FLORESCER DO AMANHÃ!

Referências bibliográficas

- AÑON ROIG, Maria José. *Necesidades y Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, RJ: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unissinos, 2006, p. 314.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. Repensando o ensino do Direito para sociedades multiculturais. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 25. POA: UFRGS, 2005.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. RJ: Lumem Juris, 2000, p. 102/105.
- SCHWENCK, Terezinha. Os novos direitos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2566>>. Acesso em: 17 outubro. 2012
- VENOSA, Sílvio. O projeto do Estatuto das Famílias. Disponível em: <http://www.silviovenosa.com.br/artigo/o-projeto-do-estatuto-das-familias>. Acesso em: 25 outubro. 2012.
- WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org). *Os "novos" direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.