

ISBN: 978-85-7696-238-0

Organizadores

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Paulo Márcio Cruz

Rogério da Silva

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

2019



Organizadores

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Paulo Márcio Cruz

Rogério da Silva

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL,
DEMOCRACIA E
RELAÇÕES SOCIAIS**



2019

Reitor
Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Graduação e
Desenvolvimento Institucional**
Carlos Alberto Tomelin

**Vice-Reitor de Extensão e Assuntos
Comunitários**
José Carlos Machado

**Vice-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e
Inovação**
Rogério Corrêa

Organizadores
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz
Prof. Dr. Rogerio da Silva

Autores
**ARTIGOS - GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E
SUSTENTABILIDADE DA SOCIEDADE LÍQUIDA**

Alessandra Vanessa Teixeira
Carla Piffer
Arthur Lodi
Bruna Leyter
Elias Noello Paranhos
Haliesca Cristina Fabris
Vitor Augusto Ferreira Barquel
Jessica Alfien
Viviane Dipp Altenhofen
Jonathan Dalla Rosa Melo
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Mikaeli Horongozo
Lucas Dalmora Bonissoni
Rogerio da Silva
Mônica Giusti Rigo
Jennifer Barreto Dalalba
Nadya Regina Gusella Tonial
Maria Eduarda Girelli Gonçalves
Pamela De Almeida Araújo
Maria Caroline Nemet Kurtz
Rafaela Baldissera
Laura Covatti dos Santos
Sonia Aparecida de Carvalho
Maira Angélica Dal Conte Tonial

**ARTIGOS - GT 2 – DIREITOS HUMANOS:
EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL**

Ana Cláudia Pereira
Patricia Grazziotin Noschang
Francine Cansi
Marcos Leite Garcia
João Luís Severo da Cunha Lopes
Micheli Piucco
Carime Tagliari Estacia
Lucas Hann Spalding
Laura Covatti dos Santos
Rafaela Baldissera
Lucas Dalmora Bonissoni
Laís Franciele de Assumpção Wagner
Maira Angélica Tonial
Viktória dos Santos Gonçalves
Maria Caroline Nemet Kurtz
Thatiane Mandelli
Gabriela Werner Oliveira
Silvana de Fátima Machado da Silva
Fabiola Wüst Zibetti

**ARTIGOS - GT 3 – PODER, GÊNERO E
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Gabriel Dil
Amanda Caroline Zini
Mariana Chini
Caroline Andreis de Oliveira
Joana Silvia Mattia Debastiani
Josiane Petry Faria

Luana Debortoli Bageston
Josiane Petry Faria
Bianca Coronetti Farenzena
Maira Angélica Dal Conte Tonial
Martha Izabel Dalla Nora
Jean Mauro Menuzzi
Miriane Prestes Lemes
Josiane Petry Faria
Rafaela Ferrarese
Tiago Zilli

ARTIGOS - GT 4 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

Aline Moura da Silva Boanova
Marcio Renan Hamel
Edmar Viane Marques Daudt
Anderson Weber
Letícia Abati Zanotto
Francine Cansi
Paulo Márcio Cruz
Laura Dalmolin Vanzin
Marcio Renan Hamel
Marcelo Gonçalves
Michelle Ângela Zanatta
Joana Silvia Mattia Debastiani
Nadya Regina Gusella Tonial
Jovana De Cezaro
Tatiana Mezzomo Casteli
Tiago Zilli
Atila Kogan

ARTIGOS - GT 5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

Bruna Nogueira Machado Morato de Andrade
Carla Della Bona
Danubia Desordi
Elias Noello Paranhos
Gabriel Antinolfi Divan
Daniel Nogueira Costa
Victoria Faria Barbiero
Lisiane da Silva Zuchetto
Augusta Feldmann
Mariana Chini
Joline Piccinin Cervi
Renata Frandoloso Martins
Roberto Tramontina Fioravante
Rodrigo Graeff
Saionara do Amaral Marcolan
Vitor Augusto Ferreira Barquel
Lídia Ritter

**ARTIGOS - GT 6 – DIREITO, CIDADANIA E
DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO**

André Luís dos Santos Mottin
Arthur Lodi
Janaína Rigo Santin
Anna Gabert Nascimento
Leone Frizon
Roberta Setti Reckziegel
Talissa Truccolo Reato
Morgan Stefan Grando

**RESUMOS - GT 1 – DIREITO, ECONOMIA E
SUSTENTABILIDADE**

Joline Piccinin Cervi
Murilo Manzoni Boff
Jacson Roberto Cervi
Pamela De Almeida Araújo
Paulo Roberto Ramos Alves

**RESUMOS - GT 2 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO
PLANO INTERNACIONAL**

Caroline Andreis de Oliveira
Débora Almeida Duarte
Izadora Buziki dos Santos
Letícia da Silva Nigris
Lucas Hahn Spalding
Carime Tagliari Estacia

Stéfani Reimann Patz
Letícia Mousquer Ritter

**RESUMOS - GT 3 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS
PÚBLICAS**

Débora Jaeli Millani da Silva
Eduardo Tedesco Castamann
Maura da Silva Leitzke
Thatiane Mandelli

**RESUMOS - GT 4 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES
SOCIAIS**

Janaína Rigo Santin
Caroline Simor da Silva
Edimar Alexandre Rezende
Gabriel Dil
Jennifer Leal Furtado Barreto Dalalba
Mônica Giusti Rigo
Júlia Eliza Rubin
Maira Angélica Dal Conte
Laís Franciele de Assumpção Wagner
Daniel de Paula
Michelle Ângela Zanatta
Regina Alves
Vinícius Francisco Toazza
Leda Mara de Souza
Karen Cristine Campanha Massucatto

**RESUMOS – GT 5 – DIREITO, CIDADANIA E
DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO**

Ana Paula Graboski de Almeida
Danubia Desordi
Carla Della Bona
Lucas Parizzi Bernardi
Luigi Thomaz do Amaral Tolotti
Thami Covatti Piaia
Murilo Manzoni Boff
Neuri José Maciel

Diagramação/Revisão
Alexandre Zarske de Mello

Capa
Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ

Presidente
Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo
Alexandre Zarske de Mello

Membros
Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)
Dra. Flávia Novera Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)
Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)
Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)
Dr. Javier Gonzaga Valencia Hernandez
(UCALDAS/COLÔMBIA)
Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)
Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)
Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Projeto de Fomento
Programa de Apoio a eventos no país – PAEP, Edital
09/2018 da Coordenação de Aperfeiçoamento de
pessoal de Nível Superior – CAPES

FICHA CATALOGRÁFICA

J979 Jurisdição constitucional, democracia e relações sociais [recurso eletrônico] / organizadores Liton Lanes Pilau Sobrinho, Paulo Márcio Cruz, Rogério da Silva. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2019.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>
Incluem referências.

ISBN 978-85-7696-238-0 (e-book)

1. Direito constitucional. 2. Jurisdição. 3. Democracia. I. Pilau Sobrinho, Liton Lanes. II. Cruz, Paulo Márcio. III. Silva, Rogério da. IV. Título.

CDU: 342

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	14
Liton Lanes Pilau Sobrinho	14
Paulo Márcio Cruz.....	14
Rogerio da Silva	14
ARTIGOS - GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE	15
A SOCIEDADE LÍQUIDA TRANSNACIONAL DAS CORPORAÇÕES E A PROPOSTA DE UMA SUSTENTABILIDADE HUMANISTA	16
Alessandra Vanessa Teixeira	16
Carla Piffer	16
CRESCIMENTO SUSTENTADO E REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES: NOVOS DESAFIOS PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO	33
Arthur Lodi.....	33
A INFLUÊNCIA DA DEMOCRACIA NA PROMOÇÃO E APLICAÇÃO DAS LIBERDADES SUBSTANTIVAS	46
Bruna Leyter	46
Elias Noello Paranhos	46
EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO E SEUS IMPACTOS NA REDUÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS CAUSADOS PELA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA DOS PRODUTOS ELETRÔNICOS	56
Haliesca Cristina Fabris.....	56
Vitor Augusto Ferreira Barquel.....	56
CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E SEUS RECURSOS ESCASSOS	70
Jessica Alflen.....	70
Viviane Dipp Altenhofen.....	70
A COOPERAÇÃO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE À LUZ DA DIALÉTICA FILOSÓFICA DE PLATÃO E ARISTÓTELES	82
Jonathan Dalla Rosa Melo	82
A MERCANTILIZAÇÃO DA VIDA: ASPECTOS SOBRE A BIODIVERSIDADE E A RACIONALIDADE AMBIENTAL 92	
Jonathan Dalla Rosa Melo	92
POLUIÇÃO VISUAL: OS IMPACTOS DA PUBLICIDADE NO MEIO AMBIENTE	102
Liton Lanes Pilau Sobrinho.....	102
Mikaeli Horongozo	102
OS IMPACTOS DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA NA SOCIEDADE DE CONSUMO GLOBALIZADA	109
Lucas Dalmora Bonissoni.....	109
Rogerio da Silva	109
A BUSCA DA FELICIDADE: PSICANÁLISE, A MODERNIDADE E O CONSUMISMO SUSTENTÁVEL NA ERA DIGITAL	119

Mônica Giusti Rigo.....	119
Jennifer Barreto Dalalba.....	119
A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA NA SOCIEDADE DE CONSUMO E O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE	133
Nadya Regina Gusella Tonial	133
Maria Eduarda Girelli Gonçalves	133
A ORDEM ECONÔMICA FINANCEIRA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	144
Pamela De Almeida Araújo.....	144
Maria Caroline Nemet Kurtz.....	144
A FUNÇÃO AMBIENTAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS EM FACE DA TUTELA DO MEIO AMBIENTE.....	155
Rafaela Baldissera.....	155
Laura Covatti dos Santos	155
AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS COMO CONSEQUÊNCIAS DE RISCOS ECOLÓGICOS E AMBIENTAIS E DANOS COLATERAIS NA MODERNIDADE	165
Sonia Aparecida de Carvalho.....	165
Maira Angélica Dal Conte Tonial	165
ARTIGOS - GT 2 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL	178
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE X CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A SENTENÇA DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL DA CIDH E A PERSECUÇÃO CRIMINAL DOS CRIMES DA DITADURA NO BRASIL.....	179
Ana Cláudia Pereira	179
Patricia Grazziotin Noschang.....	179
DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..	193
Francine Cansi.....	193
Marcos Leite Garcia	193
RESPONSABILIZAÇÕES INTERNACIONAIS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: DISCREPÂNCIAS SOBRE A VINCULATIVIDADE.....	207
João Luís Severo da Cunha Lopes	207
Micheli Piucco.....	207
A REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO MUNDIAL	216
Carime Tagliari Estacia.....	216
Lucas Hann Spalding	216
OS DESAFIOS DA IMIGRAÇÃO NA SOCIEDADE CAPITALISTA DO SÉCULO XXI	226
Laura Covatti dos Santos	226
Rafaela Baldissera.....	226
A EFICÁCIA DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	238

Lucas Dalmora Bonissoni	238
Laís Franciele de Assumpção Wagner	238
A INFLUÊNCIA DO MOVIMENTO TRANSACIONAL NAS RECENTES ALTERAÇÕES LABORAIS	251
Maira Angélica Tonial	251
Victória dos Santos Gonçalves.....	251
A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DOS CRIMES DE LESA HUMANIDADE COMETIDOS DURANTE A GUERRILHA DO ARAGUAIA	262
Maria Caroline Nemet Kurtz	262
Micheli Piucco.....	262
NEOLIBERALISMO E DIREITOS HUMANOS: OS DESAFIOS DE MULHERES REFUGIADAS ENTRE MUROS E FRONTEIRAS.....	274
Thatiane Mandelli.....	274
Gabriela Werner Oliveira	274
IMIGRAÇÃO NO BRASIL: DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS ESTRANGEIROS.....	287
Silvana de Fátima Machado da Silva	287
Fabíola Wüst Zibetti.....	287
ARTIGOS - GT 3 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	304
A INFLUÊNCIA DO MOVIMENTO FEMINISTA NO AVANÇO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS DA MULHER: UMA ANÁLISE ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM PORTUGAL E DA ADPF 54 NO BRASIL.....	305
Gabriel Dil	305
OS REFLEXOS DA ESCRAVIDÃO NAS RELAÇÕES DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NEGRAS NO BRASIL.....	318
Amanda Caroline Zini.....	318
Mariana Chini	318
FEMINISMO: DA CAÇA ÀS BRUXAS AOS TEMPOS ATUAIS.....	327
Caroline Andreis de Oliveira	327
ECOFEMINISMO E SUSTENTABILIDADE: UMA CONEXÃO POSSÍVEL E NECESSÁRIA.....	338
Joana Silvia Mattia Debastiani.....	338
Josiane Petry Faria	338
A DESIGUALDADE DE GÊNERO E A CULTURA PATRIARCAL	349
Luana Debortoli Bageston	349
Josiane Petry Faria	349
RETROCESSO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS: A MUDANÇA DO ARTIGO 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO	358
Bianca Coronetti Farenzena	358
Maira Angélica Dal Conte Tonial	358

A CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE E DA DIFERENÇA DA MULHER SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS	367
Martha Izabel Dalla Nora.....	367
Jean Mauro Menuzzi	367
DAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS POR ASSÉDIO SEXUAL: UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO DA MULHER NA JUSTIÇA DO TRABALHO DE CARAZINHO/RS	375
Miriane Prestes Lemes	375
Josiane Petry Faria.....	375
O HC 143.641/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DA MULHER NO SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO	392
Rafaela Ferrarese.....	392
Josiane Petry Faria.....	392
POLÍTICAS PÚBLICAS DE RECONHECIMENTO CONTRA A COLONIALIDADE DO PODER	403
Tiago Zilli.....	403
ARTIGOS - GT 4 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS	417
A TENSÃO ENTRE OS DIREITOS DE LIBERDADE E IGUALDADE NA DEMOCRACIA MODERNA: A CONCILIAÇÃO NOS MOVIMENTOS SOCIAIS.....	418
Aline Moura da Silva Boanova.....	418
Marcio Renan Hamel	418
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO BRASILEIRO E GERENCIALISMO: A DICOTOMIA ENTRE A TRIBUTAÇÃO E AS IMUNIDADES NO CUSTEIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	435
Aline Moura da Silva Boanova.....	435
Edmar Viane Marques Daudt	435
ANÁLISE DO RISCO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO RE 574.706 NO CONTEXTO DO INTERESSE SOCIAL, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA	453
SEGURANÇA JURÍDICA.....	453
Anderson Weber.....	453
Letícia Abati Zanotto.....	453
A POSSIBILIDADE DA DEMOCRACIA TRANSNACIONAL COMO VALOR CIVILIZATÓRIO E SUA CONSTRUÇÃO POLÍTICO JURÍDICA	461
Francine Cansi.....	461
Paulo Márcio Cruz.....	461
A COMPREENSÃO DEMOCRÁTICA A PARTIR DA TEORIA DA JUSTIÇA DE AXEL HONNETH	478
Laura Dalmolin Vanzin.....	478
Marcio Renan Hamel	478
A PRESTAÇÃO DE SECURITY FOR COSTS NA JURISDIÇÃO ARBITRAL BRASILEIRA.....	488
Letícia Abati Zanotto.....	488

Anderson Weber.....	488
DESAFIOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA SOCIEDADE DE RISCO	499
Marcelo Gonçalves	499
ESTADO, DIREITO E PSICANÁLISE	513
Michelle Ângela Zanatta	513
Joana Silvia Mattia Debastiani.....	513
O SISTEMA RECURSAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO JUSTO: A REGULAÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO	525
Nadya Regina Gusella Tonial	525
Jovana De Cezaro.....	525
A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA E O RISCO DO	539
ATIVISMO JUDICIAL	539
Tatiana Mezzomo Casteli.....	539
TRINTA ASPECTOS NEOCONSTITUCIONAIS EM HOMENAGEM AOS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	554
Tiago Zilli.....	554
Atila Kogan.....	554
ARTIGOS - GT 5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS	568
DO ‘QUARTO DE DESPEJO’ À VILA ITÁLIA: A FAVELA E OS QUE NÃO TÊM DIREITO A TER DIREITOS	569
Bruna Nogueira Machado Morato de Andrade.....	569
NINGUNEADOS: A LUTA POR DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA NARRATIVA DOS MORADORES DA VILA ITÁLIA.....	578
Bruna Nogueira Machado Morato de Andrade.....	578
A TRANSNACIONALIDADE E A DEMOCRACIA: UM NOVO PARADIGMA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	591
Carla Della Bona.....	591
Danubia Desordi	591
DIREITO ROMANO SUAS FASES HISTÓRICAS E SUAS INFLUÊNCIAS NOS DIAS ATUAIS	604
Elias Noello Paranhos	604
DIMENSÕES (REAIS) DE PODER NO SÉCULO XXI: HIPÓTESES PARA NOVAS DISCUSSÕES CRÍTICAS EM TORNO DE POLÍTICA E CONSTITUCIONALISMO	617
Gabriel Antinolfi Divan	617
Daniel Nogueira Costa Filho	617
Victoria Faria Barbiero	617
A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ENQUANTO DOCUMENTO POLÍTICO E JURÍDICO DO ESTADO	632
Lisiane da Silva Zuchetto	632
Augusta Feldmann.....	632

O DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.....	646
Mariana Chini	646
Joline Piccinin Cervi	646
O CONFLITO JUDICIAL ENTRE ESTADO E FAMÍLIA EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN.....	659
Renata Frandoloso Martins	659
A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA EXPROPRIATÓRIA E SEUS ASPECTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	672
Roberto Tramontina Fioravante.....	672
O PL N. 272/2016 COMO FORMA DE CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS.....	687
Rodrigo Graeff	687
A MEDIAÇÃO COMO UM MECANISMO ADEQUADO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NO ÂMBITO LOCAL	698
Saionara do Amaral Marcolan	698
A SOCIEDADE DO DESEMPENHO: UM DIÁLOGO ENTRE BAUMAN E BYUNG-CHUL HAN SOBRE O CANSAÇO DA SOCIEDADE.....	709
Vitor Augusto Ferreira Barquel.....	709
Lídia Ritter.....	709
ARTIGOS - GT 6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO.....	719
NOVAS TECNOLOGIAS PARA A CIDADANIA: APONTAMENTOS SOBRE O DECRETO N. 9.149/2017	720
André Luís dos Santos Mottin.....	720
DIREITO DE PROTESTO E A MANIFESTAÇÃO POLÍTICA DOS TORCEDORES: LUTA E RESISTÊNCIA NAS ARQUIBANCADAS DE FUTEBOL	732
Arthur Lodi.....	732
A PROBLEMÁTICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O PATRIMONIALISMO NO BRASIL.....	745
Janaína Rigo Santin	745
Anna Gabert Nascimento	745
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MODELO BUROCRÁTICO AO MODELO GERENCIAL	755
Leone Frizon	755
A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NO PROCESSO CONSTITUINTE DE 1987-1988.....	766
Roberta Setti Reckziegel.....	766
Janaína Rigo Santin.....	766
NOVAS TECNOLOGIAS DA ENGENHARIA GENÉTICA: O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA PATRIMONIAL DOS EMBRIÕES INSEMINADOS <i>POST-MORTEM</i>	782
Talissa Truccolo Reato	782
Morgan Stefan Grandó	782

RESUMOS - GT 1 – DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE	794
A NECESSIDADE DA COBRANÇA DO USO DA ÁGUA: SEUS REFLEXOS AO MEIO AMBIENTE E A SOCIEDADE	795
Joline Picinin Cervi	795
A PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA INTERCULTURAL NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E DO PODER LOCAL NOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO DAS MISSÕES.....	797
Murilo Manzoni Boff.....	797
Jacson Roberto Cervi	797
AS RELAÇÕES DIALÓGICAS ENTRE DIREITO E ECONOMIA: SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA COMO ESTRUTURANTE DO DISCURSO JURÍDICO	800
Pamela De Almeida Araújo.....	800
Paulo Roberto Ramos Alves.....	800
RESUMOS - GT 2 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL	801
IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES COMETIDOS DURANTE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA EM RAZÃO DO <i>JUS COGENS</i>	802
Caroline Andreis de Oliveira	802
A CONCEPÇÃO HISTÓRICA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL	803
Débora Almeida Duarte.....	803
A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO REFUGIADO AMBIENTAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL FRENTE AO DIREITOS HUMANOS	805
Izadora Buziki dos Santos	805
MOBILIDADE HUMANA E A FILOSOFIA MORAL EM KANT: O COMBATE À CRIMINALIZAÇÃO DO MIGRANTE	807
Letícia da Silva Nigris	807
A IMPRESCRITIBILIDADE DOS DELITOS CONTRA OS DIREITOS HUMANOS: BREVES CONSIDERAÇÕES NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO	809
Lucas Hahn Spalding.....	809
CarimeTagliari Estacia.....	809
ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DA APATRIDIA, NACIONALIDADE E CIDADANIA – REFLEXÕES A PARTIR DO CASO MAHA MAMO	811
Stéfani Reimann Patz.....	811
Letícia Mousquer Ritter.....	811
RESUMOS - GT 3 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS	812
MÃE E FILHO NO CÁRCERE: UMA RELAÇÃO INVISÍVEL	813
Débora Jaeli Millani da Silva	813
A ONTOLOGIA DO DELITO: UM DEBATE CRIMINOLÓGICO ATUAL.....	815

Eduardo Tedesco Castamann	815
A EFICÁCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	817
Maura da Silva Leitzke	817
MULHERES NOS ESPAÇOS DE PODER: A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA.....	819
Thatiane Mandelli.....	819
RESUMOS - GT 4 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS	821
AS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E A SUA RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA.....	822
Janaína Rigo Santin.....	822
Caroline Simor da Silva	822
POLÍTICAS CULTURAIS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	824
Edimar Alexandre Rezende.....	824
A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	826
Gabriel Dil	826
A JUDICIALIZAÇÃO DO CONSUMO E A (IN)UTILIDADE DA AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO DE “DESAFOGAMENTO” DO PODER JUDICIÁRIO.....	829
Jennifer Leal Furtado Barreto Dalalba	829
Mônica Giusti Rigo.....	829
ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO	831
Júlia Eliza Rubin.....	831
Maira Angélica Dal Conte Tonial	831
A GESTÃO COMPARTILHADA NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	834
Laís Franciele de Assumpção Wagner	834
Daniel de Paula	834
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS EM SEDE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA GAÚCHA	836
Michelle Ângela Zanatta	836
O PAPEL DO SISTEMA LEGISLATIVO NA EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	838
Regina Alves.....	838
JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA APLICAÇÃO NAS ESCOLAS.....	840
Vinícius Francisco Toazza.....	840
Leda Mara de Souza	840
JUSTIÇA RESTAURATIVA: O USO DA COMUNICAÇÃO NÃO-VIOLENTA COMO ALTERNATIVA NA SUPERAÇÃO DE CONFLITOS	843
Vinícius Francisco Toazza.....	843
Karen Cristine Campanha Massucatto	843

RESUMOS – GT 5 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO	845
AS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE CIDADANIA	846
Ana Paula Graboski de Almeida.....	846
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	848
Danubia Desordi	848
Carla Della Bona.....	848
O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO, O AGIGANTAMENTO DO ESTADO E AS CONSEQUÊNCIAS PÓS-88	850
Lucas Parizzi Bernardi	850
O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO COMO ALTERNATIVA PARA A DESBUROCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO TOCANTE A FACILITAÇÃO DE ABERTURA DE EMPRESAS.....	852
Luigi Thomaz do Amaral Tolotti.....	852
NOVAS RELAÇÕES ADVINDAS DAS NOVAS TECNOLOGIAS: O CASO UBER.....	854
Thami Covatti Piaia	854
Murilo Manzonni Boff.....	854
A CONVERGÊNCIA DAS CIÊNCIAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA PERSPECTIVA DE AMARTYA SEN E RONALD COASE	855
Neuri José Maciel.....	855

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós Graduação Mestrado em Direito, promoveu nos dias 20, 21, 22 e 23 de novembro de 2018, no Salão de Atos da Faculdade de Direito o X Seminário Nacional de Defesa do Consumidor, VI Seminário Internacional de Defesa do Consumidor, II Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais, II Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, II Encontro de Balcões do Consumidor.

O Evento, cuja temática foi “**A Crise do Estado Social**”, teve como objetivo criar um ambiente de discussão e interação acerca dos fundamentos da jurisdição constitucional, do papel do Estado na consecução de políticas públicas, da democracia no paradigma do Estado Constitucional contemporâneo sob o prisma de uma teoria dos direitos fundamentais e sua realização só foi possível porque recebeu recursos através do Programa de Apoio a eventos no país – PAEP, Edital 09/2018 da Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de Nível Superior – CAPES.

A Mostra de Trabalhos Científicos teve como objetivo criar um espaço de integração das pesquisas realizadas pelos inscritos no evento e de diálogo sobre **Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais** e recebeu artigos vinculados a 06 (seis) Grupos de Trabalho: Direito, Economia e Sustentabilidade; Tendência e Perspectivas do Novo Constitucionalismo Latino-americano; Direitos Humanos: eficácia no plano internacional; Poder, Gênero e Políticas Públicas; Democracia e Relações Sociais; Direito, Cidadania e Desenvolvimento Tecnológico.

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹
Paulo Márcio Cruz²
Rogério da Silva³

¹ Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPG Direito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US - Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional ambiental, Direito Constitucional.

² Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1984), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Atualmente é professor titular da Universidade do Vale do Itajaí, membro titular conselho universitário da Universidade do Vale do Itajaí, coordenador geral do cpcj/univali da Universidade do Vale do Itajaí, membro conselho editorial da editora univali da Universidade do Vale do Itajaí, membro do conselho editorial da Universidade do Vale do Itajaí, membro suplente do conselho universitário da Universidade do Vale do Itajaí, conselheiro - conselho de administração sup. da Universidade do Vale do Itajaí, pesquisador da Universidade do Vale do Itajaí, professor convidado da Universidade de Alicante, professor convidado da Universidade de Perugia, presidente de comissão do Conselho Estadual de Educação, membro de comissão do Conselho Estadual de Educação, outro (especifique) do Centro Universitário ? Católica de Santa Catarina em Jaraguá do Sul, membro conselho editorial da Faculdade Educacional de Ponta Grossa, membro conselho consultivo da União de Ensino do Sudoeste do Paraná, comitê científico - Universidad de Caldas e docente visitante do Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales - UA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: democracia, estado contemporâneo, direito ambiental, direito transnacional e transnacionalidade.

³ Vice-Reitor de Extensão e Assuntos Comunitários da Universidade de Passo Fundo - UPF (2018-2022). Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (2014-2018), Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2008), Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (1996). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e Direito do Consumidor. Coordenador do Projeto Balcão do Consumidor.

**ARTIGOS - GT 1 - DIREITO, ECONOMIA E
SUSTENTABILIDADE**

A SOCIEDADE LÍQUIDA TRANSNACIONAL DAS CORPORAÇÕES E A PROPOSTA DE UMA SUSTENTABILIDADE HUMANISTA

THE TRANSNATIONAL NET CORPORATIONS SOCIETY AND THE PROPOSAL OF A HUMANIST SUSTAINABILITY

Alessandra Vanessa Teixeira⁴

Carla Piffer⁵

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a pós-modernidade, denominada por Bauman de “modernidade líquida” e sua sociedade, a sociedade líquida. Ainda, analisar as corporações transnacionais e sua atuação dominante na atual sociedade, bem como demonstrar o paradigma da sustentabilidade e suas dimensões, propondo a perspectiva de uma sustentabilidade humanista. Utiliza-se o método indutivo, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Corporações transnacionais. Modernidade líquida. Sociedade líquida. Sustentabilidade. Sustentabilidade humanista.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the postmodernity, called by Bauman of "liquid modernity" and its society, the liquid society. Also, to analyze the transnational corporations and their dominant action in the current society, as well as to demonstrate the paradigm of sustainability and its dimensions, proposing the perspective of a humanistic sustainability. The inductive method is used, being applied the techniques of the referent, category, operational concepts and bibliographic research.

KEYWORDS: Transnational corporations. Net modernity. Net company. Sustainability. Humanistic sustainability.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a sociedade pós moderna, denominada por Bauman como sociedade líquida, em um plano transnacional, diante do domínio global das grandes corporações e refletir sobre a proposta de uma sustentabilidade humanista.

Na primeira parte deste estudo serão tecidos comentários acerca da modernidade líquida e sua

⁴ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional – IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Advogada OAB/RS 87583. Bolsista Capes-taxa. Endereço Eletrônico: alessandra.sp@hotmail.com.

⁵ Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi de Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI - Bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado - PNPd da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior - CAPES. Endereço eletrônico: carlapiffer@univali.br.

sociedade, utilizando o referencial teórico de Bauman, demonstrando as características dessa sociedade.

A segunda parte é destinada à análise da atuação das corporações transnacionais, abordando o seu poder econômico absoluto na sociedade líquida transnacional, demonstrando as consequências geradas por suas ações.

Na última parte do estudo pretende-se abordar a sustentabilidade, tema tão discutido atualmente, suas dimensões e propor uma perspectiva humanista para a sustentabilidade, tendo como base o modelo da empresa de BrunelloCucinelli, empresário italiano que aposta no capitalismo humanista.

A metodologia a ser empregada compreende o método indutivo, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

1 - A MODERNIDADE LÍQUIDA E SUA SOCIEDADE

O contexto histórico em que se vive hoje, século XXI, é denominado por muitos como pós modernidade. Zygmunt Bauman utiliza a metáfora do sólido e do líquido para explicar sua teoria sobre a modernidade, já que para ele “pós modernidade” é um termo equivocado.

Sobre a metáfora do sólido e do líquido, Bauman explica que os sólidos, diferentemente dos líquidos, se caracterizam por apresentarem uma forma definida, por serem estáveis e duradouros. Já os líquidos não tem forma definida, ou seja, sua forma está em contínua transformação. O líquido é instável por definição, tem uma forma efêmera, passageira e apresenta uma grande mobilidade. O tempo neste estado seria o fator principal da mudança, pois é a urgência de atender as demandas do tempo que tornam as vidas líquidas.⁶

Para Bauman, a modernidade é precisamente o grau de liquidez, já que, segundo ele, toda a modernidade foi líquida, ou seja, toda a modernidade se especializa em derreter sólidos, em derreter as estruturas recebidas, as formas de vida recebidas e de refaze-las em um molde diferente.⁷

A modernidade sólida foi a preocupação das pessoas em construir novos sólidos, já que o que moveu os pioneiros da modernidade no início do projeto moderno foi a insatisfação com a solidez dos sólidos existentes. Eles acreditavam que não eram sólidos o suficiente e a verdadeira ordem que iriam construir, a ordem moderna, seria distinta do passado por ser verdadeiramente sólida. Mas o que significa ser verdadeiramente sólido? O que queriam dizer, na verdade, é que seria uma sociedade perfeita.⁸

⁶BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 9.

⁷BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. 2001, p. 9.

⁸BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. 2001, p. 9-10.

Portanto, a conhecida por tantos como “pós modernidade”, para Bauman é definida como “modernidade líquida”, ou seja, o mundo atual é líquido. Líquido por não ser capaz de manter a sua forma, ou seja, não se pode confiar que quando se faz uma viagem, por exemplo, ao voltar as coisas vão estar como elas eram, certamente as coisas estarão mudadas, de uma ou de outra maneira.

Sobre a sociedade líquida, o autor assim a apresenta:

A sociedade que entra no século XXI não é menos “moderna” que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente. O que a faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano: a compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e sempre incompleta *modernização*; a opressiva e inerradicável, insaciável sede de destruição criativa (ou de criatividade destrutiva, se for o caso: de “limpar o lugar” em nome de um “novo e aperfeiçoado” projeto; de “desmantelar”, “cortar”, “defasar”, “reunir” ou “reduzir”, tudo isso em nome da maior capacidade de fazer o mesmo no futuro – em nome da produtividade ou da competitividade).⁹

A sociedade líquida é marcada pela velocidade dos acontecimentos e pela flexibilidade necessária de adaptação às mudanças. Hábitos e rotinas são difíceis de serem mantidos e as pessoas são obrigadas a atualizar seus conhecimentos e comportamentos mais rápido do que conseguem aprende-los. Não é possível manter a forma e o curso da vida numa sociedade onde mudar é o verbo mais conjugado.¹⁰

Assim, essa atual sociedade “é cada vez mais vista e tratada como uma “rede” em vez de uma “estrutura” (para não falar em uma “totalidade sólida”): ela é percebida e encarada como uma matriz de conexões e desconexões aleatórias e de um volume essencialmente infinito de permutações possíveis”.¹¹

Essa fluidez que caracteriza a modernidade líquida cria uma cultura imediatista, de curto prazo. Sobre isso, Bauman refere que:

[...] o colapso do pensamento, do planejamento e da ação a longo prazo, e o desaparecimento ou enfraquecimento das estruturas sociais nas quais estes poderiam ser traçados com antecedência, leva a um desmembramento da história política e das vidas individuais numa série de projetos e episódios de curto prazo que são, em princípio, infinitos e não combinam com os tipos de sequenciais aos quais conceitos como “desenvolvimento”, “maturação”, “carreira” ou “progresso” (todos sugerindo uma ordem de sucessão pré-ordenada) poderiam ser significativamente aplicados. Uma vida assim fragmentada estimula orientações “laterais”, mais do que “verticais”. Cada passo seguinte deve ser uma resposta a um diferente conjunto de oportunidades e a uma diferente distribuição de vantagens, exigindo assim um conjunto diferente de habilidades e um arranjo diferente de ativos.¹²

Dessa forma, percebe-se que essa liquidez e sua volatilidade vieram a desorganizar todas as

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. 2001, p. 36.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 7.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. 2007, p. 9.

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. 2007, p. 9.

esferas da vida social. Logo, na modernidade líquida é o indivíduo que molda a sociedade à sua personalidade.

Essa individualização que tanto exige a sociedade moderna muda de significado de pouco em pouco tempo, assumindo novas formas; o que significa agora é muito diferente do que significava há mais de cem anos no início dos tempos modernos. Bauman resume que “a ‘individualização’ consiste em transformar a ‘identidade’ humana de um ‘dado’ em uma ‘tarefa’ e encarregar os atores da responsabilidade de realizar uma ‘tarefa’ e das consequências (assim como efeitos colaterais) de sua realização”.¹³

Portanto, no mundo da modernidade líquida, tudo corre por conta do indivíduo, que deve “descobrir do que é capaz de fazer, esticar essa capacidade ao máximo e escolher os fins a que essa capacidade poderia melhor servir – isto é, com a máxima satisfação concebível”.¹⁴

A globalização, que é o nome dado para a quebra de fronteiras comerciais entre os países, transformou as sociedades em abertas, tanto material como intelectualmente.¹⁵

Essa sociedade admite sua incompletude, e por isso, se apresenta “ansiosa em atender suas próprias possibilidades ainda não-intuídas, muito menos exploradas”. Porém, significa uma sociedade incompetente em escolher o próprio curso com algum nível de certeza e em assegurar o percurso escolhido. A sociedade aberta traz à maioria das pessoas a experiência assustadora de uma população obediente, infeliz e vulnerável, amedrontada pela sua própria vulnerabilidade, sem segurança.¹⁶

Cabe mencionar aqui o que Bauman fala “sobre a vida num mundo líquido moderno”.¹⁷ O autor afirma que “a ‘vida líquida’ e a ‘modernidade líquida’ estão intimamente ligadas”. Em resumo:

[...] a vida líquida é uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. As preocupações mais intensas e obstinadas que assombram esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás, deixar passar as datas de vencimento, ficar sobrecarregado de bens agora indesejáveis, perder o momento que pede mudança e mudar de rumo antes de tomar um caminho sem volta. A vida líquida é uma sucessão de reinícios, e precisamente por isso é que os finais rápidos e indolores, sem os quais reiniciar seria inimaginável, tendem a ser os momentos mais desafiadores e as dores de cabeça mais inquietantes. Entre as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las.¹⁸

Pode-se dizer, também, que a vida líquida é uma vida para consumo. A sociedade líquida nada mais é que uma sociedade de consumo, voltada para o consumo, que estimula e desenvolve o consumo. Sendo assim, tudo e todos estão focados no consumo. Enquanto na modernidade sólida a

¹³BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. 2001, p. 40.

¹⁴BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. 2001, p. 74.

¹⁵BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. 2007, p. 12.

¹⁶BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. 2007, p. 13.

¹⁷BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 7.

¹⁸BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. 2009, p. 8.

sociedade era de produtores e o trabalho era seu papel-chave, na modernidade líquida o papel-chave é o consumo. O “consumismo” é a expressão usada para a falta de controle do consumo, onde as necessidades são confundidas com desejos e o ser é confundido com o ter. Bauman descreve o consumismo como um atributo da sociedade e que “para que uma sociedade adquira esse atributo, a capacidade profundamente individual de querer, desejar e almejar deve ser, tal como a capacidade de trabalho na sociedade de produtores”.¹⁹

Nesse contexto,

A sociedade de consumo tem como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar, ou mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua *insatisfeito*; mais importante ainda, quando o cliente não está “*plenamente* satisfeito” – ou seja, enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeira e totalmente realizados.²⁰

No entanto, quando Bauman fala em sociedade de consumo, ou sociedade de consumidores, não se trata somente de um consumo voltado para satisfazer as necessidades dos consumidores, ele não quer dizer meramente que tem gente consumindo demais e que deveriam consumir de menos, ou seja, embora ele faça uma crítica a esse tipo de comportamento, ele não quer dar um conselho do que as pessoas devem fazer ou não. O que ele quer dizer é que o consumo transforma as pessoas em mercadoria, ou seja, o principal objetivo da sociedade de consumo é “a comodificação ou recomodificação do consumidor: *eleva a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis*”.²¹

Mas como uma pessoa pode se transformar em mercadoria? Para participar do mercado e obter uma posição melhor, as pessoas são estimuladas a entrar na competição e a agregar valor à sua mercadoria, ou seja, “para entrar na sociedade de consumidores e receber um visto de residência permanente, homens e mulheres devem atender às condições de elegibilidade definidas pelos padrões do mercado”.²²

Com isso, o que se observa são pessoas passando a desenvolver suas habilidades, os seus gostos, o seu estilo de vida, o estilo de se vestir, de se portar em público, pensando como uma mercadoria que precisa vender, ou seja, as pessoas só conseguem desenvolver sua identidade consumindo e sendo consumido. Dessa forma, “a passagem para a sociedade de consumidores do presente significou portanto uma mudança de ênfase mais que uma mudança de valores”.²³

Então, nessa sociedade atual descrita por Bauman, seja ela denominada “sociedade de

¹⁹BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 41.

²⁰BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. 2008, p. 63.

²¹BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. 2008, p. 76.

²²BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. 2008, p. 82.

²³BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. 2001, p. 182.

consumidores” ou “sociedade líquida”, destaca-se a dominação do mercado pelas corporações transnacionais.

2 - AS CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS

Com a globalização, as corporações transnacionais passaram a dominar o mercado, onde tudo é líquido, tudo se perde com facilidade. Em relação à globalização, Beck afirma que “pertence às empresas, especialmente àquelas que atuam globalmente, não apenas um papel central na configuração da economia, mas a própria sociedade como um todo”.²⁴

Portanto, com o domínio das corporações na sociedade líquida transnacional, percebe-se uma inversão de valores, em que o lado humano não é colocado em primeiro lugar. Bauman fala que hoje os empregadores “tendem a não gostar” de empregados que tenham compromissos que não sejam com o trabalho, como por exemplo: família, filhos, ou qualquer outro vínculo. Os empregados devem sacrificar “exigências éticas” em nome das “exigências de trabalho”. Logo, os empregadores preferem contratar pessoas “desvinculadas”, “livres”, prontas para romper qualquer laço diante de uma exigência de momento.²⁵

Além disso, essas corporações transnacionais expandem suas atividades em direção aos mais diversos locais em busca de um maior mercado consumidor, de isenção de impostos, de evitar tarifas alfandegárias e de angariar um menor custo com mão de obra e matérias-primas, gerando com isso acúmulo de riquezas, desigualdades sociais, pobreza, entre tantos outros graves problemas que assolam o planeta.

Esse poder exacerbado concentrado nas corporações transnacionais é apontado por Ulrich Beck, nos seguintes termos:

O aparecimento da globalização permite aos empresários e suas associações a reconquista e o pleno domínio do poder de negociação que havia sido politicamente domesticado pelo Estado do bem-estar social capitalista organizado em bases democráticas. A globalização viabilizou algo que talvez já fosse latente no capitalismo, mas ainda permanecia oculto no seu estágio de submissão ao Estado democrático do bem-estar, a saber: que pertence às empresas, especialmente àquelas que atuam globalmente, não apenas um papel central na configuração da economia, mas a própria sociedade como um todo- mesmo que seja “apenas” pelo fato de que ela pode privar a sociedade de fontes materiais (capital, impostos, trabalho).²⁶

Foi a partir da década de 1970 que o capitalismo alcançou um novo patamar, o chamado

²⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 14.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Aética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 64

²⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. 1999, p. 14.

“Supercapitalismo”, onde as grandes empresas passaram a ser muito mais competitivas, atuando em âmbito mais global e investindo em inovação. Com toda a transformação ocorrida a partir disso, tanto investidores como consumidores alcançaram grandes conquistas, porém, parte da sociedade engajada nos interesses de bem comum acabaram prejudicadas. Tais mudanças ocorreram principalmente pela necessidade de o governo desenvolver tecnologias para os embates da Guerra Fria. Com isso, incorporaram-se novos produtos e serviços, que fizeram surgir novas oportunidades para a concorrência nas mais diversas áreas, como transportes e comunicações. No entanto, isso acabou provocando rupturas no sistema de produção estável, levando as empresas a trabalharem em ritmo cada vez mais acelerado, competindo de forma muito mais intensa por clientes e investidores. Foi aí que os consumidores e os investidores atingiram o seu poder: os consumidores ampliando-se como grandes varejistas de massa e os investidores por meio dos fundos de pensão e investimento, que cobravam e pressionavam retornos cada vez mais elevados das empresas.²⁷

Nesse contexto, Habermas refere que:

Sob as condições de uma concorrência global, acirrada nos termos de uma "concorrência pelas posições", as empresas vêem-se mais do que nunca obrigadas a elevar a produtividade do trabalho e a racionalizar a tal ponto o processo de trabalho de um modo geral que, a longo prazo, a tendência tecnológica de dispensa das forças trabalhadoras é ainda mais acelerada. Demissões em massa ressaltam o crescente potencial de ameaça das empresas- sem um lastro local- diante de uma posição em geral enfraquecida dos sindicatos que operam de modo ligado aos locais. Nessa situação- marcada pelo círculo vicioso do desemprego crescente, sistema de segurança social saturado e contribuições se reduzindo, o que esgota a capacidade de financiamento do Estado- medidas de estímulo ao crescimento são cada vez mais impossíveis e tanto mais necessárias. Entrementes nomeadamente as bolsas internacionais assumiram a "avaliação" das políticas econômicas nacionais. Também por isso, políticas de condução da demanda têm regularmente efeitos externos que influenciam de modo contra produtivo o sistema econômico nacional.²⁸

Segundo Ulrich Beck, as “companhias transnacionais têm interesse em “Estados fracos”,²⁹ com isso, há o esfacelamento do Estado-nação, que perde seu espaço e poder para as corporações transnacionais. Em função disso, os países em desenvolvimento cedem sua tributação e flexibilizam direitos trabalhistas para tais empresas afim de atraí-las para seu território.

Verifica-se, então, a existência de uma classe capitalista transnacional, liderada pelas empresas multinacionais, cujas transformações que suscitam na economia mundial referem-se ao fato de que produzem mais de um terço do produto industrial mundial e, além disso, uma percentagem

²⁷ REICH, Robert Bernard. **Supercapitalismo**: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 5.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 100.

²⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. 1999, p. 171.

muito mais elevada é transacionado por elas, ficando latente a magnitude de seu poder em âmbito global.³⁰

O poder das transnacionais é tanto, que, segundo Beck:

Causa espanto verificar que ali onde as empresas transnacionais adquirem a oportunidade de dispor postos de trabalho e impostos no tabuleiro do xadrez da sociedade mundial, elas (como vem acontecendo) maximizam seus lucros e provam os Estados voltados para o bem-estar das oportunidades de configuração e de poder (o que não precisa acontecer intencionalmente). Este exemplo é bastante revelador, pois nele podemos entreler todos os traços distintivos das novas tendências de poder e de conflito entre os atores nacionais e sócio-mundiais. Tudo isto é novo e decisivo, mas não porque estas empresas transnacionais crescem em números e dimensão, mas por caber a elas, dentro do contexto da globalização, a tarefa de *jogar os Estados nacionais uns contra os outros*.³¹ (grifos do autor)

O poder dessas empresas também está ligado aos meios de comunicação, já que “informação é poder”. Os meios de comunicação mais acessíveis como TV, rádio, jornal e internet são os que mais transferem informações às pessoas, formando, assim, opiniões e hábitos. Dessa forma, quem está na mídia é responsável pela transmissão de informações (ou desinformações) e, portanto, torna-se poderoso. Sobre essa relação de poder com os meio de comunicação, Byung-ChulHan afirma que “como medio de comunicaci3n, el poder se encarga de que lacomunicaci3n fluyasin interrupci3n en una direcci3n determinada”.³²

O problema enfrentado ultimamente é o modo pelo qual a transmiss3o é feita. Existe abuso por parte das empresas, de jornalistas e dos donos das mídias aos transmitirem informações, pois o fazem de acordo com seus interesses. Isso acaba por gerar inúmeras tens3es e consequências negativas, já que:

As grandes corporaç3es – com seu imenso poder – definem a direç3o dos vetores tecnológicos e a distribuiç3o mundial da produç3o e os produtos a serem fabricados ou considerados objetos de desejo. Com isso, elas ficam continuamente expostas às consequências negativas que se podem atribuir a esse enorme poder, a saber: responsabilidades na degradaç3o ambiental, efeitos da utilizaç3o de transgênicos e produtos químicos na alimentaç3o, desemprego e crescimento da informalidade, propaganda enganosa ou mentirosa.³³

Esse poder das corporaç3es transnacionais, apesar de fazer a economia girar, traz inúmeros fatores negativos para o planeta, já que a preocupação em auferir lucros acima de tudo, acaba entrando em conflito com questões ambientais, sociais e humanas.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalizaç3o e as ciênciassociais**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 32.

³¹ BECK, Ulrich. **O que é globalizaç3o?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalizaç3o. 1999, p. 122.

³² HAN, Byung-Chul. **Sobre el poder**. Traducci3n de Alberto Ciria. Barcelona: Herder, 2016, p. 19. Traduç3o livre: “como meio de comunicaç3o, o poder garante que a comunicaç3o flua sem interrupç3o em uma determinada direç3o”.

³³ DUPAS, Gilberto. Ética e corporaç3es: tens3es entre interesse público e privado. **Organicom**, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 68-77, june 2008. ISSN 2238-2593. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/organicom/article/view/138968>>. Acesso em 23 jul. 2018. DOI: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2238-2593.organicom.2008.138968>>.

Nesse sentido, Peter Duvergne, professor de Relações Internacionais na University of British Columbia, resume bem o problema:

As mesmas empresas transnacionais (ETN) que prometem ser sustentáveis e responsáveis escondem as provas dos prejuízos ambientais causados, negam a mudança climática e financiam *thinktanks* anti-ambientalistas. Provocam vazamentos de petróleo, poluem os rios, geram montanhas de lixo plástico e eletrônico. Introduzem novos compostos químicos com pouca compreensão das consequências para a saúde dos ecossistemas e das pessoas. Abastecem-se por meio de longas e complexas cadeias de suprimento que permitem esconder os impactos ambientais, projetam longas sombras ecológicas sobre o mundo, e minimizam os custos laborais e responsabilidades locais. E criam empresas-laranja, evadindo impostos, e comprando políticos.³⁴

Vandana Shiva aponta que esses acontecimentos acabaram gerando um novo tipo de guerra, onde não há um inimigo claro e tampouco está limitada a um espaço ou tempo, cujas raízes vem de uma economia que não respeita os limites ecológicos nem étnicos, é uma guerra contínua.³⁵ Segundo a autora:

La guerra global de estos tiempos es el próximo paso inevitable para la globalización económica y corporativa: un puñado de corporaciones y de países poderosos buscan controlar los recursos de la Tierra y transformar el planeta en un supermercado donde todo este en venta. Quieren vender nuestra agua, nuestros genes, nuestras células, nuestros órganos, nuestro conocimiento, nuestras culturas y nuestro futuro.³⁶

De acordo com Shiva, essa economia das corporações transnacionais destrói a economia da natureza e a economia das pessoas, o que causa uma crise tanto ecológica quanto econômica, impedindo o crescimento sustentável e equitativo.³⁷

3 - SUSTENTABILIDADE: UMA PROPOSTA HUMANISTA

No marco dos direitos fundamentais brasileiros, a Constituição Federal de 1988 traz como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III).³⁸ Por outro lado, a sustentabilidade ultrapassa a problemática ambiental para alcançar questões de ordem social, cultural, política e territorial. Além disso, a finalidade do desenvolvimento sustentável não deve ser somente a

³⁴DAUVERGNE, Peter. – **Will big business destroy our planet?** – Polity, New York, 2018, 139p. ISBN 13: 978-1-5095-2400-6 – Politybooks.com, p. 58

³⁵SHIVA, Vandana. **Las Nuevas Guerras de la Globalización**. Semillas, agua y formas de vida. Traducción: Néstor Cabrera. Madrid: Editorial Popular, 2007, p. 7.

³⁶SHIVA, Vandana. **Las Nuevas Guerras de la Globalización**. P. 8. Tradução livre: “A guerra global destes tempos é o próximo passo inevitável para a globalização econômica e corporativa: um punhado de corporações e países poderosos procuram controlar os recursos da Terra e transformar o planeta em um supermercado onde tudo está à venda. Eles querem vender nossa água, nossos genes, nossas células, nossos órgãos, nosso conhecimento, nossas culturas e nosso futuro”.

³⁷SHIVA, Vandana. **Manifiesto para una Democracia de la Tierra**. Justicia, sostenibilidad y paz. Traducción: Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2006, p. 81.

³⁸BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 jul. 2018.

econômica, ambiental, social, ou tecnológica, mas também a do homem, reconhecendo-se, assim, a sua dignidade.

Sobre as dimensões tradicionais da sustentabilidade – ambiental, social e econômica – a dimensão ambiental é a primeira, a mais conhecida. É a primeira porque, diante das preocupações globais que permeavam na comunidade internacional, desde a Conferência de Estocolmo, e que a fizeram propor ações comuns, as questões ligadas ao meio ambiente foram decisivas, tendo em vista a tomada de consciência de que o planeta, o seu ecossistema, não poderia resistir às agressões que vinha sofrendo, colocando em risco a nossa própria sobrevivência.³⁹

De acordo com Sachs, a dimensão ambiental da sustentabilidade tem como base o duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com a atual geração e, também, de solidariedade diacrônica com as futuras gerações, compelindo a todos a trabalhar de acordo com escalas múltiplas de tempo e espaço, o que modifica a estratégia de trabalho do economista convencional. Por sua vez, essa dimensão faz com que se busquem soluções triplamente vencedoras, de forma a eliminar o crescimento selvagem, o qual é obtido ao custo de externalidades negativas, sociais e ambientais. O autor refere ainda que estratégias de curto prazo levam a um crescimento destrutivo sob a ótica ambiental, porém socialmente benéfico, ou, ainda a um crescimento ambientalmente benéfico, porém socialmente destrutivo.⁴⁰

A dimensão econômica da sustentabilidade, por sua vez, “consiste, essencialmente, em resolver um duplo desafio: por um lado, aumentar a geração de riqueza, de um modo ambientalmente sustentável e, por outro, encontrar os mecanismos para a sua mais justa e homogênea distribuição.”⁴¹

Nesse sentido, ao falar sobre o tema, Almeida afirma que:

A ideia de sustentabilidade está embutida na noção de renda, que é momento máximo que uma sociedade pode consumir em um ano e ainda continuar com a possibilidade de consumir o mesmo montante no ano seguinte - deixando intacta a correspondente capacidade de produzir e consumir. A capacidade de produzir, por sua vez, está relacionada à noção de capital, normalmente associado àquele construído pelo homem, que, na verdade, depende de duas outras formas de capital: o natural, fonte de matéria e energia e que também gera serviços ambientais, e o social, relacionado à qualidade das relações entre pessoas e grupos.⁴²

Segundo Sachs, dentre todos os pilares da sustentabilidade, a viabilidade econômica é “a *conditio sine qua non* para que as coisas aconteçam”.⁴³ No entanto, ao refletir sobre as dimensões

³⁹ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015, p. 244.

⁴⁰SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 15.

⁴¹ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015, p. 244.

⁴² ALMEIDA, Fernando. **Desenvolvimento sustentável. 2012 – 2050: visão, rumos e Contradições**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 148.

⁴³SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado**. 2004, p. 15.

econômica e ambiental, pode-se auferir que aquela apresenta-se mais complexa, já que seu conceito pode ser restringido ao crescimento econômico e à eficiência produtiva. Acredita-se que, por isso, muitos pensam que o crescimento sustentável é algo impossível.

Nesse contexto, Cechin afirma que:

[...] por trás do debate sobre o desenvolvimento sustentável está o debate sobre os recursos que o processo econômico utiliza e o despejo inevitável de resíduos nos ecossistemas. Desenvolvimento requer energia. E é ela que conecta os desafios da sustentabilidade ambiental com as dimensões social e econômica do desenvolvimento. No século XX, ficou evidente que a base de recursos na qual se fundamentou o crescimento econômico moderno tem uma série de problemas. Os recursos fósseis são desigualmente distribuídos pelo globo, o que gera potenciais conflitos geopolíticos. São recursos finitos cuja exploração chegará a um pico em que o ritmo de exploração excederá a descoberta de depósitos acessíveis.⁴⁴

Para Leff, o discurso da sustentabilidade tem como objetivo reconciliar o meio ambiente e o crescimento econômico, ou seja, não há o intuito de internalizar as condições ecológicas da produção, mas sim proclamar o crescimento econômico como um processo sustentável, de forma a assegurar o equilíbrio ecológico e a igualdade social.⁴⁵

Já a dimensão social da sustentabilidade pode ser entendida como a busca pela boa sociedade a fim de construir uma civilização do "ser", em que exista maior equidade na distribuição do "ter" (renda), de modo a melhorar substancialmente os direitos e as condições de amplas massas de população e a reduzir a distância entre os padrões de vida. É o que quer dizer Sen, quando afirma que

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria.⁴⁶

A visão da dimensão social tem uma amplitude significativa, podendo equiparar-se com a atividade humana, tendo como objetivo a construção de uma sociedade com valores referentes à harmonia e integração. Sob sua égide encontram-se a proteção da diversidade cultural, a garantia dos direitos humanos, a não discriminação, o acesso à saúde, educação, entre outros. Em síntese, busca

⁴⁴CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia**: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora Senac São Paulo/Edusp, 2010, p. 180-181.

⁴⁵LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 26-27.

⁴⁶SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16-17.

construir uma nova arquitetura social, capaz de desenvolver uma vida com dignidade a todos os seus membros.⁴⁷

Nesse sentido, Leff ensina que “o desenvolvimento sustentável colocou o ser humano no centro de seus objetivos, propondo entre suas metas a qualidade de vida e o desenvolvimento pleno de suas potencialidades”. Portanto, a dimensão social busca um desenvolvimento favorável às pessoas, em suas mais diversas áreas: saúde, educação, trabalho, lazer, por isso uma dimensão de caráter extremamente humanista.

Para que as dimensões acima apresentadas alcancem a sua plenitude, destaca-se a importância da tecnologia,⁴⁸ já que esta, essencial ao desenvolvimento econômico, pode contribuir com a sociedade na aquisição e manutenção da sustentabilidade, por meio da utilização de métodos produtivos “limpos”, advindos do uso de tecnologias ambientais.

Cruz e Ferrer entendem que a tecnologia é fundamental para a sustentabilidade, sugerindo, inclusive, uma quarta dimensão para ela: a dimensão tecnológica.⁴⁹ Os autores afirmam que é necessário apresentar e discutir argumentos que sustentem o fato de que a tecnologia não irá frustrar o objetivo que se tem, de que a sociedade não entre em colapso. Assim, sugerem de forma provisória, algumas reflexões sobre essa nova dimensão: o enfrentamento dos riscos difusos, devendo prevalecer o princípio da precaução; a sua disponibilização para a sociedade, evitando o tráfego de tecnologias obsoletas e frequentemente sujas.⁵⁰

Segundo Bodnar, “na atual sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada a dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro mais sustentável”.⁵¹

Sob uma outra perspectiva, poderia se pensar o paradigma da sustentabilidade voltado às

⁴⁷ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015. p. 247.

⁴⁸ [...] a “**Tecnologia**” tem de ser a teoria, a ciência, o estudo, a discussão da técnica, abrangidas nessa última noção as artes, as habilidades do fazer, as profissões e, generalizadamente, os modos de produzir alguma coisa. Este é necessariamente o sentido primordial, cuja interpretação nos abrirá a compreensão dos demais. A “Tecnologia” aparece aqui como valor fundamental e exato de logos da técnica. In: PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005. V1, p. 219. (grifo nosso).

⁴⁹ Por outro lado, os mesmos autores referem que deve haver um certo cuidado, já que a sociedade globalizada deve atender às exigências e às expectativas das três dimensões do desenvolvimento sustentável, caso contrário, esvair-se-á a esperança de um futuro viável, e isso é o que se quer evitar. A tecnologia também é uma ameaça, pela qual o futuro também pode estar em perigo, em situação de risco, devendo haver muito cuidado para administrá-la, tanto como fator determinante para as outras dimensões quanto como própria dimensão, haja vista que quando considerada isoladamente pode inviabilizar a sustentabilidade, inclusive, pondo em risco de extermínio a civilização quando não for bem conduzida, ou seja, pode ser uma catástrofe mundial. CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015, p. 263.

⁵⁰ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015. p. 264-272.

⁵¹ BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011. p. 331. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262>>. Acesso em: 10 outubro 2016.

questões do homem, da dignidade da pessoa humana, principalmente nas questões relacionadas ao trabalho, aos trabalhadores das grandes corporações. Todas as empresas querem que seus empregados, principalmente os altos executivos por terem cargos de liderança, sejam mais produtivos e criativos, porém isso deve estar associado à saúde, física e mental e à satisfação. O trabalho não deve ser destrutivo, deve trazer prazer, inspiração.

Pensando nisso, tem-se o exemplo de Brunello Cucinelli, um empresário muito bem sucedido, que obteve os prêmios mais prestigiados na Itália e no exterior. Em virtude da comunhão espiritual com os grandes do passado, restaurou astutamente a vila de Solomeo à sua antiga glória, criando um negócio inspirado pelos grandes valores morais e civis que marcaram a história da humanidade. De fato, o homem constitui o ponto focal e o termo de referência de sua atividade. O que Cucinelli olha, no entanto, não é o homo faber, voltado exclusivamente para o lucro, mas o homo sapiens comprometido em realizar sua própria identidade. Recuperado no volume total de seu potencial, este último é valorizado em sua inteligência e sua capacidade criativa, bem como na disponibilidade com que está aberto a outros e contribui para a realização do bem comum. Esta é a visão filosófica que inspira a ação de produção de Cucinelli.

Portanto, por ser concebida em função de um humanismo integral, sua empresa conseguiu estabelecer uma relação adequada entre a economia e a ética, entre a utilidade e o respeito pela dignidade do trabalhador. Ao mesmo tempo, uma vez que faz da beleza um instrumento para a elevação do espírito e a redenção das relações humanas da mercantilização, reintegrou o homem na natureza, tornando-o seu guardião privilegiado. Finalmente, combinando o gosto estético com a valorização do meio ambiente, demonstrou-se como o capitalismo, quando apropriadamente guiado, pode assumir uma face humana e constituir um veículo para promover o respeito mútuo e a coexistência pacífica.⁵²

Percebe-se a preocupação de Brunello Cucinelli com a dignidade da pessoa humana, já que seu modelo de empresa e relações com as pessoas, é bastante distinto dos demais. Nas palavras dele:

Il sogno della mia vita, tuttavia, era quello di rendere l'attività lavorativa più umana, di dare dignità morale ed economica al lavoro, perché, credetemi, il lavoro spesso è piuttosto duro e ripetitivo. Ero però anche convinto che esso eleva la dignità dell'uomo. E di questo obiettivo ho fatto il vero scopo della mia vita. Così, pur aspirando a ottenere profitti, perché credo nel capitalismo (ogni impresa deve produrre profitti, perché è la ragione della sua esistenza), al tempo stesso volevo che tal profitto non arrecasse mai danno all'umanità, o il meno possibile. Mi ripromettevo, per metodo e per finalità, che i profitti fossero realizzati nel rispetto della dignità e del valore della persona umana, e perciò che fossero orientati a uno scopo morale. Aristotele considera l'etica come la parte superiore della filosofia e proprio in tal senso volevo agire. Non sapevo se vi

⁵² CUCINELLI, Brunello. **La Dignità come forma dello Spirito**. Laurea magistrale honoris causa in Filosofia e Ed Etica delle relazioni. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA, 2010, p. 5.

sarei riuscito, ma mi impegnavo ad operare in questa direzione con tutte le mie forze. Questo è lo spirito, questo è l'intento del mio lavoro.⁵³

Para colocar em prática o que prometeu a si mesmo, Cucinelli decidiu dividir os lucros de acordo com quatro critérios. A primeira parte é destinada ao empreendimento, para aquele empreendimento do qual ele diz ser o guardião e não o dono, explicando que ele é o maior acionista e responsável, mas apenas no sentido de garantir solidez e estabilidade, já que sempre imaginou que se alguém se sente como um guardião e não um dono, então tudo assume um significado diferente, tudo se torna quase eterno.

O segundo é reservado para a sua família, que mora em uma cidade pequena e, portanto, não tem necessidades especiais. O terceiro, o mais importante, vai para as pessoas que o ajudam no empreendimento, para que possam trabalhar de uma maneira melhor e viver de acordo com suas expectativas. A quarta, que é tão importante quanto as três primeiras, é a parte destinada a "embelezar o mundo", um conceito que pode se relacionar a qualquer tipo de iniciativa: ajudar alguém em necessidade, mas também restaurar uma igreja, construir um hospital, um jardim de infância, um teatro, uma biblioteca.⁵⁴

Essa filosofia de Brunello Cucinelli demonstra uma nova forma de pensar a sociedade líquida transnacional, hoje tão individualista, mas que com o interesse e ações que possam concretizar uma condição digna ao ser humano, pode mudar o rumo. A ideia de Cucinelli é de um capitalismo humanista, mas por que não pensar em uma sustentabilidade humanista?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Numa sociedade líquida, os indivíduos, as relações entre eles e as instituições não tem mais uma forma rígida, duradoura, como nos tempos antigos. Tudo está em constante transformação, muda de forma rápida e nada é feito para durar. A velocidade das mudanças e esse caráter efêmero das relações em sociedade é justamente a característica da modernidade líquida, de transformação de vários aspectos da vida moderna.

Vive-se hoje na era da globalização, que muito embora seja positiva, por diminuir fronteiras

⁵³ CUCINELLI, Brunello. **La Dignità come forma dello Spirito**. P.9-10. Tradução livre: "O sonho da minha vida, no entanto, era tornar o trabalho mais humano, dar dignidade moral e econômica ao trabalho, porque, acredite, o trabalho muitas vezes é bastante difícil e repetitivo. Mas também estava convencido de que isso eleva a dignidade do homem. E eu fiz o propósito real da minha vida desse objetivo. Assim, enquanto aspirava a obter lucros, porque acredito no capitalismo (toda empresa deve produzir lucros, porque é a razão de sua existência), ao mesmo tempo eu queria que esses lucros nunca prejudicassem a humanidade, ou o mínimo possível. Prometi a mim mesmo, por método e por propósito, que os lucros seriam feitos com respeito à dignidade e ao valor da pessoa humana e, portanto, orientados para um propósito moral. Aristóteles considera a ética a parte superior da filosofia e precisamente nesse sentido eu queria agir. Eu não sabia se teria conseguido, mas me comprometi a trabalhar nessa direção com todas as minhas forças. Este é o espírito, esta é a intenção do meu trabalho."

⁵⁴ CUCINELLI, Brunello. **La Dignità come forma dello Spirito**. P.10.

e aproximar culturas, bem como por ampliar a difusão do conhecimento, principalmente pelos avanços proporcionados pela evolução dos meios tecnológicos, entre muitos outros aspectos, também possui seus pontos negativos. Um dos pontos negativos da globalização é que diante da sociedade líquida transnacional que hoje se apresenta, as coisas perdem o seu valor muito rapidamente, e não só em relação aos produtos de consumo, mas também aos valores humanos, que acabam por se inverter. A conexão entre as pessoas passou de pessoal para virtual, o valor das coisas se perde com facilidade, só se pensa em consumo, em lucro, em trabalhar para ter mais e mais dinheiro, o que é bom hoje, amanhã não tem mais valor algum. E, assim, o foco no ser humano é deixado de lado, como segunda opção, o que acaba por diminuir notadamente a qualidade das relações humanas.

Com o domínio das corporações nessa sociedade líquida transnacional, verifica-se que o objetivo maior dessas empresas é auferir lucros, já que se em determinado local a empresa não está atingindo suas metas, simplesmente fecham e abrem em outro lugar, sem se preocupar com as pessoas, com sua dignidade.

Hoje muito se afala em sustentabilidade, mesmo assim o mundo ainda continua sofrendo as consequências da exploração, o que está levando a natureza a um colapso: inundações, extinção de espécies, escassez de água, grave questão dos resíduos. Mais do que destruir o planeta, as pessoas estão sendo destruídas. Mostra-se extremamente necessário que atitudes sejam tomadas diante desse quadro e cabe às empresas grande parte da responsabilidade.

A empresa e a filosofia adotada por Brunello Cucinelli são exemplos de mudança de cultura dentro da sociedade líquida transnacional, marcada pelo individualismo, pelos avanços do mercado globalizado e pelo crescimento das desigualdades. Cucinelli trabalha em um modelo de capitalismo humanista, mostrando que é possível construir uma realidade melhor, tendo como base o espírito humanista.

Dessa forma, a sustentabilidade, apresentada para todos em suas dimensões ambiental, social, econômica e tecnológica, também poderia ser apresentada sob uma dimensão humanista, esta calcada na dignidade da pessoa humana como fator preponderante para a produtividade e criatividade das futuras gerações.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Fernando. **Desenvolvimento sustentável. 2012 – 2050: visão, rumos e Contradições.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262>>. Acesso em 10 out. 2016.
- BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 jul. 2018.
- CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen**. São Paulo: Editora Senac São Paulo/Edusp, 2010.
- CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.
- CUCINELLI, Brunello. **La Dignità come forma dello Spirito**. Laurea magistrale honoris causa in Filosofi a ed Etica delle relazioni. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA, 2010.
- DAUVERGNE, Peter. – **Will big business destroy our planet?** – Polity, New York, 2018, 139p. ISBN 13: 978-1-5095-2400-6 – Politybooks.com.
- DUPAS, Gilberto. Ética e corporações: tensões entre interesse público e privado. **Organicom**, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 68-77, june 2008. ISSN 2238-2593. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/organicom/article/view/138968>>. Acesso em: 23 jul. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2238-2593.organicom.2008.138968>.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HAN, Byung-Chul. **Sobre el poder**. Traducción de Alberto Ciria. Barcelona: Herder, 2016.
- LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder**. Petrópolis: Vozes, 2001.
- PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005.
- REICH, Robert Bernard. **Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado.** Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais.** São Paulo: Cortez, 2002.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHIVA, Vandana. **Las Nuevas Guerras de la Globalización.** Semillas, agua y formas de vida. Traducción: Néstor Cabrera. Madrid: Editorial Popular, 2007.

SHIVA, Vandana. **Manifiesto para una Democracia de la Tierra.** Justicia, sostenibilidad y paz. Traducción: Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2006.

CRESCIMENTO SUSTENTADO E REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES: NOVOS DESAFIOS PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO¹

SUSTAINED GROWTH AND REDUCING INEQUALITIES: NEW CHALLENGES TO HUMAN DEVELOPMENT

Arthur Lodi²

RESUMO

Embora desigualdades sejam inevitáveis em um sistema econômico baseado no mercado, seu excesso pode levar a um menor crescimento econômico. O objetivo deste artigo é discutir a possibilidade de promover um crescimento sustentado com redução das desigualdades, principalmente a de renda. O método utilizado para a abordagem foi o dialético-dedutivo; e o de procedimento, o bibliográfico, a partir da análise de literatura pertinente ao tema. Tendo como referencial teórico a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, da ONU, os novos desafios passam pelo aumento da produtividade, pelo investimento em capital humano, pela adoção de uma tributação mais progressiva e pela discussão de um tributo global sobre o capital.

PALAVRAS-CHAVE: Agenda 2030 da ONU. Crescimento econômico. Desigualdade de renda.

ABSTRACT

While inequalities are inevitable in a market based economic system, excessive inequality can lead to lower economic growth. The purpose of this article is to analyze the possibility of promoting sustained growth with reduction of inequalities, mainly income inequality. The method used for the approach was the dialectical-deductive, and procedure, the bibliographical, through the analysis of literature relevant to the topic. Based on the UN Agenda 2030 for Sustainable Development, the new challenges are to increase productivity, invest in human capital, adopt a more progressive taxation, and discuss a global tax on capital.

KEYWORDS: Economic growth. Income inequality. The 2030 Agenda.

INTRODUÇÃO

O debate acerca da promoção de um crescimento econômico sustentado capaz de reduzir substancialmente os níveis de desigualdade, notadamente a de renda, tem ocupado posição de destaque tanto no âmbito acadêmico como nos grandes centros decisórios da economia global.

Isso se deve, sobretudo, às dificuldades encontradas para responder a problemas contemporâneos comuns, como o ritmo de crescimento mais lento, a explosão da dívida pública e a ascensão das desigualdades. Com o intuito de fomentar um desenvolvimento mais inclusivo e

¹ Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Direito e Economia, liderado pela Professora Dra. Karen Beltrame Becker Fritz, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Universidade de Passo Fundo (UPF).

² Graduando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Economia. Passo Fundo-RS, Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5881900486082625>. E-mail: arthurlodi1997@gmail.com.

sustentável, o presente estudo se propõe a analisar quais são os principais desafios contemporâneos a serem enfrentados, tendo como referencial teórico a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU).

O artigo se divide em três partes: primeiro, analisar-se-á diferentes visões na doutrina econômica acerca de crescimento e/ou desenvolvimento econômico; posteriormente, investigar-se-á o fenômeno da desigualdade de renda e os efeitos nocivos que ela pode acarretar para o crescimento; por fim, avaliar-se-á medidas capazes de impulsionar o crescimento sustentado e reverter os índices de concentração de renda.

1 - CRESCIMENTO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: SEMELHANÇAS, DISTINÇÕES E AVANÇOS NECESSÁRIOS

Preliminarmente, é preciso abordar os principais aspectos que norteiam a ideia de crescimento econômico e desenvolvimento econômico, a partir de diferentes perspectivas, haja vista não existir consenso na literatura econômica acerca da conceituação destes termos. Há autores que veem semelhanças; outros, diferenças. A questão é que, para além dessa discussão conceitual, deve-se avançar a fim de buscar um denominador comum.

A ideia de crescer, desenvolver-se e prosperar economicamente, no sentido como é entendido hoje, materializou-se somente após ocorrerem as revoluções nacionais e industriais, a começar pelo Reino Unido. No entanto, apenas no período Pós-Guerra se tornou um objetivo universal.³ A preocupação mundial com o crescimento econômico a partir da segunda metade do século XX é resultado de três desafios centrais: (1) a reconstrução da Europa pós-1945; (2) a Guerra Fria e a ascensão dos países socialistas; e (3) as prioridades de desenvolvimento nos países do sul.⁴ Assim sendo, "*during the three decades that followed the end of World War II, Western countries enjoyed, as a whole, a period of rapid economic growth, social progress, and technological change*".⁵ Este período ficou conhecido como a "Era de Ouro" do capitalismo.

Inicialmente, de acordo com Sachs,⁶ o crescimento econômico serviu como um substituto do desenvolvimento. Porém, com o passar dos anos, outras dimensões foram adicionadas ao conceito, ocasionando a mistura entre os termos: "*at the starting point, economic growth served as a proxy for development. Then, other dimensions were gradually added to the concept, leading to a litany of*

³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Desenvolvimento, progresso e crescimento econômico. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, dez. 2014, p. 37-38.

⁴ JOLLY, Richard et al. **UN contributions to development thinking and practice**. Indiana: Indiana University Press, 2004, p. 49.

⁵ SACHS, Ignacy. Revisiting development in the twenty-first century. **International Journal of Political Economy**, New York, v. 38, n. 3, 2009, p. 9.

⁶ SACHS, Ignacy. **Revisiting development in the twenty-first century**, p. 8.

adjectives: economic, social, cultural, territorial, and, last but not least, political". A adição mais recente ocorreu na década de 1970, "at the UN conference on human development held in Stockholm in 1972, the term 'ecodevelopment' began to circulate, to be substituted later by 'sustainable development'". Para evitar maiores confusões, o autor prefere utilizar o termo "whole development", com o objetivo de englobar um conceito multidimensional de desenvolvimento.

Em sentido contrário, Bresser-Pereira⁷ entende que a distinção entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico é inócua, pois os casos em que há aumento da renda *per capita* sem mudança estrutural são a exceção. Dessa forma, o que se deve diferenciar é crescimento econômico ou desenvolvimento econômico, por um lado, e desenvolvimento humano ou progresso, por outro. O primeiro se trata do processo de acumulação de capital com incorporação de progresso técnico que aumenta os padrões de vida; o segundo se refere ao alcance gradual de cinco objetivos políticos que as sociedades modernas definiram para si, quais sejam: segurança, liberdade individual, bem-estar, justiça social e proteção do meio ambiente.

Todavia, para o autor, o crescimento ou desenvolvimento econômico continua sendo a principal causa do progresso ou desenvolvimento humano. Tanto é verdade, que as pessoas passam a maior parte de seu tempo trabalhando, em vez de lutar por aqueles objetivos políticos, pois, de um modo geral, querem simplesmente obter melhores padrões de vida. Ocorre que, para atingir os mais altos níveis de desenvolvimento humano, é necessário a produção de um excedente econômico.⁸ Eis, portanto, o papel essencial do excedente no processo de desenvolvimento: sem gerá-lo, não é possível custear as necessidades que os povos definiram para si.

De outro modo, na visão de Furtado,⁹ o crescimento econômico se funda na preservação de privilégios das elites, com o intuito de satisfazer seu afã de modernização; o desenvolvimento, por sua vez, caracteriza-se pela adoção de um projeto social subjacente. Aquele envolve somente a esfera quantitativa; este, engloba também a esfera qualitativa. Apenas o desenvolvimento econômico admite a importância da promoção de políticas públicas assistenciais, assim, "quando o projeto social prioriza a efetiva melhoria das condições de vida dessa população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento".¹⁰ Porém, isso não se dá espontaneamente, posto que é fruto de um projeto, isto é, da expressão da vontade política. Dessa maneira, o autor considera que o crescimento econômico, por si só, não é capaz de fomentar o desenvolvimento: ele deve vir seguido de uma mudança na esfera dos valores e da cultura.

⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento, progresso e crescimento econômico**, p. 55.

⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento, progresso e crescimento econômico**, p. 51.

⁹ FURTADO, Celso. Os desafios da nova geração. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 24, n. 4, out-dez. 2004, p. 484.

¹⁰ FURTADO, Celso. **Os desafios da nova geração**, p. 484.

Outrossim, a perspectiva de Sen¹¹ não restringe o desenvolvimento a determinados indicadores, como PIB (produto interno bruto) e renda *per capita*, ou, ainda, à industrialização ou ao avanço tecnológico. Sua teoria se diferencia dos modelos tradicionais precisamente por vincular o crescimento econômico à melhora da qualidade de vida das pessoas e ao fortalecimento de suas liberdades. Logo, o aumento do PIB, por exemplo, é importante apenas como um meio para estabelecer o desenvolvimento, mas não como um fim. Sendo o crescimento econômico um meio, o êxito dependerá da sua capacidade em expandir as liberdades das pessoas.

Dessarte, a história do crescimento econômico é, sobretudo, a história da diversificação dos modos de vida e dos tipos de bens e serviços produzidos e consumidos.¹² É, pois, um processo multidimensional que, por natureza, não pode ser resumido em um único indicador monetário. Ora, se o PIB mede apenas o conjunto de bens e serviços produzidos ao longo de um ano dentro do território de determinado país, então se trata de um dado muito limitado, pois desconsidera inúmeras condições subjacentes.

Para se avaliar o nível de desenvolvimento de certa nação, é preciso que ele esteja diretamente associado à promoção da expansão das liberdades instrumentais e substantivas de seus cidadãos. Estas, são as liberdades que as pessoas querem atingir como fins; aquelas, são os meios para que se atinjam as finalidades. Logo, a expansão das liberdades, sejam elas instrumentais ou substantivas, é o principal fim do desenvolvimento.¹³ Por este motivo, a teoria seniana sustenta que os benefícios do desenvolvimento ampliam as capacidades humanas, isto é, o conjunto das coisas que as pessoas podem "ser" ou "fazer" na vida. Somente por meio da expansão destas capacidades é que as pessoas, enquanto agentes do processo de desenvolvimento,¹⁴ terão as condições necessárias de alcançar seus objetivos.

Ademais, apesar das diferentes concepções e conceituações entre os autores referidos, não resta dúvidas de que, ao longo da história, o crescimento econômico de fato proporcionou uma melhoria considerável nas condições de vida. No entanto, resumir esta constatação apenas em um único indicador, como o PIB, é equivocado. Como argumentou Piketty,¹⁵ deve-se evitar fazer dos números um fetiche.

Em vez disso, é preciso analisá-los apenas como ordens de magnitude, observando outros fatores relevantes, tais como os objetivos políticos na visão de Bresser-Pereira, a promoção de políticas públicas assistenciais referidas por Furtado e as fontes de privação de liberdade mencionadas

¹¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16.

¹² PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 90.

¹³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 17.

¹⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 11.

¹⁵ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 96.

por Sen. Uma noção mais abrangente de desenvolvimento é essencial para evitar simplificações e para construir os caminhos do futuro.

2 - A CONCENTRAÇÃO DE RENDA: UM OUTRO OLHAR PARA AVALIAR A DESIGUALDADE

A preocupação com os altos níveis de concentração de renda se mostra presente tanto no âmbito acadêmico quanto nos grandes centros decisórios da economia internacional. Isso se deve ao fato de que a desigualdade representa um real problema no mundo contemporâneo, tendo consequências negativas, inclusive, para o próprio crescimento econômico.

De acordo com Piketty,¹⁶ o conceito de renda engloba dois componentes: os rendimentos derivados do trabalho, como o salário, gratificações, bônus etc.; e a renda do capital, como os aluguéis, dividendos, juros, lucros e quaisquer rendimentos obtidos do simples fato de ser dono do capital na forma de terras, imóveis, ativos financeiros etc. Assim, "toda a produção deve ser distribuída sob a forma de renda, de uma maneira ou de outra".¹⁷ A distinção entre o que o compõe o conceito de renda é deveras importante para compreender o processo e a estrutura da desigualdade, tendo em vista que a desigualdade do capital é sempre mais forte do que a do trabalho.¹⁸

Dito isso, impende ressaltar que este artigo não tem como finalidade tratar a desigualdade de renda, seja do trabalho ou do capital, como um problema em si. Parte-se do pressuposto que, em certo grau, ela é útil para gerar desenvolvimento, incentivos e inovação, inclusive enquanto sirva ao interesse dos segmentos mais pobres da sociedade.¹⁹ O cerne da questão está no fato de que a desigualdade atingiu níveis extremos, não se tornando mais útil para o crescimento econômico.

Entretanto, a experiência histórica e as evidências empíricas demonstram que tentativas de eliminar a desigualdade podem provocar consequências negativas para a maioria e, às vezes, até mesmo para todos. Conforme Sen,²⁰ sociedades em que as rendas são perfeitamente igualadas acabam por eliminar uma série de incentivos para que as pessoas se tornem mais produtivas. Por outro lado, uma sociedade com alta desigualdade também não é socialmente atrativa, pois implica em desincentivos para o crescimento econômico, dificultando a obtenção de eficiência.²¹ Dessa forma, *"the solutions are to be sought, again within the limits of reformed capitalism, which is not*

¹⁶ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 24.

¹⁷ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 51.

¹⁸ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 239. A participação dos 10% que recebem rendas do trabalho mais elevadas costuma ser de 25% a 30% do total das rendas do trabalho; por outro lado, a participação dos 10% que detêm o capital mais alto é sempre superior a 50% do total da riqueza, chegando a 90% em algumas sociedades.

¹⁹ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 37.

²⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 27.

²¹ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). **IMF Fiscal Monitor: Tackling Inequality**, p.14.

tantamount to going back to past solutions. These ought to be critically revisited as one source of inspiration".²²A resposta está, portanto, dentro do próprio sistema capitalista.

O problema é que, ainda hoje, muito se utiliza do argumento da desigualdade útil para justificar níveis de desigualdade extremas e para defender a posição dos ganhadores. Durante muito tempo, pesquisas dedicadas à distribuição de renda se fundamentaram em poucos fatos sólidos e em muitas especulações puramente teóricas, com discussões sendo influenciadas pelos interesses da classe dominante.

Por exemplo, durante o século XX, teorias como a de Kuznets²³ e a de Solow²⁴ apontavam que a desigualdade de renda diminuiria de forma automática nos estágios mais avançados do desenvolvimento capitalista. Conforme Piketty,²⁵ a queda observada por eles, entre 1913 e 1948, na verdade foi resultado das guerras mundiais e dos violentos choques econômicos e políticos que delas decorreram. Por isso, deve-se sempre desconfiar de soluções provenientes do determinismo econômico: não há motivos para crer que o crescimento tende a se equilibrar automaticamente.

Desde o Pós-Guerra, sobretudo após os anos 1970 e 1980, com a ascensão da "contrarreforma neoliberal",²⁶ os índices de desigualdade de renda voltaram a aumentar, por isso, *"the gap in the distribution of income (and even more of wealth) between nations and within nations reached abyssal proportions"*.²⁷Dessa maneira, *"as for globalization, which was supposed to work in favor of all nations, it has some winners and many losers"*.²⁸Em realidade, não se trata apenas da globalização neoliberal, mas de um processo maior, o qual Ferguson²⁹ cunhou de "a grande degeneração", devido ao ritmo lento do crescimento econômico, ao aumento substancial da dívida pública e à ascensão das desigualdades.

Porém, como os resultados em termos de crescimento e distribuição de renda variam muito, uma abordagem econômica não é suficiente para explicá-los.³⁰ Uma justificativa plausível é de que a história da desigualdade é moldada não apenas pela forma como os atores políticos, sociais e econômicos enxergam o que é, ou não, justo, mas principalmente pela influência destes e pelas

²² SACHS, Ignacy. *Revisiting development in the twenty-first century*, p. 14.

²³ KUZNETS, Simon. Economic Growth and Income Inequality. *The American Economy Review*, Pittsburgh, v. 45, n. 1, mar. 1955, p. 15-16. A teoria se baseava em dados coletados nos Estados Unidos entre 1913 e 1948, os quais apontavam a queda nos índices de desigualdade de renda.

²⁴ SOLOW, Robert. A Contribution to the Theory of Economic Growth. *Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 70, n. 1, fev. 1956, p. 77.

²⁵ PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*, p. 22.

²⁶ SACHS, Ignacy. *Revisiting development in the twenty-first century*, p. 11. Expressão para se referir às medidas adotadas a partir do governo de Margaret Thatcher, na Grã-Bretanha, e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos.

²⁷ SACHS, Ignacy. *Revisiting development in the twenty-first century*, p. 11.

²⁸ SACHS, Ignacy. *Revisiting development in the twenty-first century*, p. 11-12.

²⁹ FERGUSON, Niall. *A grande degeneração: a decadência do mundo ocidental*. Tradução de Janaína Marcoantonio. São Paulo: Planeta, 2013, p. 10-11.

³⁰ FERGUSON, Niall. *A grande degeneração*, p. 12.

escolhas coletivas que disso decorrem.³¹ Desse modo, o crescimento da desigualdade é também resultado de mudanças políticas, mormente no que tange à tributação e às finanças públicas.

Além disso, nota-se que contemporaneamente os debates têm sido bastante distorcidos, uma vez que se dá ênfase excessiva à desigualdade medida exclusivamente pelo viés da renda. Nesse diapasão, Haq³² argumenta que este tipo de análise não é capaz de captar questões subjacentes, tendo em vista que não revela como a renda é realmente distribuída entre as pessoas. Por isso, desigualdade econômica e desigualdade de renda não se confundem, pois, empiricamente, a relação entre elas, em outros espaços relevantes, pode ser muito distante, devido à inúmeras influências, além da própria renda.

Diante disso, também é preciso averiguar a desigualdade por meio de outras variáveis, como a das privações de liberdade relacionadas, por exemplo, ao baixo nível de instrução, ao desemprego, às doenças, à pobreza extrema e à falta de oportunidades e exclusão social. Nesse sentido, destaca-se a abordagem de Sen,³³ que explica a importância de se compreender o contraste entre as perspectivas de renda e da capacidade no contexto da avaliação da desigualdade. Exemplificadamente, alguém que é mais rico do que a maioria, mas que tem uma doença cujo tratamento é muito caro, sofre privação em um sentido importante – a saúde.³⁴ Contudo, pelas estatísticas usuais sobre desigualdade de renda, essa pessoa não será classificada como pobre. Na sua visão, portanto, o "espaço das capacidades" é uma alternativa ao uso exclusivo da renda para determinar o bem-estar das pessoas.

Indicadores, como o coeficiente de Gini,³⁵ são, em realidade, muito sintéticos, uma vez que tentam resumir a desigualdade em um único número. Assim, misturam a desigualdade de renda do trabalho com a desigualdade de renda do capital, bem como a "desigualdade que separa a base do meio da hierarquia, a que separa o meio do topo e topo do pico máximo da pirâmide".³⁶ Por estas razões, não é coerente simplificar a desigualdade de renda – uma questão real, complexa e multidimensional – em apenas um indicador, que é abstrato, fictício e unidimensional.

Portanto, a suposição de que a mera abordagem da comparação de renda é um modo mais prático de chegar às diferenças interpessoais não se sustenta. Em que pese seja uma condição relevante, a desigualdade de renda deve ser avaliada por meio de uma perspectiva mais ampla, isto é, levando-se em consideração o fator da privação de capacidades. Assim, evita-se fazer comparações injustas e abre espaço para que políticas públicas específicas sejam melhores elaboradas e alocadas de uma maneira mais eficiente.

³¹ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 27.

³² HAQ, Mahbub ul. **Reflections on human development**. New York: Oxford University Press, 1995, p. 53.

³³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 128.

³⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 129.

³⁵ O coeficiente de Gini consiste em um número entre zero e um: é zero quando a igualdade é total; é um quando a desigualdade é absoluta.

³⁶ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 260.

3 - AGENDA 2030: DESAFIOS PARA UM DESENVOLVIMENTO HUMANO MAIS INCLUSIVO E SUSTENTÁVEL

Para avaliar os novos desafios para o desenvolvimento humano, é imperioso observar a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada em 2015 pelos Estados-Membros da Organização das Nações Unidas (ONU). Trata-se de um documento composto por 17 objetivos e 169 metas, os quais devem ser colocados em prática de maneira integrada e indivisível. O objetivo central é adotar medidas transformadoras para promover o desenvolvimento sustentável até 2030.

Com o intuito de atender a todos os aspectos do desenvolvimento, é necessário atribuir a ele um conceito holístico, em que o ponto principal é a "[...] *widening of people's choices and the enrichment of their lives. All aspects of life – economic, political or cultural – are viewed from that perspective*".³⁷ Isso porque, não raro, o desenvolvimento humano é reduzido unicamente ao crescimento econômico, excluindo-se outras dimensões importantes da vida.³⁸

Ademais, a fim de facilitar a compreensão, dividir-se-á este tópico em dois: no 3.1, será abordado soluções com base no objetivo 8 (trabalho decente e crescimento econômico) da Agenda 2030; e, no 3.2, com fulcro no objetivo 10 (redução das desigualdades).

3.1 - Produtividade e capital humano: a promoção de um crescimento sustentado

O objetivo 8 da Agenda 2030 tem por finalidade promover o crescimento econômico inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos. Isso se dá, entre outros, por meio da diversificação, modernização tecnológica e inovação, a fim de atingir maiores índices de produtividade.

Para atingir este objetivo estabelecido pela ONU, é essencial compreender a noção de crescimento sustentado: de acordo com Romeiro,³⁹ trata-se de "um processo de crescimento de longo prazo que resulta de um círculo virtuoso de poupança e investimento que amplia o emprego e a renda, os quais, por sua vez, ampliam as oportunidades de novos investimentos". Acrescentando a concepção de desenvolvimento como liberdade em Sen,⁴⁰ pode-se concluir que, para alcançar o crescimento sustentado, é imprescindível remover as principais fontes de privação de liberdade, dentre as quais a pobreza extrema, a falta de oportunidades econômicas e a negligência dos serviços públicos.

³⁷ HAQ, Mahbub ul. **Reflections on human development**, p. 20.

³⁸ FRITZ, Karen Beltrame Becker. FARIA; Josiane Petry. Do desenvolvimento sustentável: análise reflexiva das relações sociais e de poder. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 25, n.2., jul-dez. 2011, p. 45.

³⁹ ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômica-ecológica. **Estud. av.**, São Paulo, v. 26, n. 74, 2012, p. 85.

⁴⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 17.

Em outras palavras, a solução do crescimento sustentado se dá pela adoção de uma economia mista, "*searching for a mix between the logic of the market and the logic of social needs*".⁴¹ Trata-se de uma proposição conciliadora, pois, para ser sustentável, o desenvolvimento deve ser economicamente sustentado, socialmente incluyente e ecologicamente equilibrado.⁴² A finalidade de promover o bem-estar das pessoas e, conseqüentemente, o desenvolvimento humano, deve estar associada à liberdade, aqui entendida como o potencial de uma determinada pessoa de conseguir a vida que deseja racionalmente.⁴³ Assim, é possível manter um crescimento sustentado em longo prazo, desde que se atenda às necessidades de aumento do potencial produtivo, garantia de oportunidades iguais, melhoria das condições sociais e respeito ao meio ambiente.

Há uma estreita relação entre crescimento sustentado e aumento da produtividade. Porém, a melhora da produtividade exige não apenas maior investimento em capital físico, isto é, em ativos não humanos utilizados na produção: deve-se, principalmente, apostar na capacitação das pessoas. Isso porque a acumulação do capital físico explica apenas em partes o crescimento da produtividade em longo prazo: a maior parte provém da acumulação do capital humano e de novos conhecimentos.⁴⁴ Além disso, diferentes estudos, como os de Benhabib e Spiegel,⁴⁵ de Barro⁴⁶ e de O'Neil,⁴⁷ indicam que o número médio de anos de escolaridade está diretamente relacionado às taxas de crescimento da produtividade.

Para além do aumento da produtividade, é necessário difundir e partilhar o conhecimento, e não adotar um mecanismo puramente de mercado. Trata-se da "hipótese do capital humano crescente",⁴⁸ em que as tecnologias de produção exigiriam a capacitação crescente do trabalhador, de tal modo que a participação do trabalho na renda aumentaria, enquanto a do capital diminuiria.

Portanto, deve-se promover a revitalização econômica por meio de políticas que, por um lado, incentivem o empreendedorismo, a produtividade e a criação de empregos de forma inclusiva; e que, por outro, ampliem as oportunidades econômicas para os trabalhadores, aprimorem o capital humano e reconheçam a importância de o Estado atuar ativamente para oferecer serviços públicos de qualidade e garantir melhores condições para todos, em especial aos mais necessitados.

3.2 - Tributação progressiva: a reversão da concentração de renda

⁴¹ SACHS, Ignacy. *Revisiting development in the twenty-first century*, p. 14.

⁴² ROMEIRO, Ademar Ribeiro. *Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômica-ecológica*, p. 65.

⁴³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 25.

⁴⁴ SOLOW, Robert. *A Contribution to the Theory of Economic Growth*, p. 85-91.

⁴⁵ BENHABIB, Jess; SPIEGEL Mark. The role of human capital in economic development evidence from aggregate cross-country data. *Journal of Monetary Economics*, New York, v. 34, n. 2, out. 1994, p. 168.

⁴⁶ BARRO, Robert Joseph. Economic Growth in a Cross Section of Countries. *Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 106, n. 2, mai. 1991, p. 415-419.

⁴⁷ O'NEIL, Donald. Education and Income Growth: Implications for Cross-Country Inequality. *Journal of Political Economy*, New York, v. 103, n. 6, dez. 1995, p. 1294-1297.

⁴⁸ PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*, p. 28.

O crescimento sustentado é uma condição necessária, porém não suficiente, para a elevação do bem-estar e desenvolvimento humano. Isso porque, como observado, a distribuição de renda não resulta automaticamente do crescimento econômico, que pode ser socialmente excludente.

Aprimorar políticas de transferência de renda, melhorando a alocação desses recursos, pode ser um caminho. Todavia, para atingir o ousado objetivo 10⁴⁹ da Agenda 2030, é preciso pensar além dessa solução convencional: urge alterar a regressividade dos tributos. Ora, a tributação é uma forma de (1) fazer com que as pessoas contribuam para o financiamento dos gastos públicos, de (2) dividir este ônus da forma mais justa possível e, principalmente, é útil para (3) identificar categorias, promovendo o conhecimento e a transparência democrática.⁵⁰

O sistema tributário desempenha papel fundamental na economia moderna, posto que afeta de diversas maneiras o padrão de crescimento econômico, a competitividade dos países e, ainda, a distribuição social e regional da renda.⁵¹ Assim, pode ser utilizado para o lado positivo ou negativo, isto é, como um promotor do desenvolvimento ou como um obstáculo a ele. Inicialmente, uma medida importante é reduzir a incidência dos tributos indiretos, pois estes desconsideram a capacidade contributiva de cada indivíduo. Essa distorção afeta principalmente os mais pobres, pois a participação do consumo de bens e serviços na renda deles é muito maior.

Nesse sentido, há uma clara reorientação nas políticas tributárias com a finalidade de recuperar o crescimento e, ao mesmo tempo, relacioná-lo com a redução das desigualdades.⁵² No presente, essas medidas têm sido difundidas até mesmo pelo "*mainstream*" da economia, por grupos que sempre foram críticos a elas. É o que aponta o relatório do Fundo Monetário Internacional (FMI): "*while some inequality is inevitable in a market based economic system, excessive inequality can erode social cohesion, lead to political polarization, and ultimately lower economic growth.*"⁵³ Possivelmente, isso se deve menos a uma conscientização dos grandes centros da economia global, e mais pela percepção de que altos níveis de desigualdade de renda tendem a afetar o próprio crescimento econômico.

Ainda, o relatório afirma que não há um "*trade-off*" adverso entre crescimento econômico e diminuição da desigualdade, propondo maior tributação aos ricos para frear a concentração de renda: "*progressive taxation and transfers are key components of efficient fiscal redistribution. At the top of the income distribution, marginal income tax rates that increase with income levels can achieve*

⁴⁹ Em especial, a meta 10.1: "até 2030, progressivamente alcançar e sustentar o crescimento da renda dos 40% da população mais pobre a uma taxa maior que a média nacional"

⁵⁰ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 19.

⁵¹ ORAIR, Rodrigo; GOBETTI, Sérgio. Reforma tributária no Brasil: princípios norteadores e propostas em debate. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 2, ago. 2018, p. 213.

⁵² ORAIR, Rodrigo; GOBETTI, Sérgio. **Reforma tributária no Brasil: princípios norteadores e propostas em debate**, p. 220.

⁵³ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). **IMF Fiscal Monitor: Tackling Inequality**, p. 9.

greater progressivity".⁵⁴ Porém, vale ressaltar que a combinação entre os instrumentos de progressividade de tributos e de transferência de renda deve refletir as circunstâncias específicas de cada país.

Apenas o fato de o Fundo Monetário Internacional reconhecer a desigualdade como um obstáculo para o crescimento já demonstra, por si, que a ameaça é real. Assim, é impreterível levar em consideração a proposição elaborada por Piketty:⁵⁵ trata-se de adotar a tributação mundial, progressiva e integral da renda do capital em conjunto com as rendas do trabalho. A medida visa "tributar mais os patrimônios maiores e de levar em consideração o total dos ativos, quer sejam imobiliários, financeiros ou corporativos".⁵⁶ Em comparação com os tributos já existentes sobre o patrimônios, eis a substancial diferença e a principal inovação deste modelo: enquanto aqueles se baseiam unicamente em ativos imobiliários, estes pretendem agregar o patrimônio financeiro, oriundo exclusivamente da renda do capital. Portanto, o mérito está em preservar a abertura econômica ao mesmo tempo que regula com eficiência e distribui os lucros de maneira justa.⁵⁷

A adoção de um tributo global sobre o capital está em consonância com os objetivos da Agenda 2030 e pode ser colocado em prática em etapas. É sabido que se trata de um modelo idealizado, na medida em que sua efetivação, que se dá via processo político, exige um esforço de cooperação entre as nações. Contudo, devido ao fato de que a própria estrutura tributária se tornou um obstáculo para o crescimento, é possível crer que, em um futuro breve, medidas neste sentido serão tomadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve o objetivo de contribuir para a discussão dos desafios para fomentar um desenvolvimento humano mais inclusivo e sustentável, concluindo que, embora seja uma tarefa árdua, é possível promover crescimento econômico com redução das desigualdades.

Inicialmente, abordaram-se os principais aspectos que norteiam a ideia de crescimento econômico, em diferentes perspectivas. Salientou-se que, em que pese sua importância, restringi-lo somente a um indicador, como o PIB, não é suficiente, pois há outros fatores relevantes, como os objetivos políticos, a promoção de políticas públicas assistenciais e as fontes de privação de liberdade.

Posteriormente, analisou-se a ascensão da desigualdade de renda, diferenciando renda do trabalho e renda do capital, concluindo que níveis elevados de concentração geram consequências negativas para o próprio crescimento econômico. Porém, não se deve analisar a desigualdade tão

⁵⁴ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). **IMF Fiscal Monitor: Tackling Inequality**, p. 9.

⁵⁵ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 501.

⁵⁶ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 503.

⁵⁷ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**, p. 502.

somente pelo viés renda, porque isso não revela como ela é distribuída entre as pessoas. É preciso levar em consideração outras variáveis relevantes, como a da privação de capacidades relacionadas, por exemplo, à pobreza extrema e ao baixo nível de instrução

Por fim, investigaram-se possíveis soluções, tendo a Agenda 2030 da ONU como referencial teórico. Aumentar a produtividade, por meio do investimento em capital físico e, principalmente, em capital humano, tende a fomentar o crescimento sustentado. Adotar um sistema de tributação mais progressivo, diminuindo a incidência de tributos sobre o consumo, é uma forma de viabilizar a justiça distributiva. Assim, colocar em discussão um tributo global e progressivo sobre o capital pode ser a chave para finalmente reverter o fenômeno da concentração de renda.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARRO, Robert Joseph. Economic Growth in a Cross Section of Countries. **Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 106, n. 2, p. 407-443, mai. 1991. Disponível em: <<https://academic.oup.com/qje/article-abstract/106/2/407/1905452>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BENHABIB, Jess; SPIEGEL Mark. The role of human capital in economic development evidence from aggregate cross-country data. **Journal of Monetary Economics**, New York, v. 34, n. 2, p. 143-173, out. 1994. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0304393294900477>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Desenvolvimento, progresso e crescimento econômico. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 33-60, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300003>. Acesso em: 01 dez. 2018.

FERGUSON, Niall. **A grande degeneração: a decadência do mundo ocidental**. Tradução de Janaína Marcoantonio. São Paulo: Planeta, 2013.

FRITZ, Karen Beltrame Becker. FARIA; Josiane Petry. Do desenvolvimento sustentável: análise reflexiva das relações sociais e de poder. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 25, n.2, p. 40-57, jul-dez. 2011. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4002/2581>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). **IMF Fiscal Monitor: Tackling Inequality**, 2017. Disponível em: <<https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2017/10/05/fiscal-monitor-october-2017>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

FURTADO, Celso. Os desafios da nova geração. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 24, n. 4, p. 483-486, out-dez. 2004. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/96-1.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

HAQ, Mahbub ul. **Reflections on human development**. New York: Oxford University Press, 1995.

JOLLY, Richard et al. **UN contributions to development thinking and practice**. Indiana: Indiana University Press, 2004.

KUZNETS, Simon. Economic Growth and Income Inequality. **The American Economy Review**, Pittsburgh, v. 45, n. 1, p. 1-28, mar. 1955.

O'NEIL, Donald. Education and Income Growth: Implications for Cross-Country Inequality. **Journal of Political Economy**, New York, v. 103, n. 6, p. 1289-1301, dez. 1995. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2138712>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

ORAIR, Rodrigo; GOBETTI, Sérgio. Reforma tributária no Brasil: princípios norteadores e propostas em debate. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 2, p. 213-244, ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000200213>. Acesso em: 01 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômica-ecológica. **Estud. av.**, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 65-92, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000100006>. Acesso em: 01 dez. 2018.

SACHS, Ignacy. Revisiting development in the twenty-first century. **International Journal of Political Economy**, New York, v. 38, n. 3, p. 5-21, 2009. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.2753/IJP0891-1916380301>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOLOW, Robert. A Contribution to the Theory of Economic Growth. **Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 70, n. 1, p. 65-94, fev. 1956. Disponível em: <<http://piketty.pse.ens.fr/files/Solow1956.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

A INFLUÊNCIA DA DEMOCRACIA NA PROMOÇÃO E APLICAÇÃO DAS LIBERDADES SUBSTANTIVAS¹

THE INFLUENCE OF DEMOCRACY IN THE PROMOTION AND APPLICATION OF SUBSTANTIVES FREEDOMS

Bruna Leyter²

Elias Noello Paranhos³

RESUMO

O artigo aborda a ideia do desenvolvimento como liberdade, proposto pelo economista Amartya Sen, dentro de uma perspectiva do Direito, dando enfoque à necessidade da democracia para que as liberdades se efetivem. Comparam-se as liberdades substantivas com os direitos humanos, apresentados por Bobbio, após isso, são trabalhadas as liberdades instrumentais e, por fim, a democracia como influência de promoção das liberdades substantivas e o perigo dos regimes antidemocráticos para existência de fomes coletivas.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdades Substantivas. Direitos Humanos. Liberdades Instrumentais. Democracia.

ABSTRACT

The article addresses the idea of development as freedom, propose by the economist Amartya Sen, from a legal point of view, giving focus to necessity of democracy to efectivation of freedoms. Are compared the substantives freedoms with human rights, presented for Bobbio, after this, intrumental freedoms are worked out and, finally, the democracy as influence of the promotion of substantive freedoms and the danger of auhtoritarian regimes to existence of collective hunger.

KEYWORDS: Substantive Freedoms. Human Rights. Instrumental Freedoms. Democracy.

INTRODUÇÃO

Esse artigo tem como finalidade analisar a influência da democracia como meio de promoção e aplicação das liberdades substantivas, devido ao fato de a democracia ser o regime político mais eficaz e garantidor das liberdades substantivas e instrumentais.

A análisetem como base o livro “Desenvolvimento como liberdade” do economista indiano Amartya Sen. No livro as liberdades são abordadas como meio do desenvolvimento e não apenas como o fim. Sendo a democracia considerada de suma importância para que se evite catástrofes relacionadas as liberdades substantivas, como fomes coletivas, epidemias e analfabetismo em massa.

¹ Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Direito e Economia, liderado pela Professora Dra. Karen Beltrame Becker Fritz, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Universidade de Passo Fundo (UPF).

² Graduanda do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo. Cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: brunaleyter@hotmail.com.

³ Graduando do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo. Cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: paranhoselias35@gmail.com.

Também serão utilizadas as três dimensões dos Direitos Humanos trabalhados por Norberto Bobbio, como comparação com as liberdades substantivas.

Desse modo, será exemplificado no artigo o que são as liberdades substantivas (na primeira parte), as liberdades instrumentais (no segundo tópico) e a democracia (na parte final), tal como suas relações com o direito, citando exemplos e comparações com a legislação brasileira.

A democracia traz inúmeras vantagens, principalmente no âmbito das decisões individuais de cada cidadão, com isso cria-se a indagação de qual é a influência da democracia na promoção das liberdades substantivas dos indivíduos. Essa questão será utilizada como enfoque para o desenvolvimento do trabalho.

1 - UMA ABORDAGEM DAS LIBERDADES SUBSTANTIVAS NA PERSPECTIVA DO DIREITO

O economista indiano Amartya Sen trabalha em seu livro o desenvolvimento como liberdade (que dá o título à obra), trazendo ideia de que o crescimento econômico de uma nação não é suficiente para melhorar a qualidade de vida da população, mas que, para isso, são necessários outros fatores que permitam às pessoas terem liberdade efetiva de escolha para suas decisões, ou seja, não apenas formalmente, mas materialmente (ou substantivamente). Sendo assim, Sen¹ diz que “as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas [...] e os direitos civis [...]”. Com isso, pode-se dizer que, além da renda, um indivíduo necessita de acesso à saúde, à educação, bem como aos direitos políticos.

De uma perspectiva do Direito, as liberdades substantivas definidas por Amartya Sen são encontradas na forma dos Direitos Humanos, em suas três fases apresentadas pelo autor Norberto Bobbio:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdades [...]; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos [...], finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências [...].²

Historicamente, os primeiros direitos humanos a serem proclamados foram os de liberdade perante o Estado, que visavam permitir ao indivíduo uma maior autonomia para fazer transações econômicas e realizar suas vontades na área social, sem a intervenção estatal, além de garantir sua

¹SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16.

²BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32-33.

propriedade privada. Como define Bobbio,³ são “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares [...]”. Na perspectiva de Sen, não basta apenas o indivíduo ter formalmente a liberdade perante o Estado, mas substantivamente. Para ele, as privações de liberdades, nesse sentido, podem ser provenientes de dois fatores: a pobreza de renda ou a carência de serviços públicos. No primeiro caso, a falta de renda “rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico”.⁴Já na segunda hipótese, “a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais”⁵ são os fatores responsáveis pela privação das liberdades dos indivíduos.

No caso do Brasil, a primeira dimensão de direitos humanos encontra-se presente na Constituição Federal, em seu artigo 5º, caput, onde garante, além de outros, a inviolabilidade à liberdade do indivíduo, ou seja, que este possa agir da maneira que melhor lhe aprouver.⁶

A segunda dimensão de direitos humanos definida por Bobbio, isto é, as os direitos (ou liberdades) políticos, “tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado)” (grifo do autor).⁷ A liberdade política é o cerne da democracia, pois ela é responsável pela manifestação, apoio, rejeição, neutralidade, etc., em relação à determinado governo e/ou governante. Sendo assim, para Sen,⁸ algumas privações de liberdades provêm de uma negação dos direitos civis e políticos dos indivíduos, causada por governos tiranos e antidemocráticos, tema que será trabalhado no capítulo três do presente artigo.

No Brasil, o direito às liberdades políticas (ou liberdades políticas em sentido formal) são contemplados ainda no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição, expressando que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁹ Como afirmado, a liberdade política dos indivíduos é o que determina a democracia em uma nação, sendo assim, consagrado esse princípio na Carta Maior, espera-se que haja uma pluralidade de ideias no país, onde cada cidadão possa defender seus ideais sem recriminação, fato que efetivamente acontece.

Finalizando as dimensões dos direitos humanos defendidas por Bobbio, a última fase a ser proclamada foram os direitos sociais, que, para ele, expressam o surgimento de novas exigências ou

³BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 32.

⁴SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 18.

⁵SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 18.

⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 1988, sem paginação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018.

⁷BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 33.

⁸SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 18.

⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Sem paginação.

valores, tais “como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado” (grifos do autor).¹⁰ Quando Bobbio afirma que houve uma busca de igualdade não meramente formal, ou seja, uma igualdade material, ele entra em concordância com a ideia de Amartya Sen, de que o desenvolvimento econômico de um país deve ser focado nas liberdades substantivas dos indivíduos. O economista indiano define que “a privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode [...] gerar a privação de liberdade econômica”.¹¹ Sendo assim, para que não haja privação no âmbito econômico, faz-se necessário que os acessos à saúde, à educação e ao mercado de trabalho, além de outras necessidades sociais, sejam efetivamente alcançados para todos os indivíduos da sociedade, não apenas de maneira formal, isto é, com a disposição em lei, mas de forma substantiva, onde realmente todos possuam acesso.

Os direitos sociais são presentes na Constituição Brasileira no artigo 6º da mesma, em sua literalidade:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.¹²

As liberdades constadas neste artigo são formais, isto é, positivadas, existe o direito de obtê-las, mas efetivamente (materialmente), elas podem não ser alcançadas por todos. O desemprego, a falta de acesso à educação e saúde, a mortalidade infantil, na ideia de Sen, são privações de liberdades, pois embora a Constituição garanta formalmente que todos devem ter o livre acesso a esses fatores, efetivamente isso não ocorre, por conta destas restrições.

Sendo assim, tem-se uma breve abordagem das liberdades substantivas, defendidas como meio necessário ao desenvolvimento por Amartya Sen, vistas através de uma perspectiva do Direito, por dentro dos direitos humanos, bem como pelos princípios fundamentais consagrados na Constituição Brasileira.

2 - DISCUTINDO ACERCA DAS LIBERDADES INSTRUMENTAIS

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. p. 33.

¹¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. p. 23.

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Sem paginação.

No Livro *Desenvolvimento como Liberdade*, Amartya Sen, aborda que “a expansão da liberdade é considerada o (1) *o fim primordial* e (2) *o principal meio* do desenvolvimento. Podemos chamá-los, respectivamente, o ‘papel constitutivo’ e o ‘papel instrumental’ da liberdade no desenvolvimento”(grifos do autor).¹³ Com base nisto, o autor passa a abordar a liberdade como instrumento para promover outras liberdades. No livro, são apresentados cinco tipos de liberdades instrumentais, quais sejam: “(1) *liberdades políticas*, (2) *facilidades econômicas*, (3) *oportunidades sociais*, (4) *garantias de transparência* e (5) *a segurança protetora*”(grifos do autor),¹⁴ cujas quais auxiliam na obtenção de uma melhor qualidade de vida, pois, complementam-se e possibilitam a existência de outras liberdades, ao passo que elas englobam vários direitos necessários em uma sociedade livre e que busca seu desenvolvimento.

Para um melhor entendimento, é necessário fazer uma distinção dessas liberdades instrumentais. A primeira delas são as liberdades políticas, sendo de suma importância para uma sociedade, estando ligadas à democracia, pois é a partir dessa liberdade que a população pode ter maior participação, por meio do voto, de críticas e manifestos, podendo escolher seus governantes e sobre quais bases e fundamentos será o governo. Esse assunto será trabalhado com maior profundidade no próximo capítulo. Também é possível incluir nessa liberdade, a liberdade de expressão e de uma imprensa livre, consideradas como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Em um segundo grupo das liberdades instrumentais, estão as facilidades econômicas, que para Amartya Sen “são as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca”.¹⁵ Em outras palavras, seria a capacidade de adquirir recursos básicos e, como reflexo disso, a economia do próprio país cresce. Por esse motivo, Amartya Sen disserta sobre a influência dos financiamentos dentro das facilidades econômicas, dizendo que “a disponibilidade de financiamento e o acesso a ele podem ser uma influência crucial sobre os *intitamentos* que os agentes econômicos são efetivamente capazes de assegurar”(grifo nosso).¹⁶ Os *intitamentos* que o autor cita, são originados da palavra *entitlement* que são os conjuntos de bens que as pessoas podem ter acesso de modo legal. Como exemplo, tem-se que um indivíduo passa por necessidades quando seu *intitamento* não inclui os requisitos mínimos para atender suas necessidades. Desse modo, o acesso ao crédito é de suma importância e deve ser possível tanto para grandes empresas, quanto para as pequenas. Contudo, deve ser uma medida muito bem elaborada, pois pode influenciar diretamente naqueles que dependem desse crédito.

¹³ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 52.

¹⁴ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 55.

¹⁵ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 55.

¹⁶ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 56.

As oportunidades sociais também são consideradas liberdades instrumentais e são de suma importância para o desenvolvimento das liberdades substantivas. São a partir delas que existem as possibilidades de aumentar a qualidade de vida da população, por meio da educação e saúde, por exemplo. O acesso a saúde em si, tem papel importantíssimo para evitar epidemias, mortes prematuras e para os indivíduos desfrutarem de uma vida saudável. Já o acesso à educação é requisito para uma sociedade mais igualitária e desenvolvida, devido ao seu papel na construção do pensamento crítico e lógico que influenciam diretamente na participação política e econômica da população.

No Brasil, as oportunidades sociais são formalizadas em lei, como por exemplo a Lei Orgânica da Saúde (n. 8080/90), que institucionaliza o acesso geral à saúde através do Sistema Único de Saúde (SUS), onde qualquer pessoa no Brasil pode utilizar-se dos hospitais, postos e demais serviços necessários para sua saúde. O artigo 4º, caput, da lei supracitada é o que determina o SUS:

O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).¹⁷

Como quarta liberdade instrumental, encontram-se as garantias de transparência, sendo muito bem pontuadas por Sen, como as “[...] necessidades de sinceridade que as pessoas podem esperar [...]”.¹⁸ Essa sinceridade é diretamente ligada a quem deve honestidade a população, que nesse caso são os seus representantes, ou seja, as garantias de transparência são a possibilidade da sociedade ter um controle sobre o que acontece em seu país, impedindo assim casos de corrupção, irresponsabilidade fiscal e demais crimes que refletem diretamente nos interesses difusos da população.

Acerca das garantias de transparência, o Brasil adota leis anticorrupção e de responsabilidade fiscal, tais como a Lei da Ficha Limpa,¹⁹ com o intuito de ter uma maior rigidez para com representantes corruptos, e a Lei de Responsabilidade Fiscal,²⁰ visando uma maior transparência e uso responsável do dinheiro público.

Por fim, a segurança protetora encontra-se como a última liberdade instrumental a ser comentada. Essa liberdade é relacionada à seguridade social que se faz necessária para assegurar aos indivíduos que vivem em situações de desamparo, como o desemprego, a velhice, a falta de saúde e fome, melhores condições por meio de iniciativas sociais. No Brasil, por exemplo, a seguridade social

¹⁷BRASIL. **Lei n. 8080. de 19 de setembro de 1990.** Brasília: 1990, sem paginação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018.

¹⁸SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** p. 56.

¹⁹BRASIL. **Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010.** Brasília: 2010, sem paginação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018.

²⁰BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.** Brasília: 2000, sem paginação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018.

é tipificada na Constituição Federal de 1988, onde há um título específico tratando da ordem social. No artigo 194, caput, são delineados três pilares para a seguridade social:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à *saúde*, à *previdência* e à *assistência social* (grifo nosso).²¹

Esses três pilares, demonstram muito bem o que Amartya Sen propõe como segurança protetora, pois segundo ele “A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais *fixas*, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes[...]” (grifos do autor).²²

Após apresentados esses cinco tipos de liberdades, torna-se possível compreender que o motivo delas serem consideradas instrumentais é o fato de se inter-relacionarem e se complementarem. A medida que podem contribuir para a promoção de outras liberdades. É nessa análise que o autor passa abordar a liberdade como um meio de desenvolvimento e não somente como o resultado dele.

3 - A QUESTÃO DA FALTA DE DEMOCRACIA COMO FORMA DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADES

A democracia é um regime político que possui muitos adeptos atualmente. Pode-se dizer que isto é resultado do seu modo de organização, que é baseado nas escolhas do povo, pois é ele que detém a força da mudança. Assim, a democracia está diretamente relacionada com a promoção das liberdades substantivas que a sociedade necessita.

Entender o que significa a democracia é de fundamental importância para saber o porquê de não existirem fomes nesse regime. Alberto Odría²³ define democracia como proveniente dos gregos, onde “*demos*” significa povo e “*kratos*” governo, indicando um governo do povo, ou seja, onde a própria população é quem decide os rumos que o Estado deve tomar. De maneira semelhante, Ângela Gonçalves diz que “a história da participação popular e da razão popular em diferentes regiões e países remonta à antiga Grécia”,²⁴ institutos que claramente pertencem à democracia. Ela diz também que “um regime ditatorial, autoritário, [...] ou seja, um regime antidemocrático, está intrinsecamente relacionado à ausência de justiça [...]”.²⁵ Com essa afirmação, completa-se a ideia de Sen, quando

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Sem paginação.

²² SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 57.

²³ ODRÍA, Alberto B. Democracia. **Derecho & Sociedad**, [S. l.], [S. d.], p. 60. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16916/17221>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

²⁴ GONÇALVES, Ângela. Argumentação racional pública e democracia. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v.3, n. 1, 2012. p. 131. Disponível em: <<http://periodico.abavaresco.com.br/index.php/opiniaofilosofica/article/view/445/389>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

²⁵ GONÇALVES, Ângela. **Argumentação racional pública e democracia**. p. 134.

afirma que “[...] nenhuma fome coletiva significativa jamais assolou um país democrático – por mais pobre que fosse”.²⁶

Essas características da democracia possuem total relação com as liberdades políticas e civis, havendo a possibilidade de dizer que as liberdades políticas são a própria democracia (como já afirmado acima). Sendo assim, o regime democrático é o que possui maior segurança e respeitabilidade para com a população e suas escolhas. Entretanto muitas vezes ele é confrontado e ameaçado, como muito bem afirma Amartya Sen em uma passagem de seu livro:

É possível não sentir grande falta da segurança proporcionada pela democracia quando um país é afortunado o bastante para não estar enfrentando nenhuma calamidade séria, quando tudo está funcionando a contento. Mas o perigo da insegurança, nascido de mudanças na situação econômica ou em outras circunstâncias, ou de erros não corrigidos nas políticas, pode estar à espreita, por traz do que parece um Estado sadio.²⁷

Essa passagem do livro exemplifica muito bem a importância da democracia, porém ainda muito se discute sobre isso e há o questionamento de porque se preocupar com as liberdades políticas diante das necessidades econômicas que as pessoas vivem, ou seja, muitas pessoas podem preferir ter suas necessidades econômicas satisfeitas sacrificando seus direitos políticos. Contudo, ao fazer isso, estão deixando de lado a sua segurança, pois a democracia é responsável por evitar privações de liberdades catastróficas, tais como a fome coletiva.

Ângela Gonçalves afirma que, entre 1958 e 1961, a China teve a ocorrência de cerca de 30 milhões de mortos, devido a uma extrema fome coletiva.²⁸ Segundo ela, esta catástrofe foi causada pelo fato de não existir “parlamento aberto à dissensão, nenhum partido de oposição e nem imprensa livre”.²⁹

As características citadas pela autora são exemplo claros de regimes antidemocráticos, onde a liberdade política dos indivíduos é suprimida pelo poder do Estado. Contribuindo com a ideia de que a fome foi causada por falta de liberdade, Sen diz que em países independentes, de imprensa livre, partidos de oposição e com eleições regulares nunca se materializou uma fome coletiva.³⁰

Isso ocorre pelo fato de que, ao existirem opiniões diversas em uma sociedade, a oposição estará sempre criticando o governo em curso, questionando acerca das decisões e reivindicando fatores que são considerados menos importantes pela situação. Da mesma forma, a imprensa fará como um papel de fiscalização do governo, alertando a população sobre cada decisão tomada, proposta feita e medida realizada.

²⁶ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 69.

²⁷ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 69-70.

²⁸ GONÇALVES, Ângela. **Argumentação racional pública e democracia**. p. 134.

²⁹ GONÇALVES, Ângela. **Argumentação racional pública e democracia**. p. 134.

³⁰ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 180.

Esses aspectos serão cruciais para as eleições, portanto é extremamente necessário existirem eleições regulares em um país democrático, pois se o governo tiver um mandato ruim, outro será eleito em seu lugar, exercendo, assim, a democracia.

Na premissa de se perpetuar no poder, cada governante buscará exercer da melhor forma possível o seu mandato, evitando grandes catástrofes, como epidemias e fomes coletivas.

Concordando com essa ideia, a autora Ângela Gonçalves afirma que “quando não há censura às notícias e à crítica pública, quando os governos têm responsabilidade perante o público, então o governo faz tudo que é possível para erradicar as fomes coletivas”.³¹ E ela continua:

Por outro lado, o que faz com que uma fome coletiva seja um desastre político para o governo é o alcance da argumentação pública, o qual mobiliza e ativa uma grande parte do público em geral, protestando e clamando contra a indiferença do governo e tentando derrubá-lo.³²

Dessa forma, pode-se concluir que a democracia é de suma importância para manter os países afastados da fome coletiva, que, em um mundo globalizado, torna-se impossível de admitir, com tantas tecnologias úteis para a produção de alimentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos mencionados referentes ao desenvolvimento através e com o objetivo da liberdade, conclui-se que, na perspectiva do Direito, as liberdades formais podem ser vistas como Direitos Humanos, amplamente trabalhados pelo autor italiano Norberto Bobbio. Analisando suas dimensões desses direitos, constatou-se que elas coincidem com a ideia do economista Amartya Sen, de que as liberdades meramente formais, isto é, positivadas, não são efetivamente concluídas, necessitando de uma ação do Estado para que elas venham se tornar materiais, seja promovendo os direitos sociais (terceira dimensão), seja deixando os direitos políticos fluírem (segunda dimensão).

Além disso, foi visto que o desenvolvimento trabalha com as liberdades instrumentais, necessárias em uma sociedade para que a economia cresça juntamente com a qualidade de vida da população. As liberdades políticas são o cerne da democracia, como deve-se frisar novamente, por ser um assunto tão importante. No Brasil, o sistema de governo permite que cada cidadão possa defender suas ideias, candidatos para representa-los e ideologias e, mesmo havendo pessoas que não toleram ideias contrárias, não existem proibições referentes a isto.

As facilidades econômicas também são consideradas uma liberdade instrumental, necessárias para que todas as pessoas tenham condições de ter seus *intitamentos* básicos sanados. Além delas,

³¹GONÇALVES, Ângela. **Argumentação racional pública e democracia**. p. 134.

³²GONÇALVES, Ângela. **Argumentação racional pública e democracia**. p. 134-135.

as oportunidades sociais são imprescindíveis, especialmente em países em desenvolvimento com péssima distribuição de renda, como o caso brasileiro.

As garantias de transparência complementam a ideia de democracia, juntamente com as liberdades políticas, pois é a certeza de que pode-se esperar responsabilidade dos representantes eleitos. A última liberdade instrumental trabalhada foi a segurança protetora, sendo um dever do Estado de garantir para a população recursos para se manter com saúde, alimentada e com acesso a educação.

Por fim, afirmou-se que, para a promoção das liberdades substantivas, regimes democráticos são imprescindíveis, pois quando não há a liberdade política dos cidadãos, o governo não se atenta a alimentação, saúde e outras necessidades sociais da população, visto que não há perigo de perder o controle do governo, por não existirem eleições regulares.

Dessa forma, conclui-se o presente artigo, entendendo que a liberdade deve ser tanto o objetivo quanto o instrumento do desenvolvimento, para que efetivamente os direitos humanos, já trabalhados, sejam cumpridos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**. Brasília: 2000, sem paginação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010**. Brasília: 2010, sem paginação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília: 1990, sem paginação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018.

GONÇALVES, Ângela. Argumentação racional pública e democracia. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v.3, n. 1, 2012. p. 131. Disponível em: <<http://periodico.abavaresco.com.br/index.php/opiniaofilosofica/article/view/445/389>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

ODRÍA, Alberto B. Democracia. **Derecho & Sociedad**, [S. l.], [S. d.], p. 60. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16916/17221>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

**EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO E SEUS IMPACTOS NA REDUÇÃO DOS DANOS
AMBIENTAIS CAUSADOS PELA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA DOS PRODUTOS
ELETRÔNICOS**

**CONSUMER EDUCATION AND ITS IMPACTS ON REDUCING ENVIRONMENTAL
DAMAGES CAUSED BY OBSOLESCENCE OF ELETRONICS PRODUCTS**

Haliesca Cristina Fabris¹

Vitor Augusto Ferreira Barquel²

RESUMO

É notório que o planeta vem sofrendo grandes mudanças, decorrentes das atividades humanas, aceleradas principalmente com o advento da revolução industrial, no século XIX. Os danos causados pela indústria estão cada vez mais agravados desde a transformação da sociedade em sociedade de consumo. Nesta sociedade o exagero e o desperdício são características marcantes. Acontece que para o aumento constante na produção de bens de consumo a demanda de matéria-prima cresce em um nível exponencial e prejudica de uma maneira sem precedentes o meio ambiente. Tudo isso se agrava ainda mais com a prática da obsolescência programada. Cabe ao Estado, uma atuação positiva, com a implementação de políticas públicas para alcançar um equilíbrio entre o consumo e a sustentabilidade, respeitando a natureza.

PALAVRAS-CHAVE:Consumo. Educação. Meio Ambiente. Sustentabilidade.

ABSTRACT

It is notorious that the planet is going through great changes, arising from human activities, accelerated mainly with the advent of the industrial revolution in the nineteenth century. The damage caused by industry has been increasingly aggravated since the transformation of society into a consumers society. In this society the exaggeration and the waste are remarkable characteristics. What happens is that the constant increase in the production of consumer goods the demand for raw material grows at an exponential level and harms in an unprecedented way the environment. All this is further aggravated by the practice of programmed obsolescence. It is up to the State, by positive actions, the implementation of public policies to reach a balance between consumption and sustainability, respecting nature.

KEYWORDS: Consumerism. Education. Environment. Sustainability.

INTRODUÇÃO

¹Acadêmica de Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1627050616306551> E-mail: haliescacf@gmail.com.

²Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF.) Integrante do Programa de Extensão Balcão do Trabalhador UPF. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1171947476282421> E-mail: vitorbarquel@gmail.com.

A partir da modernidade e da revolução industrial as relações humanas foram tomando formas distintas. O embrião da sociedade de consumo moldou-se a partir das novas formas de produção inauguradas pela indústria crescente.

Esta pesquisa tem como objetivo realizar uma análise a respeito da obsolescência programada, dos danos causados ao meio ambiente decorrentes desta, especialmente causados pelo descarte irresponsável do lixo eletrônico e buscar alternativas para a redução desses danos, através da educação para o consumo e do reaproveitamento, ou reciclagem, dos materiais utilizados na composição deste lixo.

Para isso, realiza-se uma breve investigação de como se deu a transição da sociedade de produtores para a sociedade de consumidores, através das lições do sociólogo Zygmunt Bauman, da passagem entre o produzir/consumir para suas necessidades básicas, para a cultura do consumismo como forma de organização social e núcleo essencial das atividades humanas.

Este cenário trouxe o que está intrínseco na sociedade atual. As pessoas têm o seu emprego, ganham o seu salário e usam este dinheiro para adquirir os bens para a sua sobrevivência, mas mais do que isso, precisam adquirir bens, por vezes totalmente dispensáveis, para se manterem dentro dos padrões aceitos na sociedade de consumidores.

Com isso o mercado foi adotando uma tática extremamente prejudicial no consumo: a obsolescência programada. Isso significa reduzir a vida útil dos produtos para forçar os consumidores a comprarem novamente estes mesmos produtos, com alguma pequena mudança, muitas vezes insignificantes. A prática é mais comumente utilizada em aparelhos eletrônicos, observa-se uma pequena melhoria na versão nova em relação ao objeto anterior. Isso se dá para manter a economia aquecida e se perpetua como um ciclo vicioso. E com o recente advento da globalização, a movimentação de bens é ainda maior devido ao fácil deslocamento de matérias-primas e objetos prontos para a venda pelo mundo inteiro.

Além de afetar a sociedade psicologicamente com a constante criação de desejos e necessidades, a natureza também sofre com a exploração em massa dos recursos naturais. A indústria utiliza estes recursos apenas considerando o presente, sem medir as consequências destrutivas desta exploração desmedida para produzir os bens de consumo naquele instante, sem preocupar-se com o futuro e em que condições estará o ambiente onde a própria indústria e os consumidores.

Um início de mudança desse modelo pode partir de políticas públicas de conscientização, a partir da atuação positiva do Estado na educação para o consumo. Este trabalho abordará a formação da sociedade de consumo, as consequências ambientais e prestações positivas do Estado na educação do consumidor para reduzir o hiperconsumismo e tentar minimizar os danos causados ao meio ambiente.

1 - A CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO SOB A ÓTICA DE ZYGMUNT BAUMAN

*“Por meio do poder econômico, desenvolveu-se um novo sentido à vida humana, ou seja, um sentido heterônomo de busca incansável ao consumo, sem o questionamento sobre suas consequências”.*³

O consumo é atividade essencial e inerente a existência da humanidade. No entanto, a sociedade pós-moderna se relaciona com o fenômeno não mais como forma de suprir suas necessidades, mas como estrutura de organização social, e mais: o verdadeiro propósito da existência humana. Na obra *Vida para Consumo: a Transformação das Pessoas em Mercadoria*, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, analisa como se construiu e como se organiza a sociedade de consumo.

Apesar de o consumo estar presente em todas as sociedades precedentes à sociedade pós-moderna, o autor chama a atenção para um ponto de ruptura de consequências significativamente importantes, ao qual se refere como uma revolução consumista. Neste momento, a sociedade não mais se relaciona com o objeto de consumo, ela se torna o próprio objeto e consolida sua organização social e sua forma de vida em torno do consumo. O consumo passa a ser o núcleo principal na experiência de existência humana, transformando-se no fenômeno do consumismo: “De maneira distinta do *consumo*, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, o *consumismo* é um atributo da *sociedade*”.⁴

Nas palavras de Bauman:

Pode-se dizer que o consumismo é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes, e por assim dizer neutros quanto ao regime, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos ao mesmo tempo desenvolvendo um papel importante nos processos de autoidentificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de política de vida individuais.⁵

Nesta obra, Bauman evidencia como as próprias pessoas são transformadas em objeto de consumo, trazendo já na introdução três casos em que o próprio consumidor é estimulado e responsabilizado a tornar-se uma mercadoria vendável e atrativa ao mercado ao qual se dirige. No primeiro, traz os adolescentes, as redes sociais e a necessidade destes em deixar à mostra em seus

³PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; ROCHA, Leonel Severo; CALGARO, Cleide. A Modernidade Tecnológica, o consumocentrismo e a insustentabilidade ambiental: A Educação para o consumo como forma minimizadora dos problemas socioambientais. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da. **Balcão do consumidor: Coletânea Educação para o Consumo**. Passo Fundo: UPF Editora, 2018. p. 170.

⁴BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 41.

⁵BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 41.

perfis suas características mais atrativas; no segundo, uma empresa de telefonia que classifica os clientes em números como grau de importância conforme seu potencial econômico; no terceiro um político que sugere uma política de imigração baseada nos interesses do país e na utilidade do possível imigrante para contribuir com estes, igualmente qualificados por pontuação, de acordo com seu potencial econômico.

O comparativo traz uma boa imagem de como se comporta o consumismo: uma busca constante e insaciável por coisas melhores. Embora para esse artigo importem as análises do autor acerca dos mecanismos de construção da sociedade de consumo, esta introdução traz uma boa perspectiva sobre como interpretar esta sociedade.

Em um primeiro momento, trataremos como paradigma o comportamento da sociedade predecessora à de consumo, a sociedade de produtores. Nesta sociedade o tempo desempenha papel importante para a compreensão das transformações que se sucedem na relação da sociedade com o consumo.

A sociedade de produtores se concentra em um ideal de estabilidade e segurança. Os bens consumidos em excesso - aqueles não necessários à subsistência humana básica – eram bens que perduravam no tempo. A indústria imobiliária era objeto de muito desejo, com acúmulo de terras e casas: “a posse de um grande volume de bens implicava ou insinuava uma existência segura, imune aos futuros caprichos do destino”.⁶ Se nesta sociedade a segurança a longo prazo era o maior propósito na aquisição de bens de consumo “os bens adquiridos não se destinavam ao consumo imediato – pelo contrário, deveriam ser protegidos da depreciação ou dispersão e permanecer intactos”.⁷

A exibição pública de riqueza, com ênfase em sua solidez, era sinônimo de estigma social. Vestir joias com pedras preciosas resistentes, metais reluzentes, sólidos e duráveis, assim como os cofres que os guardavam, objeto que pode ser trazido como símbolo metafórico dos princípios e objetivos desta sociedade. Estar sempre à procura de novas possibilidades não era bem visto à época. O tempo e a vida se organizam de forma linear e constante, planejada. A subjetividade do indivíduo aqui não se mostra importante, ao contrário, o indivíduo deveria permanecer em silêncio e seu corpo em atividade.

Na sociedade de consumo observa-se um antagonismo em relação à sociedade de produtores. Bauman analisa que:

Se a *cultura* consumista é o modo peculiar pelo qual os membros de uma sociedade de consumidores pensam em seus comportamentos ou pelo qual se comportam “de forma irrefletida”- ou, em outras palavras, sem pensar no que consideram ser seu objetivo de vida e o que acreditam ser os meios certos de alcançá-los [...], então a *sociedade* de consumidores

⁶BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 42.

⁷BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 43.

representa um conjunto peculiar de condições existenciais em que é elevada a probabilidade de que a maioria dos homens e das mulheres venha a abraçar a cultura consumista em vez de qualquer outra, e de que a maior parte do tempo aos preceitos dela com máxima dedicação.⁸

A mais notável transformação se dá, conforme o autor, pela renegociação do significado do tempo.⁹ O tempo antes linear e previsível, agora é algo a ser vencido. A necessidade dos consumidores reside em uma intensidade de desejos sempre crescente. O consumo não é mais postergado ao futuro, mas aqui e agora. A pressa é o motor que aquece o mercado. Ao passo em que uma mercadoria é consumida, logo deve ser substituída por outra melhor e mais eficiente. O tempo deixa de ser linear e se torna pontilhista: “marcado tanto (se não mais) pela profusão de rupturas e descontinuidades, por intervalos que separam pontos sucessivos e rompem os vínculos entre eles, quanto pelo conteúdo específico desses pontos”.¹⁰

Essa ruptura com o tempo linear e o planejamento a longo prazo afloram na sociedade uma cultura “agorista”, apressada, onde não se pode chorar sobre o leite derramado; não há tempo para consertar o que foi quebrado, “aqui, as ferramentas que falharam devem ser abandonadas, e não afiadas para serem utilizadas de novo, agora com mais habilidade, dedicação e, portanto, com melhor efeito”.¹¹ O autor ainda ressalta: “Na cultura ‘agorista’, querer que o tempo pare é sintoma de estupidez, preguiça ou inépcia.”¹²

Nesse interim, traz-se à discussão “o propósito mais invocado e usado como isca nas campanhas de marketing: a busca da felicidade”.¹³ Quanto mais consumir, maior será a fatia de felicidade. Sobre esse aspecto, o autor traz uma crítica, praticamente refutando esta ideia: a verdadeira satisfação – felicidade – não reside no consumo da mercadoria, mas em se desfazer dela tão rápido quanto surgem novidades a serem compradas. Ele diz:

Hoje em dia, raras vezes as empresas cobram os clientes pela *entrega*, mas cada vez mais adicionam à conta uma soma pesada referente à *remoção* dos bens “duráveis” que o aparecimento de novos e aperfeiçoados bens também “duráveis” converteu a fonte de prazer e orgulho em monstruosidade e estigma de vergonha. Livrar-se desse estigma condiciona a felicidade. E a felicidade, como todos devem concordar, precisa ser paga.¹⁴

O nível de felicidade dos indivíduos nesta sociedade parece ser o termômetro que mede seu sucesso e seu fracasso. No entanto, parece haver uma dicotomia entre o grau de felicidade e a quantidade de consumo, contrariando o senso comum, Bauman relata que, de acordo com evidências recolhidas nos estudos de Richard Layard.

⁸BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 70.

⁹BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 45.

¹⁰BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 46.

¹¹BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 51.

¹²BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 51.

¹³BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 51.

¹⁴BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 52.

É só até certo patamar que o sentimento relatado de ser feliz cresce de acordo com os incrementos de renda. Esse patamar coincide com o ponto de satisfação das ‘necessidades de sobrevivência’ consideradas ‘essenciais’ ou ‘naturais [...] Acima desse patamar bastante modesto, a correlação entre riqueza (e também, pode-se presumir, nível de consumo) e felicidade se esvai. Novos incrementos na renda não aumentam o volume de felicidade.¹⁵

Assim, podemos perceber que o mercado não funciona de acordo com a satisfação dos consumidores, pelo contrário, quanto mais insatisfeitos, maior é a percepção de sucesso. A roda da economia gira em torno de incessantes frustrações causadas aos indivíduos e da constante ansiedade consequente de seus desejos frustrados. É uma cultura baseada no excesso, e por essa razão, o autor afirma que o consumismo também é uma cultura do engano, e acrescenta: “o engano não é um sinal de problema na economia de consumo. Pelo contrário, é sintoma de sua boa saúde e de que está firme sobre os trilhos, é a marca distintiva do único regime sob o qual a sociedade de consumidores é capaz de assegurar sua sobrevivência”.¹⁶

Toda essa cultura do consumismo, de exagero, de rápido consumo e descarte, acaba gerando danos colaterais extremamente prejudiciais ao meio ambiente, desde de uma exploração descontrolada dos recursos naturais, que estão se tornando cada vez mais escassos, até a poluição do meio ambiente pelo descarte irresponsável principalmente de lixo eletrônico na natureza. Lixo esse extremamente tóxico aos seres humanos, aos solos e às águas.

2 - A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E OS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE

Na era da sociedade de consumidores, a simples inserção de novos indivíduos no mercado não se mostra suficiente para atender as demandas deste. Para aquecer o motor da economia a prática da obsolescência programada já está sedimentada como fator fundamental de saúde do mercado, conforme observa De Melo Santos:

No fluxo das décadas, a mera inclusão de novos consumidores no mercado de consumo deixou de ser eficiente para movimentar o sistema de forma satisfatória e lucrativa. Dá-se, assim, início a uma nova proposta para o aquecimento da economia capitalista com foco não apenas nos agentes consumidores, mas principalmente no tempo de vida útil do produto. Em sentido vulgar, a obsolescência pode ser vista como condição inerente a qualquer produto ou serviço que se disponibilize no mercado. Coaduna, dessa forma, com o próprio conceito de consumo, assim entendido o ato de gastar, utilizar, destruir, fazer desaparecer, denotando, de tal maneira, o envelhecimento como sintoma inerente aos produtos e serviços a partir do momento em que são disponibilizados no mercado.¹⁷

¹⁵BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 61.

¹⁶BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 65.

¹⁷DE MELO SANTOS, Maria Carolina. **Da Vulnerabilidade do Consumidor a Vulnerabilidade Ambiental: Análise dos Impactos da Obsolescência Programada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Direito). Universidade Federal de Uberlândia, 2017. p. 41-42.

A obsolescência programada é uma prática que vem sendo desenvolvida desde o início do século XX e se intensificou após o período da segunda guerra, devido a estagnação do mercado, a escassez de recursos materiais e humanos.¹⁸

Podemos entender seu funcionamento como uma redução considerável propositalmente programada na vida útil da mercadoria pelo fornecedor, a fim de que sejam adquiridas novas, tornando-as obsoletas tão logo as primeiras foram compradas.

Para melhor compreensão, emprestar-se-á a classificação utilizada pela autora De Melo Santos, em sua tese de mestrado, a partir dos estudos de Packard: “identificam-se três tipos de forma pelas quais pode se dar a obsolescência: a obsolescência de função, a obsolescência de qualidade e a obsolescência de desejabilidade”.¹⁹

Pela obsolescência de função pode-se observar a substituição de um produto já existente, por outro posto no mercado, que desempenha a mesma função, mas de forma mais eficiente. O exemplo mais explorado é dos telefones celulares, que aparecem com a função de fazer ligações de voz, expandindo-se para a comunicação através de mensagens de texto, depois integrando câmera fotográfica e hoje desenvolvendo atividades de verdadeiros microcomputadores, reunindo as mais diversas funções digitais, desde o armazenamento e reprodução de músicas até o acesso à internet. Tudo em um só aparelho, com o advento da invenção dos smartphones.

Já na obsolescência de qualidade, o produto já vem programado para durar um tempo determinado. Nas palavras da autora:

“Nesse caso, o bem de consumo já é projetado desde sua concepção para estragar uma peça específica, apresentar impossibilidade de reparo, ter atualizações de software apenas por um tempo limitado, tornar-se incompatível com produtos acessórios ou parar de funcionar após um lapso temporal determinado de acordo com a conveniência do fornecedor”.²⁰

Para esse tipo de obsolescência importam os bens eletrônicos. A capacidade de utilidade do bem é notadamente reduzida em relação a sua capacidade de vida útil. Reduz-se substancialmente seu desempenho, fazendo com que o produto seja inutilizado em um prazo muito menor do que o que seria atingido naturalmente pelo seu deterioramento natural.

Finalmente, a obsolescência de desejabilidade está vinculada aos desejos criados e fomentados pelo mercado nos consumidores “manifesta por meio da difusão de que um produto em perfeitas

¹⁸DE MELO SANTOS, Maria Carolina. **Da Vulnerabilidade do Consumidor a Vulnerabilidade Ambiental: Análise dos Impactos da Obsolescência Programada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Direito). Universidade Federal de Uberlândia, 2017. p. 42.

¹⁹DE MELO SANTOS, Maria Carolina. **Da Vulnerabilidade do Consumidor a Vulnerabilidade Ambiental: Análise dos Impactos da Obsolescência Programada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2017. p. 43.

²⁰DE MELO SANTOS, Maria Carolina. **Da Vulnerabilidade do Consumidor a Vulnerabilidade Ambiental: Análise dos Impactos da Obsolescência Programada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2017. p. 44.

condições de uso se encontra ultrapassado apenas pelo fato de um novo modelo haver sido lançado no mercado”.²¹ Este tipo de obsolescência tem um grande aliado na criação dos desejos consumistas nos indivíduos: o mercado publicitário.

A publicidade é a esfera que se encarrega de apresentar novos produtos aos consumidores e criar neles novos desejos de possuí-los, nesta ordem. Isso porque na cultura consumista a necessidade de ter determinado produto está muito mais relacionada com as necessidades humanas psicológicas, do que com as necessidades materiais, é o que diz Padilha:

Para vender mais e aumentar os lucros das empresas, num cenário muito competitivo do capitalismo globalizado, os especialistas em marketing descobriram que os produtos devem corresponder a necessidades mais psicológicas do que efetivamente materiais. É por isso que as publicidades atuam no campo do simbólico, atingindo nossos desejos conscientes e inconscientes por meio de cores, cheiros, sons, personalidades famosas do cinema, da televisão, do esporte.²²

A autora conclui que “juntos, publicidade e obsolescência programada são combustíveis essenciais para manter funcionando o ciclo de produção-consumo--mais produção-mais consumo de nossa atual sociedade capitalista”.²³

Bauman já atentou para a prática da obsolescência programada, referindo-se a ela como obsolescência embutida. O autor também evidenciou o grande problema causado pelos hábitos da sociedade de consumo: o acúmulo de lixo. Em suas palavras: “o advento do consumismo augura uma era de ‘obsolescência embutida’ dos bens oferecidos no mercado e assinala um aumento espetacular na indústria de remoção de lixo”.²⁴

Em outubro de 2018, o jornal Estadão, divulgou dados do último relatório da Universidade das Nações Unidas e da União Internacional de Telecomunicações a respeito do lixo eletrônico descartado no meio ambiente. Os números são assombrosos: 44,7 milhões de toneladas foram descartadas apenas no ano de 2016. Só no Brasil, no mesmo ano, estima-se que o descarte foi em torno de 1,5 milhão de toneladas e a expectativa é de que os números cresçam em 17% até o ano de 2021, quando o acúmulo de lixo eletrônico ultrapassará os 50 milhões de toneladas ao ano.²⁵

O lixo eletrônico é composto basicamente de elementos tóxicos e altamente poluentes ao meio ambiente:

²¹DE MELO SANTOS, Maria Carolina. **Da Vulnerabilidade do Consumidor a Vulnerabilidade Ambiental: Análise dos Impactos da Obsolescência Programada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2017. p. 44.

²²PADILHA, Valquíria. **Desejar, Comprar e Descartar: da Persuasão Publicitária à Obsolescência Programada**. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252016000400015>. Acesso em 30 de dezembro de 2018. p. 46

²³DE MELO SANTOS, Maria Carolina. **Da Vulnerabilidade do Consumidor a Vulnerabilidade Ambiental: Análise dos Impactos da Obsolescência Programada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2017. p. 47.

²⁴BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. 2007, p. 45.

²⁵ESTADÃO. **O que o Mercado tem Feito com o Lixo Eletrônico**. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-que-o-mercado-tem-feito-com-o-lixo-eletronico/>>. Acesso em 18 de dezembro de 2018.

Com o descarte indevido destes materiais, os metais pesados presentes como chumbo, níquel, cádmio, mercúrio, cobre, zinco, manganês, prata entre outros, podem ser lixiviados infiltrando-se e contaminando o solo, o lençol freático e também a fauna e a flora das regiões próximas. Além disso, estes metais são bioacumulativos. Quando absorvidos pelo ser humano através da cadeia alimentar depositam-se no tecido ósseo e gorduroso, podendo provocar doenças que variam de lesões cerebrais a disfunções renais e pulmonares.²⁶

Os autores apontam diversos danos que podem ser causados à saúde humana em caso de intoxicação por metais pesados: O cádmio, pode causar distúrbios gastrintestinais através da ingestão de alimentos ácidos ou bebidas contaminadas, e a pneumonia química; a intoxicação por chumbo pode levar à anemia, neuropatia periférica e a alterações cognitivas em adultos e crianças, pode gerar complicações renais, hipertensão, doenças cerebrovasculares, perda de apetite, distúrbios digestivos e cólicas abdominais; o manganês causa problema crônico do sistema nervoso central, recebendo o nome de manganismo ou Parkinson mangânico, causando também problemas respiratórios como bronquite e pneumonia; o níquel pode causar câncer, lesões no sistema respiratório, alterações no sistema imunológico, distúrbios gastrintestinais e dermatites; o mercúrio é um metal pesado não biodegradável, sendo considerado muito tóxico afetando o sistema nervoso, gerando alterações de comportamento, perda de memória, tremor, dormência, formigamento e alterações visuais e auditivas; o lítio provoca disfunção renal e disfunção do sistema neurológico; o zinco pode fazer surgir o câncer nos testículos; o cromo pode causar o câncer do aparelho respiratório, lesões nasais, distúrbios no fígado e rins e também gastrintestinais.²⁷

O dado mais interessante, é que aproximadamente 94% dos materiais contidos no lixo eletrônico pode ser reciclado. Acontece que no Brasil, não existem locais suficientes para o descarte adequado desses materiais.

Em uma matéria para a TV Câmara de Campinas, no Programa Meu Ambiente, sugere-se que o Estado tenha uma atuação positiva no combate ao descarte irresponsável do lixo eletrônico, tratando o problema como uma questão de saneamento. Em Campinas foram instalados cerca de 14 ecopontos, locais destinados a receber todo o tipo de lixo eletrônico para das o tratamento adequado a estes materiais. A prefeitura da cidade fez uma parceria com uma empresa de reutilização/reciclagem deste lixo, dando um enorme passo em direção à sustentabilidade. Exemplo que deveria ser inspiração para todo o Estado.²⁸

²⁶KEMERICH, Pedro Daniel da Cunha; MENDES, Sabrina Altmeyer; VORPAGEL, Tatiane Hohm; PIOVESAN, Maurício. **Impactos Ambientais Decorrentes da Disposição Inadequada de Lixo Eletrônico no Solo**. Revista do Curso de Engenharia Ambiental da Universidade Federal de Santa Maria. Vol. 10. N.º 2. P. 209. 2013.

²⁷KEMERICH, Pedro Daniel da Cunha; MENDES, Sabrina Altmeyer; VORPAGEL, Tatiane Hohm; PIOVESAN, Maurício. **Impactos Ambientais Decorrentes da Disposição Inadequada de Lixo Eletrônico no Solo**. Revista do Curso de Engenharia Ambiental da Universidade Federal de Santa Maria. Vol. 10. N.º 2. P. 216-217. 2013.

²⁸**Meu Ambiente: Lixo Eletrônico**, 11/07/2018. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=a6k7baykdVM&t=487s>>. Acesso em 06 jan. 2019.

Também o site do SEBRAE disponibiliza uma cartilha de Como Montar um Serviço de Reciclagem Eletrônico, trazendo o assunto como um setor promissor e extremamente lucrativo, mencionando a matéria da revista Isto é Dinheiro, intitulada como “O e-lixo vale ouro”.²⁹

Algumas iniciativas já foram tomadas, mas muito ainda resta a ser feito para que se alcance um equilíbrio entre o consumo e a sustentabilidade.

3 - O DESENVOLVIMENTO DA TECNOLOGIA E O CONSUMO INCONTROLÁVEL FORJADORES DO CONSUMOCENTRISMO: A SOLUÇÃO POR MEIO DA EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO

A sociedade pós-moderna, com a consequente evolução tecnológica presente na vida humana nos grandes centros, sofreu uma violenta necessidade no aumento da exploração dos recursos naturais para satisfazer o mercado de consumo para a fabricação de mercadorias, bem como aumentou exponencialmente a quantidade de lixo eletrônico despejado na natureza. No entanto, não há qualquer política destinada ao tratamento deste lixo, trazendo o dever de conscientização popular, através da educação para o consumo, que deve ser tratada de maneira positiva pelo Estado.

Essa sociedade levou à exaustão os recursos naturais, gerando a devastação das espécies, das biodiversidades e da natureza como um todo, sem levar em conta que, sem o meio ambiente, configurado física e quimicamente adequado, o ser humano deixará de existir.³⁰

O Capitalismo não se atenta para a preservação ambiental, apenas precisa da existência da natureza, pois é dela que retira toda a matéria-prima para a produção de bens de consumo. Uma grande falha da sociedade contemporânea, que não considera a consequência final destas atividades, que pode ser a extinção da própria humanidade:

Nesse prisma, percebe-se que, até o presente momento, o homem apropriou-se da natureza sob diversas formas, sem a devida preocupação com a preservação e a sustentabilidade. A suposta modernidade, talhada na visão economicista, na qual alguns detêm tudo e outros nada, propiciou a espoliação da natureza e do próprio homem em todos os seus âmbitos.³¹

²⁹SEBRAE. **Como Montar um Serviço de Reciclagem de Lixo Eletrônico**. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ideias/como-montar-um-servico-de-reciclagem-de-lixo-eletronico,e4397a51b9105410VgnVCM1000003b74010aRCRD>>. Acesso em 30 dez. 2018.

³⁰PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; ROCHA, Leonel Severo; CALGARO, Cleide. **A Modernidade Tecnológica, o consumocentrismo e a insustentabilidade ambiental: A Educação para o consumo como forma minimizadora dos problemas socioambientais**. 2018, p. 168.

³¹PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; ROCHA, Leonel Severo; CALGARO, Cleide. **A Modernidade Tecnológica, o consumocentrismo e a insustentabilidade ambiental: A Educação para o consumo como forma minimizadora dos problemas socioambientais**. 2018, p. 168.

Assim, entende-se que com esses elementos o poderio econômico traz problemas sociais e ambientais.

A humanidade se fragiliza com o hiperconsumo e além da sociedade, a natureza sofre grande ameaça com o esgotamento dos recursos naturais, devastação da biodiversidade e espécies de animais. A educação para o consumo é uma das melhores propostas para a redução da destruição e conscientização da humanidade.³²

Um bom começo de educação para consumo seria o uso efetivo do Código de Defesa do Consumidor, além de seu objetivo principal, que é garantir direitos e deveres para os clientes dos fornecedores para evitar fraudes e injustiças (Art. 4º e incisos), seus artigos também podem ser utilizados para conscientização sobre o que é uma relação de consumo (Arts. 2º e 3º) e trazer informações sobre os produtos comprados. Nesse sentido⁸, podemos observar o Artigo 6º III:

São direitos básicos do consumidor:

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como os riscos que apresentem [...].³³

Dessa forma, por meio dos órgãos de proteção ao consumidor e da educação para o consumo, PROCONs e escolas públicas/privadas, respectivamente, devem participar como atores na conscientização social. Assim, a sociedade já recebe noções básicas de sustentabilidade, dando um pontapé inicial para a redução do consumo e conseqüentemente exploração e desgaste dos recursos naturais.

É necessário repensar os paradigmas sociais dominantes. Se herdamos tipologias políticas, econômicas, sociais e tecnológicas é preciso repensá-las, reavaliá-las e, sobretudo, atualizá-las, para que possam atender aos novos tempos, às novas necessidades sociais, aos novos mandamentos socioambientais. Assim, se faz necessário reinventar os vínculos do ser humano com o ser humano, reinventando e renovando os vínculos sociais e, também, reinventando e renovando os vínculos com o meio ambiente. É preciso reinventar uma inteligência coletiva e uma visão global para uma perspectiva ecológica.³⁴

Os fornecedores utilizam a favor de si próprios a falta de conhecimento dos consumidores sobre a produção, composição e funcionamento dos produtos adquiridos, deixando clara a hipervulnerabilidade do consumidor em relação a estes fatos, e assim, as assistências técnicas, os

³²PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; ROCHA, Leonel Severo; CALGARO, Cleide. **A Modernidade Tecnológica, o consumocentrismo e a insustentabilidade ambiental: A Educação para o consumo como forma minimizadora dos problemas socioambientais**. 2018, p. 171.

³³BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 1990.

³⁴PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; ROCHA, Leonel Severo; CALGARO, Cleide. **A Modernidade Tecnológica, o consumocentrismo e a insustentabilidade ambiental: A Educação para o consumo como forma minimizadora dos problemas socioambientais**. 2018, p. 173.

fabricantes e lojas que vendem o produto final e lucram pela falta de informação do consumidor.”O lado hipossuficiente das demandas está cada vez mais engessado pelo poder econômico e pela inovação tecnológica”.³⁵ Por isso é importantíssima a conscientização dos “clientes”.

Para se desenvolver economicamente, o mercado ignora o desenvolvimento social interpessoal dos indivíduos, que são chamadas de consumidores apenas, também ignorando a preservação ambiental, visto que necessita explorar as matérias-primas da natureza para produzir os bens de consumo.

A tecnologia, assim como toda produção humana “deve ser pensada no contexto das relações sociais e dentro de seu desenvolvimento histórico”, ou seja, a tecnologia muda à medida que a sociedade se transforma, o que permite dizer, então, que as tecnologias, de certo modo, são sempre novas uma vez que, não mais úteis ou atuais, são substituídas e aprimoradas”.³⁶

A educação para o consumo se faz necessária para que o consumidor possa ter autonomia quando escolhe o que vai comprar, tendo em vista que na sociedade de consumidores as opções já estão predefinidas. Isso leva a uma produção em massa de bens de consumo para um consumo também massivo e na maioria das vezes banal.³⁷

A discussão entre as novas tecnologias e as relações de consumo impõe um desafio ao direito, de assegurar como um valor fundamental a proteção do consumidor, seja pela boa fé nos contratos eletrônicos ou pela confiabilidade. Além de frear o consumo e proporcionar uma pedagogia para o consumo, que possa de fato, educar os consumidores a não agirem no impulso, nem tampouco se deixarem influenciar pelas tendências do momento – modismo. Entretanto, esses são os grandes desafios que os consumidores têm e terão diante da conjuntura da sociedade de consumo e das novas tecnologias.³⁸

Os órgãos de defesa do consumidor devem promover campanhas que alcancem grande número de pessoas. Dessa forma, gradativamente o consumo vai se controlando e com isso a exploração de recursos naturais deixa de ser insustentável, criando um equilíbrio entre produção de bens, desenvolvimento da tecnologia e uso dos materiais sem destruir o meio ambiente e a biodiversidade.

³⁵DAMITZ, Caroline Vasconcelos; SANTOS, Cássio Henrique Pacheco dos. As novas tecnologias nas relações de consumo para o desenvolvimento social e sustentável. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da. **Balcão do consumidor: Coletânea Educação para o Consumo**. Passo Fundo: UPF Editora, 2018, p. 63.

³⁶BAUMGARTEN, 2008, p. 288 apud DAMITZ, Caroline Vasconcelos; SANTOS, Cássio Henrique Pacheco dos. **As novas tecnologias nas relações de consumo para o desenvolvimento social e sustentável**. 2018, p. 65.

³⁷DAMITZ, Caroline Vasconcelos; SANTOS, Cássio Henrique Pacheco dos. **As novas tecnologias nas relações de consumo para o desenvolvimento social e sustentável**. 2018, p. 72.

³⁸TOAZZA, Vinícius Francisco; SANTOS, GAGLIETTI, Natália Formagini. O Avanço Tecnológico e o Consumo Desenfreado. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da. **Balcão do consumidor: Coletânea Educação para o Consumo**. Passo Fundo: UPF Editora, 2018, p. 103-104.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema tem sua devida relevância visto que a sociedade de consumo e a exploração da natureza são temas latentes na atualidade. Diante do esgotamento dos recursos naturais existentes, observa-se uma abstenção do Estado no que diz respeito à conscientização da população quanto aos danos causados, muitos deles irreversíveis.

Nesse sentido, deve-se pensar em uma forma de organização entre consumidores, sociedade em geral, e Estado que atente para essas questões. Problemas com mais complexidade necessitam de reflexões e ações.

A tecnologia trouxe grande conforto para a vida cotidiana das sociedades e está em constante avanço. Essa aplicação do conhecimento científico para facilitar o cotidiano dos usuários, com certeza, é uma das maiores descobertas do ser humano. No entanto, o custo destes avanços pode ser um preço muito alto a pagar.

Ocorre que os fabricantes dos bens de consumo são os detentores do poder financeiro, que tem supremacia na organização do Neoliberalismo, dessa forma, o consumidor, que tem uma posição social infinitamente inferior, se torna hipossuficiente e vulnerável na relação de consumo. Então essas grandes corporações donas da tecnologia geram os dois problemas discutidos no trabalho: a prejudicialidade do descarte de lixo eletrônico na natureza, o esgotamento dos recursos naturais e a crescente cultura do consumismo, do exagero e da obsolescência programada.

O Estado pode desenvolver papel fundamental no combate aos danos causados pelo lixo eletrônico, atuando de forma positiva com campanhas de conscientização social, promovendo a educação para o consumo e fornecendo locais para o descarte e tratamento adequados do lixo eletrônico.

É necessário que a comunidade geral e o Estado discutam melhorias, trabalhando em conjunto nesses aspectos, visto que as questões ambientais e a problemática do consumo exacerbado são questões sociais importantes em qualquer relação humana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 1990.

DAMITZ, Caroline Vasconcelos; SANTOS, Cássio Henrique Pacheco dos. As novas tecnologias nas relações de consumo para o desenvolvimento social e sustentável. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da. **Balcão do consumidor: Coletânea Educação para o Consumo**. Passo Fundo: UPF Editora, 2018.

DE MELO SANTOS, Maria Carolina. **Da Vulnerabilidade do Consumidor a Vulnerabilidade Ambiental: Análise dos Impactos da Obsolescência Programada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Direito). Universidade Federal de Uberlândia, 2017.

ESTADÃO. **O que o Mercado tem Feito com o Lixo Eletrônico**. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-que-o-mercado-tem-feito-com-o-lixo-eletronico/>> Acesso em 18 de dezembro de 2018.

KEMERICH, Pedro Daniel da Cunha; MENDES, Sabrina Altmeyer; VORPAGEL, Tatiane Hohm; PIOVESAN, Maurício. **Impactos Ambientais Decorrentes da Disposição Inadequada de Lixo Eletrônico no Solo**. Revista do Curso de Engenharia Ambiental da Universidade Federal de Santa Maria. Vol. 10. N.º 2. P. 208-219. 2013.

Meu Ambiente: Lixo Eletrônico, 11/07/2018. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=a6k7baykdVM&t=487s>>. Acesso em 06 de janeiro de 2019.

PADILHA, Valquíria. **Desejar, Comprar e Descartar: da Persuasão Publicitária a Obsolescência Programada**. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252016000400015> Acesso em 30 de dezembro de 2018.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; ROCHA, Leonel Severo; CALGARO, Cleide. A Modernidade Tecnológica, o consumocentrismo e a insustentabilidade ambiental: A Educação para o consumo como forma minimizadora dos problemas socioambientais. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da. **Balcão do consumidor: Coletânea Educação para o Consumo**. Passo Fundo: UPF Editora, 2018.

SEBRAE. **Como Montar um Serviço de Reciclagem de Lixo Eletrônico**. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ideias/como-montar-um-servico-de-reciclagem-de-lixo-eletronico,e4397a51b9105410VgnVCM1000003b74010aRCRD>> Acesso em 30 de dezembro de 2018.

TOAZZA, Vinícius Francisco; SANTOS, GAGLIETTI, Natália Formagini. O Avanço Tecnológico e o Consumo Desenfreado. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da. **Balcão do consumidor: Coletânea Educação para o Consumo**. Passo Fundo: UPF Editora, 2018.

CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E SEUS RECURSOS ESCASSOS

CONFLICT BETWEEN THE PROPERTY RIGHT AND THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT AND ITS SCARSE RESOURCES

Jessica Alflen¹

Viviane Dipp Altenhofen²

RESUMO

O presente trabalho se propõe a desenvolver uma análise acerca do conflito existente entre o direito de propriedade e a preservação dos recursos escassos em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A relevância temática se verifica tendo em vista o paradoxo existente entre a redução dos danos ambientais e proteção aos recursos naturais escassos e os interesses de desenvolvimento econômico por meio da propriedade privada. Desse modo, o roteiro de estudo faz uma breve análise acerca dos institutos do direito de propriedade e do direito ao meio ambiente. Em seguida, procura-se traçar um ensaio acerca do conflito entre a proteção do meio ambiente e seus recursos escasso por meio da propriedade, haja vista os interesses contrastantes na sua utilização. Assim, transformar a ideia predominante de propriedade/capital, em um modo de cuidado do que é comum é a melhor forma de se preservar o meio ambiente e tornar os recursos mais abundantes.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente. Propriedade. Proteção. Recursos escassos.

ABSTRACT

The present work is proposes to develop a analysis about the conflict existent between the property right and the preservation of scarce resources in an environment balanced ecologically. The thematic relevance is verified in view of the existing paradox between the reduction environmental damage and protecting scarce natural resources and economic development interests through private property. Thus, the study rout makes a brief analysis about the institutes of property right and the right to the environment. Next, looking for to draw up an essay on the conflict between the environment protection and its scarce resources through property, given the contrasting interests in their use. So, transforming the predominant idea of property / capital, in a way of caring for what is common is the best means to preserve the environment and become resources more abundant.

KEYWORDS: Environment; property; protection; scarce resources.

INTRODUÇÃO

¹Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – UPF. Endereço eletrônico: jessica.alflen@gmail.com.

²Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – UPF. Endereço eletrônico: vivianedipp@gmail.com.

O presente trabalho se propõe a explorar a ideia de conflito entre o direito de propriedade privada e a preservação dos recursos naturais, hoje, de certo modo, escassos pelo avanço da modernidade e a ambição pelo capital.

Analisar essas circunstâncias se mostra de relevante importância para toda a sociedade, e inclusive para a humanidade, já que os recursos pertencem à coletividade e não podem ser intitulados como propriedade de qualquer pessoa ou governo.

Num primeiro momento conceitua-se o direito de propriedade, bem como aborda-se as transformações da propriedade ao longo dos anos. Ainda, faz-se referência às limitações impostas à propriedade, descritas em nossa Carta Magna, hoje, vinculada ao princípio da função social, o qual assinala uma preocupação com os recursos naturais disponíveis.

Em seguida, trata-se sobre o direito ao meio ambiente, tido como o direito mais difuso existente, o qual não pode pertencer particularmente a ninguém. O direito ao meio ambiente foi assegurado na Constituição Federal de 1988, como forma de alcançar a proteção ambiental e conceber a todo o ser que respira, um ambiente ecologicamente equilibrado, garantindo-lhes uma melhor qualidade de vida.

Por fim, aborda-se sobre conflito entre a propriedade privada e a proteção ao meio ambiente e seus recursos, hoje escassos. Há muito, o conflito entre empresas e ambientalistas vêm travando disputas acerca do que tem mais valor: o capital, o avanço da economia e o desenvolvimento econômico de um país, ou a preservação de recursos naturais, os quais significam preservação da vida.

Em nome do desenvolvimento econômico, a propriedade tem se mostrado causadora de consequências sociais e ambientais desastrosas, provenientes da ambição desenfreada que atinge os proprietários, que buscam satisfação pessoal, almejando apenas a riqueza, desligando-se do seu compromisso com o meio ambiente.

Assim sendo, almeja-se encontrar uma solução para o conflito entre a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, e, ao mesmo tempo, possibilitar o desenvolvimento econômico por meio da propriedade privada.

O método utilizado para o desenvolvimento do presente estudo será o hipotético dedutivo, sendo utilizado, ainda, o procedimento bibliográfico, embasando-se a pesquisa, em artigos e obras científicas.

1 - DIREITO DE PROPRIEDADE E AO MEIO AMBIENTE

1.1 - Direito de propriedade

A propriedade é o direito real mais amplo e completo. O seu titular, na propriedade plena, possui os privilégios de usar, gozar e dispor da coisa. Segundo Orlando Gomes, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver.³

Ao longo dos tempos, o conceito e a compreensão do direito de propriedade sofreu transformação, assumindo diferentes formas. A propriedade disciplinou-se em normas, visando atender os anseios da sociedade.

Conforme Venosa, nas sociedades primitivas, antes da época romana, o solo pertencia a toda a coletividade. Os povos se mantinham em determinado lugar apenas enquanto pudessem promover, através de recursos naturais (caça, pesca e agricultura no território), a sua subsistência. E desaparecendo ou diminuindo esses recursos naturais, o grupo social deslocava-se para outra terra.⁴

Segundo Lopes, “foi em Roma que a concepção de propriedade rigidamente individual se firmou de uma maneira jamais conhecida no mundo. Nela, preponderava um sentido individualista.”⁵

Mas, foi a partir do século XVIII, que se passou a reclamar leis que definissem o direito de propriedade. Consoante Venosa, a Revolução Francesa recepcionou a ideia romana.⁶ O Código de Napoleão, de acordo com Lopes, consagrou uma propriedade sob um aspecto profundamente individual, sendo caracterizada como exclusiva, com um único titular, concebendo a este a mais ampla liberdade, de uso, gozo e disponibilidade de bens, dentro dos limites da lei existente.⁷

O exagerado aspecto individualista da propriedade perde força no século XIX, quando se busca um sentido social da propriedade. As transformações na ideologia da propriedade espelharam-se na regulamentação do direito de propriedade na ordem positiva.

No ordenamento jurídico brasileiro, o constituinte de 1988, preocupado em assegurar o uso da coisa em conformidade com os anseios pelo bem comum, trouxe no bojo da Constituição Federal, o instituto da *Função Social da Propriedade*. A limitação ao direito de propriedade, fixa suas raízes no Direito Constitucional. Segundo Coelho:

[...] a Constituição, ao proteger a propriedade privada e determinar que seu uso atenta à função social, prescreveu: de um lado, não se podem sacrificar os interesses públicos, coletivo e difuso para atendimento do interesse do proprietário; mas também não se pode aniquilar este último em função daqueles. A propriedade, em suma, deve estar apta a cumprir simultaneamente as funções individual e social que dela se espera.⁸

³GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 110.

⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5, p. 152.

⁵LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 7, p. 284.

⁶VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**, p. 153.

⁷LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**, p. 293.

⁸COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4, p. 59.

Dessa forma, o proprietário da coisa deve estar atento às limitações impostas pela Constituição e pela lei, agindo de acordo com normas e princípios do ordenamento jurídico, uma vez que deve observar o princípio da Função Social da Propriedade.

Assim, de acordo com Farias e Rosenvald, os limites da atividade econômica e a função social dos direitos, inclusive de propriedade, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional e devem ser considerados como meios de ampla tutela dos direitos substanciais do ser humano.⁹

As limitações ao direito de propriedade visam atender o bem comum, coletivo e não o individual, privando muitas vezes o próprio proprietário de utilizar a sua coisa da maneira como deseja.

O princípio da função social, conforme Moraes, “é, em verdade, *uma imposição das condições sociais dos tempos atuais* em relação à propriedade privada. É o suspiro último da propriedade privada. É válvula redentora dela.”¹⁰

Hoje, é inconcebível falar-se sobre uma definição conceitual de propriedade despindo-a do princípio da Função Social. A função social encontra respaldo no ordenamento jurídico, na medida em que busca a harmonia entre a garantia da propriedade privada e os interesses sociais, inclusive direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

Sendo assim, não há que se falar em direito de propriedade sem uma função social e socioambiental. Tais elementos integram e são necessários para que ela exista. A tentativa de utilização do direito de propriedade para finalidades egoístas que causem danos aos interesses coletivos devem ser coibidas. Há limites impostos aos direitos concernentes ao direito de propriedade. Neste sentido assevera Coelho

As limitações ao direito de propriedade erguidas pela ordem positiva (em normas constitucionais ou legais) visam atender a dois valores distintos: De um lado, há limitações que privilegiam os interesses transindividuais (coletivos ou difusos) ou públicos. O proprietário é constrangido em seus poderes de usar, gozar, dispor da coisa ou reivindicá-la de quem a possui ilegalmente, ou é até mesmo privado deles, para que prevaleça o interesse tido pelo Direito como de maior envergadura, por afetar um número considerável de pessoas ou a sociedade indistintamente.¹¹

A análise do conceito de propriedade sob a envergadura da Função Social, enfatiza a sua finalidade econômica e social, na medida em que, encontra-se regulamentada no direito individual, no entanto, sua utilização deve ser adequada aos anseios da sociedade.

Dessa forma, o conceito de propriedade está complementemente submisso a sua função social, uma vez que, o proprietário não está mais revestido do poder absoluto da propriedade, podendo fazer com ela

⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 197.

¹⁰MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, p. 92.

¹¹COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**, p. 68.

o que bem entender. Pelo contrário, vê seu direito restringido e limitado por leis e por uma nova concepção de sociedade.

1.2 - Meio ambiente

O direito ao meio ambiente pode ser apontado como o direito mais difuso existente, pois se define como um direito que a todos pertence, no entanto, nenhuma pessoa o detém de forma particular. O uso apropriado dos recursos ambientais passou a ser uma das maiores questões dos últimos tempos.

Assim, como o direito de propriedade, a Constituição da República de 1988, trouxe em seu bojo normas relativas a proteção ambiental, quando afirma, no artigo 225, *caput*, que todas as pessoas possuem direito ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo, e demonstra ser essa uma necessidade para uma melhor qualidade de vida.¹²

Conforme Antunes, o meio ambiente compreende o humano, como sendo um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que surgem através da apropriação de bens naturais que se transformam em recursos essenciais para a vida humana.¹³

Ainda, segundo Rodrigues, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é um direito que se antepõe aos demais direitos, em virtude de seu caráter de direito fundamental à vida, assim, a agressão a este, terá repercussão em aspectos individuais como o lazer, a saúde, a segurança, etc.¹⁴

Segundo a Lei da Política Nacional do meio ambiente, o meio ambiente também pode ser considerado um patrimônio público, o qual, necessariamente, deve ser assegurado e protegido, tendo em vista seu caráter de uso coletivo.¹⁵

Dessa forma, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é de fundamental importância para a existência de qualquer forma de vida, se caracterizando como um bem comum e insuscetível de apropriação privada. Nesse sentido, a sua proteção e preservação é um dever coletivo.

2 - CONFLITO ENTRE DIREITO DE PROPRIEDADE INDIVIDUAL E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E SEUS RECURSOS ESCASSOS

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

¹³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 09.

¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 395.

¹⁵ Art. 2º, inciso I. BRASIL. **Lei 6.938 de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm> acesso em 22/07/2018. Acesso em: 30 nov. 2018.

Atualmente, um dos grandes embates travados diz respeito a proteção e preservação dos recursos escassos, sobretudo ambientais.

Pessoas ligadas às áreas ambientais, assomam que as empresas, causam reiterados danos ambientais, aduzindo que a sua única finalidade é a produção de lucros, e dessa forma, priorizam seus interesses financeiros em detrimento dos bens públicos. As empresas, por sua vez, acusam os ambientalistas de ignorarem a necessidade de desenvolvimento e crescimento econômico, com a produção de empregos e renda, por exemplo.

De acordo com Mackaay e Rousseau, inegavelmente a propriedade é um meio de assegurar um funcionamento apropriado do mercado, bem como da ordem econômica. A contribuição do direito privado para o “crescimento econômico” pode ser descoberta “por intermédio do mercado”. Essa contribuição possibilita a compreensão da ligação com a instituição do direito de propriedade privada.¹⁶

Asseveram, ainda, que a propriedade é a forma de pôr fim a conflitos decorrentes da emergente escassez. Os recursos se mostram escassos à medida que se descobrem novas formas para utilização das coisas, a par dos usos comuns.¹⁷

Para Cotter e Ullen, a eficiência impõe que bens que impliquem rivalidade e exclusão sejam administrados por indivíduos ou um grupo pequeno de pessoas, enquanto que os bens que não impliquem rivalidade ou exclusão sejam administrados por um grupo grande de pessoas, como por exemplo, o Estado.¹⁸ Ainda, segundo os autores:

Por implicarem rivalidade, os bens privados têm de ser usados e consumidos por indivíduos, e não desfrutados de modo igual por todos. A eficiência exige o uso e consumo de cada bem privado pela parte que mais o valorize. Num mercado livre, ocorrem intercâmbios até que cada bem seja tido pela parte que mais o valoriza. [...]. Depois de o Estado reconhecer os direitos de propriedade, o proprietário de um bem privado pode excluir outras pessoas do uso ou consumo desse direito, exceto com o consentimento do proprietário. O poder de exclusão do proprietário canaliza o uso ou consumo de bens privados para que ele se torne um intercâmbio voluntário, que fomenta o uso eficiente desses bens.¹⁹

Mackaay e Rousseau complementam, ainda, aduzindo que o livre acesso a um recurso provoca o risco de que ele seja superconsumido e superexplorado, sendo o livre acesso uma raiz dos problemas ambientais, tais como poluição e perigo de desaparecimento de espécies animais.²⁰

¹⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Altas, 2015, p. 239.

¹⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**, p. 228.

¹⁸ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 120.

¹⁹ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**, p. 120.

²⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**, p. 229-230.

Nesse sentido, poder-se-ia concluir que os recursos escassos do meio ambiente seriam melhor protegidos se fossem atribuídos a um indivíduo ou a um pequeno grupo de pessoas, de forma particular. Contudo, ao longo do tempo, a propriedade privada tem se mostrado, cada vez mais, como um meio de devastação ambiental, tendo em vista que se transformou em instrumento de acúmulo, a qualquer preço, de riquezas.

Assim, se por um lado, deve o Estado garantir a proteção à propriedade privada, por outro deve primar pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, o qual se caracteriza como um direito fundamental, diferentemente do direito à propriedade.²¹

Mesmo o direito à propriedade privada, como alhures mencionado, deve ser exercido visando sempre o seu fim social e socioambiental, não sendo permitido ao proprietário utilizar o seu bem de forma que prejudique a natureza e outros seres vivos.

Não se pode fugir da análise do crescimento do capitalismo quando se pronuncia a escassez dos recursos, hoje tido como um capitalismo global, após a aceitação da China comunista pela Organização Mundial do Comércio em 2001. Essa nova economia funciona em tempo real. As empresas, cada vez mais, se tornaram implacáveis segundo Capra e Mattei²² no desenvolvimento empresarial, promovendo um consumo excessivo e uma economia descartável, com o uso intensivo dos recursos, o desperdício e a poluição, o esgotamento dos recursos naturais da Terra e o distanciamento das pessoas.

Segundo Capra e Mattei,²³ da análise de pensadores acadêmicos e líderes comunitários, há muitas consequências da liberdade extrativista do capitalismo pelo direito imobiliário, ou seja, pelo desejo crescente em adquirir seu próprio imóvel, a tão sonhada casa própria, como o aumento da desigualdade social e da exclusão social, o colapso da democracia e a deterioração do meio ambiente natural de modo acelerado, além da pobreza e da alienação crescentes.

O novo capitalismo global para Capra e Mattei,²⁴

[...] ainda legalmente amparado pela concepção mecanicista da propriedade como liberdade para ocupar recursos inexplorados, ameaçou e destruiu comunidades locais no mundo inteiro. Na busca malconduzida pela biotecnologia, violou a santidade da vida ao tentar transformar diversidade em monocultura, ecologia em engenharia, e a própria vida num bem de consumo.

²¹ Sobre a propriedade não se caracterizar como um direito fundamental ver em: GARCIA, Marcos Leite; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A propriedade é um direito fundamental?: reflexões a partir dos pensamentos de Luigi Ferrajoli e Gregorio Peces-Barba. **Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito**, Itajaí: UNIVALE, 2016. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

²² CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p. 169-170.

²³ CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**, p. 170.

²⁴ CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**, p. 171.

Assim, o avanço do capitalismo e com ele da propriedade, segundo Capra e Mattei,²⁵ trouxe ao mundo uma inédita riqueza, contudo, consequências sociais e ambientais desastrosas.

O que se percebe é que a propriedade vem buscando seu avanço econômico ao custo do direito da humanidade de possuir um meio ambiente saudável e equilibrado, como se o meio ambiente, que garante vida aos seres vivos, valesse menos que as moedas de câmbio.

Em nome do desenvolvimento econômico, o ser humano se distanciou da natureza, procurando concentrar seus esforços no capital, deixando de preservar o ambiente em que vive, com a utilização demasiada dos recursos naturais. De acordo com Porto-Gonçalves:²⁶

O fundamento da relação da sociedade com a natureza sob o capitalismo está baseada na separação, a mais radical possível, entre os homens e mulheres, de um lado, e a natureza de outro. A generalização do instituto da propriedade privada, ao privar a maior parte dos homens e das mulheres ao acesso aos recursos naturais, cumpre um papel fundamental na constituição do capitalismo.

O interesse do ser humano pelo desenvolvimento econômico e a busca incessante pelo capital, fomentados pelo sistema capitalista e neoliberal, baseados na propriedade privada dos bens, criam um verdadeiro entrave a proteção dos recursos naturais. De acordo com Porto-Gonçalves:²⁷

[...] estamos diante, nesses últimos 30-40 anos de globalização neoliberal, de uma devastação do planeta sem precedentes em toda a história da humanidade, período em que, paradoxalmente, mais se falou de natureza e em que o próprio desafio ambiental se colocou como tal.

O Estado soberano e o proprietário individual para Capra e Mattei,²⁸ atuaram como dois aliados na destruição da ordem jurídica anterior, está baseada na relação social e na adaptação dos seres humanos às exigências ecológicas da natureza. Para estes, o direito serviu como instrumento da dominação humana sobre a natureza, eliminando aos poucos a participação das pessoas nos processos reprodutivos naturais, afastando a antiga sabedoria orgânica medieval.

Assim, graças a ciência para Capra e Mattei,²⁹

é que conseguimos entender a natureza; graças a tecnologia, podíamos transformá-la; e graças aos institutos jurídicos de propriedade e soberania, a essência da natureza poderia ser

²⁵CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**, p. 171.

²⁶ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 288.

²⁷PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**, p. 20.

²⁸CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**, p. 32-33.

²⁹CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**, p.33.

transformada em uma *commodity* (mercadoria), um objeto físico que os seres humanos teriam o direito de explorar ou “aperfeiçoar”.

Em pleno século XXI, o termo a ser utilizado por Capra e Mattei³⁰ é *Revolução Ecojurídica*, um termo que introduziu o conceito de natureza como uma máquina e a razão humana como superior aos processos naturais.

A concentração de capital após a Revolução Industrial para Capra e Mattei,³¹ exigia a mercantilização da terra. Desse modo, a classe proprietária de terras se aliou ao governo para pôr fim à resistência das pessoas que viviam comunitariamente, com agricultura de subsistência e especialização limitada.

Assim, após o advento da modernidade, os processos de produção descritos por Capra e Mattei,³² foram transformados em produção e manufatura de alimentos. Esse acontecimento contou com o apoio de uma teoria que postulava um direito de propriedade ilimitado, fornecida por John Locke e por uma teoria da ilimitada soberania de Estado, oferecida por Thomas Hobbes.

Um dos resultados dessa modernidade para Capra e Mattei,³³ é a ideia de que o estilo de vida camponês primitivo é brutal, inculto e inferior à vida nas cidades, assim, hoje, esses antigos saberes estão se acabando, sendo substituídos pelos produtos industriais e assim, os próprios meios de sobrevivência vêm sendo deixados nas mãos de um pequeno grupo de empresas globais.

Para Capra e Mattei,³⁴ criar leis para a exclusão e a concentração do poder, foi o BUM para transformar, tanto os bens comuns físicos, quanto os culturais, em propriedade privada e capital, concentrados em poucas mãos poderosas, privadas ou públicas.

Desse modo, o que poderia ser feito para modificar este quadro colossal? Capra e Mattei³⁵ nos indicam uma saída, transformar o excedente de capital em *commons* (hábito de juntar-se a outras pessoas a fim de cuidar de alguma coisa identificada como um bem ou recurso comum), contudo, não há como se fazer isso pela velha lógica extrativista do desenvolvimento quantitativo.

Para isso, segundo Capra e Mattei,³⁶

³⁰CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*, p.239.

³¹CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*, p.239.

³²CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*, p.240.

³³CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*, p.241.

³⁴CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*, p.244.

³⁵CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*, p.245.

³⁶CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*, p.259.

Reduzir o impacto catastrófico das atividades extrativistas e do excessivo desenvolvimento econômico, ao mesmo tempo que se acumula integridade ecológica e justiça social, requer o uso do conhecimento da vida comunitária para poder controlar, preventivamente, os projetos e práticas econômicos capazes de pôr em risco o futuro – o que deve ser feito mediante um grande número de instituições participativas sofisticadas, o que atualmente só acontece como exceção.

A propriedade para Capra e Mattei³⁷ não será protegida se servir a propósitos antissociais. Para estes autores,³⁸ qualquer estratégia individual está fadada ao fracasso. Dessa forma, necessário é unir forças em vista de um bem comum e bem definido, de emancipação em relação à concepção mecanicista do direito. Assim sendo, o direito ecológico está pronto, desde já, para oferecer uma visão e um projeto de futuro aos 99%.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como referido, a propriedade é o direito real mais amplo e completo. Com o passar do tempo, o conceito e a compreensão do direito de propriedade sofreu muitas transformações, disciplinando normas, visando atender os anseios da sociedade.

Atualmente, é inconcebível falar-se sobre uma definição conceitual de propriedade despidendo do princípio da Função Social. A função social encontra respaldo no ordenamento jurídico, na medida em que busca a harmonia entre a garantia da propriedade privada e os interesses sociais, inclusive direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

O direito ao meio ambiente pode ser apontado como o direito mais difuso existente, pois se define como um direito que a todos pertence, sendo que nenhuma pessoa o detém de forma particular. O uso apropriado dos recursos ambientais passou a ser uma das maiores questões dos últimos tempos.

Dessa forma, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é de fundamental importância para a existência de qualquer forma de vida, se caracterizando como um bem comum e insuscetível de apropriação privada. Nesse sentido, a sua proteção e preservação é um dever coletivo.

Um dos grandes embates travados, na atualidade, diz respeito a proteção e preservação dos recursos escassos, sobretudo ambientais.

Ativistas ligados às áreas ambientais, assomam que as empresas, causam reiterados danos ambientais, aduzindo que a sua única finalidade é a produção de lucros, priorizando interesses financeiros em detrimento dos bens comuns. As empresas, por sua vez, acusam os ambientalistas de ignorarem a necessidade de desenvolvimento e crescimento econômico.

³⁷CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**, p.260.

³⁸CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**, p.264-265.

De acordo com alguns autores, poderia ser concluído que os recursos escassos do meio ambiente seriam melhor protegidos se fossem atribuídos a um indivíduo ou a um pequeno grupo de pessoas, de forma particular. Porém, ao longo do tempo, a propriedade privada tem se mostrado, cada vez mais, como um meio de devastação ambiental, tendo em vista que se transformou em instrumento de acúmulo, a qualquer preço, de riquezas.

O que se percebe é que a propriedade vem buscando seu avanço econômico ao custo do direito da humanidade de possuir um meio ambiente saudável e equilibrado. Em nome do desenvolvimento econômico, o ser humano se distanciou da natureza, procurando concentrar seus esforços no capital, deixando de preservar o ambiente em que vive, com a utilização demasiada dos recursos naturais.

Dessa forma, a partir das considerações do presente estudo, foi possível concluir, apoiando-se em Capra e Mattei, que a propriedade não será protegida se servir a propósitos antissociais. Dessa forma, faz-se necessário a união de forças com vista a um bem comum e definido, de emancipação em relação à concepção mecanicista do direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. **Lei 6.938 de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm acesso em 22/07/2018>. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

CAPRA, Fritjof. MATTEI, Ugo. **A Revolução Ecojurídica. O direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Cultrix, 2018.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Marcos Leite; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A propriedade é um direito fundamental?: reflexões a partir dos pensamentos de Luigi Ferrajoli e Gregorio Peces-Barba. **Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito**, Itajaí: UNIVALE, 2016. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 30 nov. 2018.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 7.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.

A COOPERAÇÃO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE À LUZ DA DIALÉTICA FILOSÓFICA DE PLATÃO E ARISTÓTELES

COOPERATION AS A WAY OF PROTECTING BIODIVERSITY IN THE LIGHT OF THE PHILOSOPHICAL DIALECTIC OF PLATO AND ARISTOTLE.

Jonathan Dalla Rosa Melo¹

RESUMO

No presente estudo pretende-se demonstrar o que consiste a cooperação na atualidade, diante da sua necessidade, ou ainda a sua falta como forma urgente para a superação do sentido paradigmático cartesiano vigente que separa o homem do mundo, ou seja da natureza. A pesquisa é bibliográfica e o caminho metodológico fundamentalmente é analítico. Alerta-se que a falta de cuidado com a biodiversidade é cada vez mais crescente e expressiva e deixada de lado, o que existe é a perda do vínculo humano para o estabelecimento de novas formas de pensar sensível. A dialética filosófica de Platão e Aristóteles traz essa possibilidade de construção de um novo olhar cidadão para a construção valorativa da biodiversidade, pois a mesma é fundamental para a existência da coletividade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Aristóteles. Biodiversidade. Cidadania. Cooperação. Platão.

ABSTRACT

In the present study we intend to demonstrate what cooperation is nowadays, in view of its necessity, or even its lack as an urgent way to overcome the current Cartesian paradigmatic sense that separates man from the world, or from nature. The research is bibliographical and the methodological path is fundamentally analytical. It is warned that the lack of care with biodiversity is increasingly growing and expressive and overlooked, what exists is the loss of the human bond to the establishment of new forms of sensible thinking. The philosophical dialectic of Plato and Aristotle brings this possibility of building a new citizen's view for the evaluation of biodiversity, since it is fundamental for the existence of the human collectivity.

KEYWORDS: Aristotle. Biodiversity. Citizenship. Cooperation. Plato.

INTRODUÇÃO

No presente estudo realiza-se uma análise questionando sobre a necessidade de cooperação na atualidade para a proteção da biodiversidade, dos recursos naturais, da diversidade da vida.

Inicialmente, aponta-se sobre o caminho que não envolve somente a questão dos recursos naturais propriamente dito, mas também propõem-se a questão do cuidado das riquezas culturais da humanidade,

¹Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo/RS. Advogado inscrito na OAB/RS sob o n° 101271; Técnico em Agropecuária inscrito no CREA/RS sob o n° 174500; Radialista: Locutor-apresentador-animador com registro no MTPS sob o n° 0015290/RS; Aluno do Programa de Pós-Graduação *Lato sensu* em Filosofia na Contemporaneidade – Nível de Especialização pelo Instituto Missioneiro de Teologia/IMT-URI, *Campus* de Santo Ângelo/RS; Aluno do Programa Agricultura de Precisão, SENAR/RS; e Agricultor no Lajeado das Pombas-Santo Ângelo/RS. E-mail: jonathandallarosa@gmail.com.

da diversidade, dando-lhe um sentido mais amplo de maneira transdisciplinar para uma nova consciência ambiental, devido aos constantes desafios filosóficos, ambientais para a redução da mercantilização dos recursos naturais.

Referindo-se ao mundo moderno trouxe consigo o pensamento individualista, a busca incessante do ser humano por lugar no mundo baseado no modo de produção capitalista, e isso implica os desafios a serem superados com as questões ambientais.

O modelo de produção baseado na extração dos recursos naturais, tem como característica a usurpação desenfreada da vida, seja ela biológica ou cultural. Assim, a atenção é fundamental para com as culturas locais, ao analisar estas questões que englobam a temática ambiental, é necessário fazer um diálogo consubstanciado entre a linguagem científica com a linguagem popular das comunidades locais de maneira cooperativa integrando a dialética filosófica de Platão e Aristóteles nessa conjuntura da temática proposta.

Dessa maneira, a pesquisa é bibliográfica e o caminho metodológico fundamentalmente é analítico.

1 - A REPÚBLICA DE PLATÃO E A POLÍTICA DE ARISTÓTELES.

1.1 - A República de Platão

Platão (Atenas - 428 a.C. a 348 a.C.), seu nome era um apelido por ter os ombros largos, também acredita-se que seu nome verdadeiro seja Arístocles, contribuiu muito para a evolução do pensamento humano. Em sua obra “A República”, Platão trabalhou com a preocupação da reorganização social. O filósofo considerava que a justiça dependia da diversidade de funções exercidas por três classes distintas: a) artesãos: produziam bens materiais; b) soldados: defendiam a cidade; c) guardiães: zelavam pela observância das leis.

Dessa forma, para Platão a produção, defesa e administração interna eram as três funções essenciais da cidade. Toda a cidade seria feliz e não apenas uma classe usufruiria de uma felicidade maior.

Segundo a visão de Platão, o indivíduo faria parte da cidade para cumprir sua função social e nisso consistia ser justo: “cumprir a sua própria função social”.

E, como ressaltado na *República* (342 e), a *téchnē* é uma habilidade que é definida e diferenciada de acordo com sua função. Como afirma Parry:²

Enquanto que a *téchnē* é associada com saber como fazer (*epístasthai*) determinadas atividades, *epistēmē*, às vezes, indica um componente teórico da *téchnē*. Portanto, é associada com entendimento (gnósis). [...] o médico sabe como cuidar do doente (*Rep.* 342d), prescrever uma dieta (*Rep.* 407d), proporcionar a vantagem do corpo (*Rep.* 341e) [...].

² PARRY, R. Episteme and Technē. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2003. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/episteme-technē/>>. Acesso em: 02 set. 2015.

De fato, *A República* (342 e) apresenta o *governo* [ou a *governança*] como uma *téchnē*, de modo que saber governar é uma espécie de conhecimento com uma função e um fim determinados, mas, também, uma *arte*. E, dentro da argumentação da *República*, no *Livro IV*, o filósofo é aquele capaz de governar, por ter *conhecimentoteórico das formas* — mais bem apresentado pelo conceito de *epistēmē*—, mas que não deixa de ser balizado pelo conceito de *téchnē*, que parece ser um equivalente, nesse diálogo; duas partes que, de certa forma, se complementam, visto que o *conhecimento* é viabilizado através da *dialética*, uma técnica própria e definidora da figura do filósofo.

Apresenta-se o método dialético é o método por excelência em Platão, a única ciência verdadeira, pois

É o único que, rejeitando as hipóteses, se eleva até o próprio princípio, a fim de estabelecer solidamente suas conclusões e que, verdadeiramente, retira pouco a pouco o olho da alma da lama grosseira onde jaz mergulhado e o eleva à região superior (533c-d).

Na concepção da alegoria da Caverna de Platão, a dialética é o cume de todo o estudo que pode ser realizado pelo homem, pois vai nos permitir ascender até a Ilha do Bem, através da razão, buscando sempre expressar a essência das coisas, ou seja, entendendo que somente é possível atingir a essência das coisas pela inteligência (532a). A dialética é o meio que o prisioneiro se liberta das sombras da caverna para encontrar a luz do sol, das sombras às luzes da libertação.

1.2- POLÍTICA DE ARISTÓTELES(384-322 A.C.)

Por volta do ano de 367 a. C., aos 17 anos partiu para a Academia de Platão em Atenas, surge no cenário ateniense o grande filósofo Aristóteles.

Contata-se que Atenas era uma Cidade-Estado com autonomia e organização próprias. O cidadão ateniense se orgulhava de não estar submetido ao mando de um rei. Os cidadãos atenienses tinham a consciência de viver em sociedade e por isso participavam da vida pública da cidade, sendo responsável de todo o destino da polis, e acima deles havia apenas as leis que eles mesmos elaboravam.

A ideia de que a soberania é da lei e não de deuses ou rei é o fundamento da democracia grega. Por isso, Aristóteles definiu o homem como um “animal político - zoónpolitikón” (1253a2-3), requerendo a polis para viver. Aristóteles principia sua Política com a seguinte afirmação:

Vemos que toda a cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que a mais importante de todas elas e que inclui todas as outras visa ao mais importante de todos os bens; ela se chama cidade, isto é, a comunidade política (1252a1-7).

Para Aristóteles, a finalidade do conhecimento e atividade era a virtude, e explicava que isso era verdadeiro especialmente em relação às atividades mais importantes: a do Estado e a do cidadão. O filósofo

afirmava que para o Estado, a virtude objetivada era a Justiça para toda comunidade, com igualdade para todos.

No entanto, Aristóteles falava que os homens tinham que prestar atenção ao discutir a estrutura do Estado, pois para ser assegurada uma vida digna, a educação, a virtude e a capacidade deveriam receber a mais alta consideração.

Portanto, verifica-se também que: “a dívida ecológica é mais vasta e profunda do que a dívida financeira. Não só é impagável, mas é incomensurável”.³No mesmo sentido, Ost⁴ explica os impactos trazidos pelo homem do século XVII:

Com o estabelecimento, a partir do século XVII, de uma nova relação com o mundo portadora das marcas do individualismo possessivo, o homem, medida de todas as coisas, instala-se no centro do Universo, apropria-se dele e prepara-se para o transformar [...].

Dessa maneira, Ost⁵ dispõe: “o homem humaniza a terra, imprime-lhe a sua marca física e reveste de símbolos que a fazem falar uma linguagem para ele inteligível”.

Para Luhmann⁶ os riscos estariam vinculados à ideia de uma espécie de imprevisibilidade, que podemos chamar de mediata ou mesmo derivada de um fato ou situação anteriormente estabelecida e que pode desencadear um prejuízo, em curto, médio ou longo prazo. É o que ressalta um importante princípio do direito ambiental, o princípio da precaução, no sentido de que “[...] a falta de certeza científica não deve ser utilizada como justificativa para que se implemente obra que possa vir a lesar o meio ambiente.”

Nesse sentido, o referido princípio traz referência que a falta de uma certeza da atividade científica, da questão da tecnologia, das manipulações não pode ser fundamento para a liberação, autorização para utilização de um determinado produto sem a devida precaução. É o que se verificará em sequência.

2 - APONTAMENTOS SOBRE A TECNOLOGIA COMO TÉCNICA PARA A MANIPULAÇÃO DA NATUREZA.

³ LEFF, Enrique. **Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder.** Trad. Lúcia Mathilde Endich Orth. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, p. 38.

⁴ OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito.** Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 53.

⁵ OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito.** Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 31.

⁶MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2010, p. 80-89.

Destaca-se em Galimberti,⁷ ciência é *tecnociência*, pois não há como pensar em ciência sem um viés técnico-tecnológico, uma vez que não há perspectiva científica sem tecnologia, nem tecnologia sem técnica. Como já referenciado anteriormente, a ciência moderna não é um *conhecer para contemplar*, tal qual no panorama grego, senão que um *conhecer para dominar/alterar* a realidade — sempre arraigado a um perfil utilitarista, de *conhecer com vistas a algo*. Além disso, parece que a ciência rechaçou a explicação mitológica e sacra da realidade, a partir de uma visão naturalizada e profanadora da realidade, para trazer uma perspectiva *te[le]ológica* de mundo. Em que sentido? À medida que o tempo é dividido entre passado, presente e futuro, pela teologia, a perspectiva sempre é de que existe um pecado original, que será sublimado através da vida religiosa, na espera de um futuro promissor. A ciência traz a mesma perspectiva, com base em uma linguagem lógico-matemática, de que o passado se resume a trevas, o presente se desenvolve na ciência, e o futuro é o progresso derivado da pesquisa científica.⁸

De certa forma, “em uma era de tecnologia, a função da política tornou-se mais mediação do que tomada de decisão, uma vez que tomar decisões não é mais compatível com a funcionalidade da tecnologia”.⁹

Constata-se o corte da relação com o meio ambiente. Relação esta que não poderia ser cortada. (Homem e sociedade). Dubos assevera, com propriedade, a crítica que segue:

[...] o conhecimento científico enfraqueceu ou destruiu os valores tradicionais dentro dos quais o homem funcionava no passado, mas não lhe deu um novo sistema ético que servisse de substituto. O conhecimento libertou o homem de muitos erros grosseiros mas não lhe deu crenças que acrescentassem à existência material um espírito jovial. Já se disse que a ciência dá ao homem tudo para viver mas nada por que viver.¹⁰

Além disso, Dupuy¹¹ explica que

Mecanizando a mente, tratando-a como um artefato, a mente presume exercer poder sobre esse artefato em um nível que nenhuma psicologia que pretende ser científica jamais sonhou atingir. A mente pode, agora, não só manipular essa versão mecanizada de si mesma à vontade, mas, também, até reproduzir e manufaturá-la de acordo com seus próprios desejos e intenções.

Sobre a questão da água segundo Lovelock, “é um alvo móvel. Representa o esforço constante em equilibrar e integrar os três pilares do bem-estar social, prosperidade econômica e proteção ambiental em benefício das gerações atuais e futuras”. Nesse mesmo sentido, Fritjof Capra¹² afirma que:

A ecologia profunda não separa seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que

⁷ GALIMBERTI, U. Man in the age of technology. In: **Journal of Analytical Psychology**, v. 54, n. 1, p. 3-17, jan. 2009a, p. 07.

⁸ GALIMBERTI, U. **Man in the age of technology**. 2009a, p. 07.

⁹ GALIMBERTI, U. **Man in the age of technology**. 2009a, p. 10.

¹⁰ DUBOS, René. **O despertar da razão**. São Paulo: Melhoramentos/USP, 1972, p. 72.

¹¹ DUPUY, J-P. Some Pitfalls in the Philosophical Foundations of Nan ethics. In: **Journal of Medicine and Philosophy**, v. 32, p. 237-261, 2007, p. 254.

¹² CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 29.

estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida.

Surge, portanto, a necessidade de repensar tais atitudes, bem como é necessário analisar o chamado desenvolvimento “sustentável” e a contaminação de nossos recursos como água, a biodiversidade. Dentro do contexto percebe-se o “novo” constitucionalismo latino-americano vem se estabelecendo de forma gradual e tratando tal questão, faz isso com bases seguras, num viés de inclusão e participação democrática, o que difere dos moldes constitucionais herdados da cultura ocidental colonizadora que sempre desprezou tal recurso e tal relação com a natureza.

3 - A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DE FORMA COOPERATIVA

A Constituição Federal é o mandamento maior da nação brasileira, e segundo seus preceitos, cada cidadão deve assumir a sua função social tão destacada pelos filósofos da Grécia Antiga. Nos dias atuais, a função social principal de cada um é a luta por uma vida digna dos seres humanos. De tal forma a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 225, dispõe 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.¹³

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Isso significa que, por nossa Constituição Federal, o Estado brasileiro adotou o modelo Republicano de Platão como forma de governo e a Democracia de Aristóteles como regime político. Verifica-se o artigo 170, inciso VI da Constituição Federal de 1988 prevê que:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Acima evidencia-se que a Constituição Federal, assegura a todos uma existência digna através da defesa do meio ambiente. Além disso, quanto a defesa do meio ambiente é possível a forma cooperativa o que é permitido pela mesma pela livre iniciativa.

Com relação a diversidade biológica está sendo irreversivelmente diminuída através da extinção, à medida que os habitats são destruídos. E isso precisa mudar, uma vez que necessitamos de um meio ambiente equilibrado em todos os sentidos. Assim:

¹³ BRASIL. Constituição 1988. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado.

[...] a lógica não nos persuade de que deveríamos viver respeitando certas normas, uma vez que somos parte integral da teia da vida. No entanto, se temos a percepção, ou a experiência, ecológica profunda de sermos parte da teia da vida, então estaremos (em oposição e deveríamos estar) inclinados a cuidar de toda a natureza viva.¹⁴

Para Ricoeur,¹⁵ é necessário que a ideia de responsabilidade volte seu olhar para o futuro: em vez de procurar os culpados das ações passadas, essa nova ideia serviria para definir as pessoas solidariamente investidas de novas missões preventivas. Essa é a ideia essencial de Jonas:¹⁶ “[...] cabe-nos, a partir de agora, ser guardiões da natureza e das gerações futuras, cujos interesses encontram-se, eles mesmos, efetivamente confusos, uma vez que fragilizados ao ponto mesmo de sua manutenção não estar assegurada.”

A gravidade da interferência humana sobre a natureza tirou dela a possibilidade de defesa; a raça humana, ao se tornar agente do desequilíbrio, deve tornar-se, igualmente, responsável pela sua recuperação.¹⁷

Para Vladimir Passos de Freitas,¹⁸ “dano é causar prejuízo em coisa alheia. Ou, é a lesão de interesses juridicamente protegidos. Ou ainda, é toda ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”. Diversamente de outras legislações, a brasileira não conceituou expressamente dano ao meio ambiente, dessa forma alguns doutrinadores o fizeram, afirmando que “o dano ambiental pode ser compreendido como sendo o prejuízo causado a todos os recursos ambientais indispensáveis para a garantia de um meio ecologicamente equilibrado, provocando a degradação, e conseqüentemente o desequilíbrio ecológico”.¹⁹

Ao se tratar a natureza como um bem (o bem ambiental), ela é transformada em uma entidade economicamente mensurável. No entanto, é importante ressaltar que o bem ambiental é uma construção econômico-jurídica abstrata, já que a natureza permanece externa ao discurso econômico e à sua racionalidade. A natureza tem uma racionalidade própria, no sentido de que o meio ambiente se regula por si, naturalmente, sem que seja necessária a intervenção das condutas individuais, das práticas sociais ou dos órgãos públicos.²⁰

Nesse sentido, na sociedade do risco, o clássico princípio da responsabilidade impõe um novo imperativo moral, diferente daquele proposto por Kant e por Weber.²¹ O princípio responsabilidade da sociedade do risco se traduz por uma definição de outro princípio, aquele do desenvolvimento sustentável,

¹⁴ CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 29.

¹⁵ RICOEUR, Paul. **Le conflit des interprétations**. Paris: Éditions Points, 2013, p. 24-25.

¹⁶ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-RIO, 2006.

¹⁷ JUCÁ, Francisco Pedro. Responsabilidade Social e Sustentabilidade. In **Sustentabilidade Ambiental e os novos desafios da Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27-43.

¹⁸ FREITAS, Vladimir Passos. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 168.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 302.

²⁰ MORENO, José Luis Serrano. **Ecología y Derecho**. 2. ed. Granada: Editorial Comares, 1992, p. 34.

²¹ PINHEIRO, Carla. A relação entre ética e técnica em Umberto Galimberti: de onde viemos, quem somos, para onde vamos. **Revista Sapere Audi**. São Paulo, 2014, p. 10-16.

ou seja, pela necessidade de se agir de modo que os efeitos da ação sejam compatíveis com a perpetuação de uma vida digna no presente e no futuro.

Assim, como afirma Leite,²² pode-se concluir que, quando se lesa o meio ambiente em sua concepção difusa, atinge-se concomitantemente a pessoa no seu *status* de indivíduo relativamente à quota de cada um e, de forma mais ampla, a toda a coletividade.

Porém, as cifras disponíveis a respeito dos valores monetários aplicados aos serviços ambientais disponibilizados de forma gratuita pela natureza, bem como aos danos ambientais, carecem de coerência metodológica, pois é difícil se fazer uma valorização monetária plausível para o ciclo dos nutrientes, comparando-os com os custos das tecnologias econômicas alternativas. Não existe tecnologia para proporcionar o que a natureza oferece. Por exemplo, a natureza concentra minério que utilizamos, contudo a tecnologia para criar tais depósitos de minérios não existe.²³ Por sua vez:

A cooperação, a solidariedade, a liberdade e o amor, a ser desenvolvido pelos indivíduos e os povos em escala universal, devem, por tal fato, generalizar-se às relações sociais e processos de socialização da vida quotidiana na federação livre. Essas premissas, como são lógicas, devem ser alargadas às relações da espécie humana com as outras espécies animais e vegetais.²⁴

Benjamin²⁵ destaca que “o bem jurídico tutelado integra a categoria daqueles valores fundamentais da nossa sociedade”. Dessa maneira, tem-se que outro não é o sentido da norma constitucional ao caracterizar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem essencial à sadia qualidade de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alertou-se para haver uma necessária postura da comunidade e do Poder Público – como bem aponta o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 ao impor a colaboração entre essas duas instâncias –, no sentido de implementar uma efetiva tutela do meio ambiente e de sua função socioambiental.

Pode-se também ressaltar que Aristóteles encara não apenas os poderes políticos, mas também a estrutura e o comportamento das autoridades administrativas e judiciárias frente a problemática ambiental.

Torna-se imprescindível, o esclarecimento para haver cooperativismo é necessária uma participação mais ativa dos cidadãos brasileiros. Os problemas ambientais não afetam uma pessoa, uma geração, e sim, afeta todos nós. A união de gerações é fundamental para o estabelecimento do resgate do vínculo perdido, pois é imprescindível para continuar e alcançar o equilíbrio ecológico ambiental.

²²LEITE, José Rubens Morato Y AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade do Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 282.

²³ MARTÍNEZ ALIER, Juan. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização**. Trad. Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007, p. 53.

²⁴ FERREIRA, J.M.C. Élisée Reclus: vida e obra de um apaixonado da natureza e da anarquia. **Revista verve**, nº10. Lisboa: 2006, p. 113.

²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. In: Revista de Direito Ambiental, n. 9, 1998, p. 12.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **Política** (trad. M. G. Kury). Brasília: UNB, 1985.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. In: Revista de Direito Ambiental, n. 9, 1998.

BRASIL. Constituição 1988. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

DUBOS, René. **O despertar da razão**. São Paulo: Melhoramentos/USP, 1972.

DUPUY, J-P. Some Pitfalls in the Philosophical Foundations of Nanoethics. In: **Journal of Medicine and Philosophy**, v. 32, p. 237-261, 2007.

FERREIRA, J.M.C. Élisée Reclus: vida e obra de um apaixonado da natureza e da anarquia. **Revista verve**, nº10. Lisboa: 2006.

FREITAS, Vladimir Passos. **A constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

GALIMBERTI, U. Man in the age of technology. In: **Journal of Analytical Psychology**, v. 54, n. 1, p. 3-17, jan. 2009a.

_____. Miti Collettivi – 10 Il mito della tecnica. In: _____. **I miti del nostro tempo**. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2009b. p. 132-145.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-RIO, 2006.

JUCÁ, Francisco Pedro. Responsabilidade Social e Sustentabilidade. In **Sustentabilidade Ambiental e os novos desafios da Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEFF, Enrique. **Saber Ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Trad. Lúcia Mathilde Endich Orth. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

LEITE, José Rubens Morato Y AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade do Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTÍNEZ ALIER, Juan. **O ecologismo dos pobres**: conflitos ambientais e linguagens de valorização. Trad. Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007.

MORENO, José Luis Serrano. **Ecología y Derecho**. 2. ed. Granada: Editorial Comares, 1992.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PARRY, R. EpistemeandTechne. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**.2003. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/episteme-techne/>>. Acesso em: 2 set 2015.

PINHEIRO, Carla. A relação entre ética e técnica em Umberto Galimberti: de onde viemos, quem somos, para onde vamos. **Revista Sapere Audi**. São Paulo, 2014.

PLATÃO. **A República: [ou sobre a justiça, diálogo político]**. Tradução: Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RICOEUR, Paul. **Le conflitdes interprétations**. Paris: Éditions Points, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

A MERCANTILIZAÇÃO DA VIDA: ASPECTOS SOBRE A BIODIVERSIDADE E A RACIONALIDADE AMBIENTAL

THE COMMODIFICATION OF LIFE: ASPECTS OF BIODIVERSITY AND ENVIRONMENTAL RATIONALITY

Jonathan Dalla Rosa Melo¹

RESUMO

Com o presente estudo questiona-se a quem pertence a biodiversidade? Diante de que a fragmentação é uma realidade presente na sociedade contemporânea, principalmente quanto à temática relacionada à biodiversidade. A pesquisa é bibliográfica e o caminho metodológico fundamentalmente é analítico. Nesse sentido tem-se que a sociedade fragmentada contribui e fomenta essa racionalidade reducionista das comunidades tradicionais. Dessa maneira, é urgente resgatar outros sentidos que pautam um equilíbrio ecológico que fazem o reconhecimento dos outros saberes. Tem-se assim, portanto estabelecido que a luta é pela diversidade da vida *versus* a monopolização implantada pelo sistema de desenvolvimento econômico em que cada vez mais tem mercantilizado a vida, a biodiversidade, a natureza e os sentidos como um todo. Pondera-se por uma nova racionalidade ambiental alternativa capaz de superar as forças de instrumentalização da vida.

PALAVRAS-CHAVE: Biodiversidade. Mercantilização. Racionalidade ambiental.

ABSTRACT

With the present study we ask ourselves who belongs to biodiversity? In view of the fact that fragmentation is a reality present in contemporary society, especially in relation to biodiversity-related themes. The research is bibliographical and the methodological path is fundamentally analytical. In this sense it has been that the fragmented society contributes and fosters this reduction is rationality of the traditional communities. In this way, it is urgent to rescue other senses that guide an ecological balance that make their cognition of other knowledge. It has thus been established that the struggle is for the diversity of life versus the monopolization implanted by the economic development system in which it has increasingly marketed life, biodiversity, nature and the senses as a whole. It is weighed by a new alternative environmental rationality capable of overcoming the forces of instrumentalization of life.

KEYWORDS: Biodiversity. Mercantilization. Environmental rationality.

¹Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo/RS. Advogado inscrito na OAB/RS sob o n° 101271; Técnico em Agropecuária inscrito no CREA/RS sob o n° 174500; Radialista: Locutor-apresentador-animador com registro no MTPS sob o n° 0015290/RS; Aluno do Programa de Pós-Graduação *Lato sensu* em Filosofia na Contemporaneidade – Nível de Especialização pelo Instituto Missionário de Teologia/IMT-URI, *Campus* de Santo Ângelo/RS; Aluno do Programa Agricultura de Precisão, SENAR/RS; e Agricultor no Lajeado das Pombas-Santo Ângelo/RS. E-mail: jonathandallarosa@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A partir da apropriação privada da biodiversidade, pretende-se esclarecer que há um futuro alternativo na relação entre homem e natureza, ao qual perpassa pela racionalidade ambiental. O presente trabalho estrutura-se em três momentos. No primeiro momento aborda-se a concepção reducionista da biodiversidade quando vinculada à razão de ser do mercado, qual seja, uma economia voltada unicamente para o desenvolvimento econômico, traduzido no lucro sendo essa a relação entre Homem e natureza (racionalidade instrumentalizada da natureza pelo desenvolvimento econômico). Na obra de Juliana Santilli, discute-se sobre matéria-prima da biotecnologia – a biodiversidade – está nos países em desenvolvimento, e o seu domínio pela mesma.

Em segundo momento realiza-se uma análise da obra “As consequências da modernidade” de Anthony Giddens em que se mostra a máscara do desenvolvimento econômico na atualidade, realizando essa interação entre a sociologia com o ambiental.

Em último momento, trata-se da racionalidade ambiental como uma proposta na qual se procura mostrar envolvidas as relações humanas com a natureza, em que inclui novos princípios teóricos e novos meios instrumentais para reorientar as formas de manejo produtivo da natureza/biodiversidade.

Nessa trajetória, destaca-se que a pesquisa é bibliográfica e o caminho metodológico fundamentalmente é analítico.

1 - CONTEXTUALIZANDO A APROPRIAÇÃO PRIVADA DA BIODIVERSIDADE

Sem sombra de dúvidas que a globalização agravou muitos problemas sociais e aumentou a relação de exploração entre os países do Norte (ricos em tecnologia, porém com pouca biodiversidade) e os países do Sul (que possuem uma grande biodiversidade e pouca tecnologia). Segundo Juliana Santilli, “a matéria-prima da biotecnologia – a biodiversidade – está nos países em desenvolvimento, e o domínio sobre a biotecnologia e sobre as patentes sobre produtos ou processos biotecnológicos está nos países desenvolvidos”.² Assim, a relação de dependência entre ambos é crescente e marcada por desigualdades.³

Os países desenvolvidos possuem um hiperconsumo, o que os leva, necessariamente, a acessar a biodiversidade dos países subdesenvolvidos para aumentar a produção de novas mercadorias e produtos por um baixo custo e obter maior lucro. Desse modo, ocorre a monetarização da natureza, que acaba por

²SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 346.

³GUIMARÃES, Roberto P. A ecopolítica da sustentabilidade em tempos de globalização corporativa. In: GARAY, Irene; BECKER, Bertha. **Dimensões humanas da biodiversidade**: o desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 24-25.

privatizá-la. Da mesma forma, entende Derani,⁴ ao considerar que “[...] determinar preço à biodiversidade é o mesmo que privatizá-la, imputando ao utilizador deste recurso uma contraprestação monetária”.

E que dessa maneira diante dos desequilíbrios ambientais que ocasionam efeitos negativos à sociedade global não há como negar que “[...] a questão ambiental é uma questão de vida ou morte, de morte ou vida, estas, não apenas de animais e plantas, mas do próprio homem e do Planeta que o abriga”.⁵ É nesse contexto que se desenvolve a chamada ciência moderna. Pode-se dizer que:

[...] essa revolução científica e filosófica (...) causou a destruição do Cosmos, ou seja, o desaparecimento dos conceitos válidos, filosófica e cientificamente, da concepção do mundo como um todo finito, fechado e ordenado hierarquicamente (...) e a sua substituição por um universo indefinido e até mesmo infinito, que é mantido coeso pela identidade de seus componentes e leis fundamentais, e no qual todos esses componentes são colocados no mesmo nível de ser. Isto, por seu turno, explica o abandono, pelo pensamento científico, de todas as considerações baseadas em conceitos de valor, como perfeição, harmonia, significado e objetivo, e, finalmente, a completa desvalorização do ser, o divórcio do mundo do valor e do mundo dos fatos.⁶

Em Bacon o pensamento simboliza esse caráter de dominação técnica da natureza pelo homem. A tese de Bacon consiste em que saber é poder - se conhecemos a natureza e a sociedade, podemos explorar uma e refazer a outra -, lançou as bases ideológicas da exploração do homem sobre a natureza. Nas palavras de Bacon, citadas por Rosset:

Os homens deveriam (...) se compenetrar profundamente do princípio de que as coisas artificiais não diferem das coisas naturais nem pela forma nem pela essência, mas somente pela causa eficiente: pois o homem não possui nenhum outro poder sobre a natureza senão esse que lhe pode ser dado pelo movimento, resta-lhe apenas aproximar e distanciar os corpos naturais uns dos outros. Quando este distanciamento ou essa aproximação é possível, juntando, como dizem os escolásticos, os ativos dos passivos, o homem tudo pode, fora disso nada pode. E quando as coisas são dispostas para produzir um determinado efeito, pouco importa que isso se faça com ou sem o homem.⁷

Percebe-se que o sistema capitalista, no mundo globalizado, preconiza a apropriação da biodiversidade, no sentido de imputar preço à natureza, para que com a mesma seja adquirido maior lucro para as nações mais desenvolvidas, não obstante seja importante ressaltar que o próprio Direito acaba responsável pela legitimação dessa apropriação e ocasiona prejuízos à soberania nacional.

2 - A BIODIVERSIDADE E SUA RELAÇÃO NA MODERNIDADE

⁴DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 95.

⁵MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, prática e jurisprudência. 4ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

⁶KOYRÉ, A. **Do mundo fechado ao universo finito**. Trad. D. M. Garschagen. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 14.

⁷ROSSET C. **A antinatureza**: elementos para uma filosofia trágica. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1989, p. 65.

É preciso trazer aqui a reflexão de Giddens, que a história da humanidade é marcada por evidentes “descontinuidades”, isto é, não traduz um desenvolvimento linear, lógico e homogêneo em perfeita consonância com as inerentes pluralidade e diversidade humanas.⁸

Nessa linha de raciocínio escreve-se sobre o pensamento cartesiano é dividido em regras, onde inicialmente Descartes distinguiu o conceito de pensamento e de julgamento em partes distintas no que se refere à probabilidade do erro, sendo a precipitação a principal fonte do erro. Dessa relação, vem a regra da análise, que tem por conceito: “[...] dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fosse possível e necessário, para melhor resolvê-las”, aqui separa-se a questão do falso e do verdadeiro, o problema real dos secundários. Ou seja, uma decomposição do problema em partes simples para uma melhor compreensão de cada parte e assim um entendimento do todo.⁹

Verifica-se que nesse sentido, “a ciência moderna faz parte de um complexo processo científico, histórico, social e cultural no mundo ocidental. Por mais de três séculos, ela esteve à frente como modelo privilegiado e hegemônico no que tange ao conhecimento (...)”.¹⁰

A questão para “autores influenciados por Marx, a força transformadora principal que modela o mundo moderno é o capitalismo”.¹¹ E nesse sentido é que a diversidade da vida é instrumentalizada e transformada em um produto de mercado. Em que, “a ordem social emergente da modernidade é *capitalista* tanto em seu sistema econômico como em suas outras instituições”.¹² Portanto:

Um segundo aspecto é a padronização do tempo através de regiões. O “esvaziamento do tempo” é em grande parte a pré-condição para o “esvaziamento do espaço” e tem assim prioridade causal sobre ele. Pois, como devo argumentar adiante, a coordenação através do tempo é a base do controle do espaço.¹³

Acima evidenciou-se que a padronização tem uma prioridade, já que a transformação da biodiversidade em algo mercadológico é a essência do mercado na modernidade. E assim, [...] “um indivíduo que não considera alternativas está numa situação de crença, enquanto alguém que reconhece essas alternativas e tenta calcular os riscos assim reconhecidos, engaja-se em confiança”.¹⁴

Nas culturas tradicionais, o passado é honrado e os símbolos valorizados porque contêm e perpetuam a experiência de gerações. A tradição é um modo de integrar a monitoração da ação com a organização tempo-espacial da comunidade. Ela é uma maneira de lidar com o tempo e o espaço, que insere qualquer atividade ou experiência particular dentro da continuidade do passado, presente e futuro, sendo estes por sua vez estruturados por práticas sociais recorrentes. A tradição não é

⁸GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 10.

⁹DESCARTES, R. **Discurso do Método**. Coleção Clássicos da Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 59.

¹⁰PEREIRA, Reinaldo Arruda. **A ciência moderna, a crise dos paradigmas e sua relação com a escola e com o currículo**. 2002, 159 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Educao_PereiraRA_1.pdf>. Acesso em 29/10/2018, p. 42.

¹¹GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 1991, p. 20.

¹²GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 1991, p. 20.

¹³GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 1991, p. 26.

¹⁴GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 1991, p. 39.

inteiramente estática, porque ela tem que ser reinventada a cada nova geração conforme esta assume sua herança cultural dos precedentes. A tradição não só resiste à mudança como pertence a um contexto no qual há, separados, poucos marcados temporais e espaciais em cujos termos a mudança pode ter alguma forma significativa.¹⁵

Mostra-se, segundo Anthony Giddens¹⁶ se o capitalismo foi um dos grandes elementos institucionais a promover a aceleração e expansão das instituições modernas, o outro foi o estado-nação. Com relação a normatização, “na verdade, a soberania do estado moderno foi desde o início *dependente das relações entre estados*, em termos das quais cada estado (em princípio, e de modo algum na prática) reconhecia a autonomia dos outros dentro de suas fronteiras”.¹⁷ E dessa forma, compreende-se que “se os estados-nação são os “atores” principais dentro da ordem política global, as corporações são os agentes dominantes da economia mundial”.¹⁸ A prática dominante da economia mundial é essa elencada acima, porém não pode ser a mesma aceita e entendida como a única forma de sistema.

Nessa concepção de mundo passa a ser descrito “como uma máquina, que, para ser estudado e descrito, exigiria a combinação da experimentação somada à linguagem matemática e geométrica”.¹⁹

Nesse sentido a ética e a política de Tomás de Aquino estão estruturadas a partir da concepção Aristóteles, de que o homem é um animal racional. Presos ao mundo natural, os animais não humanos estão no mundo em uma condição de inferioridade. Não podem, portanto, ocupar outra posição que não a de instrumentos para servir o homem.

As substâncias intelectuais são governadas em razão de si mesmas e as demais coisas em razão daquelas. O que tem domínio de seu ato é livre no agir, pois é livre aquele que é causa de si; por sua vez, aquele que por necessidade é atuado por outro, está sujeito à servidão. Por isso, toda a criatura está naturalmente sujeita à servidão, e só a natureza intelectual é livre. E em qualquer regime aos livres se os provê em razão de si mesmos, e aos servos para que sejam úteis aos livres. Assim, pois, mediante a divina providência se provê às criaturas intelectuais em razão de si mesmas e às demais criaturas em razão daquelas.²⁰

A ciência moderna passou a compreender as leis naturais segundo o modelo de uma racionalidade cada vez mais marcada pelo paradigma da física e da matemática. Essa racionalidade, contudo, não era deduzida diretamente da natureza, mas interpretada e representada a partir dos princípios da razão humana.

[...] a filosofia encontra-se escrita neste grande livro que continuamente se abre perante nossos olhos (isto é, o universo), que não se pode compreender antes de entender a língua e conhecer os caracteres com os quais está escrito. Ele está escrito em língua matemática, os caracteres são triângulos, circunferências e outras figuras geométricas, sem cujos meios é impossível entender humanamente as palavras; sem eles nós vagamos perdidos dentro de um obscuro labirinto.²¹

¹⁵GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 1991, p. 44.

¹⁶GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 1991, p. 68.

¹⁷GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 1991, p. 72.

¹⁸GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 1991, p. 76.

¹⁹PEREIRA, Reinaldo Arruda. **A ciência moderna, a crise dos paradigmas e sua relação com a escola e com o currículo**. Acesso em 29/10/2018, p. 27.

²⁰AQUINO, Tomás de. **Suma contra los gentiles**. Trad. Maria Mercedes Bergada. Buenos Aires: Club de Lectores, v.4, 1951, p. 302.

²¹GALILEI, G. O ensaiador. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 119.

No entanto, o desenvolvimento econômico (mercado), afeta de forma ampla, o meio ambiente material, e também o imaterial, ou seja, aquele conhecimento que está relacionado com o humano e a biodiversidade. A autonomia privada do mercado e a racionalidade instrumentalizadora dominante fazem com que as pessoas acreditem em seus sistemas, principalmente no sistema centralizado e dominante que influenciam a ordem política e econômica mundial. São atores que atuam de forma poderosa e combinam suas redes para a exploração e o domínio da biodiversidade, e o fazem de forma natural.

3 - PONDERAÇÕES ACERCA DA RACIONALIDADE AMBIENTAL COMO FORMA ALTERNATIVA À INSTRUMENTALIZAÇÃO DA BIODIVERSIDADE

A compreensão da crise ambiental é tida como uma crise do conhecimento, porque a crise ambiental não só envolve a crise da natureza, mas principalmente os conflitos do homem consigo mesmo. Enrique Leff mostra que a apropriação da natureza tem um viés estratégico de poder para a dominação de outros homens.

A crise ambiental é um efeito do conhecido – verdadeiro ou falso do real, da matéria, do mundo. É uma crise das formas de compreensão do mundo a partir do momento em que o homem surge como um animal habitado pela linguagem, que faz com que a história humana se separe da história natural, que seja uma história do significado e do sentido atribuído pelas palavras às coisas e que gera as estratégias de poder na teoria e no saber que resolveram o real para forjar o sistema mundo moderno.²²

Como ensina Enrique Leff²³ sobre a racionalidade ambiental ela “não é a expressão de uma lógica (do mercado, da natureza) ou de uma lei (do valor, do equilíbrio ecológico); é a resultante de um conjunto de normas, interesses, valores, significações e ações que não se dão fora das leis da natureza e da sociedade, mas que não as imitam simplesmente”.

Nessa perspectiva, as relações que aduzem a racionalidade ambiental fazem nascer nas orientações teóricas verdadeiras formas de aplicação e de implementação a uma:

A racionalidade ambiental inclui novos princípios teóricos e novos meios instrumentais para reorientar as formas de manejo produtivo da natureza. Esta racionalidade é sustentada por valores (qualidade de vida, identidades culturais, sentidos da existências) que não aspiram alcançar um estatuto de cientificidade. Abre-se aqui um diálogo entre ciência e saber, entre tradição e modernidade. Este encontro de saberes implica processos de hibridação cultural (GARCÍA CANCLINI, 1990), onde se revalorizam os conhecimentos indígenas e os saberes populares produzidos por diferentes culturas em sua coevolução com a natureza, e onde estes se amalgamam com formações discursivas, teorias científicas e instrumentos tecnológicos modernos.²⁴

A proposta da racionalidade ambiental é a consistência de um conjunto de valores e princípios que são estratégicos para a construção de políticas alternativas ao desenvolvimento econômico levado ao

²²LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Trad. de Sandra Valenzuela. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2001, p. 16.

²³LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. 2001, p. 126.

²⁴LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 11. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 231.

interesse do mercado. Neste sentido, pode-se deduzir que se o ser humano é livre, tanto do ponto de vista ético como jurídico. Então, cabe a ele assumir as consequências de seus atos e é justamente a liberdade de escolha, alicerçada na consciência, que vai tornar o sujeito responsável por sua ação ou omissão, cabendo a cada um responder perante si mesmo e perante os outros, por seu ato praticado ou pelo que deveria ter feito e não fez. Nas palavras de Hans Jonas:²⁵

A natureza como uma responsabilidade humana é seguramente um *novum* sobre o qual uma nova teoria ética deve ser pensada. Que tipo de deveres ela exigirá? Haverá algo mais do que o interesse utilitário? É simplesmente a prudência que recomenda que não se mate a galinha dos ovos de ouro, ou que não se serre o galho sobre o qual se está sentado?

Daí advém a responsabilidade pelo outro. Ou seja, é necessário haver uma racionalidade ambiental que internalize as externalidades do desenvolvimento econômico, sendo que este é o que instrumentaliza a vida. Verifica-se segundo Becker:²⁶

O novo modo de produzir redefine a natureza e as relações sociedade-natureza. Por um lado, tende a se tornar independente da base de recursos naturais, utilizando menor volume de matérias-primas e de energia mas, por outro, valoriza os elementos da natureza num outro patamar mediante o uso de novas tecnologias, sobretudo a biodiversidade — fonte de informação crucial para a biotecnologia — e a água, como possível matriz energética. Em outras palavras, valoriza a natureza como capital de realização atual ou futura.

É preciso fazer uma nova reflexão acerca do modo de produção e a relação da sociedade com a biodiversidade, principalmente a questão do uso exploratório, que em muito afeta as presentes e as futuras gerações.

Ao mesmo tempo, deve promover-se que as comunidades se preocupem do destino de outras comunidades; por exemplo, das comunidades mais prósperas deve esperar-se que ajudem aquelas menos dotadas. Ao ocupar-se de suas comunidades hermanas, as mais ricas podem legar a adquirir reputação e a obter benefícios fiscais. Arrecadações especiais podem ser dedicadas a projetos específicos, fazendo as mais fáceis de aceitar que uma subida nos impostos gerais.²⁷

Ressalta-se que a temática envolvente da comunidade e sua relação com a biodiversidade é importante, pois, as influências do raciocínio homogeneizador da ciência é capaz de ocasionar perdas à biodiversidade, dessa forma “um dos maiores êxitos da perspectiva comunitarista há sido frear o peculiar linguagem de direitos que há transformado cada desejo e interesse em um título legal, alimentando não necessariamente o número de litígios” (ETZIONI, 2001, p. 51).

²⁵ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 39-40.

²⁶ BECKER, Bertha K. & MIRANDA, Mariana (orgs.) **A geografia política do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997, p. 421.

²⁷ ETZIONI, Amitai. **La terceira via: hacia una buena sociedad**. Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Trotta, 2001, p. 37.

Uma comunidade sustentável cuida de sua própria biodiversidade e encara um sentido crítico quanto ao modelo dominador, que na maioria das vezes prevalece nos diferentes discursos articulados pela economia capitalista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo globalizado, preconiza e faz a apropriação da biodiversidade, no sentido de imputar preço à natureza, para que seja adquirido maior lucro para as nações mais desenvolvidas, não obstante seja importante ressaltar que o próprio Direito acaba responsável pela legitimação dessa apropriação e ocasiona prejuízos à soberania nacional.

A articulação que realizou-se é importante para resgatar o vínculo perdido entre o homem e natureza na atualidade em que vive-se em uma sociedade de consumo. O costume das pessoas de adquirir por impulso mercadorias, objetos que são muitas vezes desnecessário alimenta a depreciação da biodiversidade. Os recursos oriundos da natureza são desrespeitados a cada dia.

Evidenciou-se que as pessoas nascem e morrem, e que portanto, da mesma forma os objetos são produzidos e se deterioram com o tempo. Nesse sentido, nem o passado e nem o presente é totalmente bom ou mau. É importante lembrar que tanto antigamente quanto na atualidade existe valores a serem destacados.

Nessa linha tem-se a necessidade de inclusão de novos princípios teóricos e novos meios instrumentais para reorientar as formas de manejo produtivo da natureza/biodiversidade, perpassa pela racionalidade ambiental que é sustentada por valores (qualidade de vida, identidades culturais, sentidos da existências) que não aspiram alcançar um estatuto de cientificidade.

Enfim, a racionalidade ambiental realiza a implementação de forma dialógica a fim de alcançar a vários saberes e conhecimentos voltados aos sentidos diversos ao conhecimento da modernidade. Nesse sentido, a realização de novos olhares por uma consciência ecológica que aborde não somente os conhecimentos dados pelo cientificismo, mas que acolha outros saberes voltados a biodiversidade e ao reconhecimento dos povos tradicionais que estão em contato direto com a mesma, pois é necessária para haver a conservação da biodiversidade, já que a luta é pela diversidade da vida *versus* a monopolização implantada pelo sistema de desenvolvimento econômico.

O resgate de valores ambientais como a racionalidade ambiental alternativa é fundamental para a garantia da dignidade humana. A garantia do diálogo é imprescindível para alcançar a garantia do bem estar comum de todos. A superação dos conflitos entre as gerações passadas e futuras tem um papel fundamental a fim de nortear as novas gerações para a manutenção do equilíbrio ecológico a nível planetário.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AQUINO, Tomás de. **Suma contra losgentiles**. Trad. Maria Mercedes Bergada. Buenos Aires: Club de Lectores, v.4, 1951.

BECKER, Bertha K. & MIRANDA, Mariana (orgs.) **A geografia política do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DERANI, Cristiane. Patrimônio genético e conhecimento tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso. In: LIMA, André (Org.). **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

DESCARTES, R. **Discurso do Método**. Coleção Clássicos da Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ETZIONI, Amitai. **La terceira via:hacia una buena sociedade**. Propuestas desde elcomunitarismo. Madrid: Trotta, 2001.

GALILEI, G. O ensaiador. In: **Os Pensadores**.São Paulo: Abril Cultural, 1978.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GUIMARÃES, Roberto P. A ecopolítica da sustentabilidade em tempos de globalização corporativa. In: GARAY, Irene; BECKER, Bertha. **Dimensões humanas da biodiversidade: o desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI**. Petrópolis: Vozes, 2006.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

JONAS, Hans. **O princípio vida: fundamentos para uma biologia filosófica**. Tradução de Carlos Almeida Pereira. 2. ed. Petrópolis,RJ: Vozes, 2004.

KOYRÉ, A. **Do mundo fechado ao universo finito**. Trad. D. M. Garschagen. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Trad. de Sandra Valenzuela. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2001.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza**. Trad. de Luis Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia MathildeEndlich Orth. 11. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: Doutrina, prática e jurisprudência**. 4ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Reinaldo Arruda. **A ciência moderna, a crise dos paradigmas e sua relação com a escola e com o currículo**. 2002, 159 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Educacao_PereiraRA_1.pdf>. Acesso em 29/10/2018.

ROSSET C. **A antinatureza:** elementos para uma filosofia trágica. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1989.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos:** proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2004.

POLUIÇÃO VISUAL: OS IMPACTOS DA PUBLICIDADE NO MEIO AMBIENTE

VISUAL POLLUTION: THE IMPACTS OF ADVERTISING IN THE ENVIRONMENT

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

Mikaeli Horongozo²

RESUMO

O meio ambiente na atualidade tem sido objeto de grandes discussões, isso por causa da preocupação diante dos impactos negativos que estão sucedendo no mesmo. A poluição visual, objeto do presente trabalho, tem provocado um desequilíbrio para com o meio ambiente artificial (aquilo que é construído pelo homem sobre espaços naturais, tornando-os urbanos artificiais) fazendo com que haja discussão e estudo acerca do assunto. A poluição visual tem crescido através do grande número de outdoors, anúncios, vitrines, excesso de elementos ligados à comunicação visual. Assim tem se tornado um assunto recorrente principalmente diante da necessidade da publicidade para com os populares. Desta forma, apresenta-se o presente trabalho científico, tendo como objetivo geral trazer conceitos de poluição e poluição visual, demonstrar ainda as consequências advindas da poluição visual por meio da publicidade, e, onde encontra-se sua previsão legal, trazendo entendimentos doutrinários, e, fazendo uma análise à situação atual. Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano, e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Ambiental. Meio Ambiente. Poluição Visual. Publicidade.

ABSTRACT

The environment today has been the subject of great discussions, this because of the concern about the negative impacts that are happening in it. The visual pollution, object of the present work, has caused an imbalance with the artificial environment (that which is constructed by man on natural spaces, making them artificial urban) causing discussion and study on the subject. The visual pollution has grown through the large number of billboards, advertisements, shop windows, excess elements connected to visual communication. And so it has become a recurring subject mainly in view of the need for publicity towards the popular. In this way, the present scientific work is presented, having as general objective to bring concepts of pollution and visual pollution, consequences of visual pollution by advertising, and, where is its legal prediction, bringing doctrinal understandings, and, making an analysis to the current situation. In the methodology the inductive method was used in the research phase; in the data treatment phase, the Cartesian method, and in the research report was used the inductive basis.

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor da Universidade de Passo Fundo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito à saúde, direito internacional ambiental. E-mail: litonlanes@gmail.com.

² Mestranda do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestranda do Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad da Universidad de Alicante – Espanha. Pós Graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Email: mika_horongozo@hotmail.com.

KEY WORDS: Environmental Damage. Environment. Visual Pollution. Publicity.

INTRODUÇÃO

No tocante a poluição, pensa-se primeiramente nas formas de poluição mais comuns: poluição atmosférica, poluição hídrica, poluição do solo, poluição sonora etc. No entanto não há apenas as citadas acima, a poluição visual tem sido uma grande geradora do desequilíbrio ambiental.

O bem estar dos populares encontra-se diretamente ligado a paisagem com que os mesmos deparam-se diariamente; o ideal seria ter uma paisagem visualmente agradável a todos, pois aquilo que os olhos vêem encontra-se diretamente ligado ao psicológico de cada indivíduo.

Nota-se a importância da publicidade para formação cultural, para o interesse econômico, contudo, o bem estar social necessita de uma atenção especial onde encontra-se totalmente ligado as questões visuais.

Para que haja mudanças na paisagem urbana das cidades, precisa-se de autorização legal. Ocorre que diante do crescimento da poluição visual, as leis atuais sendo elas federais, estaduais ou municipais, não possuem o respaldo essencial afim de terem o controle necessário.

O presente artigo tem como tema principal a análise de Impactos Ambientais gerados por meio da poluição visual diante as publicidades espalhadas em todo território rural e urbano.

Por tudo isto, este artigo terá como objetivo geral analisar os impactos da publicidade no meio ambiente e saúde dos populares, tratando a respeito do conceito de poluição e poluição sonora bem como, tratar das consequências e analisar ainda os aspectos legais e doutrinários no tocante ao assunto.

O objetivo deste estudo é esclarecer a seguinte questão como problema de pesquisa: “Existem impactos negativos da publicidade no tocante a poluição visual?” Sendo levantada para tal problema a seguinte hipótese: Sim, pois atualmente perdeu-se o controle das publicidades, sendo elas através de cartazes, banners entre outros e ao interferir no meio ambiente artificial e cultural este encontra-se diretamente ligado ao bem estar dos populares.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano, e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também mencionadas as técnicas do referente,³ da categoria,⁴ dos conceitos operacionais,⁵ da

³ "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (PASOLD, 2007, p.241).

⁴ "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, 2007, p.229).

⁵ "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (PASOLD, 2007, p. 229).

pesquisa bibliográfica⁶ e do fichamento.⁷

1 - CONCEITO DE POLUIÇÃO E POLUIÇÃO VISUAL

Tratando-se da poluição em geral, encontra-se sua definição na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, III, da referida Lei nº 6.938/1981, que dispõe:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;⁸ Ainda sim, deve-se analisar com cautela a legislação estadual e municipal, onde pode haver uma ampliação no conceito de poluição.

Visto o conceito definido na Lei nº 6.938/1981, é importante analisar-se o entendimento doutrinário, onde, Machado assevera que:

No conceito são protegidos o homem e sua comunidade, o patrimônio público e privado, o lazer e o desenvolvimento econômico através das diferentes atividades (alínea “b”), a flora e a fauna (biota), a paisagem e os monumentos naturais, inclusive os arredores naturais desses monumentos - que encontram proteção constitucional (arts. 216 e 225 da CRFB/88/1988). Destaque-se que os locais de valor histórico ou artístico podem ser enquadrados nos valores estéticos em geral, cuja degradação afeta também a qualidade ambiental.⁹

Portanto, viu-se que a poluição é toda forma de deterioração que possa causar danos por diversas causas, lesando os indivíduos e também o meio ambiente.

A partir do conceito geral tratado anteriormente, a doutrina tem abordado algumas espécies de poluição, sendo elas: poluição atmosférica; poluição do solo; poluição hídrica; poluição sonora. Espécies de poluição com maiores estudos e discussões diante os acontecimentos mais comuns no dia a dia das pessoas. No entanto, é importante ressaltar a relevância do estudo da poluição visual, visto o crescimento repentino do número de publicidades espalhados principalmente nos centros urbanos, afetando diretamente o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tratando-se da poluição visual, Fiorillo entende que: “A poluição visual, na contramão dessa garantia, caracteriza-se como uma ofensa à integridade psíquica dos indivíduos que numa

⁶ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. (PASOLD, 2007, p. 240).

⁷ “Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido”. (PASOLD, 2007, p.233).

⁸ BRASIL. Lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981.

⁹ MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 605.

determinada cidade residem ou transitam, violando diretamente o preceito garantidor de uma vida com qualidade”.¹⁰

E ainda Sirvinskaskas aponta que: “A poluição visual pode ser conceituada como a degradação ambiental resultante das publicidades ou propagandas comerciais e sociais que direta ou indiretamente coloquem em risco a segurança, bem-estar da comunidade ou afetem as condições estéticas do meio ambiente urbano ou rural”.¹¹

Portanto pode-se afirmar que a poluição visual é caracterizada pelo grande número de cartazes, anúncios, placas etc. Por estarem presentes nos centros urbanos em um número imoderado, estão causando um incômodo visual para os indivíduos e afetando também o meio ambiente artificial, mais precisamente a aparência das cidades.

2 - CONSEQUÊNCIAS DA POLUIÇÃO VISUAL ATRAVÉS DA PUBLICIDADE

É evidente que ao falar-se em poluição visual, o primeiro aspecto que pode-se apontar é o grande número de publicidades espalhadas pelas cidades. Com esse descontrole de poluição visual, as fachadas de prédios, centros históricos entre outros, acabam comprometidas também, impedindo que haja a apreciação daquilo que foi e é história.

Todavia é importante trazer o conceito de meio ambiente artificial e cultural, onde estes encontram-se prejudicados com a poluição visual. Assim defende entende Édis Milaré acerca do meio ambiente artificial que:

[...] Artificial é simplesmente aquilo que não é natural. [...] O artificial se opõe ao natural tomando como processo ou produto da natureza. Natural tem a ver com “nascer” (do latim: nasci, nascer, natus, nascido, naturais, o que procede do nascimento ou da natureza). Nos processos que são essencialmente naturais ou em fenômenos resultantes da natureza, a mão do homem não intervém: isso pertence a um ordenamento que supera a competência humana.¹²

E ainda, sustenta José Rubens Morato Leite no tocante ao meio ambiente cultural:

O que há em comum entre todas as abordagens atuais de cultura é a compreensão de que ela é estruturada a partir de símbolos desenvolvidos pelos integrantes de cada realidade cultural, que todo o ser humano atua na sua produção e que é precisamente este dado que possibilita a existência de uma diversidade cultural.¹³

Leite afirma que o meio ambiente cultural não sucede de proveito dos particulares, mas sim

¹⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015. p.390.

¹¹ SIRVINSKASKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 6 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2008. p359.

¹² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 596.

¹³ LEITE, José Rubens Morato. **Manual de direito ambiental**. 1 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300.

de um interesse coletivo. Sendo assim, viu-se que o meio ambiente cultural e o artificial são imprescindíveis no progresso da qualidade de vida dos populares.

Entretanto não é apenas o meio ambiente artificial e cultural que encontram-se afetados com essa forma de poluição, segundo especialistas este afeta diretamente o psicológico dos indivíduos e assim vejamos o que dispõe Sirvinskas:

A falta de harmonia de anúncios, logotipos e propagandas que ocorrem pela atenção do consumidor, causa prejuízo psicológico à população. O indivíduo perde, de certa forma, sua identidade, ao deixar de ser agente ativo da dinâmica da sociedade para se tornar apenas um espectador e consumidor, envolvido na efemeridade dos fenômenos de massa. Psicólogos afirmam que os prejuízos não se restringem à questão material, mas também à saúde mental dos usuários, na medida em que o indivíduo é sobrecarregado de informações desnecessárias.¹⁴

Assim, a publicidade visto as consequências que pode causar, poderia ser utilizada para apenas informações imprescindíveis e além disso como forma de conscientização dos populares de assuntos relevantes como por exemplo problemas ambientais sendo economia da água, aquecimento global, separação do lixo e informações com que façam esses consumidores tornarem-se um pouco mais conscientes.

3 - DOS ASPECTOS LEGAIS DA POLUIÇÃO VISUAL

Na sociedade contemporânea em que vivemos, o meio ambiente tem sido objeto de grandes discussões, isso diante da preocupação com a qualidade de vida dos populares nos dias atuais e para as futuras gerações.

Analisando os aspectos legais que protegem os indivíduos e o meio ambiente dessa forma de poluição, encontra-se previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no artigo 182 a importância de garantir o bem estar de todos: “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.”¹⁵

No tocante a quem tem competência para legislar sobre o assunto, ainda a Carta Magna em seu artigo 24, VII dispõe: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.”¹⁶

Ainda, tem-se a Lei dos Crimes Ambientais de número 9.605/98 com o intuito de punir aqueles que cometerem o crime de poluição e assim vejamos:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem

¹⁴ SIRVINSKAS. Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 6 ed. rev. atual. e ampl. -São Paulo: Saraiva, 2008, p. 358.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.¹⁷

Diante de outros dispositivos legais vale ressaltar por fim o Código de Trânsito Brasileiro que também dispõe acerca do assunto:

Art. 81. Nas vias públicas e nos imóveis é proibido colocar luzes, publicidade, inscrições, vegetação e mobiliário que possam gerar confusão, interferir na visibilidade da sinalização e comprometer a segurança do trânsito. Art. 82. É proibido afixar sobre a sinalização de trânsito e respectivos suportes, ou junto a ambos, qualquer tipo de publicidade, inscrições, legendas e símbolos que não se relacionem com a mensagem da sinalização.¹⁸

Os dispositivos citados acima, portanto, demonstraram que possuem o intuito de evitar o excesso de imagens e ainda toda forma de poluição que vier afetar os indivíduos será punido com as penas citadas acima. Sendo assim, faz-se mister ressaltar que ainda é necessário por parte do constituinte garantias constitucionais com mais efetividade e não obstante por parte dos órgãos fiscalizadores mais apreço afim de responsabilizar aqueles que excedem os limites legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A poluição ambiental ao decorrer dos dias vem intensificando-se, ocorre que os prejuízos visíveis atualmente podem ser pequenos, mas ao decorrer das gerações seguintes poderão ser imensuráveis. Diante disso, a importância de informar a todos e conscientizar para que haja uma efetividade na proteção do meio ambiente.

O presente trabalho trouxe a análise e estudo da poluição em geral, e principalmente da poluição visual, causada pelo excesso de elementos ligados à comunicação visual, demonstrando que este tem sido uma das formas de poluição com grande crescimento na atualidade.

Deste modo, o presente trabalho buscou também tratar sobre as consequências geradas dessas publicidades desenfreadas, e viu-se que a exterioridade das cidades afetam diretamente o psicológico dos populares além da degradação do meio ambiente.

Por isso a importância de uma aparência agradável e harmônica, tanto para manter a saúde dos indivíduos equilibrada quanto pela questão histórica, dos patrimônios a zelar dos municípios e ai discutiu-se o meio ambiente artificial e cultural; elementos importantes no meio em que vive-se.

O último assunto tratado foi acerca do amparo legal que aqueles que cometerem dano ao meio

¹⁷ BRASIL. **9.605/98**, de 12 de fevereiro de 1998.

¹⁸ BRASIL. **9.503/98**, de 23 de setembro de 1997.

ambiente responderão por seus atos. E não existe outra constatação de que cometendo o ato da poluição visual, estamos diante de uma irregularidade.

Tem-se como objetivo do presente estudo, esclarecer a seguinte questão: “Existem impactos negativos da publicidade no tocante a poluição visual?” Sendo levantada para tal problema a seguinte hipótese: Sim, pois atualmente perdeu-se o controle das publicidades, sendo elas através de cartazes, banners entre outros e ao interferir no meio ambiente artificial e cultural este encontra-se diretamente ligado ao bem estar dos populares.

Assim, ficou demonstrado que a poluição visual gera impactos negativos para a sociedade em quem vivemos, e aqueles que cometerem o dano encontram-se de fato cometendo um ato ilícito, assim devendo responder por seus atos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

BRASIL. **Lei 6.938/81**, de 31 de agosto de 1981. BRASIL. **9.605/98**, de 12 de fevereiro de 1998.

BRASIL. **9.503/98**, de 23 de setembro de 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, José Rubens Morato. **Manual de direito ambiental**. 1 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 8 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIRVINSKAS. Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 6 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2008.

OS IMPACTOS DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA NA SOCIEDADE DE CONSUMO GLOBALIZADA

THE IMPACTS OF OBSOLESCENCE PROGRAMMED IN THE GLOBALIZED CONSUMER SOCIETY

Lucas Dalmora Bonissoni¹

Rogério da Silva²

RESUMO

O presente estudo tem como escopo analisar os impactos da obsolescência programada na sociedade de consumo globalizada, demonstrando os aspectos da sociedade consumista que impulsionam consumidores a substituírem antigos produtos por novos, com a finalidade de limitar a duração de vida útil de cada objeto. A pesquisa abrange discussões teóricas, utilizando-se o método dedutivo e abordagem qualitativa, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica. O problema de pesquisa decorre da contemporaneidade do tema, e tem como fundamento a seguinte indagação: quais os impactos da obsolescência programada na sociedade de consumo globalizada? Essa prática tem como intenção despertar necessidades fúteis aos clientes, para que entrem em ciclos viciosos e comprem sempre todas as novidades lançadas no mercado, principalmente produtos eletrônicos que dificilmente conseguem ser reaproveitados, e geram uma série de fatores prejudiciais à saúde e qualidade de vida sustentável.

PALAVRAS CHAVES: Globalização. Impactos. Obsolescência programada. Sociedade de consumo. Vida sustentável;

ABSTRACT

The present study has as scope to analyze the impacts of the programmed obsolescence in a globalized consumer society, demonstrating the dimensions of society that consume the consumption of substitute products for the new ones, in order to limit the life span of each object. A bibliographic research, using the deductive method and qualitative approach, through the bibliographic research technique. The research problem stems from the contemporaneousness of the theme, and is based on the following question: what are the impacts of obsolescence in the globalized consumer society? This practice aims to despair the needs of customers, to enter into vicious cycles and buy all the new products launched in the market, mainly electronic products that can hardly be reevaluated, and generate a series of factors detrimental to health and sustainable quality of life.

KEYWORDS: Globalization. Impacts. Scheduled obsolescence. Consumer society. Sustainable living

INTRODUÇÃO

¹Mestrando em Direito na Universidade de Passo Fundo – UPF, bolsista do Programa de Pós Graduação em Direito, vinculado à linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, e-mail: lucasdbonissoni@icloud.com

²Vice-Reitor da Universidade de Passo Fundo – UPF, especialista em Contratos e Responsabilidade Civil – UPF, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, e-mail: rogerio@upf.br

O presente artigo vincula-se ao Grupo de Trabalho nº 1 – Direito, Economia e Sustentabilidade, por tratar de diretamente de práticas que prejudicam a viabilidade do equilíbrio ambiental, econômico e social, devido à emergência da figura da obsolescência programada que acarreta impactos para a sociedade, principalmente por direcionar toneladas de produtos inutilizáveis para o lixo.

Essa conduta é conhecida como obsolescência programada, que provoca enormes prejuízos para a sociedade, onde as empresas transnacionais fabricam grande parte de seus produtos, especialmente os eletrônicos, estipulando a duração de vida útil do objeto.

Assim, as empresas transnacionais que tem como objetivo principal auferir lucros, apenas se preocupa com a fidelização de novos clientes, e utiliza-se da prática da obsolescência programada para criar ciclos viciosos iludindo os consumidores para comprar todas as novidades lançadas no mercado. Ocorre que, tal conduta acarreta em uma série de fatores prejudiciais à saúde e a qualidade de vida sustentável, tendo em vista que os consumidores tornam-se reféns desse modelo de consumo globalizado.

Por conta disso, o mercado impulsiona consumo impulsivo, excessivo e desnecessário aos consumidores, e a produção de lixo defasado vem progredimento, até mesmo, mais do que a população do planeta, o que torna essa realidade preocupante, porque a sociedade não consegue compreender que a utilização desse ciclo obsoleto de produtos, gradativamente resulta numa maior acumulação de entulhos, prejudicando não somente o meio ambiente, mas também reflete negativamente na qualidade de vida e a saúde da população.

1 - A SOCIEDADE DE CONSUMO GLOBALIZADA

Vive-se em uma era marcada pelas transformações provocadas pela afloração da globalização, que resulta em consideráveis modificações nos planos políticos, econômicos e sociais.³

Esse cenário⁴ se manifesta por conta da prática capitalista, pelo salto tecnológico e da transformação do trabalho, que oferecem cada vez mais produtos em escala exponencial, dominada por uma economia de crescimento que perpassa a ideia de que os fluxos econômicos apenas crescem se o consumidor continuar a consumir demasiadamente.

Dowbor⁵ acrescenta que, esses acontecimentos globais, acarretam em pertinentes alterações no mundo, devido aos avanços no desenvolvimento da tecnologia de informações, transportes, meios de comunicação e informática. Com isso, o capitalismo que já era irrefreável, tornou-se ainda mais

³BEDIN, Gilmar Antonio. Estado, cidadania e globalização do mundo: algumas reflexões e possíveis desdobramentos. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). **Relações internacionais e globalização: grandes desafios**. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 1999. p. 123.

⁴SANTOS, Rafael Padilha dos; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O fetichismo da subjetividade e a sociedade de consumidores no pensamento de Zygmunt Bauman. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogerio. **Balcão do consumidor: reflexões sobre o hiperconsumismo**. Passo Fundo, 2013.

⁵DOWBOR, Ladislau. **A reprodução social**. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 29.

intenso, refletindo diretamente na produção em grande escala, elevando a “especulação financeira” pelo rápido processo dos meios de comunicação, demonstrando o papel chave da internet na globalização.

Nessa perspectiva, emerge a figura das empresas transnacionais que representam os ideais capitalistas atuando no campo econômico, financeiro e comercial, devido sua participação direta em completar os interesses específicos de cada pessoa, “considerando-se que o produto que se encontra de um lado do planeta poderá ser adquirido com facilidade do outro também”.⁶

Assim, devido à produção em massa de grandes marcas e produtos, as empresas transnacionais ampliaram seus domínios econômicos, que reforçadas pela globalização encontraram o ambiente propício para enviar seus produtos a todos os continentes resultando em sérios impactos para o desenvolvimento sustentável, erradicando a separação de diversas classes sociais em nível local e global.

Nesse sentido, diante do alcance global das empresas transnacionais, utilizar de produtos patrocinados pelas grandes marcas desponta a ideia de que “aquele que pode consumir mais e melhores produtos detém o poder social e econômico sobre os outros”.⁷

Diante desse quadro, surge a “sociedade de consumo” definida pela maneira egocêntrica de pensar e de se comportar da população, isto é, “representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas”.⁸

Assim, a sociedade de consumo globalizada é instigada pelo marketing e designer para criação de novos produtos, ocasionando numa verdadeira "apoteose" de novas ofertas, formando hábitos de consumo desnecessários e individualistas. A característica da sociedade de consumidores, abordada por Bauman,⁹ é que “ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável”.

Lipovetsky, aponta que por conta dos impactos da globalização na sociedade de consumo, as pessoas deixam de consumir para atender suas necessidades básicas, ou seja, a sociedade passa a consumir novos produtos ligados ao mercado, apenas para atender as suas futilidades, uma vez que

⁶ OLIVEIRA, Odete Maria de, GIACHIN, Isadora e Sá. Atores não estatais e a transnacionalidade: o protagonismo das empresas transnacionais em rede. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações internacionais, direito e poder: atores não estatais na era da rede global**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016. v. III, p. 183.

⁷ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA. Desenvolvimento sustentável e o consumocentrismo: o paradoxo da modernidade. In: PEREIRA, Agostinho O. Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique M. Koppe (Orgs). **O consumo da sociedade moderna** [recurso eletrônico]: consequências jurídicas e ambientais. Caxias do Sul, RS: Edusc, 2016.p. 40.

⁸BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008, p. 70.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 20.

“as novas elites do mundo econômico alardeiam sem complexos seus gostos pelos produtos de luxo e pelos símbolos de posição social. [...] O esnobismo, o desejo de parecer rico, o gosto de brilhar, a busca pela distinção social”.¹⁰

No mesmo sentido completa Bauman,¹¹ que em uma sociedade de consumidores globalizada, as mercadorias conduzem ao consumo, propagadas por meio da publicidade e do marketing, criando novas “tendências de estilo” para o consumidor, inserindo-o no imaginário da população, que para ser aceito em determinado grupo social, deve usufruir de emblemas e/ou modas patrocinados por grandes marcas “como certeza de reconhecimento, aprovação e inclusão”.

Aproveitando da vulnerabilidade dos consumidores, as empresas transnacionais direcionam a produção de seus objetos, sem se preocupar com o valor de uso, mas, sim, com o tempo de duração para que gradativamente a qualidade dos seus produtos sejam degradadas, ou, como melhor denomina Baudrillard, uma “função de morte”¹² para deixar o mercado sempre aquecido com inovações.

Por outro lado, Bauman destaca como circunstâncias negativas do modo de consumo da sociedade globalizada “o fetichismo pelo novo em detrimento do que é velho, referindo-se que a sociedade de consumo está atrelada não só a produção, mas também ao descarte, levando os objetos o mais rapidamente possível para o lixo”.¹³

E, ainda, para agravar a situação, os impactos dos produtos que são defasados e encaminhados para os lixões que se tornam inúteis aos olhos do consumidor, a cada ano, varia entre 5 e 7 milhões de toneladas de eletrônicos que se transformam em obsoletos.¹⁴ Portanto, a prática programada de delimitar o tempo de vida de cada mercadoria agride diretamente o meio ambiente por conta do consumo desregrado.

Sob essa perspectiva, é necessária uma atuação eficaz do Poder Público para fiscalizar as relações entre as empresas transnacionais na confecção de cada material desenvolvido, e, além disso, alertar a sociedade sobre os riscos que a obsolescência apresenta, principalmente os ambientais por conta da poluição.

Sob essa ótica, destaca Magera¹⁵ que, os desastres da sociedade de consumo provocam em graves danos coletivos devido a um acúmulo desproporcional de lixo, que aumenta de forma significativa com o passar do tempo, assim, a composição dos resíduos que prejudicam a Terra e a

¹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **O luxo eterno**: da idade do sagrado ao tempo das marcas. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 51.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 108.

¹² BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 65.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria, p. 31-32.

¹⁴ LEONARD, Annie. **A história das coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2011.

¹⁵ MAGERA, Márcia. **Os caminhos do lixo**: a obsolescência programada à logística reservada. Campinas: Editora Átomo, 2012.

qualidade de vida da população, especialmente nas áreas periféricas das cidades, geralmente enviados para países subdesenvolvidos, onde se localizam os grandes lixões.

Ainda, Latouche,¹⁶ indica que a capacidade de regeneração do meio ambiente não é mais a mesma, e, conseqüentemente não consegue acompanhar a produção em alta escala das empresas transnacionais, considerando que o ser humano molda seus produtos para serem descartados e transformados em resíduos mais rápido que a própria recomposição da natureza.

Portanto, o crescimento econômico e capital das empresas transnacionais possuem valores de maior relevância do que o próprio meio ambiente, e seus princípios atropelam quaisquer tentativas de desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto consumerista, o meio ambiente recebe os impactos de um consumo desregrado, onde os riscos ambientais são flagrantes e a necessidade de atuação permanente do Poder Público.

3 - OS IMPACTOS DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

A obsolescência programada é um tema contemporâneo, porém, segundo historiadores, com base no artigo “EndingtheDepressionThroughPlannedObsolescence”, publicado em 1932, como uma tentativa de sair da crise econômica da época, incentivando o consumo forçado dos produtos.¹⁷

Packard,¹⁸ classifica obsolescência programada como “a ação humana de planejar e determinar o que se tornará obsoleto e ultrapassado, sem que a coisa tenha em essência deixado de ser ou existir”. E, Miragem¹⁹ entende que se “trata de um artifício que reduz a durabilidade dos produtos ou o ciclo de vida de seus componentes, forçando o consumidor a uma recompra prematura [...] o que incrementa o lucro empresarial e impacta o meio ambiente”.

Conseqüentemente, a figura da obsolescência programada está relacionada ao aumento da velocidade de produção de mercadorias e no consumo na sociedade globalizada e, assim, a substituição de itens está cada vez mais elevado, aprimorando de forma negativa essa cultura da sociedade de consumo globalizada, “incorporado perfeitamente pela sociedade em seu modo de vida, em que as roupas, os gostos musicais e até as religiões são consumidos, destruídos e descartados em um ritmo cada vez maior”.²⁰

¹⁶ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁷ LEONARD, Annie. **A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 23.

¹⁸ PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965.p. 22.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor: comentários à decisão do REsp 984.106/SC, do STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 85, p. 325 et. seq., Jan. 2013. p. 325.

²⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.p. 67.

Essa prática da obsolescência programada influencia a sociedade de consumo globalizada para adquirir todas as novidades lançadas pelas empresas transnacionais, mesmo que não seja necessário para o dia-a-dia. Latouche, classifica essa prática como o “circuito diabólico”, que por meio da publicidade cria o desejo de consumir, e a obsolescência programada renova a necessidade, criando um ciclo sem fim.²¹

Devido a esse circuito diabólico, muitas vezes a forma de consumir trata-se apenas de uma diversão da classe média alta, uma vez que a cada lançamento de produtos, os antigos perdem valor no mercado e acabam baixando seus preços, incitando a população a consumir por mera futilidade.

E por conta disso, devido a ineficiência do Estado na fiscalização destas empresas, entre os maiores vilões dos produtos que tornam-se obsoletos estão os eletrônicos, especialmente os aparelhos celulares. Estes, são substituídos com maior frequência, em média cerca de 18 meses, acabando por serem esquecidos em cômodos residenciais, ou descartados de forma inapropriada em lixos comuns, sem quaisquer preocupações com o meio ambiente.²²

Portanto, esse ciclo vicioso do consumo intensifica o índice de desperdício de desusadas mercadorias, assinalando “um aumento espetacular na indústria de remoção do lixo”. Como resultado, os componentes tóxicos dos produtos descartados degradam o meio ambiente lesando todos os seres humanos.²³

Segundo relatório da Organização das Nações Unidas, em 2016, foram produzidos 44,7 milhões de toneladas métricas de resíduos eletrônicos, um aumento de 8% na comparação com 2014. E para piorar a situação, especialistas preveem um crescimento de mais 17%, para 52,2 milhões de toneladas métricas, até 2021. Conseqüentemente, o lixo eletrônico representa um crescente risco ao meio ambiente e à saúde humana pela dificuldade de reciclar, uma vez que em 2016, apenas 20%, ou 8,9 milhões de toneladas métricas, de todo o lixo eletrônico foram reciclados.²⁴

Por conta disso, alerta Proner,²⁵ sobre o direito ao desenvolvimento sustentável, que deve envolver o respeito a todos os seres humanos por tratar-se de um direito humano de terceira geração, possibilitando a realização conjunta dos direitos de solidariedade.

Portanto, a falta de solidariedade humana, seguida com a carênciada atividade de uma cidadania ativa, causam prejuízos aos bens da coletividade, e “tudo isso contribuí para o

²¹ LATOUCHE, Serge. **O pequeno tratado do decrescimento sereno**. reimp. Lisboa: Edições 70, 2012.p. 30.

²² AMBIENTE LEGAL. **Consumo, obsolescência programada e descarte dos eletrônicos**. Disponível em: <<http://www.ambientelegal.com.br/consumo-obsoloscencia-programada-e-descarte-dos-eletronicos/>>. Acesso em: 06. Jan. 2019.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria, p. 44-45.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Lixo eletrônico representa crescente risco ao meio ambiente e à saúde humana**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/lixo-eletronico-representa-crescente-risco-ao-meio-ambiente-e-a-saude-humana-diz-relatorio-da-onu/>>. Acesso em: 06. Jan. 2019.

²⁵ PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos**: análise do sistema americano de proteção. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.p.54.

aniquilamento dos espaços públicos, que passam a ser ocupados pelos domínios do mercado”.²⁶ Assim, a sociedade de consumo globalizada, acaba ficando refém das empresas transnacionais, que com o poder da publicidade pode lançar no mercado produtos obsoletos sem que sejam percebidos pela população, “deixando que valores e respeito para com o outro e com o meio ambiente sejam deixados de lado”.²⁷

Destaca-se que nos últimos anos, apenas a existência de leis não tem alcançado resultados esperados, uma vez que são brandas e ineficazes. Dessa forma, faz-se necessária atuação positiva do Estado para criação de políticas públicas com o intuito de combater a obsolescência programada e, também, a desigualdade social, “por isso, as políticas ambientais não podem ser vistas como obstáculos para o crescimento-econômico brasileiro, mas sim complementares ao verdadeiro desenvolvimento do país”.²⁸

As empresas transnacionais são estruturadas para gerar lucros e não propósitos morais e sociais, ou seja, seu objetivo fundamental é a maximização de lucros. Para frear seu poder, princípios básicos devem ser efetivados, para limitar a atuação no mercado, no sentido de respeito aos direitos humanos, dentre eles a dignidade do trabalhador, não-utilização de mão de obra infantil e nem mão de obra escrava, além ao desenvolvimento sustentável, e à educação para o consumo.²⁹

Por fim, a sociedade demanda de pensamentos solidários para despertar para seu papel enquanto cidadão, uma vez que normas específicas não irão atingir sua finalidade, se a população não se conscientizar que o consumo excessivo e desnecessários de produtos que tornam-se obsoletos denigrem cada vez mais o meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atualidade e a alta indagação do tema constitui o motivo pelo qual a escolha da temática do presente trabalho se fundamentou, especialmente por conta dos riscos de uma sociedade marcada pelo

²⁶ BODNAR, Zenildo. O cidadão consumidor e a construção jurídica da sustentabilidade. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogerio da. **Balcão do consumidor: consumo e sustentabilidade**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2012. p. 45.

²⁷ CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho OliKoppe. **A sociedade consumocentrista e a disciplina do sujeito na modernidade: uma análise dos impactos socioambientais**. In: Carolina Medeiros Bahia, Cleide Calgaro (Orgs.). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA.

²⁸ FACHINELLI, Bianca Amoretti; STEINMETZ, Wilson. Normas internacionais e nacionais sobre o meio ambiente no Brasil e o problema da efetividade. In: CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho OliKoppe; PEREIRA, Henrique MioranzaKoppe (Orgs.). **Consumo, democracia e meio ambiente [recurso eletrônico]**: Caxias do Sul, RS: Educs, 2016, p. 122.

²⁹ SALIBA, Graciane Rafisa. **Convenções da OIT & empresas transnacionais: em busca da efetivação dos direitos trabalhistas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 90.

excessivo consumo que acarreta cada vez mais riscos ao meio ambiente e resulta em toneladas de itens defasados para o lixo.

A partir a realização do presente estudo foi possível verificar que o fenômeno da globalização trouxe uma série de reflexos nas mais diversas áreas. Os avanços dos meios de comunicação, dos transportes, da informática e da telemática acarretaram no capitalismo desenfreado, uma vez que as facilidades proporcionadas pelo fenômeno globalizante tornou possível adquirir produtos de qualquer lugar do mundo. Isso refletiu, obviamente, no aumento do consumo de produtos e serviços.

Foi possível verificar ainda que, como reflexo desse quadro, emergiu a figura da obsolescência programada, que consiste na prática reiterada das empresas transnacionais que propositalmente aumentam o rendimento da produção de seus bens, estipulando a durabilidade menor de seus produtos como uma prática de conservarfiéis clientesconsumidores no mercado.

Na sociedade contemporânea, tudo está interligado. Atravessar continentes hoje não demanda mais dias de viagem, assim como se tornou possível manter contato com pessoas de qualquer lugar do mundo em instantes. A globalização perpassa a noção de que as distâncias diminuíram e o tempo parece andar mais rápido. Tudo é aqui e agora.

Diante dessa realidade, a prática da obsolescência programada influencia a sociedade de consumo globalizada, no sentido de induzir os indivíduos a adquirir todas as novidades lançadas pelas empresas transnacionais, mesmo que isso seja necessário para o dia-a-dia. Os desejos dos consumidores são influenciados pelos lançamentos dessas empresas, e, ainda, porque os produtos, na maioria das vezes, são programados para ter uma durabilidade imposta, para que então novos produtos sejam adquiridos, aumentando cada vez mais a produção de lixo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMBIENTE LEGAL. **Consumo, obsolescência programada e descarte dos eletrônicos.** Disponível em: <<http://www.ambientelegal.com.br/consumo-obsolencia-programada-e-descarte-dos-eletronicos/>>. Acesso em: 06. Jan. 2019.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** Lisboa: Edições 70, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008, p. 70.

BEDIN, Gilmar Antonio. Estado, cidadania e globalização do mundo: algumas reflexões e possíveis desdobramentos. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). **Relações internacionais e globalização: grandes desafios.** 2 ed. Ijuí: Unijuí, 1999.

BODNAR, Zenildo. O cidadão consumidor e a construção jurídica da sustentabilidade. In: PILAU SOBRINHO, LitonLanes; SILVA; Rogerio da. **Balcão do consumidor: consumo e sustentabilidade**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2012.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho OliKoppe. **A sociedade consumocentrista e a disciplina do sujeito na modernidade: uma análise dos impactos socioambientais**. In: Carolina Medeiros Bahia, Cleide Calgato (Orgs.). Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA.

DOWBOR, Ladislau. **A reprodução social**. Petrópolis: Vozes, 2002.

FACHINELLI, Bianca Amoretti; STEINMETZ, Wilson. Normas internacionais e nacionais sobre o meio ambiente no Brasil e o problema da efetividade. In: CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho OliKoppe; PEREIRA, Henrique MioranzaKoppe (Orgs.). **Consumo, democracia e meio ambiente [recurso eletrônico]**: Caxias do Sul, RS: Educs, 2016, p.112-124.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEONARD, Annie. **A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

MAGERA, Márcia. **Os caminhos do lixo: a obsolescência programada à logística reservada**. Campinas: Editora Átomo, 2012.

MIRAGEM, Bruno. Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor: comentários à decisão do REsp 984.106/SC, do STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 85, p. 325 et. seq., Jan. 2013.

OLIVEIRA, Odete Maria de, GIACHIN, Isadora e Sá. Atores não estatais e a transnacionalidade: o protagonismo das empresas transnacionais em rede. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações internacionais, direito e poder: atores não estatais na era da rede global**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016. v. III. p. 183-230.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Lixo eletrônico representa crescente risco ao meio ambiente e à saúde humana**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/lixo-eletronico-representa-crescente-risco-ao-meio-ambiente-e-a-saude-humana-diz-relatorio-da-onu/>>. Acesso em: 06. Jan. 2019.

PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PEREIRA, Agostinho OliKoppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA. Desenvolvimento sustentável e o consumocentrismo: o paradoxo da modernidade. In: PEREIRA, Agostinho O. Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique M. Koppe (Orgs.). **O consumo da sociedade moderna [recurso eletrônico]: consequências jurídicas e ambientais**. Caxias do Sul, RS: Edusc, 2016. p. 33-52.

PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos**: análise do sistema americano de proteção. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SALIBA, Graciane Rafisa. **Convenções da OIT & empresas transnacionais**: em busca da efetivação dos direitos trabalhistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Rafael Padilha dos; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O fetichismo da subjetividade e a sociedade de consumidores no pensamento de Zygmunt Bauman. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogerio. **Balcão do consumidor**: reflexões sobre o hiperconsumismo. Passo Fundo, 2013.

A BUSCA DA FELICIDADE: PSICANÁLISE, A MODERNIDADE E O CONSUMISMO SUSTENTÁVEL NA ERA DIGITAL

THE SEARCH FOR HAPPINESS: PSYCHOANALYSIS, MODERNITY AND SUSTAINABLE CONSUMERISM IN THE DIGITAL AGE

**Mônica Giusti Rigo¹
Jennifer Barreto Dalalba²**

RESUMO

Neste artigo se faz uma análise do conceito de felicidade para os diversos ramos do conhecimento. Demonstra-se que a busca da felicidade esta vai além dos “limites” admitidos no direito, pois traça em sua lei significados não pacificados em relação ao conceito de busca da felicidade. Para tanto busca-se relacioná-la ao modelo de felicidade proposto por Freud. Outrossim, faz-se uma análise de como o conceito de felicidade se mostra após a modernidade, e a sua realização no direito. A discussão parte de uma análise da obra o Mal-estar na cultura de Freud, que relata a felicidade como objetivo de vida dos indivíduos, seja ela por meio da busca do prazer, tanto quanto na ausência de experiência de dor. Após, é feita uma relação da felicidade após a modernidade, e como isso afetou o modelo de vida do homem em sociedade. E por último, é feita uma relação de que modo o Estado pode auxiliar nesta busca pela felicidade, e como o consumismosustentável pode ocorrer na era digital.

PALAVRAS-CHAVE: Busca da felicidade. Consumismo. Modernidade. Redes sociais. Sustentabilidade.

ABSTRACT

This article analyzes the concept of happiness for the various branches of knowledge. It is demonstrated that the pursuit of happiness goes beyond the "limits" administered in the law, because it traces in its law meanings not pacified in relation to the concept of search for happiness. For this, it is sought to relate it to the model of happiness proposed by Freud. Also, an analysis is made of how the concept of happiness shows itself after modernity, and its realization in law. The discussion begins with an analysis of Freud's Malaise in the culture, which describes happiness as the life goal of individuals, be it through the search for pleasure as well as the absence of experience of pain. Afterwards, a relationship of happiness is made after modernity, and how this affected the model of life of man in society. And finally, a relation is made how the state can help in this search for happiness, and how sustainable consumerism can occur in the digital age.

KEYWORDS: Pursuit of happiness. Consumerism. Modernity. Social networks. Sustainability.

INTRODUÇÃO

¹Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF, bolsista PROSUP/CAPES, professora de Direito Processual Civil na Faculdade Anhanguera, Passo Fundo/RS. E-mail: adv.monicagiustirigo@gmail.com

²Mestre em Direito pela Faculdade IMED de Passo Fundo. Advogada especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. Professora de Direito Civil do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. E-mail: jenniferlbarreto@gmail.com.

Felicidade segundo o dicionário é “1. Estado de quem é feliz. 2. Ventura. 3. Bem-estar, contentamento. 4. Bom resultado, bom êxito.*F. eterna:bem-aventurança*”.³ Esse conceito amplo já demonstra como o assunto da busca da felicidade abordado no artigo é complexo, e necessita de grande análise.

Felicidade pode ter um significado diferente para cada indivíduo, sendo que nem mesmo as ciências do conhecimento em geral não conseguem determinar com precisão o que é a felicidade e entrar em consenso a este respeito.

Com o advento da modernidade a felicidade passou a ser vendida, por meio de produtos anunciados. Logo esta passou a ser um mero “ingrediente” a vida, vendido em pacotes e recipientes nas propagandas, dos mais diversos gêneros.

Deste modo, a felicidade parece, algo simples de se obter. Dinheiro na modernidade, por este viés, é algo que compra tudo, inclusive a felicidade. Porém, como se procurará demonstrar neste artigo, felicidade não é algo tão simples de se adquirir.

Neste viés se tem a Proposta a Emenda Constitucional Nº 19/2010, que busca inserir no texto constitucional como direito fundamental o Direito a Busca da Felicidade.

[...] a expressa previsão do direito do indivíduo de perquirir a felicidade vem ao encontro a possibilidade de positivação desse direito, ínsito a cada qual. Para a concretização desse direito, é mister que o Estado tenha o dever de, cumprindo corretamente suas obrigações para com a sociedade, bem prestar os serviços sociais previstos na Constituição.⁴

Deste modo, para além da análise da PEC, se demonstra necessário a conceituação de felicidade. Assim, se faz referência ao criador da psicanálise Sigmund Freud e o seu significado peculiar ao que a felicidade significa para o homem.

Após, na segunda parte, se faz uma referência de como o significado de felicidade foi alterado após a modernidade, e as possíveis razões para isso ter ocorrido. Na última parte do artigo, se faz uma relação tripla entre Direito, a busca da felicidade, e o Estado. E como este “direito” a busca da felicidade está relacionado ao direito brasileiro.

³ DICONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=felicidade>>. Acesso em: 23 de outubro de 2014.

⁴ **Projeto de Emenda Constitucional nº 19 de 2010.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=80792&tp=1>>. Acesso em: 23 de outubro de 2014, p. 01.

1 - A BUSCA DA FELICIDADE SEGUNDO FREUD

Freud concebe como um dos objetivos da vida de um ser humano a felicidade. Pois, “a questão da finalidade da vida humana foi colocada inúmeras vezes; jamais obteve uma resposta satisfatória e talvez nem sequer a admita”.⁵

Segundo esse conceito, pode-se buscar a felicidade de dois modos, no primeiro, o indivíduo busca a felicidade por meio da ausência da experiência de dor, e no segundo modo, ele busca por meio da experiência do prazer. Segundo Freud a vida giraria em torno deste segundo lado, o da experiência de prazer.

Aquilo que em seu sentido mais estrito é chamado de felicidade surge antes da súbita satisfação de necessidades represadas em alto grau e, segundo sua natureza, é possível apenas como fenômeno episódico. Toda permanência de uma situação anelada pelo princípio do prazer fornece apenas uma sensação tépida de bem-estar; somos feitos de tal modo que apenas podemos gozar intensamente o contraste e somente muito pouco o estado. Dessa forma, nossas possibilidades de felicidade já são limitadas pela nossa constituição. Muito menores são os obstáculos para experimentar a infelicidade.⁶

Segundo ele o homem não foi feito na constituição de nosso corpo a permanência do prazer por muito tempo, sendo três os obstáculos para essa perduração no tempo. O primeiro seria o próprio corpo que está destinado a ruína, e o desgaste do tempo, o qual o homem não pode controlar.

O segundo, o mundo exterior que nem sempre irá responder as expectativas de maneira positiva, podendo agir contra o homem e seus objetivos. E o terceiro obstáculo, que são as relações interpessoais. Este terceiro motivo, é aquele que provoca maior dor e decepção entre todos os indivíduos, e que podem levar a dor e sofrimento do homem.

Com Freud, o desejo enunciou-se como o catalisador possível das transformações da individualidade, capacitando essa a reinventar sua história quando quisesse. Pelo desejo, pois, o sujeito poderia demover montanhas. A fórmula freudiana do sonho como realização de desejo é a condensação maior do ideário psicanalítico.⁷

Logo, a felicidade pode ser, apenas, evitar e resistir ao sofrimento, “não espanta que já se considerem felizes por terem escapado à in-felicidade e resistido ao sofrimento, e que, de um modo geral, a tarefa de evitar o sofrimento desloque para segundo plano a de obter prazer”.⁸ E este prazer poderá ser encontrado em diversos meios, seja nas relações interpessoais, seja por uso de drogas lícitas ou ilícitas.

⁵ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 32.

⁶ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. 2010, p. 34.

⁷ BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2009, p. 83.

⁸ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. 2010, p. 34

Uma outra fonte de prazer, segundo Freud, seria um prazer que em nada está ligado ao mundo exterior, mas àquele em que o homem se auto realiza, denominado sublimação. “Pela sublimação, enfim, a força pulsional se encaminharia para a busca de novas ligações e de novos objetos de investimento”.⁹ Pode ser citado como exemplo o prazer de um pesquisador atingir seu objetivo final da pesquisa, o artista de criar uma obra de arte, e assim por diante.

De algum modo, diante da realidade insatisfatória que se apresenta ao homem, este transforma a sua vida em algo ilusório. Dentro desta perspectiva se tem a religião. Neste sentido ela é considerada um delírio coletivo, poupando os seres humanos da psicose ou neurose individual, para um elemento coletivo de fantasia. “A religião prejudica esse jogo de escolha e adaptação ao impor a todos, do mesmo modo, o seu caminho para a obtenção da felicidade e para a proteção contra o sofrimento”.¹⁰

Segundo Freud, o direito também é um dos produtos da busca da felicidade. Ele é a construção dos valores de uma comunidade para que ninguém haja de acordo com seus impulsos primitivos e atinja a busca da felicidade de outro participante desta comunidade.

Como umas das principais fontes de prazer e felicidade o amor é posto como algo valioso para a vida do homem, tanto o amor entre homem e mulher, casal, quanto para com os familiares e amigos.¹¹

Neste contexto pessoas que fazem parte da convivência social conhecidas do homem são aquelas que devem ser amadas, porém aquelas desconhecidas não deverão ser amadas. Caso assim fosse seria uma injustiça, pois na sua concepção não há possibilidade de amar um estranho no mesmo patamar de alguém conhecido.

Esse amor em relação a pessoa estranha deverá ser de modo universal, segundo os padrões social e religiosos, devido a todos os que habitam a Terra, tal como os animais que aqui vivem. Porém é algo inalcançável, diante da formação do eu de cada homem.

A cultura impõe aos homens sacrifícios quanto a sexualidade e a sua tendência agressiva. Deste modo, nem mesmo na religião todos serão felizes, pois sempre existirão pessoas que não irão se encaixar no padrão desejável, e estas deverão ser excluídas, devido as suas crenças.

A cultura fez com que o homem realizasse uma troca entre parte de sua felicidade por segurança em sociedade, ele não pode realizar todos os seus impulsos, mas saberá que o Estado coíbe a todos que tentem liberar tais impulsos.¹²

⁹ BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2009, p. 63.

¹⁰ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. 2010, p. 43.

¹¹ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. 2010, p. 61-62.

¹² FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. 2010, p. 53-54.

Assim como na cultura, o próprio homem tende a reprimir essa agressividade, onde se encontra dentro de si duas versões, uma que controla e outra que é controlada. Esse controle se dá por meio da culpa culturalmente inserida na consciência do homem.

O mundo e o desejo das pessoas sempre buscam a harmonia possível entre as demandas das pulsões e a efetividade de sua satisfação. Entre natureza e liberdade, o conflito continua a desestabilizar o sujeito, que busca uma harmonia ideal e um equilíbrio possível, para afastar, custe o que custar, o desamparo produzido por esse conflito. Além disso, para dominar o mal-estar social produzido pelo desamparo.¹³

A culpa e a reprovação do mal se dá por alguns motivos. Primeiramente, diante da culpa de fazer um mal a alguém que te ame causa o medo da perda desse amor. Ainda, em um sistema maior de comunidade a culpa e a reprovação do medo se dá de forma a perder a segurança e ainda a punição que poderá ser feita contra si por meio da autoridade.¹⁴

Logo o sentimento de culpa começa no âmbito da família, em relação aos pais, e após em relação a toda a comunidade em que se vive. Assim, o indivíduo “na condição de membro da comunidade humana, passar a atacar a natureza e a submetê-la à vontade humana com a ajuda da técnica guiada pela ciência. Assim se trabalha com todos para a felicidade de todos”.¹⁵

Estes processos de culpa tanto em relação a si próprio quanto ao outro, seja no ambiente familiar quanto no da comunidade é essencial a vida. A primeira chamada de egoísta, pensando no bem próprio e na busca da felicidade, e a segunda de altruísta no momento em que se tem a convivência em comunidade.

2 - O TÉDIO E A BUSCA DA FELICIDADE A PARTIR DA MODERNIDADE

Com o advento da modernidade, surgiu o paradigma do tédio. Isso pode ter ocorrido devido a fatores comuns a sociologia, tais como a burocracia e a rotina. “Quando a obediência a regras externas de regulação racionalizada define o sucesso e até mesmo a moralidade, a mesmice se torna uma virtude, a independência do pensamento um problema e os manuais literatura essencial do cânone moderno”.¹⁶

Não se nega a importância do consumo para o funcionamento adequado do sistema econômico e social porém o que precisa mudar é a cultura do excesso, do esbanjamento, do luxo desnecessário e parasitário, que desequilibra gravemente a capacidade de produção de

¹³ BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2009, p. 144.

¹⁴ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. 2010, p. 35.

¹⁵ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. 2010, p. 35.

¹⁶ FERREL, Jeff. Tédio, crime e criminologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, V. 82, 2010, p. 344.

bens e serviços ambientais em relação às demandas reais e necessárias, não às criadas artificialmente.¹⁷

A questão da rotina e do cotidiano afeta o homem, que não consegue mais sentir-se triste, e na busca da felicidade acaba envolvido em tédio, em meio ao consumismo do mundo capitalista moderno.

“Aquele não consegue mais acreditar, como anteriormente, que pode transformar a si mesmo e ao mundo com seu desejo, de maneira a poder reinventar a si mesmo e a ordem social”.¹⁸ A felicidade passa a ser embalada e vendida pelas grandes marcas em seus produtos, mais do que uma mercadoria, o que se tem é uma promessa de vida feliz. Promessa garantida pela mera aquisição de produtos.

Deste modo, as relações humanas tomam características primitivas. Assim, “na ausência de projetos sociais compartilhados, resta apenas para as subjetividades os pequenos pactos em torno da possibilidade de extração do gozo do corpo do outro, custe o que custar”.¹⁹

Além disso, “a busca inconsequente por bem-estar e felicidade em razão de padrões irresponsáveis de produção e consumo contribui decisivamente para a crise ecológica global”.²⁰

O que surge, agora, é um novo mundo de entretenimento. Novas tecnologias para que esse mal do século, o tédio, possa ser combatido. Mas o que em verdade se demonstra, é um novo método do tédio ser instaurado.

Assim, aparece “um novo mundo cultural do entretenimento controlado e excitações preconcebidas, disponíveis tanto para o operário quanto para o professor”.²¹ Logo, o trabalhador procura no consumismo e no trabalho uma rota de fuga a esse tédio que o domina.

O tédio, em verdade, pode ser caracterizado como “um desejo frustrado de acontecimentos – não de acontecimentos necessariamente agradáveis, mas apenas ocorrências que permitam à vítima do *ennui* distinguir um dia do outro. O oposto do tédio, numa palavra, não é o prazer, mas a excitação”.²²

O tédio parece ter emergido nas últimas décadas como uma espécie de tema subterrâneo, um contexto experimental e conceitual para o ativismo e a crítica, um fio condutor da política, aproximando o passado do presente. Nesse sentido, procurando considerar mais as condições sociais e culturais do tédio e suas consequências. Talvez realmente haja uma “política do tédio”. Talvez afirmar o “tédio é contrarrevolucionário” seja revelar algo sobre “políticas utópicas”, sobre revoluções reais e imaginárias, sobre as possibilidades de mudança e de

¹⁷ BODNAR, Zenildo. O cidadão consumidor e a construção jurídica da sustentabilidade. in: PILAU SOBRINHO, LitonLanes; SILVA, Rogério da (org). **Consumo e sustentabilidade**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2012, p. 32.

¹⁸ BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2009, p. 82.

¹⁹ BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2009, p. 25.

²⁰ BODNAR, Zenildo. **O cidadão consumidor e a construção jurídica da sustentabilidade**. 2012, p. 30.

²¹ FERREL, Jeff. **Tédio, crime e criminologia**. 2010, p. 345.

²² RUSSEL, Beltrand. **A conquista da felicidade**. São Paulo: Nacional, 1956, p. 55.

justiça social. E talvez o tédio possa nos dizer algo importante sobre crime e, por que não, sobre criminologia.²³

Matos relata que “felicidade é o fator que harmoniza razão e sentimentos. Emoções descontroladas (...) e ideias desordenadas (...) comprometem o desenvolvimento da inteligência. Na verdade emburrecem. Pensamentos e emoções negativas estreitam a visão”.²⁴

Assim, a pós-modernidade pode ser chamada de cultura do narcisismo. Nela “o cuidado excessivo com o próprio eu se transforma assim em objeto permanente para a admiração do sujeito e dos outros, de tal forma que aquele realiza polimentos intermináveis para alcançar o brilho social”.²⁵

Logo, de mesmo modo que o trabalhador busca a sua felicidade nas “embalagens”, existem outros indivíduos que buscam a sua felicidade em outros mecanismos para quebrar a rotina do tédio, como o caso dos usuários de drogas sejam elas lícitas ou ilícitas.

[...] pretende-se a sedação da angústia e a eliminação das excitações excessivas com os ansiolíticos. Da mesma forma, busca-se a eliminação das paixões depressivas com os antidepressivos. A busca de um suposto ideal de estesia psíquica no sujeito, a normalização de seus humores intempestivos é a finalidade nas prática médica e psiquiátrica. Em contrapartida, busca-se a promoção dos paraísos artificiais [...] e do gozo pelas drogas pesadas. São as viagens sem volta pelo imaginário, o gozo por si mesmo como valor, que aqui são promovidos pela química mágica das drogas pesadas.²⁶

É evidente, desde os anos 1960, que o problema de uso das drogas ilícitas já se alastra como uma epidemia, tanto em território nacional, quanto internacionalmente. Isso pode ser visto como um problema sociopolítico que está diretamente ligado a busca da felicidade.

“As drogas passaram a ser a forma privilegiada de acesso a um outro mundo, revelado em sua tessitura pelas transformações perceptivas provocadas por elas”.²⁷ O usuário passa a ter uma passagem para outra realidade, na qual os dilemas vividos, a dor e a tristeza não existem. “A realidade psíquica dos toxicômanos oscila entre a depressão severa e a mania, entre o vazio quase absoluto da estesia narcísica e a expansão triunfante produzida pelos efeitos da droga”.²⁸

[...] o que orienta o indivíduo é a busca desesperada de uma poção mágica que impossibilite o reconhecimento do sofrimento inerente à existência, impedindo então a constatação das desilusões que a vida inevitavelmente provoca em qualquer ser humano, de forma que o sujeito possa existir em estado nirvânico.²⁹

²³ FERREL, Jeff. **Tédio, crime e criminologia**. 2010, p. 343.

²⁴ MATOS, Francisco Gomes de. **Fator QF: quociente de felicidade, ciclo de felicidade no trabalho**. Rio de Janeiro: Makron Books, 1997, p. 03.

²⁵ BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2009, p. 167.

²⁶ BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2009, p. 243.

²⁷ BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2009, p. 221.

²⁸ BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2009, p. 25.

²⁹ BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2009, p. 202.

Outrossim, segundo estudos, grupos criminosos utilizam-se de técnicas de sobrevivência em situações de perigo, interferências artísticas juntamente com atividades ilícitas, e rituais emotivos anteriores aos costumes modernos, para fugir desse mal. Esse tipo de atitude demonstra moldes não apenas de atitudes criminosas, mas, também, os movimentos sociais em rebelião ao tédio.³⁰

[...] a felicidade seria a busca do bem universal que não é, em si, igual para todas as coisas, mas é universal no sentido de configurar aquilo que motiva todas as coisas. Na medicina, o bem seria a saúde; na estratégia, a vitória; na arquitetura, uma casa; em qualquer outra esfera, algo diferente. Mas correspondente à finalidade para a qual cada ação e cada propósito se dirigem”.³¹

Segundo Ferrel o consumidor, o revolucionário cultural e o criminoso possuem mais características em comum que diferentes. Pois, o tédio criou em todos eles um vazio que necessita ser preenchido. O que os diferencia é, apenas, o modo como eles buscam o preenchimento deste buraco. Seja comprando a felicidade embalada; ou rebelando-se contra a cultura atual, seja com a adrenalina da fuga de um carro roubado, todos necessitam sair da rotina.³²

A busca da felicidade é o combustível que move a humanidade – é ela que nos força a estudar, trabalhar, ter fé, construir casas, realizar coisas, juntar dinheiro, gastar dinheiro, fazer amigos, brigar, casar, separar, ter filhos e depois protegê-los. Ela nos convence de que cada uma dessas conquistas é a coisa mais importante do mundo e nos dá disposição para lutar por elas. Mas tudo isso é ilusão. A cada vitória surge uma nova necessidade. Felicidade é uma cenoura pendurada numa vara de pescar amarrada no nosso corpo. Às vezes, com muito esforço, conseguimos dar uma mordidinha. Mas a cenoura continua lá adiante, apetitosa, nos empurrando para a frente. Felicidade é um truque.³³

Ainda continua, “Não existe uma fórmula da felicidade que funcione com todo mundo – é justamente nisso que os livros de auto-ajuda costumam falhar. Cada pessoa é diferente e reage à vida de modo diferente”.³⁴

Com o advento da era contemporânea, a oferta de produtos pela internet se tornou frenética. Para além de oferecer a felicidade em “recipientes” nas propagandas, ainda se tem os novos propagadores de informação, os chamados “influencers digitais”. São estas pessoas que são pagas para utilizar as suas redes sociais para fazer propaganda dos produtos.

3 - O DIREITO DA BUSCA DA FELICIDADE

³⁰ FERREL, Jeff. **Tédio, crime e criminologia**. 2010, p. 348.

³¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MARTINS, Rogério Parentoni. O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Revista NEJ – eletrônica**. Itajaí, Vol. 18 - n. 3 - p. 474-491 / set-dez 2013, p. 474.

³² FERREL, Jeff. **Tédio, crime e criminologia**. 2010, p. 349.

³³ AXT, Bárbara. **A busca da felicidade**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/cultura/busca-felicidade-464107.shtml>>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.

³⁴ AXT, Bárbara. **A busca da felicidade**. Acesso em: 19 de novembro de 2014.

A felicidade não encontra em nenhuma das áreas do conhecimento a sua definição, pois, de acordo com a individualidade de cada um, ela pode significar algo. Para Freud a felicidade é o objetivo da vida do homem. Ainda,

[...] seria a felicidade uma espécie de necessidade humana apta a fundamentar um novo direito? seria algo mais subjetivo, de matiz prospectiva, que motiva o homem a realizar, criar e interagir com os demais? Nesse plano, dada a abstração que a felicidade alcançaria, sua disciplina jurídica estaria jungida à garantia da busca pela felicidade e, portanto, capitulada no âmbito da autonomia, da liberdade.³⁵

Segundo Russel existem dois tipos de felicidade, uma natural e uma concebida, uma animal e outra espiritual, uma do coração e outra do intelecto. A felicidade varia de acordo com o que se deseja provar. O primeiro tipo de felicidade está ao alcance de todas as criaturas vivas, e o segundo tipo, é aquele em que somente os que tem o poder de ler e escrever podem concebê-la.³⁶ Para Aristóteles felicidade teria um outro significado:

É ela procurada sempre por si mesma e nunca com vistas em outra coisa, ao passo que à honra, ao prazer, à razão e a todas as virtudes nós de fato escolhemos por si mesmos (pois, ainda que nada resultasse daí, continuaríamos a escolher cada um deles); mas também os escolhemos no interesse da felicidade, pensando que a posse deles nos tornará felizes. A felicidade, todavia, ninguém a escolhe tendo em vista algum destes, nem em geral, qualquer coisa que não seja ela própria.³⁷

Porém, se o ponto de partida para o conceito de felicidade for a análise psicanalítica, ela ultrapassaria as possibilidades jurídicas, pois, nem sempre o direito poderá suprimir as experiências de infelicidade e ausência de sofrimento.

A regulação da felicidade nem sempre é ligada a fatores econômicos, mas sim, psicológicos e sociais, os quais não há possibilidade de regulação por meio de normas e princípios do Direito.

Neste sentido se tem a importância da autonomia do indivíduo que a ser compreendida “como um importante instrumento para busca da felicidade ou para o afastamento da infelicidade”.³⁸

Em definitivo, a liberdade não é resultado automático de liberação da opressão – o seu primeiro momento, completando-se num segundo, pela efetivação da liberdade e nisto já surge a responsabilidade da sociedade – segundo entendemos, os outros partícipes da oportunidade e do momento, em especial dos detentores do poder e que implica na relação liberdade-igualdade.³⁹

³⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MARTINS, Rogério Parentoni. O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Revista NEJ – eletrônica**. Itajaí, Vol. 18 - n. 3 - p. 474-491 / set-dez 2013, p. 474.

³⁶ RUSSEL, Bertrand. **A conquista da felicidade**. 1956, p. 133-134.

³⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 55.

³⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MARTINS, Rogério Parentoni. **O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura**. 2013, p. 484.

³⁹ GARCIA, Maria. **Desobediência civil, direito fundamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 35.

O direito, por meio do princípio da liberdade e do direito humano a liberdade, então, deverá assegurar as condições para que o homem seja livre para desenvolver as atividades que lhe causam prazer, e auxiliem na busca de sua felicidade.

Pressuposta a dupla dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e assumida a abertura axiológica do sistema, o princípio da dignidade humana tem sido reconhecido com o fio que trama a unidade de sentido e fornece o critério de interpretação do sistema constitucional de direitos fundamentais. A dignidade humana consiste no elo de ligação entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, entre os princípios da liberdade e da igualdade. Trata-se do pressuposto teórico que, mais do que qualquer outro, justifica o regime jurídico constitucional reforçado atribuído aos direitos fundamentais, sobretudo quanto às possibilidades de superação das objeções impostas à eficácia dos direitos sociais a prestações materiais.⁴⁰

Tendo liberdade para atingir seus próprios objetivos de vida, o homem passa a ter mais possibilidades de atingir a felicidade, seja por qual meio ele preferir. “Uma sociedade democrática, focada na pessoa, busca a realização da justiça seja no plano retributivo ou no plano distributivo, de sorte a possibilitar a todos o bem-estar”.⁴¹

A Constituição Federal de 1988 possui como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais para, com isso, buscar uma vida digna para todos.⁴²

“O texto constitucional promoveu verdadeiro alargamento do conjunto de direitos e garantias, para incluir no rol dos direitos fundamentais do homem, tanto direitos civis como direitos políticos e sociais”.⁴³ E mesmo assim, no direito pátrio há a iniciativa de se aumentar mais ainda este rol de direitos – que ainda não estão sendo efetivamente assegurados, pois existem muitas pessoas ainda em miséria no Brasil⁴⁴ – introduzindo-se um princípio da busca da felicidade

Tramitou, no Congresso, a Proposta de Emenda Constitucional número 19 de 2010 no Congresso Nacional, de autoria de Cristovam Buarque, no sentido de incluir o direito a busca da felicidade no rol dos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal. Nesse sentido cabe fazer menção de trecho da PEC ora citada.

A busca individual pela felicidade pressupõe a observância da *felicidade coletiva*. Há *felicidade coletiva* quando são adequadamente observados os itens que tornam mais feliz a

⁴⁰FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental a Saúde**. Parâmetros para sua eficácia e Efetividade. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 46.

⁴¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MARTINS, Rogério Parentoni. **O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura**. 2013, p. 485.

⁴² SANTIN, Janaína Rigo. **A Gestão Democrática Municipal no Estatuto da Cidade e a Teoria do Discurso Habermasiana**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. N. 42, p. 121-132, 2005, p. 122.

⁴³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 466.

⁴⁴ COSTA, Ana Clara. **Miséria no Brasil aumenta pela primeira vez em 10 anos**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/numero-de-miseraveis-aumentou-pela-primeira-vez-em-10-anos>>. Acesso em: 18 de novembro de 2014.

sociedade, ou seja, justamente os direitos sociais – uma sociedade mais feliz é uma sociedade mais bem desenvolvida, em que todos tenham acesso aos básicos serviços públicos de saúde, educação, previdência social, cultura, lazer, dentre outros.⁴⁵

Assim, a felicidade seria algo a ser almejado pela população e garantido pelo Estado. Ocorre que, até mesmo a própria proposta de emenda constitucional possui em seu texto argumentos que levam a observância de que a felicidade não é algo mensurável, mas que ela pode ser obtida por meio da garantia dos direitos fundamentais sociais já descritos na Constituição Federal, sendo desnecessária a emenda proposta.

Ainda, segundo o texto da PEC “determinantes como *renda, sexo, estado civil e emprego* se mostram diretamente ligadas às respostas dos pesquisados a respeito da *felicidade*”.⁴⁶ Como o próprio texto da emenda concluiu, nem todos os requisitos que “causam” a felicidade podem ser controlados e garantidos pelo Estado.

Por meio desta interpretação do que seria a felicidade e de que maneira ela poderia ser efetivada, entende-se que o Estado poderá garantir aos seus cidadãos o “acesso” a felicidade, se garantir os direitos sociais básicos a necessidade do homem. “Porém, se já não é fácil a análise da felicidade sob as perspectivas de ciências como a biologia, a sociologia, a filosofia e até mesmo a economia, tampouco o será no âmbito do direito”.⁴⁷

Segundo Freud “é lícito esperar que gradativamente venhamos a impor essas mudanças à nossa cultura, mudanças que satisfaçam melhor as nossas necessidades e escapem a essa crítica”.⁴⁸ Porém não vai ser com a positivação na lei de conceitos abstratos que se conseguirá uma mudança efetiva na felicidade da população, pela mera inserção no artigo de mais um de tantos princípios, desta vez, o da busca da felicidade.

Refere Garcia:⁴⁹ “do que podemos concluir, ser humano, portanto, é ser livre; o homem é um *ser-para-a-liberdade*”. Inversamente a essa colocação, o poder de autonomia na liberdade de autoguiar-se encontra seu limite de busca da felicidade também na constituição do homem.

Deste modo, cabe referir o conceito de Rawls⁵⁰ de loteria natural, para melhor compreensão do raciocínio. Rawls traz o conceito das habilidades naturais como sendo uma loteria natural, na qual alguns possuem mais habilidades, vantagens e talentos que outros.

⁴⁵ **Projeto de Emenda Constitucional nº 19 de 2010.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=80792&tp=1>>. Acesso em: 23 de outubro de 2014, p. 01-02.

⁴⁶ **Projeto de Emenda Constitucional nº 19 de 2010.** Acesso em: 23 de outubro de 2014, p. 03.

⁴⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MARTINS, Rogério Parentoni. **O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura.** 2013, p. 484.

⁴⁸ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura.** 2010, p. 72.

⁴⁹ GARCIA, Maria. **Desobediência civil, direito fundamental.** 1994, p. 32.

⁵⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 70.

Assim sendo, “há necessidades impeditivas da realização da liberdade, fatores incidentes do mundo em redor ou no próprio indivíduo, a insuficiência de talentos, dons e qualidades de que o homem é dotado por nascimento”.⁵¹

Deste modo, utilizando-se do princípio da igualdade equitativa de oportunidades⁵² ele estabelece regras para que os indivíduos que possuam as mesmas habilidades, ainda que de classe social baixa ou condição financeira inferior possam atingir os mesmos objetivos daqueles de classe social mais alta e condição financeira melhor.

De tal modo, de acordo com os conceitos elencados, mesmo que uma pessoa para atingir a sua felicidade plena queira praticar determinado esporte como sua carreira profissional, ainda que ela tenha condições financeiras de pagar por um bom treinador, se ela não tiver as habilidades necessárias para a prática do esporte, não conseguirá atingir seu objetivo, e com isso a sua felicidade.

Deste modo, como poderá o direito brasileiro, que sequer atende as necessidades básicas da população, poderá garantir afelicidade – conceito abstrato e individual – à população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A felicidade para além de ser um objetivo de vida do homem, tem que ser um objetivo coletivo a ser alcançado com a ajuda do Estado, mas não ser o objetivo deste. Entende-se que não será com a positivação deste novo direito que as pessoas terão a sua felicidade alcançada. Até mesmo porque dependendo do que a pessoa considerar como felicidade o direito não poderá realizar esse desejo.

De mesmo modo, o direito não poderá conceituar a felicidade tendo como apoio diversas áreas do conhecimento, pois em nenhuma delas se verifica-se consenso para sua conceituação. Isso se dá, justamente, por ter significados múltiplos, dependendo do ponto de vista de cada indivíduo.

O Estado não pode ficar responsável por conseguir a felicidade de todos da população. O que ele tem de prover são condições de liberdade e igualdade entre a população, para que dentre as opções possíveis, utilizando as aptidões de cada um, cada pessoa possa escolher os seus caminhos, e assim, ser feliz ou não, arcando com a responsabilidade da própria vida.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é repleta de artigos que elencam a justificativa da PEC N° 19/2010, eles conferem garantias aos direitos à saúde, à educação, assim como asseguram a liberdade e igualdade do povo que aqui reside.

⁵¹ GARCIA, Maria. **Desobediência civil, direito fundamental**. 1994, p. 33.

⁵²MÖLLER, Josué Emilio. **A Justiça como equidade em John Rawls**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2006. “O princípio da igualdade equitativa de oportunidades, ancorado em uma interpretação liberal igualitária que subjaz toda a teoria e pressupõe uma igualdade de tratamento (primeiro princípio de justiça) e uma economia de mercado livre, tem como objetivo assegurar a todos os indivíduos os mesmos direitos legais de acesso a todas as posições sociais privilegiadas”. p. 74.

Se estes direitos elencados, juntamente com os direitos sociais, civis, políticos já elencados, forem assegurados pelo Estado, cada indivíduo terá as condições necessárias para reger a sua vida de acordo com a sua vontade e buscar a sua própria felicidade.

O que se demonstra é um risco a ordem pública decorrente. Isso se dá aos fatores da “loteria natural”, na qual uns nascem com mais habilidades, talentos e vantagens que os outros, e estas não podem ser niveladas somente com o incentivo financeiro do Estado, pois são condições naturais de cada um.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

AXT, Bárbara. **A busca da felicidade**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/cultura/busca-felicidade-464107.shtml>>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.

BIRMAN, Joel, 1946, **Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2009

BODNAR, Zenildo. O cidadão consumidor e a construção jurídica da sustentabilidade. in: PILAU SOBRINHO, LitonLanes; SILVA, Rogério da (org). **Consumo e sustentabilidade**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2012.

COSTA, Ana Clara. **Miséria no Brasil aumenta pela primeira vez em 10 anos**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/numero-de-miseraveis-aumentou-pela-primeira-vez-em-10-anos>>. Acesso em: 18 de novembro de 2014.

DICONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=felicidade>>. Acesso em: 23 de outubro de 2014.

FERREL, Jeff. Tédio, crime e criminologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, V. 82,2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental a Saúde**. Parâmetros para sua eficácia e Efetividade. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2010.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil, direito fundamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MATOS, Francisco Gomes de. **Fator QF: quociente de felicidade, ciclo de felicidade no trabalho**. Rio de Janeiro: Makron Books, 1997.

MÖLLER, Josué Emilio. **A Justiça como equidade em Jonh Rawls**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2006.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MARTINS, Rogério Parentoni. O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Revista NEJ – eletrônica**. Itajaí, Vol. 18 - n. 3 - p. 474-491 / set-dez 2013.

Projeto de Emenda Constitucional nº 19 de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=80792&tp=1>>. Acesso em: 23 de outubro de 2014.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RUSSEL, Beltrand. **A conquista da felicidade**. São Paulo: Nacional, 1956.

SANTIN, Janaína Rigo. **A Gestão Democrática Municipal no Estatuto da Cidade e a Teoria do Discurso Habermasiana**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. N. 42, 2005, p. 121-132.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA NA SOCIEDADE DE CONSUMO E O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE

THE PLANNED OBSOLESCENCE IN CONSUMER SOCIETY AND THE PARADIGM OF SUSTAINABILITY

Nadya Regina Gusella Tonial¹

Maria Eduarda Girelli Gonçalves²

RESUMO

O presente estudo visa analisar a figura da obsolescência programada, na sociedade de consumo, a partir da dimensão da sustentabilidade, no seu viés ambiental. Tem como objetivos compreender a sociedade de consumo, a figura da obsolescência programada e suas espécies, bem como o paradigma da sustentabilidade ambiental. Para tanto, investiga-se se existe a possibilidade de conciliar o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade ambiental. Consta-se que o consumo é importante para o desenvolvimento econômico, mas a sustentabilidade desponta como novo paradigma do direito na pós-modernidade. Portanto, à luz da sustentabilidade ambiental, imperiosa a implantação de um novo modelo econômico, diverso do usar e descartar, típico do capitalismo. Com isso, necessárias estratégias de governança, baseadas na cooperação e na solidariedade, para reduzir a obsolescência programada e com base na noção da sustentabilidade, promover a vida duradoura no planeta, contemplando a presente e as futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Obsolescência programada. Sociedade de consumo. Sustentabilidade ambiental.

ABSTRACT

This study aims to analyze the figure of planned obsolescence, in consumer society, from the dimension of sustainability in your environmental bias. Aims to underst and the consumer society, the figure of planned obsolescence and its species, as well as the paradigm of environmental sustainability. For both, investigates whe ther thereis a possibility to reconcile economic development and environmental sustainability. Notes that the consumption is important for economic development, but sustainability topping as new paradigm of law in post-modernity. There fore, in the light of environmental sustainability, imperative implementation of a new economic model, other than use and discard, typical of capitalism. With that, makes necessary governance estrategies, based on cooperation and solidarity, to reduce the planned obsolescence and based on the notion of sustainability, promote enduring life on the planet, including the presentand future generations.

KEYWORDS: Planned obsolescence. Consumer society. Environmental sustainability.

¹Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogada. E-mail: nadyatonial@gmail.com.

² Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Estagiária do Balcão do Consumidor. E-mail: 155736@upf.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a obsolescência programada, a fim de efetivar a sustentabilidade e minorar os impactos gerados pela sociedade de consumo ao meio ambiente. A partir disso, torna-se relevante entender o constante estímulo do capitalismo à atividade de consumo. Esse cenário é caracterizado como sociedade de consumo, ou seja, fundamenta-se nos preceitos de comprar e descartar.

Objetiva-se compreender que a mídia, a serviço do capitalismo, é a principal influenciadora desta forma de consumir. Tal situação dá origem a obsolescência planejada, momento que um produto é inutilizado, descartado e substituído por outro novo. Ainda, estuda-se o paradigma da sustentabilidade e investiga-se se o desenvolvimento econômico pode ser conciliado com a sustentabilidade ambiental.

Justifica-se a importância do tema pois a durabilidade reduzida dos bens tem impacto direto no meio ambiente. Ao mesmo tempo que novos produtos são introduzidos no mercado, toneladas de resíduos são descartados, e na maioria das vezes de forma incorreta. Ainda, a maioria desses produtos podem conter substâncias nocivas aos seres vivos e a vida do planeta.

1 - A SOCIEDADE DE CONSUMO: COMPRAR E DESCARTAR

A sociedade de consumo, também chamada de sociedade de abundância, traduz o reflexo do progresso capitalista que transforma os valores em formas produtivas. Por um lado, o consumo integra a economia do mundo e garante maior liberdade e autonomia aos cidadãos. Em contrapartida, esse mesmo consumo traz uma satisfação efêmera às pessoas e um passivo gigante ao meio ambiente.

Verifica-se, que o modelo econômico do capitalismo, se vale da publicidade para vender. Assim, as pessoas se tornaram consumistas e desejam cada vez mais a apropriação, a posse e a acumulação de produtos, como forma de proporcionar conforto, respeito perante os outros e até mesmo por uma questão de segurança. O desenvolvimento trouxe consigo uma incessante vontade de consumir e ao mesmo tempo uma dificuldade em satisfazê-la, tendo como consequências o consumo e o descarte de forma inadequada.

Nesse contexto, “a felicidade constitui a referência absoluta da sociedade de consumo”. Esta característica foi imposta, pois, em muitos casos, os produtos, além de satisfazerem as necessidades intrínsecas à vida humana, tornam-se objetos de lazer, ou até mesmo completam o vazio de alguns

sentimentos.³ Com isso, os objetos passaram a ser instrumentos que suprem as insatisfações e, também, servem de elo entre as pessoas.⁴

Explica Bauman que se vive em tempos líquidos e tudo passa muito rápido e gera insegurança.⁵ Diante disso, o convívio social é deixado de lado e tudo acontece de forma virtual. No entanto, por mais que isto traga comodismo, acaba por afetar o íntimo de cada pessoa. Os indivíduos tentam alcançar a felicidade por meio da compra de produtos, ao invés de conviverem com as outras pessoas. Assim, acabam sozinhos e cercados por objetos.

Desse modo, “a economia consumista se alimenta do movimento das mercadorias e é considerada em alta quando o dinheiro mais muda de mãos.”⁶ Com isso, a pessoa estará integrada na sociedade, se for um consumidor nato, que gere lucro para os empresários e faça com que o país se desenvolva por meio da movimentação da economia. Lipovetsky denomina essa nova forma de consumir de “hiperconsumo”, que por sua vez criou o modelo de “consumo-mundo”.⁷

Destaca-se que as pessoas não consomem o objeto em si, mas são manipuladas a adquirir produtos, em face do desejo provocado pelo mercado. Ainda, verifica-se que nem todos os consumidores possuem as mesmas condições econômicas para comprar os objetos que suprem seus desejos. Assim, ocorre a distinção em grupos, com status superiores e inferiores,⁸ ou seja, o ato de consumir importa no reconhecimento social dos consumidores e na delimitação da posição social que ocupam. Isso afeta a economia pessoal de cada um, e, respectivamente, aumenta os índices de pessoas endividadas, visto que a sociedade de consumo manipula inclusive as possibilidades de escolha individuais.

Destarte, essa busca pelo padrão ideal em todos os setores da vida das pessoas faz com que o consumismo aumente gradativamente. Afinal, à medida que as “necessidades da vida, antes obtidas com dificuldade, sem o luxo do serviço de intermediação proporcionado pelas redes de compras, tornam-se ‘comodizados’ [...], (por exemplo, levando invariavelmente a água engarrafada nas prateleiras das lojas)”, maior será a vontade das pessoas em consumir, para chegar ao patamar superior e poder estar a par das mudanças. Ainda, imperioso frisar que os fornecedores farão o possível para que o ciclo do comprar e substituir nunca termine, pois os novos desejos vão originar gradativamente novas necessidades.⁹

³ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Elfos Ed., 1995. p.47.

⁴ CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995. p. 59.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 7.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 51.

⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 14.

⁸ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. p. 60.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. p. 15.

Complementado a ideia das diferenças econômicas entre os consumidores, Baudrillard afirma que determinados bens, outrora gratuitos e disponíveis em excesso, tornaram-se aos poucos bens de luxo acessíveis apenas aos economicamente privilegiados, ao passo que serviços e produtos manufaturados são oferecidos em massa,¹⁰ gerando uma disputa entre as classes.

Nessa linha, a sociedade de consumo desvaloriza a durabilidade, igualando o “velho” ao “defasado”, tornando-o impróprio para continuar sendo utilizado. Ainda, explica Bauman que a vida das pessoas é “agorista” e tudo é impulsionado pela pressa. “O motivo mais premente que torna a pressa de fato imperativa é a necessidade de descartar e substituir”.¹¹ Afinal, na atividade de consumo não emergem vínculos duradouros. Assim,

nos mercados de consumidores-mercadorias, a necessidade de substituir objetos de consumo “defasados”, menos que plenamente satisfatórios e/ou não mais desejados está inscrita no design dos produtos e nas campanhas publicitárias calculadas para o crescimento constante das vendas. A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem).¹²

Este é o principal aspecto da sociedade de consumo, tendo em vista que os fornecedores agem de forma a alcançar mais lucro, sem pensar na possibilidade de desvantagem para o consumidor. Isso ocorre, principalmente, por meio da publicidade, que faz todo o papel de impulsionar as vendas e divulgar os novos produtos.

Assim, a sociedade de consumo trouxe consigo inúmeros efeitos colaterais, dentre eles a exclusão de determinados indivíduos, por não terem o reconhecimento por parte de outros. Além disso, também existem as consequências ambientais que ocorrem pelo fato de que o produto descartado, por vezes, não tem a destinação correta e o novo ocasiona provoca a escassez dos recursos naturais disponíveis.

2 - A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

A sociedade de consumo caracteriza-se pelo comprar e descartar, impulsionado pela publicidade, momento que surge a figura da obsolescência planejada, que consiste em uma estratégia do modelo econômico capitalista, de fazer com que alguns produtos, ainda, em perfeitas condições de uso, sejam substituídos por outros, que oferecem melhor função, mais qualidade, ou somente, por desejo.

¹⁰ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. p. 56.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 50.

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 31.

Conforme Neves, a obsolescência programada pode ser dividida em três modalidades, ou seja: a obsolescência por irreparabilidade artificial; a obsolescência por deterioração acelerada; e a obsolescência por falta deterioração.¹³

A primeira ocorre quando o produto já é entregue ao consumidor com um perecimento parcial, que poderia ser resolvido com a troca de peças do mesmo. No entanto, o fornecedor, propositalmente, faz com que essas peças não existam mais no mercado para a realização do reparo; ou ainda, caso venham a existir, possuam um valor muito elevado, o que faz com que seja mais vantajoso ao consumidor comprar um novo produto. Este tipo de obsolescência acontece muito nos aparelhos eletrônicos, como celulares, principalmente, em suas baterias.¹⁴

A obsolescência por deterioração acelerada implica no perecimento precoce do produto. Isso ocorre devido ao modo de fabricação, em que, propositalmente, o fornecedor reduz a vida dos produtos, como as lâmpadas; ou por meio do surgimento de novos produtos que trazem mais comodidade, mas que na verdade possuem a mesma função, como por exemplo a substituição do fogão à lenha pelo fogão à gás, e deste último pelo forno micro-ondas.¹⁵

Por fim, a terceira espécie, considerada a mais comum, consiste no desejo por um novo produto por parte do consumidor. Neste tipo de obsolescência, o fabricante modifica o produto para que apresente certa modernidade. É algo que atrai o consumidor, estimula a desejabilidade e interfere no psicológico dele, a fim de que ele descarte o bem antigo e substitua, por um mais moderno, que por pequenas mudanças, mostra-se melhor do que o antigo. Isso também é muito típico de acontecer com os aparelhos eletrônicos, como celulares e computadores.¹⁶

Observa-se que todo esse desperdício e a ideia de estabelecer uma data de morte para os produtos, estipulada pelos fabricantes, já haviam sido abordados por Vance Packard, ainda no ano de 1965. Packard definiu a obsolescência planejada como um “sadio descontentamento em fazer as coisas menos bem do que podem ser feitas”,¹⁷ ou seja, tudo possui uma relação com a durabilidade dos produtos.

Tendo em vista que o desperdício tornou-se parte do modo de vida da sociedade de consumo, Packard mencionou em sua obra três tipos de obsolescência, sendo: a de qualidade, a de função e a de desejabilidade.

¹³NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A obsolescência programada: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

¹⁴NEVES, Julio Gonzaga Andrade. **A obsolescência programada**: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. p. 05.

¹⁵NEVES, Julio Gonzaga Andrade. **A obsolescência programada**: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. p. 05.

¹⁶NEVES, Julio Gonzaga Andrade. **A obsolescência programada**: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. p. 05.

¹⁷PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 1965. p. 50.

A primeira delas é a obsolescência de qualidade, que ocorre quando um produto tem vida determinada para certo tempo, geralmente curto, para que seja substituído por outro.¹⁸ Isto ocorre muito nos aparelhos de televisão, que nas últimas décadas tiveram sua duração reduzida. Ainda, quando o consumidor busca o reparo destes aparelhos, se depara com peças caras e que não compensam o reparo.

Em seguida, o autor explica a obsolescência de função, em que um produto que já existe é substituído por outro que executa melhor a mesma função.¹⁹ Cita-se como exemplos as lareiras manuais, que foram substituídas por modelos elétricos e mais práticos, porém, com valor excessivamente elevado.

Por fim, Packard apresenta a obsolescência de desejabilidade, que interfere na mente dos consumidores, pois os mesmos passam a achar que um novo produto é melhor, em termos de qualidade, do que o bem que ele já possui, induzindo, e promove a troca do produto.²⁰ Esta última modalidade está presente nos vestuários, por exemplo, devido à influência da moda.

A classificação de ambos os autores revela que a sociedade de consumo diminui a durabilidade dos produtos e cria desejos para vender mais. Neste contexto, a mídia divulga as mudanças, por exemplo, da moda, e faz com que os consumidores busquem as mudanças para se sentirem socialmente incluídos nos novos padrões.

Destarte, a obsolescência programada movimenta a economia,²¹ todavia, também, viola direitos dos consumidores e agride o meio ambiente. Portanto, a obsolescência programada traz sérias consequências ambientais, devido ao descarte do produto antigo, que muitas vezes ocorre de forma inadequada, bem como pelo esgotamento dos recursos naturais para a fabricação dos novos produtos. Tudo isso traz um alto preço à conservação do meio ambiente, havendo a necessidade de observar o paradigma da sustentabilidade ambiental.

3 - DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Com intuito de superar a Grande Depressão²² econômica e as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, as ideias de “desenvolvimento e direitos humanos alcançaram proeminência na metade do século” passado, representando as principais preocupações dos Estados. Em especial, quanto ao desenvolvimento, os países buscavam o crescimento econômico para superar problemas

¹⁸PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. p. 51.

¹⁹ PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. p. 51.

²⁰ PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. p. 51.

²¹ LEONARD, Annie. **A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo o que consumimos**. Tradução de Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 174.

²²GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade afluenta**. Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1987. p. 137.

sociais.²³ Destaca-se que, nas primeiras décadas do Século XX, o desenvolvimento se relacionava ao progresso material, ou seja, ao crescimento econômico.²⁴

O atual modelo econômico do capitalismo exacerbou suas características de “acumulação ilimitada”, “concorrência”, “individualismo” e priorizou a ganância. Assim, o capitalismo especulativo se sobrepôs ao capitalismo produtivo, momento em que grupos se enriquecem “saqueando o dinheiro público, as pensões dos operários e devastando globalmente a natureza”. A estratégia de ação envolve “salvar o sistema financeiro e não salvar nossa civilização e garantir a vitalidade da Terra.” Essa realidade é perversa e torna incompatível o “Sistema Terra” e o “Sistema Sociedade”.²⁵

Na segunda metade do Século XX, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) criou o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) para promover a distinção entre desenvolvimento e crescimento econômico. Restou evidenciado que o crescimento econômico “não se traduziu necessariamente em maior acesso à saúde e à educação.” Dessa forma, as políticas que planejavam o desenvolvimento deveriam se estruturar em outros valores, que não somente os econômicos.²⁶

Assim, observa-se que o desenvolvimento importa na efetivação da liberdade, que permite opções e escolhas às pessoas. Com isso, somente haverá desenvolvimento se forem retiradas as principais objeções à liberdade, ou seja, a “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência de Estados repressivos.”²⁷

A par desse pensamento passou a existir a preocupação com a finitude dos recursos ambientais e com a vida do planeta, em especial com a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo, no ano de 1972. Pela primeira vez houve a discussão e elaboração de relatórios internacionais sobre o binômio desenvolvimento e meio ambiente.²⁸

Logo, com intuito de dar andamento a um desenvolvimento social e econômico de modo igualitário, nasceu a definição de desenvolvimento sustentável, definido pela Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, como aquele necessário para atender as necessidades da presente geração, sem comprometer o atendimento das necessidades das futuras gerações.

Veiga critica a expressão desenvolvimento sustentável aduzindo que ela acaba “se legitimando para negar a incompatibilidade entre o crescimento econômico contínuo e a conservação de meio ambiente”, ou seja, traz a ideia que há possibilidade de crescer sem destruir.²⁹

²³SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Tradução de José Lins de Albuquerque Filho. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 47-48.

²⁴VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015. p. 32.

²⁵BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 18-19.

²⁶VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p.18-19.

²⁷VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. p.34.

²⁸SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. p.48.

²⁹VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. p.189.

No mesmo sentido, Sachs argumenta que o desenvolvimento sustentável é incompatível com o modelo capitalista, que somente visa lucros e ganhos em cada investimento.³⁰

Nesse viés, necessário compreender a noção de sustentabilidade por meio de um conceito ampliado e integrador:

Sustentabilidade é toda a ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida, a sociedade e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que os bens e serviços naturais sejam mantidos e enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.³¹

A sustentabilidade é difícil de ser definida e não comporta respostas simples ou definitivas. Segundo Veiga “é o único valor a dar atenção às futuras gerações”, desse modo, vem “a evocar a responsabilidade contemporânea pelas oportunidades, leque de escolhas, e direitos, que nossos trinetos e seus descendentes terão alguma chance de usufruir.”³²

A sustentabilidade é multidimensional e pode ser compreendida por diferentes aspectos: no âmbito social, cultural, ecológico, ambiental, territorial, econômico, da política nacional e da política internacional.³³ Ainda, a doutrina divide a sustentabilidade em ampla, aquela que abrange os pilares acima expostos; e restrita ou ecológica, que envolve a proteção do meio ambiente, como condição básica da vida no planeta.³⁴

A noção de sustentabilidade ambiental envolve a junção de uma “ética imperativa da solidariedade sincrônica com a geração atual” e a “solidariedade diacrônica com as gerações futuras”, abrangendo “um postulado ético de responsabilidade para com o futuro de todas as espécies vivas na Terra”.³⁵

Com isso, a sustentabilidade ambiental abrange dois aspectos: o próprio sistema de sustentação da vida no planeta, bem como a condição de “recipiente” para receber os resíduos que são produzidos.³⁶ Nessa senda, a obsolescência programada e o conseqüente consumismo desequilibram o sistema de solidariedade entre as gerações.

Observa-se que a obsolescência programada é fruto do atual modelo de produção que se caracteriza por ser “industrialista, consumista, perdulário e poluidor” e, ainda, que transformou a

³⁰SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. p.55.

³¹BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. p. 116.

³²VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. p. 40.

³³SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. p.85-88.

³⁴FERRER, Gabriel Real. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 19, n. 4 – edição especial, p. 1433-1464, 2011. p.1456.

³⁵SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Tradução de José Augusto Drummond e Glória Maria Vargas. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p.15.

³⁶SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. p. 15.

economia no principal “eixo articulador e construtor das sociedades.” No capitalismo tudo gira em torno do dinheiro, do lucro e da acumulação.³⁷

Nesse contexto, o mercado tornou-se o protagonista, escapou do controle dos Estados e transformou tudo em mercadoria. No mesmo sentido, passou a dominar a política, subjugando-a a seus interesses, momento que aniquilou a ética e os valores de ser “honesto, justo e solidário”,³⁸ inclusive depredando o meio ambiente. Segundo Galeano essa economia de mercado (capitalismo) promove a exploração das pessoas e a aniquilação da natureza, o que acaba “*enfermando el cuerpo, nos está envenenando el alma y nos está dejándonos mundo*”.³⁹

Desse modo, a sustentabilidade exsurte como novo paradigma ao direito, apresenta novos sujeitos (as gerações futuras), ultrapassa a noção de Estado, de direito nacional e de território, colocando a solidariedade entre as gerações como valor cardinal.⁴⁰

Assim, a mudança de atitude com relação ao consumismo, que agride o meio ambiente, seja pela produção de lixo, seja pelo esgotamento dos recursos naturais, depende de “um processo de trocas mútuas e interações entre os vários setores da sociedade, pois o social, o ambiental e o econômico não podem viver isoladamente.” Nesse viés, a “economia não pode ditar os rumos da proteção ambiental” há necessidade da participação de todos.⁴¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual economia de mercado busca, de modo exacerbado, o lucro e a acumulação. Com isso, o cenário atual revela uma sociedade de consumo, em que os fornecedores, por meio da publicidade, criam desejos para impulsionar as vendas e buscar o crescimento econômico, propagando o consumo cada vez maior e mais esbanjador.

Esse modelo capitalista utiliza-se da obsolescência programada para descartar os produtos e vender outros novos. Essa substituição decorre da função mais sofisticada dos novos bens, da qualidade dos mesmos ou somente pelo desejo que causam aos consumidores. Com isso, ocorre o endividamento das pessoas, o esgotamento dos recursos naturais e a produção de resíduos.

Constata-se que o consumo é importante para o desenvolvimento econômico, mas a sustentabilidade desponta como novo paradigma do direito na pós-modernidade. Portanto, à luz da

³⁷BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 18.

³⁸BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 18.

³⁹GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo**: el mundo visto desde una ecología latino-americana. 7.ed. Buenos Aires: Booket, 2010. p.11.

⁴⁰FERRER, Gabriel Real. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade**: um novo paradigma para o direito. p. 1461.

⁴¹PILAU SOBRINHO, LitonLanes. BRAVO, Álvaro Sánchez. A superação das improbabilidades da comunicação ambiental. In **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, v. 17 – n. 1, p. 84-100, jan-abr 2012. p. 94.

sustentabilidade ambiental, imperiosa a implantação de um novo modelo econômico, a fim de atender as necessidades da geração atual, sem comprometer as futuras.

Ainda, destaca-se a existência de uma corresponsabilidade pela consecução do consumo consciente. A par disso, a educação para o consumo revela-se como importante meio para garantir a transformação da realidade atual e promover a sustentabilidade na sociedade de consumo, nesse viés ressalta-se o modelo do Balcão do Consumidor, projeto de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

Por fim, necessárias estratégias de governança, baseadas na cooperação e na solidariedade, para reduzir a obsolescência programada, e com base na noção da sustentabilidade, promover a vida duradoura no planeta, contemplando a presente e as futuras gerações.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Elfos Ed., 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995.

FERRER, Gabriel Real. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 19, n. 4 – edição especial, p. 1433-1464, 2011.

GALBRAITH, Jonh Kenneth. **A sociedade afluyente**. Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1987.

GALEANO, Eduardo. **Úselo y tírelo: el mundo visto desde una ecología latinoamericana**. 7. Ed. Buenos Aires: Booket, 2010.

LEONARD, Annie. **A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo o que consumimos**. Tradução de Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. **A obsolescência programada**: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio**

Internacional, vol. 23, p. 01-18, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PILAU SOBRINHO, LitonLanes. BRAVO, Álvaro Sánchez. **A superação das improbabilidades da comunicação ambiental**. In Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ, v. 17 – n. 1, p. 84-100, jan-abr 2012.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Tradução de José Lins de Albuquerque Filho. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado**. Tradução de José Augusto Drummond e Glória Maria Vargas. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.

A ORDEM ECONÔMICA FINANCEIRA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE FINANCIAL ECONOMIC ORDER IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 AND THE ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW

Pamela De Almeida Araújo¹

Maria Caroline Nemet Kurtz²³

RESUMO

O poder constituinte originário tratou da Ordem Econômica e Financeira, no título VII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, e estabeleceu inclusive no Capítulo 1 do referido título os princípios gerais da atividade econômica. Infere-se, pois, que o constituinte originário deixou muito claro que a economia não pode ser ignorada, ao revés, trata-se de uma ferramenta extremamente importante e útil, de modo, a contribuir para melhor entendimento da relação entre os meios jurídicos e os fins normativos. Nesse contexto, torna-se relevante o estudo e contribuição da economia para o Direito, dentro da perspectiva da análise econômica do direito (AED). Para isso, a presente pesquisa abordará de maneira breve e descritiva acerca do da ordem econômica prevista na Constituição Federal, os principais aspectos da AED, correntes divergentes acerca desse movimento, bem como a sua aplicação em casos.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito. Casos Judiciais. Constituição Federal de 1988. Ordem Econômica

ABSTRACT

The original constituent power dealt with the Economic and Financial Order, Title VII, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB) of 1988, and established in Chapter 1 of that title the general principles of economic activity. It is therefore inferred that the original constituent made it very clear that the economy can not be ignored, on the contrary, it is an extremely important and useful tool, so as to contribute to a better understanding of the relationship between the legal and the normative ends. In this context, the study and contribution of the economy to the Law, from the perspective of the economic analysis of law (AED), becomes relevant. For this, the present research will deal briefly and descriptively about the economic order foreseen in the Federal Constitution, the main aspects of the AED, divergent currents about this movement, as well as its application in cases.

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela PUC-GO. Mestranda em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista Capes. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito e Economia: como a análise econômica do direito pode contribuir para o desenvolvimento?”. Email: pam.ufg@gmail.com

² Advogada. Bacharel em Direito pela UNICURITIBA. Mestranda em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista UPF. Email: mariacarolinenk@gmail.com

³ Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa “Direito e Economia: como a análise econômica do direito pode contribuir para o desenvolvimento?” e fruto de colaborações entre os autores e participação na disciplina de Análise Econômica do Direito, ambos liderados pela Professora Dr^a Karen Beltrame Becker Fritz, vinculada ao Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Universidade de Passo Fundo (UPF).

KEY-WORDS: Economic Analysis of Law. Judicial Decisions. Federal Constitution of 1988. Economic Order.

INTRODUÇÃO

A relação complementar de um campo de conhecimento ao outro é extremamente necessário, de modo a afastar uma visão fragmentada e compartimentada dos saberes. O Direito, tanto quanto a Economia se consagraram como duas grandes áreas do conhecimento e a integração entre elas amplia a visão de uma realidade cada vez mais polidisciplinar e global.

Nesse sentido, Edgar Morin,⁴ na sua obra *A cabeça bem-feita* entende que apesar dos avanços com a hiperespecialização, esse modo de racionalizar fragmentando saberes, separando disciplinas, dissociando problemas trouxe também retrocessos. Tratando-se, pois, de uma abordagem reducionista que atrofia as possibilidades de compreensão e reflexão, pois não integra, reúne ou correlaciona problemas.

Ainda segundo o autor, a capacidade de contextualizar e englobar o conhecimento são o que lhe faz progredir, e não tanto a sua formalização, abstração ou sofisticação. Nesse sentido, o autor afirma que a ciência econômica, nesse sentido, é a ciência mais sofisticada e formalizada. Entretanto, os economistas são incapazes de estar de acordo com seus prognósticos, aquilo que antecipam, sendo muitas vezes incorretas. Isso acontece justamente porque a ciência econômica está isolada de outras dimensões humanas e sociais que lhe são inseparáveis.

Em que pesem as críticas, do referido autor, destinadas à ciência econômica, cabe ressaltar que a “economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis (...). Essa teoria (...) suplanta a intuição da mesma maneira como a ciência suplanta o bom senso”.⁵

No que tange ao Direito tem então, esse recorrido a outros conhecimentos extraídos das ciências sociais, tal como a própria economia. Sendo assim, “As ciências sociais podem oferecer ao jurista um mínimo de conhecimento sobre a ação humana de forma a, sutilmente, refinar a sua intuição.”⁶ “Neste ponto da ciência social, a economia é a parte da ciência comportamental mais útil ao direito”.⁷

E embora a relação entre direito e economia não seja uma abordagem inédita, tendo sido já abordada por economistas clássicos, então, para fins da presente pesquisa pretende-se averiguar a importância dada à economia no atual ordenamento jurídico constitucional brasileiro e as perspectivas

⁴ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 19 ed, 2011.

⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Editora: Bookmam. 2010, p.25.

⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, ano 2015, p.7.

⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Editora: Bookmam. 2010, p. 26.

da Análise Econômica do Direito, de modo que essa pesquisa possa servir de ponto de partida para próximas e aprofundadas reflexões.

1 - A ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Segundo Avelã Nunes⁸ a intervenção do Estado na vida econômica é um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, como um *princípio de segurança*. Isso não era possível nos tempos Estado monárquico, em que as decisões eram subjetivamente tomadas, ao passo que no direito moderno o fundamento das decisões são objetivas e devem ser pautadas nas leis.

Essa segurança significa que essa intervenção está relacionada com a diminuição de riscos e garantia de maior segurança na continuidade dos fins últimos da acumulação capitalista. Nesse sentido, vale salientar que “O modo de produção social capitalista [...] coloca o direito positivo ao seu serviço; é isso que explica a estruturação do direito posto pelo Estado moderno.”⁹

Assim, segundo Eros Roberto Grau,¹⁰ ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), o mercado busca, então, eliminar ou reduzir os entraves ao seu processo de acumulação do capital, e por isso exige que o Estado atue de forma a garantir a fluência das suas relações, mas também com o mínimo de atuação. Nesse contexto, portanto, a Constituição brasileira de 1988 define um modelo econômico de bem-estar, conforme previsão dos seus artigos 1º, 3º e 170.

Assim dispõe o artigo 170 da Carta Magna:¹¹

TÍTULO VII DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA. CAPÍTULO I DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁸ NUNES apud GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. Editores Malheiros, 2008, p.33.

⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 2008, p.34.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 2008, p.35.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2019

Assim, na concepção de Eros Roberto Grau¹² a ordem econômica é definida como um conjunto que institucionaliza uma determinada ordem econômica, ou seja:

[...] o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).

Desse modo, os programas de governo deveriam adaptar-se à Constituição, e não o contrário. “O direito é afetado, então, por uma transformação, justamente em razão de instrumentar transformação da ordem econômica (mundo do ser)”,¹³ assim sendo, a incompatibilidade desses programas com o disposto na Constituição estaria em flagrante situação de inconstitucionalidade, institucional ou normativa. Isso se aplica também às decisões judiciais, como veremos.

2 - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Aproximando-se de uma abordagem mais ampla e menos reducionista, surge um movimento, nos Estados Unidos, denominado como *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED), ou ainda, “direito e economia”. É esse movimento que estuda essa associação ou diálogo entre o Direito e a Economia e com grande repercussão até os dias atuais.

Esse movimento começou a ganhar força principalmente na década de 1960, tendo a Universidade de Chicago como referência já que dela surgiram seus principais teóricos, como os professores Ronald Coase, Richard A. Posner e Guido Calabresi, dentre outros. Essa força se deu, a partir, fundamentalmente de três fatores: “a) a construção de um estatuto teórico específico (Coase, Becker, Calabresi e Posner, dentre outros); b) proeminência do discurso neoliberal; c) imbricamento entre as tradições do civil Law e do common Law.”¹⁴

2.1 - Conceito(s) de AED

Para Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau a AED “É, sobretudo, um método que toma emprestado conceitos econômicos para facilitar a compreensão do Direito. [...] Não substitui os métodos tradicionais do jurista conquanto os complete.”¹⁵

¹² GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 2008, p.70.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 2008, p.72.

¹⁴ DA ROSA, Alexandre Morais ; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª Ed., Editora Lumen Juris, 2011, p.59-60.

¹⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, ano 2015.

Ainda, segundo Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares¹⁶ a Análise Econômica do Direito (AED) é denominada como

[...] o movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago no início da década de 60 do século passado, o qual busca aplicar os modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito. [...] O fator comum é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas.

Ainda sobre a AED, ou *Law and Economics*, busca-se, então, analisar tanto o direito quanto a economia partindo de uma “racionalidade individual” e do “bem estar social”, cujo critério é a maximização de riqueza. Com base nisso, se busca responder a alguns questionamentos ligados aos impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições, bem como, quais seriam as melhores normas.¹⁷

É importante ressaltar que “existem várias correntes de Law and Economics que adotam postulados metodológicos diversos para a explicação do nexos entre Direito e Economia”.

2.1.1 - Distinção entre AED e o Direito Econômico

Segundo Mackaay e Rosseau¹⁸ a AED não é a mesma coisa que direito econômico no sentido tradicional, pois aquela é mais ambiciosa que esse.

Enquanto o direito econômico se ocupa de bancos, moedas, concorrência, controle de comércio exterior e empresas privadas, dentre outros temas, a AED é diferente, pois não se limita só a isso, mas vai além.

Na AED se recupera a razão de ser das instituições jurídicas, bem como se “[...] Parte da premissa de que os instrumentos de análise que podem ser utilizados para compreender o “direito econômico” são, igualmente, aplicáveis a outros ramos do direito. [...]”¹⁹

2.2 - Concepções e entendimentos sobre AED

A AED não é um movimento coeso, há divergências, inclusive conforme já exposto acima, com várias correntes que adotam postulados metodológicos diversos para a explicação do nexos entre Direito e Economia.

¹⁶ DA ROSA, Alexandre Morais ; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2011, p.59.

¹⁷ DA ROSA, Alexandre Morais ; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics** 2011, p. 61.

¹⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise econômica do direito**. 2015, p. 7.

¹⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise econômica do direito**. 2015, p.7-8.

Todavia, pela limitação da presente pesquisa, não abordaremos postulados metodológicos em AED, mas apenas concepções diversas, ainda que gerais, acerca desse movimento. Para facilitar o entendimento separamos como primeira concepção e segunda concepção.

A primeira concepção entende que o movimento da AED não prioriza o custo-benefício presente nas decisões, sejam judiciais ou administrativas, mas que busca explicitar a lógica de quem decide. Esse é o posicionamento defendido por Mackaay e Rosseau.²⁰

[...] A análise econômica do direito não se limita aos aspectos “econômicos” em sentido estrito, o que se refere a moeda, bancos e concorrência. Não prioriza o custo-benefício presente nas decisões judiciais ou administrativas. Ao revés, pretende explicitar a lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente nos motivos das decisões. Nisso a análise econômica do direito concorre, nos sistemas civilistas, para nobre missão da doutrina. A de desvendar e exprimir a ordem subjacente nos textos de direito positivo visando a permitir sua melhor compreensão pelos juristas e, através da interpretação dos conceitos, estender essa lógica a eventuais novas disputas.

Nesse sentido, importante mencionar uma das principais contribuições ao Direito pela AED que foi o Teorema de Coase. Esse teorema foi exposto por Ronald H. Coase no artigo *The Problem of Social Cost* em 1960, nesse teorema foram abordadas circunstâncias especiais que definem os limites do direito. Esse teorema rendeu a Ronald Coase o Premio Nobel em economia em 1991 e colaborou com a criação da AED.²¹

Coase usou termos “custos de transação” para designar custos da comunicação, bem como vários outros custos, de modo a abranger todos os impedimentos de uma negociação. Para Coase, se os custos de transação forem iguais a zero, essa seria uma negociação considerada de sucesso. Ademais, para Coase, é mais fácil a negociação quando os direitos jurídicos são simples e claros, ao invés de serem complicados e incertos.

A redução dos custos de transação “lubrifica” a negociação. Um objetivo jurídico importante é lubrificar as negociações privadas diminuindo os custos de transação. Uma maneira importante de a lei fazer isso é definindo direitos de propriedade simples e claros. [...] Uma ilustração: a regra “quem chegar primeiro terá o direito” é uma forma simples e clara de determinar reivindicações de propriedade. [...] Além disso, tornar esses registros acessíveis na Internet poderá diminuir mais ainda os custos de transação [...].²²

Em apertada síntese o teorema de Coase sugere que a lei pode incentivar a negociação reduzindo os custos de transação, bem como se caracteriza pela forma como o direito pode ampliar a eficiência quando os custos de transação são positivos.

²⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise econômica do direito**. 2015, p.7-8

²¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Editora: Bookmam. 2010, p.102.

²² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Editora: Bookmam. 2010, p.109.

Não obstante as diversas contribuições da Análise Econômica do Direito há quem defenda outro entendimento acerca da AED, para além da “explicitação da lógica de quem decide”²³, tal como Alexandre Morais da Rosa e José Linhares que entendem que é:

(...) inescandível proeminência economicista em face do discurso jurídico. Dito diretamente: o “Direito” foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente “pragmática” de “custos e benefícios” (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas.²⁴ (grifo do autor)

De acordo com esse segundo entendimento, ao entender que a ciência jurídica pode ser estudada do ponto de vista da teoria econômica, busca, na verdade, transformar o Direito em uma “(...) ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico.”²⁵.

3 - CASOS (JUDICIAIS E LEGISLATIVOS)

Na emblemática Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.649²⁶ a Ministra Relatora em seu voto deixou claro que os valores que norteiam a nossa Constituição da República Federativa (CRFB) do Brasil de 1988 devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção das Leis a elas. A Ministra buscou explicitar de forma breve os valores contidos no Preâmbulo da CRFB. Segundo ela:

Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que "O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico" (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.

Outras importantes decisões do STF no que tange ao disposto a ordem econômica disposta na CRFB de 1988, vale destacar:

²³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise econômica do direito**. 2015, p.7-8.

²⁴ DA ROSA, Alexandre Morais ; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2011, p. 59.

²⁵ DA ROSA, Alexandre Morais ; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2011, p. 60-61.

²⁶ STF. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#1663>>. Acesso em 30 de jan. 2019.

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V; 205; 208; 215; e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras, há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes. [ADI 1.950, rel. min. Eros Grau, j. 3-11-2005, P, DJ de 2-6-2006.].²⁷

O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. [RE 349.686, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-6-2005, 2ª T, DJ de 5-8-2005.] = AI 636.883 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 1º-3-2011.²⁸

A fixação de horário de funcionamento de estabelecimento comercial é matéria de competência municipal, considerando improcedentes as alegações de ofensa aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência, da liberdade de trabalho, da busca do pleno emprego e da proteção ao consumidor. [AI 481.886 AgR, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-2-2005, 2ª T, DJ de 1º-4-2005.].²⁹

Transporte rodoviário interestadual de passageiros. Não pode ser dispensada, a título de proteção da livre iniciativa, a regular autorização, concessão ou permissão da União, para a sua exploração por empresa particular. [RE 214.382, rel. min. Octavio Gallotti, j. 21-9-1999, 1ª T, DJ de 19-11-1999.].³⁰

Como vimos anteriormente, na seção que tratou sobre a Ordem Econômica e Financeira, a intervenção do Estado na vida econômica é um redutor de riscos para as partes, ao menos em termos econômicos, restabelecendo um *princípio de segurança*.

O Estado, através do Poder Judiciário, é convocado à função de maximização de riqueza, de modo a conceder a quem melhor puder valorar dentro do critério econômico. Desse modo se realiza outra leitura do direito de propriedade, na perspectiva da AED.³¹ Aqui as decisões judiciais se tornam importantes, pois irão representar o custo da transação, de modo que isso reduz os riscos para as partes.

Nessa perspectiva o campo judicial torna-se relevante mais uma vez, pois, precisaria ser “domesticado”, de modo a evitar que se torne um obstáculo ao desenvolvimento econômico.³²

²⁷ STF. **A Constituição e o Supremo**. Acesso em 30 de jan. 2019.

²⁸ STF. **A Constituição e o Supremo**. Acesso em 30 de jan. 2019.

²⁹ STF. **A Constituição e o Supremo**. Acesso em 30 de jan. 2019.

³⁰ STF. **A Constituição e o Supremo**. Acesso em 30 de jan. 2019.

³¹ DA ROSA, Alexandre Morais ; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2011, p.76.

³² DA ROSA, Alexandre Morais ; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2011, p. 76.

Nesse sentido, importante mencionar a Lei 13.447/2017, a denominada “Reforma Trabalhista” que trouxe várias mudanças em termos de direito material e processual do trabalho e com impactos diretos à Justiça do Trabalho e população. Uma das alterações legislativas visa justamente “domesticar” o Judiciário, tal como a previsão da nova redação dada pela lei da reforma ao artigo 8º, §2º da CLT que agora dispõe:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

Nesse caso o Tribunal Superior do Trabalho não poderá restringir ou criar direitos quando da elaboração de Súmulas (Artigo 8º, § 2º), além de ter que cumprir várias outras questões de ordem formal não só para a criação, mas até mesmo de modificação de Súmulas.

Os Professores Alexandre de Moraes e José Linhares entendem que a proliferação do discurso técnico-econômico implica na despolitização do jurídico, a medida que se tenta resolver os conflitos sociais na lógica do custos/benefícios sociais.

[...] Para além da resolução dos “conflitos” (cível) ou “caso penal”, percebe-se a colocação da “decisão judicial” numa cadeia de significantes que deve, necessariamente, guardar uma parametricidade com as diretrizes econômicas, transformadas em “critério” do sistema decisório. Esta intrincada relação não se faz tranquilamente, mas ao preço de muita “manipulação ideológica” (Zizek) e “violência simbólica” (Bordieu).³³

Importa ainda salientar, ainda que de forma pontual, acerca de um princípio econômico aplicado ao Direito: o Princípio da Assimetrias de Informação. O ser humano é limitado quanto ao conhecimento ou previsão do que vir a ocorrer com ele. A informação que recebem não é sob uma condição perfeita e sim imperfeita, isto é assimétrica, desigual, tanto do lado do empregado ou trabalhador quanto do empregador. Assim quem têm maior acesso, será o mais privilegiado, o que não parece justo, do ponto de vista jurídico, e tampouco eficiente do ponto de vista econômico.

Nesse sentido, a norma prevista no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) busca corrigir essa distorção, além da “incidência do princípio tuitivo no âmbito processual se dá na

³³ DA ROSA, Alexandre Moraes ; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2011, p. 90.

exata medida em que a distribuição do ônus da prova observa as premissas de aptidão para a sua produção.”³⁴

Ou seja, o princípio da proteção que a prova seja produzida pela parte que tem a obrigação legal de fazê-lo, de modo a atentar-se para a realidade peculiar da relação jurídica, como é o caso dos artigos da CLT,³⁵ o 464 que estabelece, pois, a obrigação de que o pagamento seja feito mediante recibo, bem como o artigo 74,§2º da CLT que dispõe que o empregador com mais de dez empregados mantenha registro escrito da jornada. Nesse caso quem mais tem aptidão para produzir esse tipo de prova, em caso de registro de horários, o empregado ou o empregador que possui mais de dez empregados? Está claro, parece.

A lei pode corrigir possíveis distorções tornando direito mais certo e claro. Isso implica nos custos de uma transação, inclusive na hora da negociação, em caso de acordos trabalhistas, por exemplo. Todavia, esses são só alguns exemplos, dentre tantos outros, que em razão da limitação do trabalho iremos expor apenas esses.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diálogo entre Direito e Economia não é novo, porém a AED ou Law and Economics ganhou maior força nos Estados Unidos e de lá se propagou para o mundo. Hoje se leciona AED nos mais diversos programas das universidades de diferentes continentes do planeta.

A AED certamente é um importante instrumento a ser utilizado pelos juristas, de modo não só auxiliar na compreensão dos efeitos produzidos pelas normas mas até pela origem das normas existentes, bem como as análises estatísticas e de custos/benefícios.

Há doutrinadores que entendem ter a AED a intenção “colonizadora” do Direito, sendo transformado em instrumento econômico diante da “mundialização do neoliberalismo”, bem como, submetido a uma racionalidade de “custos e benefícios”. Isso pode ser de fato verificado em algumas decisões judiciais, mas não todas.

Por fim, outros doutrinadores também apontam, ao contrário daqueles, que esse movimento ao buscar entender que a ciência jurídica pode se inspirar em conceitos econômicos busca explicitar a lógica de quem decide de forma judicial ou administrativa e que não é prioridade o custo-benefício presente nessas decisões.

³⁴ SEVERO, Valdete Souto. **A SÚMULA 338 DO TST – Algumas Questões**. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-01?showall=&start=6>> Acesso dia 30 de jan 2019.

³⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 31 jan. 2019.

Todavia, verifica-se com a análise de algumas decisões judiciais o diálogo entre o direito e a economia é forte, ainda mais nos dias atuais, e é importante para uma melhor solução dos problemas, todavia a possibilidade de uso da análise econômica do direito deve ser estudada com maior profundidade.

Tendo em vista que segundo a corrente que entende que a AED com seu ponto de vista econômica, de modo a tornar isso um “dogma sagrado”, bem como um discurso único e verdadeiro ou científico, o que é no mínimo temerário, e pode colocar em risco a própria Democracia.

Haja vista a possibilidade de manipulação de dados da AED e o risco de se aceitar que esse discurso como único e, por si só, seja utilizado para prescrever o conteúdo das normas jurídicas, bem como das decisões judiciais. Pode existir imparcialidades mas neutralidade sabemos bem que não.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. Editores Malheiros, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 19 ed, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da Rosa; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª Ed., Editora Lumen Juris.

SEVERO, Valdete Souto. **A SÚMULA 338 DO TST – Algumas Questões**. Disponível em: <http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-01?showall=&start=6> Acesso dia 30 de jan 2019.

STF. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#29> . Acesso em 30 de jan. 2019.

A FUNÇÃO AMBIENTAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS EM FACE DA TUTELA DO MEIO AMBIENTE

THE ENVIRONMENTAL FUNCTION OF REAL ESTATE REGISTRATION IN THE FACE OF THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT

Rafaela Baldissera¹

Laura Covatti dos Santos²

RESUMO

A conflituosa relação entre o ser humano e o mundo natural resultou na crise ecológica que hoje se apresenta. Diante desse cenário, utilizando-se do método dedutivo e da técnica bibliográfica, este estudo tem por objetivo demonstrar que a publicidade do Registro de Imóveis pode ser uma ferramenta na busca por informações ambientais que auxiliem a preservação ambiental. Nessa linha de pensamento, discorre-se sobre as atitudes humanas e a dominação da natureza. Em seguida, analisa-se a responsabilidade do poluidor-pagador e, por fim, verifica-se como a publicidade do Registro de Imóveis pode colaborar com a tutela de um meio ambiente sustentável. A partir disso, foi possível concluir que as funções do Registro de Imóveis podem ser utilizadas com maior expressividade em prol da preservação ambiental e da sustentabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Poder Público. Registro de Imóveis. Sustentabilidade.

ABSTRACT

The conflicting relationship between the human being and the natural world has resulted in the ecological crisis that presents today. In view of this scenario, using the deductive method and the bibliographical technique, this study aims to demonstrate that the publicity of the Real Estate Registry can be a tool in the search for environmental information that helps the environmental preservation. In this line of thought, one talks about human attitudes and the domination of nature. Next, the responsibility of the polluter pays is verified and, finally, it is analyzed how the publicity of the Real Estate Registry can collaborate with the guardianship of a sustainable environment. From this, it was possible to conclude that the functions of the Real Estate Registry can be used with greater expressiveness in favor of environmental preservation and sustainability.

KEY-WORDS: Environment. Public Power. Real Estate Registry. Sustainability.

¹Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões – URI / campus de Santo Ângelo. Mestra em Direito pela Faculdade Meridional – IMED (bolsista Capes). Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF (bolsista UPF). Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Notarial e Registral, Direito Previdenciário, Direito Civil e Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera Uniderp. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. Oficiala de Registro. Passo Fundo/RS. Brasil. E-mail: rafaela_baldissera@hotmail.com

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS - UPF, linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder. Bolsista UPF. Integrante do grupo de pesquisa Dimensões do Poder e Relações Sociais. Integrante do grupo de estudos das Obras de Hannah Arendt. Advogada. Conciliadora Voluntária no Juizado Especial Cível (JEC/UPF). Pós-graduada em Direito Civil - Direito de Família Avançado pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. E-mail: lauracovattidossantos@gmail.com

INTRODUÇÃO

Os assuntos concernentes ao Direito Ambiental têm sido alvo de inúmeros debates na atualidade, principalmente em relação à degradação ambiental que vem ocorrendo pelas atitudes do homem moderno. Isso demonstra ser um dos maiores problemas a serem resolvidos e que vêm causando riscos tanto para o ser humano quanto para o meio ambiente, afinal, espera-se que haja a valorização da natureza e, conseqüentemente, o equilíbrio ambiental para alcançar o bem-comum.

Para tanto, tem-se como objetivo principal analisar aspectos da devastação ambiental e como a função ambiental do Registro de Imóveis pode ser uma ferramenta na busca por informações ambientais que auxiliem a preservação ambiental.

O problema jurídico formulado para a presente pesquisa questiona: o Registro de Imóveis pode contribuir para a tutela do meio ambiente? A hipótese provisória para essa indagação sugere que os Registros de Imóveis poderiam ser utilizados com maior eficácia em prol da preservação do meio ambiente, mas as regulamentações brasileiras não incentivam as funções ambientais no âmbito registral.

O estudo considerou o método dedutivo, a partir de uma contextualização teórica, norteadas em pesquisa bibliográfica para refletir, inicialmente, sobre a dominação forçada da natureza. Em seguida, analisa-se a responsabilidade do causador do dano ambiental e, por fim, investiga-se como a função ambiental do Registro de Imóveis pode ser utilizada para contribuir com a tutela do meio ambiente.

1 - A DOMINAÇÃO FORÇADA DA NATUREZA

Ao longo dos séculos o progresso tecnológico, industrial e econômico do ser humano demonstrou estar vinculado com a dominação da natureza. Os avanços na comunicação, na ciência e em tantas outras áreas beneficiam a vida humana, no entanto, o modelo adotado na busca do desenvolvimento resultou na crise ambiental que hoje se apresenta.

Os meios naturais foram explorados sem limites éticos ou morais, sinalizando a dominação da espécie humana em relação aos outros elementos que integram o Planeta Terra. Nesse sentido, a exigência de altos padrões econômicos do homem moderno impulsiona a racionalidade econômica, a qual não se compatibiliza com a finitude dos meios naturais. Segundo Leff:

A problemática ambiental não é ideologicamente neutra nem é alheia a interesses econômicos e sociais. Sua gênese dá-se num processo histórico dominado pela expansão do modo de

produção capitalista, pelos padrões tecnológicos gerados por uma racionalidade econômica guiada pelo propósito de maximizar os lucros e os excedentes econômicos a curto prazo.³

O cenário crítico de devastação ambiental demonstra que as atitudes humanas valorizam a natureza pela sua utilidade e rentabilidade econômica. Os meios naturais são visualizados como objetos e, por isso, acabam sendo frequentemente retirados do meio ambiente para serem transformados em bens de consumo.⁴

É complexo falar em um equilíbrio entre as dimensões ambientais e econômicas, pois a dominação dos meios naturais já está enraizada no pensamento da sociedade há muitos anos. Nesse sentido, Latouche alerta que a degradação do meio ambiente traz instabilidade à concretização de um equilíbrio ambiental a longo prazo. Para o autor:

Nosso crescimento econômico excessivo choca-se com os limites da finitude da biosfera. A capacidade de regeneração da Terra já não consegue acompanhar a demanda: o homem transforma os recursos em resíduos mais rápidos do que a natureza consegue transformar esses resíduos em novos recursos.⁵

Diante do panorama de crise – observado pela extinção de diversas espécies animais, pela escassez de água potável, pela poluição do ar, pela diminuição da camada de ozônio, dentre outros exemplos –, a tomada de consciência do ser humano é necessária para que sejam criadas alternativas com a finalidade de reduzir os problemas ecológicos, evitando que o sujeito social cause novos desastres naturais.⁶

Assim, tendo em vista que o desenvolvimento econômico está centrado na exploração da natureza, esse cenário demonstra a existência de uma sociedade de risco,⁷ cujos efeitos já são percebidos pelos danos que a própria natureza está trazendo para o indivíduo moderno. No pensamento de Leff:

³ LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2010a. p. 64.

⁴ GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la naturaleza**: ética biocéntrica y políticas ambientales. Lima: CLAES, 2014. p. 31.

⁵ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 27.

⁶ Para Sen, “Todos nós reconhecemos, hoje em dia, que nosso meio ambiente é atacado com facilidade. Danificamos rotineiramente a camada de ozônio, aquecemos o globo, poluímos o ar e os rios, destruímos as florestas, esvaziamos os recursos minerais, levamos várias espécies à extinção e causamos outros tipos de devastação. O atual interesse pela ‘Sustentabilidade’ surge dessa tomada de consciência”. SEN, Amartya. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Amartya Sen e Bernardo Kliksberg: Tradução Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das letras, 2010. p. 64. Grifos do autor.

⁷ “*El término sociedad del riesgo, [...], refleja una época de la sociedad moderna que no sólo abandona las formas de las vidas tradicionales, sino que además está descontenta con las consecuencias indirectas del éxito de la modernización: inseguridad de las biografías y peligros apenas imaginables que nos afectan a todos y contra los que nadie puede asegurarnos adecuadamente*”. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial**: en busca de la seguridad perdida. Traducción de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008. p. 25.

[...] a natureza-objeto parece vingar-se do sujeito do conhecimento que quer apreendê-lo e dominá-lo [...]. A crise ambiental – o colapso ecológico, o aquecimento global, a entropização da vida – são a revanche do real diante da objetivação forçada da natureza.⁸

Desse modo, há a necessidade de repensar o comportamento humano, a fim de que o indivíduo seja guiado por um pensamento mais ético e altruísta rumo a construção de um caminho no horizonte da sustentabilidade.⁹ Logo, as condutas humanas necessitam ser direcionadas à preservação da natureza e esse cenário só será possível por meio de uma profunda transformação de valores. Desse modo, faz-se necessário que os responsáveis pelas agressões ao meio ambiente sejam desestimulados a praticar novos danos à natureza.

Portanto, a sociedade contemporânea perpassa por um momento de mudanças no que se refere à relação entre o ser humano e a natureza. Assim, o grande desafio é encontrar medidas para evitar que novos impactos ambientais negativos se materializem, bem como buscar meios eficazes para responsabilizar o sujeito causador de poluições e devastações ambientais.

2 - A RESPONSABILIDADE DO POLUIDOR-PAGADOR

A sociedade moderna, seguindo um sistema capitalista e consumista, apresenta um cenário preocupante – reflexo dos atos praticados pelo indivíduo desde os tempos mais antigos –, que resulta em uma desenfreada degradação ambiental e em danos irreparáveis ao meio ambiente. Assim, verifica-se a imprescindibilidade de o Estado fiscalizar e responsabilizar as pessoas que estão impactando negativamente no meio ambiente.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 2º e § 3º, determinou a obrigação do responsável, diga-se o poluidor/devastador, em indenizar os danos causados ao meio ambiente, visando a sua proteção e equilíbrio.¹⁰ Para tanto, considera-se justo que a pessoa poluidora do ar, da terra e das águas seja responsabilizada pelo Estado em razão das suas atividades ilícitas, inclusive com a incidência de multas, reparando os danos ambientais e assegurando a existência do que permaneceu conservado.

⁸ LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**, p. 176.

⁹ Na visão de Boff: “[...] toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres vivos, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução”. BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2012. p. 107.

¹⁰ Constituição Federal, artigo 225 - 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. [...] § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Observada a importância do indivíduo em reparar os prejuízos que provocou ao meio ambiente, Antunes explica a criação do princípio do poluidor-pagador no Direito Ambiental Brasileiro, acrescentado na Lei nº 6.938/1981 em seu artigo 9º, na Lei nº 9.433/1997 e na Lei nº 12.305/2010. Assim, cumpre ressaltar que os fundamentos desse princípio pretendem:

[...] evitar que os danos ao meio ambiente sejam utilizados como subsídios para a atividade econômica, desequilibrando os competidores no mercado, ou, pelo menos, de diminuir-lhe o impacto, e faz isso por meio da imposição de um custo ambiental àquele que se utiliza do meio ambiente em proveito econômico. A delimitação e a cobrança de um preço pela utilização do recurso ambiental buscam onerar o agente econômico, na proporção em que ele se utilize de maior ou menor quantidade de recursos. A ideia básica que norteia o PPP é que a sociedade não pode arcar com os custos de uma atividade que beneficia um único indivíduo ou um único grupo de indivíduos. Busca-se, portanto, a aplicação de uma medida de justiça que se funde não na responsabilidade, mas na solidariedade.¹¹

Percebe-se que a responsabilização do indivíduo pode ser direcionada para esferas distintas, quais sejam, administrativa,¹² cível¹³ e penal,¹⁴ cada uma com suas particularidades. Nesse contexto, entende-se que o Estado¹⁵ atribuirá a reparação dos danos diretamente ao poluidor/devastador, ou melhor, àquele que esteja degradando o meio ambiente e causado o seu desequilíbrio.

Desse modo, o meio ambiente deve ser tratado como prioridade, uma vez que a vida sustentável é a única saída para que as gerações futuras possam desfrutar de um “[...] padrão de vida pelo menos tão bom como o que temos”, discorre Sen.¹⁶ Logo, seria interessante que todos os poderes

¹¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 148.

¹² Silva e Fracalossi elucidam que “Na **esfera administrativa**, tipicamente **preventiva**, a legislação descreve algumas condutas como *infrações*, prevendo a aplicação de multas e outras sanções para se **evitar ou minorar o dano ambiental**. No âmbito da **responsabilidade penal**, tipicamente **repressiva**, a legislação prevê a capitulação de determinadas condutas lesivas ao meio ambiente como *crimes*, contaminando-se as sanções respectivas”. SILVA, Anderson Furlan Freire da; FRACALOSSO, William. **Elementos de direito ambiental**: noções básicas, jurisprudência e questões de concursos públicos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 404. Grifos do autor.

¹³ Para Silva e Fracalossi “Em se tratando de Direito Ambiental, a responsabilidade civil encontra fundamento e decorre das normas protetivas ao meio ambiente constantes nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, nos atos normativos internos e, principalmente, na Constituição Federal, a qual, sem especificar a espécie de responsabilidade (objetiva ou subjetiva), impõe que os danos sejam reparados”. SILVA, Anderson Furlan Freire da; FRACALOSSO, William. **Elementos de direito ambiental**: noções básicas, jurisprudência e questões de concursos públicos. p. 467.

¹⁴ Quanto a responsabilidade penal, Silva e Fracalossi mencionam que “O legislador brasileiro, por questões de política criminal ambiental, **preferiu não incorporar as condutas delitivas ao Código Penal Brasileiro**”. SILVA, Anderson Furlan Freire da; FRACALOSSO, William. **Elementos de direito ambiental**: noções básicas, jurisprudência e questões de concursos públicos. p. 423. Grifos do autor.

¹⁵ “A qualificação de um Estado como Estado (sócio!) Ambiental traduz-se em - pelo menos - duas dimensões jurídico-políticas relevantes: a) a obrigação do Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, de promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica; b) o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente, dando expressão concreta à assunção da responsabilidade dos poderes públicos perante às gerações futuras, mas sem descuidar da necessária partilha de responsabilidades entre o Estado e os atores privados na consecução do objetivo constitucional de tutela do ambiente, consoante, aliás, anunciado expressamente no artigo 225, caput, da nossa Lei Fundamental”. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 114-115.

¹⁶ SEN, Amartya. Por que é necessário preservar a coruja-pintada. **Folha de São Paulo**. 2004. p. 1. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/ciencia/ult306u11316.shtml>>. Acesso em 10 de nov. de 2018.

públicos, bem como órgãos, entidades, associações e organizações buscassem maior qualidade no desempenho de suas funções como protetores do meio ambiente.

Nesse sentido, sugere-se que o Estado encontre alternativas imediatas, assim como formas de potencializar procedimentos estatais disponíveis e, ainda, pouco utilizados no auxílio da preservação do meio ambiente.

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, o Registro de Imóveis torna-se uma das alternativas viáveis para auxiliar o Poder Estatal a tutelar o meio ambiente. Nesse contexto, observa-se que os oficiais dos Registros de Imóveis são profissionais habilitados para que, em conjunto com os demais poderes públicos, intervenham como guardiões do meio ambiente, uma vez que seus atos são favorecidos pela publicidade registrária.

3 - A PUBLICIDADE DO REGISTRO DE IMÓVEIS EM FAVOR DO MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL

A publicidade surge como uma das mais importantes funções dos serviços registrais. Na percepção de Balbino Filho “A publicidade é a alma dos registros públicos. É a oportunidade que o legislador quer dar ao povo de conhecer tudo o que lhe interessa a respeito de determinados atos”.¹⁷

Assim, quando determinado ato tem seu registro efetivado nas serventias extrajudiciais (conhecidas popularmente como cartórios), ocorre a publicidade registrária, ou seja, a partir desse momento, há a presunção de que todas as pessoas têm (ou deveriam ter) o devido conhecimento sobre a existência desse direito registrado.

Dessa forma, salvo raras exceções normativas, qualquer pessoa tem a possibilidade de ter acesso às informações contidas nos livros de registros públicos. E, em relação ao liame encontrado entre publicidade e registro, Loureiro, assinala que:

[...] a verdadeira publicidade, no seu sentido técnico e jurídico, dá-se por meio de órgãos estatais especializados e regulados por lei, destinados a dar cognoscibilidade a todos os membros da comunidade acerca de fatos, atos e negócios jurídicos, cujos efeitos legais repercutem na esfera jurídica de terceiros. Esses órgãos são denominados ‘Registros’, que podem ser de várias espécies e produzir efeitos diversos.¹⁸

Assim, dentre as especialidades registrais, o Registro de Imóveis revela-se com maior potencialidade de fomentar a preservação do meio ambiente, porque é conceituado como uma “[...]”

¹⁷ BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis:** doutrina, prática e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42.

¹⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 23. Grifos do autor.

instituição jurídica organizada pelo Estado que proclama oficialmente as situações jurídicas relativas à propriedade de imóveis e suas modificações”.¹⁹

Logo, por meio de sua publicidade registral, os Registros de Imóveis podem auxiliar a identificar, com maior eficácia, as áreas de preservação, prestando informações ambientais pertinentes a toda a sociedade. Para Melo,

[...] a informação ambiental pode ser oriunda dos três entes federativos; dificilmente, existe correspondência entre as unidades de administração ambiental e os respectivos municípios e comarcas, o que corrobora com a ideia de facilidade da utilização da estrutura do Registro de Imóveis.²⁰

Nesse sentido, resta necessário demonstrar, na prática, tamanha importância da função ambiental dos Registros de Imóveis. A contaminação do solo é um exemplo típico de dano ambiental que deveria (obrigatoriamente) ser registrado e publicizado, porque se essa informação constar na matrícula do imóvel, permitirá que sejam configuradas a publicidade ambiental acerca desse solo afetado.²¹

Logo, entende-se que, além de prevenirerem futuros adquirentes desavisados e garantirem o cumprimento das devidas sanções, as atribuições dos Registros de Imóveis podem corroborar na promoção da publicidade ambiental.²²

Além disso, as áreas de preservação permanente também exemplificam as informações ambientais que – se escrituradas nos Registros de Imóveis – podem contribuir para a sustentabilidade das áreas verdes do Planeta Terra. Nesse sentido, Melo revela:

[...] inegável a importância de sua especialização no Registro de Imóveis como caráter didático, já que o proprietário e futuros proprietários teriam ciência da restrição, reforçando a ideia contida na legislação ambiental aumentando-lhes a consciência ecológica. Outra utilidade em se proceder à averbação da APP seria a facilidade do registrador imobiliário constatar uma exclusão no cômputo, em eventual especialização de RLF por vedação expressa do Código Florestal.²³

¹⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**, p. 276.

²⁰ MELO, Marcelo Augusto Santana. O Meio ambiente e o Registro de Imóveis. In: MELO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Asis Palácios; JACOMINO, Sérgio. **Registro de Imóveis e Meio ambiente**. São Paulo. Ed. Saraiva: 2010. Disponível em: <https://marcelommmelo.com/obra-meio-ambiente-e-registro-de-imveis-2/#_Toc467769147>.. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 35

²¹ Segundo Melo: “Levar ao Registro de Imóveis às áreas contaminadas pode impedir que aconteçam casos como um muito divulgado na imprensa, ocorrido em São Paulo no Condomínio Barão de Mauá. A Cofap jogou seus resíduos industriais num aterro clandestino entre 1960 e 1980. Na década seguinte, a Construtora SQG ergueu um condomínio onde vivem quatro mil pessoas. A contaminação do subsolo por resíduos cancerígenos e gases inflamáveis veio à tona no final de 1990, quando uma caixa-d água explodiu, matando uma pessoa. O órgão natural para a publicidade das AC, indubitavelmente, é o Registro de Imóveis, pelas referidas áreas configurarem fator relevante para a propriedade, já que limitam seu regular uso, sem falar no potencial risco de adquirentes dessas áreas em razão de desconhecimento do problema [...]”. MELO, Marcelo Augusto Santana. **Registro de Imóveis e Meio ambiente**. p. 65.

²² MELO, Marcelo Augusto Santana. **Registro de Imóveis e Meio ambiente**. p. 65.

²³ MELO, Marcelo Augusto Santana. **Registro de Imóveis e Meio ambiente**. p. 73.

Ademais, entre tantos outros exemplos, cita-se a reserva florestal legal²⁴ como uma área que também pode ser inscrita nos registros públicos imobiliários. Ocorre que a legislação brasileira, por meio do novo Código Florestal, desobrigou as escriturações dessas áreas nos Registros de Imóveis,²⁵ descredenciando em uma das instituições mais capacitadas para facilitar a disseminação das informações ambientais.

Nesse sentido, nota-se que, em nível internacional, também há posicionamentos confiantes na função ambiental do Registro de Imóveis, pois o secretário do Meio Ambiente do Colégio de Registradores de Imóveis, Mercantis e de Bens Móveis da Espanha, José Luis Salazar Máñez, salienta que:

[...] É preciso reconhecer a idoneidade dos Cartórios de Informação Ambiental dentro dos Registros de Imóveis, pelos quais se organiza o Registro para servir de órgão centralizador; difundir a informação meio ambiental, dando efetividade ao conteúdo de origem [...].²⁶

Portanto, busca-se demonstrar a relevância da função ambiental no Registro de Imóveis, a fim de que pertinentes informações, relativas ao meio ambiente, sejam publicizadas à coletividade. Desse modo, faz-se necessário ampliar a abrangência dos Registros Públicos para que as áreas ambientais possam ser melhores identificadas, preservadas e, quando for preciso, também regeneradas pelos seres humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa retratou a atual situação ambiental envolvendo o homem moderno e a natureza, resumindo-se numa relação conturbada, de ganância por poder econômico que acarreta na degradação ambiental e em inúmeros danos ao meio ambiente. Para tanto, demonstrou-se que o principal conflito está no desencontro de finalidades entre a racionalidade capitalista do ser humano e a preservação dos meios naturais, resultando em uma crise ambiental global.

Dentro desse contexto, observou-se a importância de o Estado fiscalizar e ter a iniciativa de responsabilizar àqueles que estão devastando o meio ambiente, pois no mundo contemporâneo, a destruição dos meios naturais se verifica como consequência das atitudes humanas. Logo, o estudo constatou a necessidade de encontrar novos mecanismos para auxiliar na tutela ambiental.

²⁴ Conforme Melo “O advento da Lei 12.651/2012 apresentou uma nova definição de reserva florestal legal, tentando conciliar o instituto com o desenvolvimento econômico e sustentabilidade: Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa [...]”. MELO, Marcelo Augusto Santana. **Registro de Imóveis e Meio ambiente**. p. 80.

²⁵ MELO Marcelo Augusto Santana. **Registro de Imóveis e Meio ambiente**. p. 80.

²⁶ MÁÑEZ, José Luis Salazar. Meio ambiente e Registro de Imóveis, uma interação mútua: o direito de acesso à informação ambiental e em apoio à sustentabilidade. In: MELO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Asis Palácios; JACOMINO, Sérgio. **Registro de Imóveis e Meio ambiente**. São Paulo. Ed. Saraiva: 2010, p. 182.

Portanto, restou confirmada a hipótese sugerida no presente artigo, a fim de demonstrar que as funções do Registro de Imóveis podem ser utilizadas como ferramentas em prol da preservação do meio ambiente. Entretanto, a legislação brasileira deveria incentivar e valorizar essas funções ambientais no âmbito das serventias registradas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis: doutrina, prática e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida**. Traducción de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.

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

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

GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales**. Lima: CLAES, 2014.

LATOCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MÁÑEZ, José Luis Salazar. Meio ambiente e Registro de Imóveis, uma interação mútua: o direito de acesso à informação ambiental e em apoio à sustentabilidade. In: MELO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Asis Palácios; JACOMINO, Sérgio. **Registro de Imóveis e Meio ambiente**. São Paulo. Ed. Saraiva: 2010.

MELO, Marcelo Augusto Santana. O Meio ambiente e o Registro de Imóveis. In: MELO, Marcelo Augusto Santana de; CRIADO, Francisco de Asis Palácios; JACOMINO, Sérgio. **Registro de Imóveis e Meio ambiente**. São Paulo. Ed. Saraiva: 2010. Disponível em: https://marcelommmelo.com/obra-meio-ambiente-e-registro-de-imveis-2/#_Toc467769147. Acesso em: 10 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

SEN, Amartya. Por que é necessário preservar a coruja-pintada. **Folha de São Paulo**. 2004. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fofha/ciencia/ult306u11316.shtml>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SEN, Amartya. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Amartya Sen e Bernardo Kliksberg: Tradução Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SILVA, Anderson Furlan Freire da; FRACALOSSO, William. **Elementos de direito ambiental**: noções básicas, jurisprudência e questões de concursos públicos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS COMO CONSEQUÊNCIAS DE RISCOS ECOLÓGICOS E AMBIENTAIS E DANOS COLATERAIS NA MODERNIDADE

CLIMATE CHANGE AS THE CONSEQUENCES OF ECOLOGICAL AND ENVIRONMENTAL RISKS AND COLLATERAL DAMAGES IN MODERNITY

Sonia Aparecida de Carvalho¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

RESUMO

O objetivo do artigo propõe pesquisar as alterações climáticas como risco ambiental, tanto no local quanto, estudar os danos e efeitos colaterais das mudanças climáticas no ser humano e no meio ambiente, e investigar a mudança do clima enquanto colapso ecológico da sociedade moderna e de risco. A proposta do artigo questiona que a degradação ambiental, o risco de colapso ecológico e ambiental e o avanço da pobreza são efeitos das mudanças climáticas e da crise do mundo globalizado. Também, o artigo indaga que a crise ambiental causa efeitos e danos colaterais, pois o colapso ecológico e ambiental ameaça o capitalismo. No artigo foi utilizado o método indutivo baseado na pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS CHAVE: Danos colaterais. Modernidade. Mudanças climáticas. Riscos ambientais.

ABSTRACT

The objective of the article is to investigate climate change as an environmental risk, both locally and to study the damage and side effects of climate change on humans and the environment, and to investigate climate change as an ecological collapse of modern society and risk. The proposal of the article questions that environmental degradation, the risk of ecological and environmental collapse and the advancement of poverty are effects of climate change and the crisis of the globalized world. Also, the article asks that the environmental crisis causes effects and collateral damages, because ecological and environmental collapse threatens capitalism. In the article we used the inductive method based on bibliographic research.

KEYWORDS: Side effects. Climate changes. Environmental risks. Modernity.

INTRODUÇÃO

O artigo tem o objetivo de investigar as alterações climáticas como risco ambiental, tanto no local quanto, estudar os danos e efeitos colaterais das mudanças climáticas no ser humano, no meio

¹ Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Doctora en Derecho pela Universidad de Alicante- UA- Espanha. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Professora de Direito da UPF. E-mail: sonia.adv.2008@hotmail.com.

² Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Professora de Direito da UPF. E-mail: mairatonial@upf.br.

ambiente e na economia; e investigar a mudança do clima enquanto colapso ecológico e ambiental da sociedade moderna e de risco.

Nessa perspectiva, o objeto do artigo propõe questionar que a degradação ambiental, o risco de colapso ecológico e ambiental e o avanço da pobreza são efeitos das mudanças climáticas e da crise do mundo globalizado.

Também propõe indagar que a crise ambiental causa efeitos e danos colaterais, pois o colapso no meio ambiente ameaça o capitalismo e a economia.

Inicialmente, o artigo divide-se em três etapas; a primeira etapa pesquisa as alterações climáticas como risco global ambiental natural, físico e biológico no planeta Terra.

Posteriormente, a segunda etapa estuda os danos e efeitos colaterais das mudanças climáticas no ser humano, no meio ambiente e na economia.

E finalmente, a terceira etapa investiga a mudança do clima enquanto colapso ecológico e ambiental na sociedade moderna.

O procedimento utilizado no artigo foi o método indutivo baseado na pesquisa bibliográfica.

1 - AS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS COMO RISCO GLOBAL AMBIENTAL NATURAL

As ações do ser humano/homem são os principais fatores das mudanças climáticas. Entretanto, as causas de mudanças climáticas funcionam ao longo de toda a história da Terra e dependem de fatores naturais. As mudanças climáticas são alterações ou variações dos elementos climáticos. As mudanças estão associadas ao aumento da temperatura superficial terrestre, como o aquecimento global, que é o aumento natural ou induzido pelo ser humano/homem, da temperatura global da atmosfera.³ A definição de mudanças climáticas pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC):

Referem-se à mudança no estado do clima que pode ser identificada por mudanças na média e/ou na variabilidade de suas propriedades, e que persistem por um período prolongado, tipicamente por décadas ou mais tempo. Refere-se a qualquer mudança no clima ao longo do tempo, seja devido à variabilidade natural ou como resultado da atividade humana.⁴

Também, a emissão dos gases do efeito estufa na atmosfera está provocando o aquecimento global em um ritmo acelerado, que está se tornando alarmante e insustentável em longo prazo. O

³OLIVEIRA, Marcos José de; VECCHIA, Francisco Arthur Silva; CARNEIRO, Celso Dal Ré. **Mudanças climáticas**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/378726762/Cap-16-Mudancas-Climaticas-2-v-2018>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

⁴OLIVEIRA, Marcos José de; VECCHIA, Francisco Arthur Silva; CARNEIRO, Celso Dal Ré. **Mudanças climáticas**. Acesso em: 20 nov. 2018.

efeito estufa é um desafio tão grande em seu impacto e irreversível em seu poder destrutivo que altera de forma significativa a existência da espécie humana no planeta Terra.⁵

A mudança climática coloca uma transformação na modernidade, já a metamorfose coloca um desequilíbrio na sociedade moderna. A metamorfose do mundo é a principal característica da época atual, pois as alterações climáticas podem ter consequências diversas em diferentes espaços e tempos, como podem ter consequências das desigualdades sociais. “A metamorfose não é mudança e nem transformação, revolução ou crise social. É uma maneira de mudar a natureza da existência humana.”⁶ A metamorfose do mundo significa a era dos efeitos e danos colaterais, no tempo e espaço, também significa que as alterações climáticas estão ligadas com as mudanças da ação do ser humano, as quais determinam a evolução da crise social e do planeta Terra.

As mudanças climáticas são momentos de metamorfose do mundo. “O risco global não é a catástrofe global. É a antecipação da catástrofe.”⁷ O risco global tem duas características básicas: a vulnerabilidade de todos os países e a responsabilidade para todos os países, incluindo a própria sobrevivência dos seres humanos, pois o ser humano ameaça a sua própria existência.⁸

As mudanças climáticas constituem um dos mais graves desafios a serem enfrentados no século XXI, em função das consequências que do aquecimento global, tais como a elevação do nível do mar devido ao derretimento das calotas polares, a ocorrência de eventos climáticos extremos com maior frequência. Conforme o Relatório de avaliação do IPCC, as consequências das mudanças do clima, produzirão severos impactos no modo de vida de populações em diversas partes do mundo, além de afetar fauna e flora, causando a extinção de diversas espécies.⁹

Deste modo, “a mudança climática e extinção de diversas espécies fazem parte da História do planeta Terra. Mas, porquanto essas alterações têm sido aceleradas tão direta e drasticamente pela ação humana. São inúmeras as evidências das relações entre padrão tecnológico, lógicas de produção humana e danos ao meio ambiente”.¹⁰ Pois, “nos últimos cinquenta anos, as novas tecnologias e o desenvolvimento industrial decorrente alteraram muito mais profunda e rapidamente os tênues equilíbrios dos ecossistemas que sustentam a vida sobre a Terra”.¹¹

Consequentemente, o progresso do desenvolvimento industrial alterou aceleradamente o equilíbrio do ecossistema e a História terrestre. Os avanços decorrentes do progresso das novas tecnologias e do desenvolvimento industrial são consequências dos graves riscos que esse progresso

⁵FLANNERY, Tim. **Os senhores do clima**: como o homem está alterando as condições climáticas e o que isso significa para o futuro do planeta. Tradução de Jorge Calife. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2007, p. 231.

⁶ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. 2017, p. 35.

⁷ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. 2017, p. 60.

⁸ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. 2017, p. 61.

⁹ VICENTE, Marina Caetano Pereira (org.). Mudanças climáticas: o desafio do século. **Cadernos Adenauer**, a. XVII, n. 2, agosto. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2016, p. 7.

¹⁰ DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso**: ou progresso como ideologia. São Paulo: UNESP, 2006, p. 225.

¹¹ DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso**: ou progresso como ideologia. 2006, p. 224.

acarreta a sobrevivência física e psíquica futura da espécie humana, e aos equilíbrios dos frágeis sistemas que sustenta o planeta Terra.¹²

Os efeitos e danos colaterais das “mudanças climáticas destruiriam diretamente toda a humanidade, mas algumas delas poderiam anular décadas de avanço econômico e social”,¹³ dos países em âmbito mundial. A crise social, a pobreza e a desigualdade social e econômica causam efeitos e danos colaterais, no âmbito global, que não podem ser enfrentados de maneira efetiva e nem de maneira isolada do resto do planeta Terra.¹⁴ Os danos colaterais são consequências não planejadas que provocam prejuízos humanos e sociais.

Na sociedade de risco, a metamorfose significa o fim da distinção entre natureza e sociedade, através do processo de industrialização dos custos do clima como efeito primário. “A natureza já não pode ser compreendida fora da sociedade, nem a sociedade fora da natureza.”¹⁵ No século IX, a natureza era considerada como algo dado e atribuído, como um produto a ser destruído ou ameaçado, sempre como algo externo e não sociedade, caracterizado pelo processo de industrialização. “No final do século XX, a natureza já não é dada nem atribuída, mas tornou-se um produto [...] destruído ou ameaçado nas condições naturais da sua reprodução”.¹⁶

Desse modo, no processo de industrialização “a sociedade de risco é uma sociedade catastrófica”,¹⁷ pois os riscos são produzidos pelo processo industrial, não apenas causando efeitos na natureza e no ser humano, mas produzindo efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos.

Os riscos, da maneira como são produzidos, no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas [...], escapa completamente à percepção humana imediata, mas também, as toxinas e poluentes presentes no ar, na água e nos alimentos e aos efeitos de curto e longo prazo deles decorrentes sobre plantas, animais e seres humanos.¹⁸

Os riscos ambientais, sociais, econômicos e políticos são produzidos no período mais avançado de desenvolvimento da industrialização, eles produzem danos irreversíveis à natureza e ao ser humano. Com a distribuição e o avanço dos riscos, surgem situações sociais de ameaça. Os riscos ambientais, sociais, econômicos e políticos atingem distintas classes sociais, e os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que o produziram ou que lucraram com eles. Esses riscos contêm efeito bumerangue, que atinge diferentes classes sociais.¹⁹

¹² DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso:** ou progresso como ideologia. 2006, p. 255-256.

¹³ DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso:** ou progresso como ideologia. 2006, p. 233.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais:** desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 37.

¹⁵ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo:** como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. 2017, p. 58.

¹⁶ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo:** como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. 2017, p. 58.

¹⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 28.

¹⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. 2011, p. 27.

¹⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. 2011, p. 27.

Os riscos e ameaças presentes se diferenciam dos riscos e ameaças passadas e futuras, por causa da globalidade do seu alcance (ser humano, fauna e flora) e de suas causas modernas, pois são riscos causados pelo desenvolvimento industrial e pela modernização. O processo de industrialização dos custos do clima como efeito secundário “é a socialização da destruição e das ameaças à natureza”,²⁰ e sua reprodução e transformação são baseadas nas mudanças humanas, sociais, econômicas e políticas. A violação das condições naturais da vida são ameaças à sociedade moderna e globalizada.

Dessa maneira, “as mudanças climáticas afetarão com certeza os solos, a atmosfera e os oceanos, e podem ser um processo instável e imprevisível, envolvendo evolução progressiva e súbitos desequilíbrios”.²¹ As mudanças climáticas “terão com certeza consequências que variarão em tempo e em extensão geográfica”.²² Os fatores das mudanças climáticas são o aumento da temperatura média global; aumento do nível médio dos mares; derretimento de geleiras e calotas polares; e incidência de eventos climáticos extremos. O colapso global é a consequência de várias crises a nível mundial, tais como a crise ecológica, ambiental, econômica, social e política.

2 - OS DANOS E EFEITOS COLATERAIS DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Desde a formação do Planeta Terra, sempre ocorreram às mudanças climáticas, já que o clima é extremamente dinâmico e depende tanto de fatores internos, quanto de fatores externos. Atualmente, as mudanças climáticas são causadas pelos elementos naturais ou biológicos, físicos ou antrópicos, os quais causam alterações globais, nos últimos anos. Com a degradação industrialmente forçada das bases ecológicas e naturais da vida, surge à necessidade de reconsiderar a relação ser humano/sociedade e meio ambiente/natureza, diante da crise ambiental.

Entretanto, “no final do século XX, a natureza nem é predeterminada e nem designada, tendo-se transformado em produto social e, sob as condições naturais de sua reprodução”,²³ no processo civilizatório. “O efeito colateral da socialização da natureza é a socialização das destruições e ameaças incidentes sobre a natureza”,²⁴ e sua transformação em riscos econômicos, sociais e políticos, pois os danos da sociedade industrializada às condições naturais da vida se transformam em ameaças globais para a sociedade.

²⁰ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo:** como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. 2017, p. 58.

²¹ MARQUES FILHO, Luiz César. **Capitalismo e colapso ambiental.** 2. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 2016, p. 521.

²² MARQUES FILHO, Luiz César. **Capitalismo e colapso ambiental.** 2016, p. 521.

²³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. 2011, p. 98.

²⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. 2011, p. 98.

Atualmente, “a degradação ambiental, o risco de colapso ecológico e ambiental e o avanço da pobreza são efeitos da crise do mundo globalizado”.²⁵ A degradação ambiental causa uma crise de civilização, baseada no modelo de modernidade. “A sociedade que entra no século XXI não é menos moderna que a que entrou no século XX. [...] O que a faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano.”²⁶ Desse modo, “a modernidade começa quando o espaço e o tempo são separados da prática da vida e entre si, e assim podem ser teorizados como categorias distintas e mutuamente independentes.”²⁷

A modernização é o processo pelo qual uma sociedade através da industrialização torna-se moderna ou inicia a modernidade. É um processo que surgiu da sociedade de risco, pois designa uma fase de desenvolvimento da sociedade moderna, que por meio de mudança da produção de riscos políticos, ecológicos e individuais, escapam cada vez mais das instituições de controle e proteção da sociedade industrial.²⁸

No início do século XXI, a civilização enfrenta uma grave crise ambiental, causada pelo conflito do ser humano com a natureza, causando consequências irreversíveis ao planeta Terra. “As mudanças climáticas, tanto naturais como de origem humana, são consequências de que a sociedade estará, ao longo do século, cada vez mais vulnerável aos impactos e danos ambientais.”²⁹ A crise ecológica e ambiental, em suas diferentes manifestações, tanto em nível local quanto global, originou através do processo no desenvolvimento da sociedade moderna e da sociedade de risco.

As mudanças no clima aumentam à ameaça a biodiversidade e o ecossistema no planeta Terra. “A ação humana aumenta a vulnerabilidade das espécies e ecossistemas, com interferências como a destruição de *habitats*, exploração econômica e poluição”.³⁰ Neste sentido, a humanidade está diante de um alerta ecológico, pois as mudanças do clima causam consequências para a humanidade e para o meio o planeta Terra. “As mudanças climáticas não são momentâneas ou localizadas, elas envolvem desequilíbrios climáticos em escala global. Algumas regiões do planeta Terra são mais vulneráveis do que as outras regiões”.³¹

²⁵ LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 9.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, 37.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. 2001, 16.

²⁸ BECK, Ulrich. La modernidad reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich (orgs.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**: modernidad, contingencia y riesgo. Traducción de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996, p. 201.

²⁹ RODRIGUES FILHO, Saulo; SANTOS, Andréa Souza. **Um futuro incerto**: mudanças climáticas e a vida no planeta. Rio de Janeiro: Garamond, 2011, p. 10.

³⁰ RODRIGUES FILHO, Saulo; SANTOS, Andréa Souza. **Um futuro incerto**: mudanças climáticas e a vida no planeta. 2011, p. 51.

³¹ RODRIGUES FILHO, Saulo; SANTOS, Andréa Souza. **Um futuro incerto**: mudanças climáticas e a vida no planeta. 2011, p. 18.

Também, a crise ambiental causa efeito e danos colaterais, pois o colapso ecológico e ambiental ameaça o capitalismo, tanto no âmbito local quanto global. As mudanças climáticas causadas pela ação humana e processo industrial, como pelo acúmulo de substâncias químicas tóxicas no meio ambiente natural, são crises ambientais que ameaçam de colapso o capitalismo global.³² A crise ambiental pode gerar vários colapsos irreversíveis e inevitáveis a nível mundial.

O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) criado em 1988, tem exercido função importante na avaliação mundial sobre o aquecimento global do planeta Terra. O IPCC afirmou em 2007 que “há a probabilidade de 90% de que o aquecimento global seja resultante de atividades humanas, mediante a introdução de gases de efeito estufa na atmosfera”,³³ provenientes de modos de produção industrial e de formas de utilização dos recursos naturais. O IPCC avalia as implicações das mudanças climáticas no mundo durante vários períodos, como analisa os efeitos dos fatores como os níveis de crescimento econômico, escassez de recursos naturais, aumento populacional e expansão das tecnologias de produção.³⁴

Desse modo, nos últimos anos, o Relatório de avaliação do IPCC analisa os efeitos das mudanças climáticas nos países mais pobres e nos países mais ricos, pois a avaliação do IPCC depende de fatores como os níveis de crescimento econômico, escassez de recursos naturais e aumento populacional,³⁵ tanto no âmbito local quanto global.

Dessa maneira, as avaliações do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) indicam que os países em desenvolvimento estão entre os mais vulneráveis as mudanças do clima. [...] As mudanças climáticas, especialmente o aumento da temperatura, já estão afetando globalmente sistemas físicos, biológicos e sociais. [...] Os sistemas biológicos, por sua vez, também são vulneráveis às mudanças climáticas, e alguns serão prejudicados de maneira irreversível.³⁶

Conseqüentemente, o Relatório de avaliação “do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) define capacidade de adaptação como a capacidade de um sistema de se ajustar à mudança do clima (inclusive à variabilidade climática e aos eventos extremos do tempo)”.³⁷ Também, o IPCC define a redução dos danos e riscos ambientais geradas pelas mudanças do clima e o modo de contenção das conseqüências, no âmbito global. “A vulnerabilidade dos países mais ricos inclui os efeitos secundários ou colaterais dos desastres, induzido pela mudança climática nas nações mais

³²MARQUES FILHO, Luiz César. **Capitalismo e colapso ambiental**. 2016, p. 519-520.

³³GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 41.

³⁴GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. 2010, p. 41.

³⁵GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. 2010, p. 41.

³⁶RODRIGUES FILHO, Saulo; SANTOS, Andréa Souza. **Um futuro incerto: mudanças climáticas e a vida no planeta**. 2011, p. 39-41.

³⁷RODRIGUES FILHO, Saulo; SANTOS, Andréa Souza. **Um futuro incerto: mudanças climáticas e a vida no planeta**. 2011, p. 41.

pobres”.³⁸ Desse modo, os Relatórios de avaliações do IPCC sobre os efeitos e riscos colaterais das mudanças climáticas e sobre a vulnerabilidade dos países mais pobres, são avaliados pela redução de danos e riscos, em nível local e global.

Os efeitos e riscos colaterais das mudanças climáticas tais como as inundações desastrosas, as ondas de calor excessivas e as temperaturas inesperadas, são consequências desastrosas da elevação do nível do mar, causando a destruição ou o colapso do planeta Terra. Os riscos e os perigos mais graves não provêm da mudança climática em si, mas provêm indiretamente da escassez ou ausência de recursos naturais ou ambientais.³⁹

O ecossistema global como um todo, o crescimento da população humana, a degradação da Terra, o esgotamento dos recursos naturais, a poluição ambiental, a destruição da biodiversidade e a degradação do meio ambiente, em todas as formas, constitui uma ameaça para o bem estar humano, como também, uma ameaça para a sobrevivência das presentes e futuras gerações.⁴⁰ A preocupação com o bem estar da Terra deve ser a maior preocupação da civilização moderna, pois a vida dos seres humanos e de todos os seres vivos depende de que o planeta Terra se mantenha saudável e equilibrado.

3 - A MUDANÇA DO CLIMA ENQUANTO COLAPSO ECOLÓGICO E AMBIENTAL NA SOCIEDADE MODERNA

Nos últimos anos, a sociedade moderna vive numa civilização, centrada na possibilidade de uma catástrofe ambiental e de um colapso ecológico, tanto em nível local quanto global. A sociedade contemporânea convive numa civilização que o ser humano é capaz de determinar os riscos ambientais naturais no presente e no futuro.⁴¹ “Mas risco é risco, e o outro lado do perigo”⁴² é sempre os efeitos colaterais da mudança climática no planeta Terra. Os riscos ambientais naturais podem ser divididos em riscos físicos e riscos naturais ou biológicos. Os riscos biológicos são associados à fauna e a flora, já os riscos físicos são associados ao meio ambiente e ao ecossistema.⁴³

A crise ambiental surgiu a partir dos anos de 1960, causada pelo padrão dominante de produção industrial, baseado no crescimento econômico. A questão ambiental em escala local e global surgiu dos impactos ambientais crescentes gerados pelo modo de produção capitalista dominante

³⁸ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. 2010, p. 224.

³⁹ LOVELOCK, James. **Gaia: alerta final**. Tradução de Vera de Paula Assis e Jesus de Paula Assis. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010, p. 41-42.

⁴⁰ LOVELOCK, James. **La venganza de la Tierra: la teoría de Gaia y el futuro de la humanidad**. 2012, p. 15.

⁴¹ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. 2010, p. 29.

⁴² GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. 2010, p. 29.

⁴³ “Ecossistema que inclui os seres vivos e o ambiente, com suas características físico-químicas e as inter-relações entre ambos. [...] **Ecossistema** significa o sistema onde se vive, é o conjunto de características físicas, químicas e biológicas que influenciam a existência de uma espécie animal ou vegetal”. SIGNIFICADOS. **Significado de Ecossistema**. Disponível em: <https://www.significados.com.br/ecossistema/>. Acesso em: 19 nov. 2018.

baseado na utilização dos recursos naturais de forma desenfreada e desequilibrada de reprodução da natureza. A problemática ambiental surge nas últimas décadas do século XX, como uma crise econômica que conduziu o processo de modernização e de industrialização, pois a crise ambiental alertou a sociedade moderna para a necessidade de frear o crescimento econômico diante da ameaça do colapso ambiental, ecológico e social.⁴⁴

La problemática ambiental emerge como una crisis de civilización, [...] la racionalidad de la modernidad; de la economía del mundo globalizado. No es una catástrofe ecológica ni un simple desequilibrio de la economía. Es el desquiciamiento del mundo al que conduce la cosificación del ser y la sobreexplotación de la naturaleza.⁴⁵

A crise ambiental como coisificação do mundo surge da natureza do ser humano, pois é a crise do efeito do conhecimento sobre o mundo. O conhecimento tem desestruturado os ecossistemas, degradado o meio ambiente, desnaturalizado a natureza.⁴⁶ A economia do mundo na produção industrial considera a natureza como um ambiente coisificado e desnaturalizado, como um objeto de exploração do capital.

La naturaleza es cosificada, desnaturalizada de su complejidad ecológica y convertida en materia prima de un proceso económico; los recursos naturales se vuelven simples objetos para la explotación del capital. En la era de la economía ecologizada la naturaleza deja de ser un objeto del proceso de trabajo para ser codificada en términos del capital. Mas ello no le devuelve el ser a la naturaleza, sino que la trasmuta en una forma del capital –capital natural–, generalizando y ampliando las formas de valorización económica de la naturaleza.⁴⁷

A crise ambiental se desenvolveu a partir dos anos 60, causada pelo desenvolvimento tecnológico e industrial. Após os anos 70, a sociedade moderna começou a se preocupar em reduzir o crescimento econômico diante da eminência do colapso ecológico e da degradação ambiental. A crise ambiental se manifesta como uma crise de civilização causada pelo progresso tecnológico e industrial.⁴⁸ Os riscos e danos que a sociedade moderna enfrenta são causados pela degradação ambiental, tanto no âmbito local quanto global, tanto no espaço quanto no tempo.

Os problemas sociais, econômicos e especialmente os ambientais surgem como crises de civilização. A crise ambiental é considerada como uma crise do mundo produzida pelo desconhecimento do conhecimento e pelo domínio da natureza. Deste modo, a economia deve

⁴⁴ LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 22.

⁴⁵ LEFF, Enrique. **Racionalidad ambiental:** la reapropiación social de la naturaleza. México: Siglo XXI Editores S. A., 2004, p. 8.

⁴⁶ LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental:** a reapropriação social da natureza. 2006, p. 17.

⁴⁷ LEFF, Enrique. **Racionalidad ambiental:** la reapropiación social de la naturaleza. México: Siglo XXI Editores S. A., 2004, p. 133.

⁴⁸ LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 2011, p. 22.

considerar na ecologia os processos e os limites ecológicos, para não agravar os colapsos ambientais e consequentes problemas sociais, ambientais e econômicos.

Entretanto, de um lado, no início do século XX, a preocupação da sociedade moderna reduziu a natureza a uma matéria-prima da indústria, a uma mercadoria gratuita, a um objeto de dominação e de exploração ilimitada. De outro lado, no final do século XX, a preocupação da sociedade moderna ampliou a relação entre o ser humano e o meio ambiente.⁴⁹ A sociedade contemporânea considera que a relação do ser humano/homem e do meio ambiente/natureza seja indissociável e que as soluções para os problemas econômicos, sociais e ambientais sejam integradas.

Os efeitos colaterais das mudanças climáticas na sociedade de risco são fundados no modelo pós-industrial, baseado na distribuição de riqueza e na produção de riscos. A sociedade de risco ou pós-industrial causa o desenvolvimento econômico e social inerente aos avanços tecnológicos e a globalização do risco. A globalização de risco está cada vez mais intensa nos riscos ambientais produzidos pela sociedade pós-industrial. Portanto, a sociedade não analisa mais os efeitos ambientais passados, mas, sobretudo, os efeitos ambientais futuros. Desse modo, a globalização da sociedade de risco coloca a sociedade contemporânea em confronto com o desenvolvimento tecnológico, ambiental, econômico e social.⁵⁰

Na sociedade de risco “los riesgos que se generan en el nivel más avanzado del desarrollo de las fuerzas productivas [...]. Estos riesgos causan daños sistematicos y a menudo irreversibles, suelen permanecer invisibles”.⁵¹ Dessa maneira, “la sociedad del riesgo se origina allí donde los sistemas de normas sociales fracasan en relación a la seguridad prometida ante los peligros desatados por la toma de decisiones”.⁵²

As consequências perversas da modernidade são os riscos, pois “los efectos colaterales de la producción industrial en amplios focos del crisis ecológicas no refiere meramente a uno problema médio ambiental, sino, antes que nada, a una profundísima crisis institucionalizada en el núcleo de la modernidad”.⁵³ Desse modo, “del carácter de la sociedad industrial como una sociedad semi moderna

⁴⁹ DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso**: ou progresso como ideologia. São Paulo: UNESP, 2006, p. 253.

⁵⁰ CARVALHO, Délton Winter de. Mudanças climáticas e as implicações jurídicas principiologicamente para a gestão dos danos ambientais futuros numa sociedade de risco global. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Direito e mudanças climáticas**: responsabilidade civil e mudanças climáticas. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010, p. 42.

⁵¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro; Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006, p. 28.

⁵² BECK, Ulrich. La modernidad reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich (orgs.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**: modernidad, contingencia y riesgo. Traducción de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996, p. 206.

⁵³ BECK, Ulrich. La modernidad reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich (orgs.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**: modernidad, contingencia y riesgo. 1996, p. 212.

[...] y la modernización de la sociedad industrial, pertenecen a dos siglos distintos durante los cual es el mundo há cambiado como nunca había ocurrido antes”.⁵⁴

Portanto, o meio ambiente/natureza é objeto de dominação do ser humano/sociedade e de exploração ilimitada do modo econômico e industrial. O meio ambiente/natureza é fator de produção e apropriação, como é matéria prima de transformação do processo industrial. Contudo, ela é fator importante tanto para o desenvolvimento do processo industrial e tecnológico quanto para a sobrevivência dos seres vivos, da sustentação do ecossistema, do meio ambiente e do planeta Terra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto do artigo propôs questionar as alterações climáticas como risco ambiental, tanto no local quanto, estudar os danos e efeitos colaterais das mudanças climáticas no ser humano, no meio ambiente e na economia; e investigar a mudança do clima enquanto colapso ecológico e ambiental da sociedade moderna e de risco.

Diante dessa perspectiva, a pesquisa demonstrou que a degradação ambiental, o risco de colapso ecológico e ambiental e o avanço da pobreza são efeitos das mudanças climáticas e da crise do mundo globalizado, tanto no âmbito local quanto global. Também comprovou que a crise ambiental causa efeitos e danos colaterais, pois o colapso ecológico ambiental ameaça o capitalismo.

Por fim, comprovou que as alterações climáticas são fatores de risco global ambiental natural, físico e biológico, pois causam os danos e efeitos colaterais das mudanças climáticas no ser humano, no meio ambiente e na economia. Portanto, as mudanças do clima causam colapso ecológico e ambiental na sociedade moderna, tanto em nível local quanto mundial.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário:** e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Título original: Capitalismo parassitario.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. Título original: Globalization: the human consequences.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais:** desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título original: Liquid modernity.

⁵⁴BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro; Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006, p. 279.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. Título original: Risikogesellschaft. Auf dem weg in eine andere moderne.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global.** Traducción de Jesús Alborés Rey. 2. ed. Madrid: Siglo XXI de España Editores S. A, 2009. Título original: World risk society.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro; Daniel Jiménez y María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. Título original: Risikogesellschaft. Auf dem weg in eine andere moderne.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo:** como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2017. Título original: The metamorphosis of the world.

BECK, Ulrich. La modernidad reflexiva. *In:* GIDDENS, Anthony; BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich (orgs.). **Las consecuencias perversas de la modernidad:** modernidad, contingencia y riesgo. Traducción de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996, p. 201- 265.

BERNARDIN, Pascal. **O império ecológico:** ou a subversão da ecologia pelo globalismo. Tradução de Diogo Chiuso e Felipe Lesage. Campinas: Vide Editorial, 2015. Título original: L'empire écologique: ou la subversion de l'ecologie par le mondialisme.

CARVALHO, Délton Winter de. Mudanças climáticas e as implicações jurídicas principiológicas para a gestão dos danos ambientais futuros numa sociedade de risco global. *In:* LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêscia Buzelato. **Direito e mudanças climáticas:** responsabilidade civil e mudanças climáticas. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2010. p. 39-59.

DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso:** ou progresso como ideologia. São Paulo: UNESP, 2006.

GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

FLANNERY, Tim. **Os senhores do clima:** como o homem está alterando as condições climáticas e o que isso significa para o futuro do planeta. Tradução de Jorge Calife. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2007.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental:** a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. Título original: Racionalidad ambiental: la reapropiación social de la naturaleza.

LEFF, Enrique. **Racionalidad ambiental:** la reapropiación social de la naturaleza. México: Siglo XXI Editores S. A, 2004.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. Título original: Conocimiento del medio ambiente: sostenibilidad, racionalidad, complejidad, poder.

LOVELOCK, James. **Gaia: alerta final.** Tradução de Vera de Paula Assis e Jesus de Paula Assis. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010. Título original: The vanishing face of Gaia: A final warning.

LOVELOCK, James. **La venganza de la Tierra:** la teoría de Gaia y el futuro de la humanidad. Traducción de Mar García Puig. 3. ed. Barcelona: Planeta S. A., 2012. Título original: The revenge of Gaia: Why the earth is fighting back and how we can still save humanity.

MARQUES FILHO, Luiz César. **Capitalismo e colapso ambiental.** 2. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 2016.

MELO, Mauro Martini de. **Capitalismo versus sustentabilidade:** o desafio de uma nova ética ambiental. Florianópolis: Editora da UFSC, 2006.

OLIVEIRA, Marcos José de; VECCHIA, Francisco Arthur Silva; CARNEIRO, Celso Dal Ré. **Mudanças climáticas.** Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/378726762/Cap-16-Mudancas-Climaticas-2-v-2018>. Acesso em: 20 nov. 2018.

RODRIGUES FILHO, Saulo; SANTOS, Andréa Souza. **Um futuro incerto:** mudanças climáticas e a vida no planeta. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

RIFKIN, Jeremy. **A terceira revolução industrial:** como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo. São Paulo: Makron Books Editora, 2012.

SIGNIFICADOS. **Significado de Ecosistema.** Disponível em: <https://www.significados.com.br/ecossistema/>. Acesso em: 19 nov. 2018.

VICENTE, Marina Caetano Pereira (org.). Mudanças climáticas: o desafio do século. **Cadernos Adenauer**, a. XVII, n. 2, agosto. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2016. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=19d1d0f9-d198-22d9-3c2d-45102f3b98cc&groupId=252038. Acesso em: 20 nov. 2018.

**ARTIGOS - GT 2 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO
INTERNACIONAL**

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE X CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: A SENTENÇA DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS.
BRASIL DA CIDH E A PERSECUÇÃO CRIMINAL DOS CRIMES DA DITADURA NO
BRASIL**

**CONVENTIONALITY CONTROL X CONSTITUTIONALITY CONTROL: THE
JUDGMENT OF THE GOMES LUND CASE AND OTHERS VS. BRAZIL OF THE IACHR
AND THE CRIMINAL PROSECUTION OF THE CRIMES OF THE DICTATORSHIP IN
BRAZIL**

Ana Cláudia Pereira¹

Patricia Grazziotin Noschang²

RESUMO

Os crimes cometidos no período da ditadura militar brasileira foram fadados ao esquecimento (no que toca à persecução criminal), mormente pelo teor da Lei nº 6.683/1979 (Lei da Anistia), interpretada de modo a estender seus efeitos aos crimes cometidos por agentes de Estado contra civis. A constitucionalidade da lei foi afirmada pelo STF quando do julgamento da ADPF nº 153 em 2010, ocasião em que asseverou que a anistia “bilateral” era oriunda de acordo político válido, necessário para uma transição pacífica entre o regime ditatorial e a democracia. Indaga-se qual tem sido o posicionamento adotado pela justiça brasileira após a publicação da sentença do *Caso Gomes Lund vs. Brasil* e outros pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desta forma este trabalho utiliza o método de abordagem dedutivo e de procedimento bibliográfico para entender a contradição entre o controle de convencionalidade e de constitucionalidade na temática apresentada.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Gomes Lund e outros. Persecução penal.

ABSTRACT

The crimes committed during the period of the Brazilian military dictatorship were doomed to oblivion (in relation to criminal prosecution), mainly in accordance with Law 6.683 / 1979 (Amnesty Law), interpreted in such a way as to extend its effects to crimes committed by agents of State against civilians. The constitutionality of the law was affirmed by the STF at the time of the ADPF judgment 153 in 2010, when it stated that the "bilateral" amnesty came from a valid political agreement, necessary for a peaceful transition between the dictatorial regime and democracy. It is questioned what has been the position adopted by the Brazilian justice system after the publication of the *Gomes Lund v. Brazil and others* by the Inter-American Court of Human Rights. In this way, this work uses the method of deductive approach and bibliographic procedure to understand the contradiction between the control of conventionality and constitutionality in the presented theme.

KEYWORDS: Conventional control. Gomes Lund and others. Criminal prosecution

¹ Acadêmica do curso de Direito na Universidade de Passo Fundo. Integrante do grupo de pesquisa “A efetividade dos Direitos Humanos no plano internacional”. Contato: 161860@upf.br.

² Doutora em Direito PPGD/UFSC. Professora na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo/RS. Contato: patriciagn@upf.br.

INTRODUÇÃO

Durante o período da ditadura militar no Brasil (1964-1985), a pretexto de combater uma suposta ameaça comunista, o Estado se utilizou de violência para reprimir aqueles denominados agentes subversivos. Em uma prática que se tornou sistemática não só no Brasil, mas também nas demais ditaduras que se instauraram em outros países da América latina (a Operação Condor, por exemplo, implicava em uma colaboração secreta entre governos ditatoriais da época para perseguir e reprimir pessoas apontadas como subversivas), agentes de Estado prenderam, torturaram, violaram sexualmente e assassinaram pelo menos 434 pessoas no Brasil, massiva parte desse grupo com paradeiro ainda desconhecido, segundo dados do relatório final da Comissão Nacional da Verdade, concluído em 2014.

Esses crimes, acobertados durante o período em que ocorreram em razão da clandestinidade e censura, foram fadados ao esquecimento no que toca à persecução criminal em razão do teor da Lei nº 6.683/1979. Trata-se da Lei de Anistia, a qual representa o início do que se intitula justiça de transição no Brasil. Mencionada lei foi interpretada de modo a estender seus efeitos aos crimes cometidos por agentes de Estado contra civis, impedindo a apuração e punição desses fatos criminosos.

A constitucionalidade desse posicionamento interpretativo foi questionada na ADPF 153, promovida pelo Conselho Federal da OAB, ocasião em que, por sete votos a dois, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em resumo, que a anistia “bilateral” era oriunda de acordo político válido, necessário para uma transição pacífica entre o regime ditatorial e a democracia, concluindo que qualquer modificação na lei deveria ocorrer por meio do poder legislativo.

O julgamento da ADPF, controle concentrado de constitucionalidade, ocorreu em abril do ano de 2010. Em novembro do mesmo ano a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença condenando o Brasil a investigar e punir os autores desses crimes, em julgamento do caso *Gomes Lund e outros*, conhecido como caso Guerrilha do Araguaia. No processo, o Estado brasileiro admitiu o fato de que, em 1966, um grupo de cerca de setenta pessoas ligadas ao Partido Comunista do Brasil (que se organizavam, na região do Rio Araguaia no sul do estado do Pará, para uma guerrilha armada contra o regime autoritário) foi dizimado pelos militares.

Na sentença, a CIDH afirmou, como já vinha fazendo e voltou a fazer quando do julgamento de outros casos (inclusive no caso *Herzog e outros versus Brasil*, sentença proferida no mês de julho deste ano), que crimes cometidos neste contexto de repressão violenta são considerados crimes contra a humanidade, insuscetíveis de anistia e imprescritíveis. Afirmou que a Lei de Anistia brasileira não

resiste a um controle de convencionalidade, pois não está afinada com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e com a melhor jurisprudência do direito internacional. A Corte condenou o Brasil, entre outras medidas reparatorias, a investigar e esclarecer os crimes cometidos durante o período, bem como a punir autores eventualmente identificados, vedando a aplicação de institutos como a prescrição.

Este trabalho surge a partir da indagação acerca de qual tem sido o posicionamento adotado pela justiça brasileira após a publicação da sentença pela CIDH, em breve análise do relatório do grupo de trabalho Justiça de Transição do Ministério Público Federal, formado em razão da condenação do Estado brasileiro na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir deste pano de fundo, objetiva-se explorar o conceito do controle de convencionalidade e sua aplicação no Brasil, abordando, também, o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, e qual a análise (que entendemos) adequada quando esses institutos chegam a conclusões diferentes.

1 - JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: A LEI DE ANISTIA E A ADPF Nº 153

O período do regime militar no Brasil redundou na morte e desaparecimento de pelo menos 434 pessoas, segundo relatório final da Comissão Nacional da Verdade. Por anos, esses crimes foram fadados ao esquecimento (no que toca à persecução criminal), mormente pelo teor da Lei nº 6.683/1979 (Lei da Anistia), interpretada de modo a estender seus efeitos aos crimes cometidos por agentes de Estado contra civis durante a ditadura militar.

A Comissão Nacional da Verdade (CNV), cuja criação foi recomendada na ocasião da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, foi instituída por meio da Lei nº 12.528/2011 com a finalidade de esclarecer violações de direitos humanos perpetradas entre os anos 1946 e 1988, com vistas a efetivação dos direitos à verdade e memória, bem como reconciliação nacional. A CNV investigou as circunstâncias da morte e desaparecimento de 434 vítimas dos “porões” da ditadura, trazendo, em relatório final publicado em 2014, a exposição daquilo que foi possível apurar, compreendendo desde a organização do sistema repressor da época, os fatos criminosos até a biografia das vítimas comprovadas.

O relatório também apontou o nome de agentes públicos que, em tese, participaram do lado sombrio desse período histórico (cujo “mérito” continua a ser discutido nos dias atuais, até mesmo – ou principalmente – levianamente pelas redes sociais), representando um aprofundamento do trabalho realizado pela Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos. Esta também publicou relatório final ainda em 2007, documento este que representou um passo importante para desconstruir a versão de que brasileiros vitimados pelo regime militar eram terroristas ou agentes de potências estrangeiras,

oficializando que eram, na verdade, opositores políticos de um regime que violava a constitucionalidade democrática.

A Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos, assim como a Comissão Nacional da Verdade, representam uma das facetas do que se denomina justiça de transição – necessária para superação de graves violações de direitos humanos, por meio da reparação, da verdade, da memória e da justiça.

A Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979) foi o marco fundamental da justiça de transição no Brasil, pautada, na época, pela reconciliação e esquecimento. Mencionada lei é fruto de reinvidicação popular, e perdoou a todos que cometeram crimes políticos ou “conexos”, bem como crimes eleitorais. O texto legal dispõe que eram “conexos” delitos de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Ressalta-se o teor do artigo 1º e seu § 1º, os quais preveem o que segue:

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 conexos 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.

A lei passou a ser interpretada pela justiça brasileira de modo a estender a anistia aos agentes públicos que cometeram crimes contra civis, entendendo que se tratavam de delitos conexos aos crimes políticos.

Essa interpretação ampla, que redundou na impunidade de crimes cruéis praticados no contexto de repressão política, foi questionada por meio da ADPF nº 153 em 2010, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Referido Órgão postulou, em suma, que o Supremo declarasse inconstitucional a interpretação segundo a qual a anistia se estendia aos “crimes comuns praticados por agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar”.

O Supremo Tribunal Federal concluiu que a anistia “bilateral” era resultado de um acordo político válido e necessário para uma transição pacífica entre o regime ditatorial e a democracia. Realizou, portanto, o controle de constitucionalidade concentrado da lei de anistia, afirmando que qualquer reforma no texto legal deveria ser promovida pelo poder legislativo, e não pelo poder judiciário.

No mesmo julgamento, o Órgão guardião da Constituição Federal jamais negou a existência do direito à verdade das vítimas, mas acabou por obstaculizar a justiça, no que concerne à possibilidade de punição dos autores desses crimes. Inegável que a apuração desses crimes representaria um passo importante para a efetivação plena da transição entre o período ditatorial e a

democracia, pela necessidade de inculpir na sociedade brasileira a impossibilidade de repetição desses fatos.

Outro aspecto importante do direito à justiça é o reconhecimento, pelo Estado, após o devido processamento legal, da materialidade e autoria desses crimes - reforçando os contornos de realidade (relacionados inclusive aos direitos à verdade e memória) necessários para que a ocorrência desses atos não seja colocada em dúvida, consolidando-se na memória coletiva e integrando o processo de formação da identidade nacional.

Segundo Renan Quinalha, a justiça de transição pode ser conceituada por um complexo de estratégias jurídicas e sociais, promovidas tanto pelos poderes do Estado quanto por agentes da sociedade civil, com os objetivos de promover os direitos humanos violados e “fortalecer as instituições e as práticas democráticas”.³

Ocorre que, diferentemente de outros países, como a Argentina, e na esteira do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, a justiça de transição no Brasil teve como foco principal a pacificação e a reconciliação do país, colocando em segundo plano a responsabilização penal dos autores dos crimes da ditadura.

Renan Weichert, à vista disso, afirmou que o julgamento da ADPF nº 153 pelo Supremo Tribunal Federal representa o maior empecilho à produção de justiça no Brasil. Já com relação à colisão da decisão da CIDH contra o julgamento do STF, defendeu a necessidade de se estabelecer um diálogo entre as decisões.

2 - A SENTENÇA DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL

O Supremo Tribunal Federal foi taxativo com relação à constitucionalidade da Lei de Anistia, em julgamento realizado em abril de 2010. Em novembro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou sentença condenatória do *Caso Gomes Lund vs. Brasil*. O caso diz respeito ao desaparecimento forçado de setenta pessoas no contexto da Guerrilha do Araguaia, entre militantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e camponeses. O fato foi resultado de operações empreendidas pelo regime militar para fins de erradicação da guerrilha entre os anos de 1972 e 1975.

Na sentença, entre outras medidas, a CIDH condenou o Brasil a proceder a investigação e responsabilização penal dos autores dos crimes cometidos no contexto de repressão.

Fundamentou que os crimes cometidos pelos agentes militares neste contexto são crimes contra a humanidade. Com efeito, a Corte destacou pronunciamentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte, no sentido de que esses crimes representam graves

³QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição: contornos do conceito**. Dissertação de mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 84.

violações aos direitos humanos, que não podem ser acobertados por leis de esquecimento, como a Lei de Anistia.

Este é o mesmo entendimento adotado pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos, considerado norma de *jus cogens* no plano internacional – existindo sólida doutrina no sentido de que os crimes cometidos por agentes do Estado contra civis durante os regimes autoritários são crimes contra a humanidade, imprescritíveis e inaniáveis, e que leis de “esquecimento”, como a Lei da Anistia brasileira, não resistem ao controle de convencionalidade.

A primeira vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos externou esse posicionamento foi no julgamento do caso *Barrios Altos versus Peru*, em 2001. Desde então, vem afirmando que leis de “auto-anistia” não são compatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos.⁴

Demais disso, é firme a jurisprudência da CIDH sobre desaparecimentos forçados serem crimes contra a humanidade, de caráter continuado e permanente, portanto sujeitos à análise sob a ótica dos tratados ratificados após a redemocratização do Brasil.

Assim, de acordo com o entendimento externado na sentença, mormente pelo controle de convencionalidade realizado, o Estado estaria condenado a investigar os fatos, e punir os agentes que vierem a ser identificados, descartando a Lei de Anistia e institutos como a prescrição.

Mas qual tem sido o efeito do controle realizado pela corte, diante do controle interno realizado pelo Supremo Tribunal Federal? Qual o conceito do controle de convencionalidade e sua aplicação no direito brasileiro?

3 - O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A expressão “controle de convencionalidade” teve origem na França em um julgamento do Conselho Constitucional francês em 1975. Na Decisão no 74-54 DC, o Conselho se declarou incompetente para analisar se uma lei interna era compatível com um tratado, no caso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Conselho entendeu que era competente apenas para fazer o controle de constitucionalidade, ou seja, a compatibilidade da lei com a constituição francesa e não um “controle de convencionalidade”. A partir desta decisão o Conselho reconheceu que uma norma

⁴CORTE IDH. **Caso Bairros Alto vs. Peru**. Disponível em: <<http://corteidh.or.cr/>>. Acesso em 02 jan. 2019.

interna deve passar por “dois crivos” de compatibilidade, para que seja considerada válida e eficaz: a constituição e, os tratados ratificados e em vigor no país.^{5 6}

A denominação “controle de convencionalidade” na América Latina foi utilizada pela primeira vez na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile em 2006. Nesta decisão a Corte mencionou que “[...] o Poder Judicial deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos a Convenção Americana de Direitos Humanos.” e, ainda, ao realizar esta tarefa deverá considerar também a interpretação da Corte em relação a referida Convenção.⁷

Entende-se que o termo “convencionalidade” vem da terminologia utilizada pelos tratados que ao serem elaborados prevejam normas gerais sobre algum tema específico e são denominados de “convenções”. Contudo, o controle de convencionalidade não é realizado apenas para os tratados que tem a terminologia de convenção, mas sim para todos os tratados de direitos humanos tanto do sistema universal de proteção aos direitos humanos (originários da Organização das Nações Unidas) quanto dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos (Organização dos Estados Americanos no caso do Brasil e demais países das Américas). Logicamente que o controle de convencionalidade somente poderá ser aplicado aos Estados signatários de tais compromissos internacionais.⁸

Neste sentido pode-se afirmar que o controle de convencionalidade é realizado pelos juízes ao analisar o caso concreto quando verificam se um tratado, no caso de direitos humanos, está sendo aplicado devidamente no âmbito internacional ou interno. Desta forma, entende-se que o controle de convencionalidade será externo (quando realizado no plano internacional pelas cortes internacionais competentes) e interno (quando realizado pelos tribunais e juízes internos dos Estados que ratificaram tal compromisso internacional).⁹

Já o controle de constitucionalidade é realizado pela compatibilidade das normas internas com a Constituição Federal brasileira, ou seja, a Constituição Federal de 1988. Caso a norma infraconstitucional esteja em desacordo com a Constituição, será inconstitucional e caso esteja em desacordo com os tratados (de direitos humanos e comuns) poderá até ser considerada vigente, mas, não poderá ser tida como válida no ordenamento jurídico doméstico.¹⁰

⁵NOSCHANG, Patricia Grazziotin. O Controle de Convencionalidade na América Latina. In: Luis Carlos Cancellier de Olivo; Alexandre Botelho; Sergio Ricardo Ferreira Mota. (Org.). **Direito e Crítica - Homenagem ao professor Antonio Carlos Wolkmer - Estudos desenvolvidos no Programa de Pós- Graduação em Direito da UFSC**. 1ed. Florianópolis: Insular, 2017, v. 1, p. 255-272.

⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a, p. 88.

⁷ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 13 mar. 2019, párr. 124.

⁸NOSCHANG, Patricia Grazziotin. **O Controle de Convencionalidade na América Latina**. 2017, p. 256.

⁹NOSCHANG, Patricia Grazziotin. **O Controle de Convencionalidade na América Latina**. 2017, p. 256.

¹⁰PIUCCO, Micheli; NOSCHANG; Patricia G. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. In: MORAES DA COSTA, Marli Marlene; LEAL, Monica Clarissa Hennig. (Org.)

Ser vigente é ser existente no plano legislativo, ou seja, existe por ter sido elaborada pelo parlamento e sancionada pelo presidente da República, promulgada e publicada no Diário Oficial da União, passado o prazo de vacância de 45 dias e a partir de então entra em vigor no ordenamento jurídico brasileiro (art.1. LINDB).¹¹ Somente depois de verificada a existência (ou vigência) da lei é que vai se aferir sobre a sua validade, para após ser a mesma eficaz. Trata-se deste modo de uma *escada de valores* encontrando-se no primeiro degrau a vigência, após a validade e por fim a eficácia.¹²

Esse controle pode ocorrer de maneira difusa ou concentrada. Assim o controle difuso pode ser realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário, observadas as regras de competência processual civil. É também denominado controle pela via de exceção ou defesa e quando verificado, a declaração de inconstitucionalidade se dá de forma incidental em relação ao objeto principal da lide, prejudicando assim, o exame do mérito. Nesse sentido será verificada a inconstitucionalidade considerando a causa de pedir em âmbito processual.¹³

Já o controle concentrado ocorre pela via principal, é assim denominado pelo fato da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo concentrar-se em um único tribunal, pode ocorrer em cinco situações: na Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Representação Interventiva ou por Ação Declaratória de Constitucionalidade. Neste controle a representação da inconstitucionalidade, tem como objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que está sendo impugnado. O Poder Judiciário se manifestará de forma específica sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade. O controle concentrado busca a invalidação de uma determinada lei ou ato normativo. Segundo Pedro Lenza¹⁴ poderia ocorrer de forma excepcional o controle concentrado de forma incidental, onde seria discutido uma questão de constitucionalidade de forma prejudicial ao objeto principal da lide.¹⁵¹⁶

Políticas públicas no Constitucionalismo Contemporâneo VII [livro eletrônico] / Leal, Organizadoras. Porto Alegre: Imprensa Livre, p. 237-257, 2015, p. 246.

¹¹ BRASIL. LINDB. **Lei de introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2>. Acesso em 07 jan. 2018.

¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013b, p.744-778, p. 749.

¹³LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267.

¹⁴LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 2012, p. 286.

¹⁵LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 2012, p. 286.

¹⁶ PIUCCO, Micheli; NOSCHANG; Patricia G. **O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. 2015, p. 247.

Deste modo fica evidenciado que as normas e os princípios constitucionais ou internacionais devem ter incidência prioritária sempre que condizem com a normativa interna e principalmente quando mais favoráveis aos seres humanos.¹⁷

Assim ambos os controles devem ocorrer internamente e em sintonia uma vez que os tratados somente serão ratificados pelo Estado brasileiro se estiverem de acordo com a Constituição Federal brasileira.

4 - O JUDICIÁRIO E A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS CRIMES DA DITADURA MILITAR

Na sentença do Caso Gomes Lund e outros, a CIDH determinou que o Estado brasileiro deveria garantir que as autoridades competentes procedessem a investigação e elucidação dos crimes cometidos durante a ditadura militar, graves violações de direitos humanos – sendo inaplicáveis, pelo Estado, a Lei de Anistia, tampouco outros instrumentos como a prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, “ou qualquer outra excludente de responsabilidade”, “considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado”.¹⁸

O Ministério Público Federal afirmou a sua competência para tarefa tal, criando o grupo de trabalho Justiça de Transição em 2011, estudando “mecanismos de implementação da sentença de *Gomes Lund* no âmbito interno, com o objetivo de garantir a maior eficácia possível aos pontos resolutivos relacionados à persecução penal das violações a DH, respeitados todos os parâmetros de legalidade.”¹⁹

Segundo consta, o Órgão realizou a oitiva de cerca de 220 testemunhas, empreendendo esforços inéditos na busca da elucidação dos fatos para fins de promoção das ações penais cabíveis. Para tanto, uma das teses jurídicas adotadas pelo Ministério Público é a esposada pelo professor André Carvalho Ramos. Segundo ele, o Supremo Tribunal Federal nunca analisou a convencionalidade da lei de Anistia, e sim sua constitucionalidade – e a norma, para ser válida, deve subsistir ao duplo controle (constitucionalidade e convencionalidade), o que não aconteceu. De acordo com seu posicionamento, ante a adesão do Brasil à CADH, o reconhecimento da jurisdição da CIDH e a internacionalização dos direitos humanos, a lei de Anistia não pode ser aplicada

¹⁷ PIUCCO, Micheli; NOSCHANG; Patricia G. **O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. 2015, p. 246.

¹⁸CORTE IDH. **Gomes Lund e outros**. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://corteidh.or.cr/>>. Acesso em 17 nov. 2018, p. 96.

¹⁹MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Grupo de trabalho justiça de transição: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013**. Brasília: MPF/2ªCCR, 2014. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/>>. Acesso em 17 nov. 2018, p. 21.

internamente.²⁰ Também cabe destacar a adesão do Ministério Público à tese da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, sob o fundamento de ser norma costumeira e cogente do direito internacional.

Com base nas determinações da Corte e nesses argumentos jurídicos (entre outros), o Ministério Público, até a data de publicação do relatório em análise, ajuizou seis ações penais. Segundo consta, duas foram liminarmente rejeitadas, e outras foram sobrestadas por força de decisões dos Tribunais Regionais Federais.

Utiliza-se como exemplo no presente trabalho a denúncia oferecida pelo Ministério Público, no ano de 2012, contra o militar Sebastião Curió Rodrigues de Moura pelo sequestro de cinco vítimas no âmbito da Guerrilha do Araguaia, como incurso nas sanções do art. 148, caput e § 2º, por cinco vezes, na forma do art. 69 do CP (Ação penal nº 0001162-79.2012.4.01.3901, distribuída para a 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá – PA).²¹

Em apertada síntese, destaca-se que a ação penal foi inicialmente rejeitada, com fundamento na Lei de Anistia e, subsidiariamente, da prescrição, tendo o Magistrado em substituição argumentado que se tratavam de crimes de homicídio. Interposto o recurso, a Juíza titular, em retratação, entendeu possível o prosseguimento da ação, aduzindo em suma que o momento processual não comportava discussão aprofundada acerca da incidência da Lei de Anistia ou prescrição para obstruir a ação penal intentada pelo Órgão ministerial.

Impetrado o HC nº 006806392.2012.4.01.0000 pela defesa do acusado, o TRF1 concedeu a ordem para trancar a ação penal, utilizando como fundamento que a decisão da CIDH “não interfere no direito de punir do Estado, e nem na decisão do STF sobre a matéria. A investigação tem o sentido apenas de propiciar o conhecimento da verdade histórica, para todas as gerações, de ontem e de hoje”. Acrescentado ainda que “A persecução penal, vista em face do julgamento do STF, carece de possibilidade jurídica e (assim não fora) de lastro de legalidade penal, dada a evidente prescrição da pretensão punitiva estatal diante do longo tempo decorrido, de então (1974) a esta parte [...]”. Entenderam, portanto, pela impossibilidade jurídica do pedido formulado pelo Ministério Público.

O MPF interpôs embargos de declaração, recurso negado à unanimidade. Foi admitido recurso especial em 04/09/2015, concluso para julgamento desde 2016 no gabinete do relator Ministro Jorge Mussi.

²⁰RAMOS, André de Carvalho. Crimes da Ditadura Militar: a ADPF 153 e a Corte IDH. In Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (coord.). **Crimes da Ditadura Militar - Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte IDH**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

²¹BRASIL. 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas corpus nº 0068063-92.2012.4.01.0000. Impetrante: Mario Gilberto de Oliveira. Coator: Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá – PA. Rel. Olindo Menezes**. Brasília, DF, 18 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=680639220124010000>>. Acesso em 07/01/2018.

Analisando os argumentos espostos para a rejeição liminar das denúncias ou mesmo o trancamento das ações penais pela via do *habeas corpus*, observa-se que a vinculatividade da decisão da CIDH é questionada, prevalecendo o posicionamento da vinculatividade da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. Neste ponto, costuma-se ressaltar que o Brasil promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10.12.98, razão pela qual entendem inadequado o julgamento da Corte com relação a fatos ocorridos antes dessa data.

A despeito das medidas impostas pela Corte, o Poder Judiciário continua a aplicar institutos como prescrição, presumindo a morte das vítimas, inclusive trazendo à baila, por exemplo, a Lei nº 9140/95, quando o Estado reconheceu e declarou a morte dos desaparecidos.

Ao que se tem, o entendimento no segundo grau de jurisdição está sedimentado alinhando-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e afastando a incidência da decisão da CIDH na discussão, que é apontada como uma sentença declaratória.

Assim, não obstante a condenação do Estado brasileiro à investigação plena dos fatos e punição dos envolvidos (no que couber), o controle de constitucionalidade realizado pelo STF (com relação à Lei da Anistia) e a prescrição (a contar da Lei nº 9.140/95) continuam sendo argumentos a obstaculizar ações penais promovidas pelo MPF em cumprimento à sentença da CIDH.

Não se pode ignorar, contudo, a existência de uma corrente minoritária, verificada dentre os magistrados de primeira instância, acerca da possibilidade jurídica de se processar os indicados autores desses fatos, afinando-se com as teses sustentadas pelo Ministério Público e considerando, para tanto, o cenário do direito internacional. Resta, contudo, isolada, evitando que os processos se desenvolvam rumo a um desfecho, uma sentença final.

O Ministério Público, ao concluir o relatório acerca do andamento das ações penais, critica o Poder Judiciário, afirmando que o mesmo não parece comprometido com as obrigações internacionais do Estado brasileiro quando se trata dos crimes da ditadura militar.

Da análise das decisões que obstaculizam a persecução criminal dos apontados autores dos fatos criminosos, verifica-se que se prendem fortemente aos argumentos lançados pelo entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal em 2010 (cabendo sublinhar o “placar” de cinco a dois); além de indicar o conflito e a falta de vinculatividade da decisão da CIDH perante o ordenamento jurídico interno, que em tese não recepcionaria o processamento desses crimes não só pela prescrição, mas por princípios constitucionais da anterioridade da lei penal, irretroatividade, e outros que regem o Direito Penal interno. O controle de convencionalidade realizado pela CIDH, portanto, carece de efetividade no cenário que se apresenta.

Mudança neste panorama pode ocorrer, caso o Supremo Tribunal Federal revise o entendimento anterior. Não se pode negar a existência dessa possibilidade, pois pende de julgamento,

por exemplo, a ADPF nº 320, promovida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em 15 de maio de 2014, no qual intenta, precisamente, que o STF reconheça o efeito vinculante da sentença da CIDH.

Assim, mais uma vez haverá o pronunciamento da Suprema Corte com relação a este assunto que repercute drasticamente não só no debate acerca da responsabilização penal dos autores dos crimes da ditadura, mas também sobre os efeitos e influência da CIDH e do direito internacional como um todo no âmbito do poder judiciário interno, suscitando novas discussões, técnicas e doutrinárias, sobre a temática do controle de convencionalidade e as normas do direito internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidente o descompasso existente entre as duas formas de controle no que toca à Lei de Anistia: convencionalidade e constitucionalidade, entendendo-se pela necessidade de que a norma subsista a ambos os controles para ter validade. No caso, estas autoras defendem que o mais adequado seria adotar a interpretação afinada com os direitos fundamentais, o que é caro ao texto constitucional – na esteira do que tem feito países vizinhos, como Uruguai e Argentina, os quais vem processando os autores dos crimes da ditadura, em cumprimento às determinações da CIDH e com vistas a efetivar os direitos à memória, verdade e justiça das vítimas do terrorismo de Estado assim como de seus familiares.

Contudo, este não tem sido o entendimento prevalecente no âmbito do poder judiciário brasileiro, não obstante as medidas impostas pela CIDH. Até o momento, o controle de convencionalidade realizado pela Corte não tem sido considerado para fins de possibilitar o processamento dos autores dos crimes da ditadura. Pelo contrário: carece de aplicabilidade diante da decisão do STF na ADPF nº 153.

Há expectativa de que o Supremo Tribunal Federal volte a se manifestar sobre o tema, mas desta vez, especificamente sobre o teor e considerar que a decisão da CIDH é vinculante e, principalmente, acerca da eficácia do controle de convencionalidade por ela realizado, o que é salutar para a continuidade do debate, e do cuidado que o Estado brasileiro dispensará aos pronunciamentos da CIDH e do direito internacional como um todo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:

BRASIL. 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas corpus nº 0068063-92.2012.4.01.0000. Impetrante: Mario Gilberto de Oliveira. Coator: Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá – PA. Rel. Olindo Menezes.** Brasília, DF, 18 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=680639220124010000>>. Acesso em 07 jan. 2018.

BRASIL. LINDB. **Lei de introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2>. Acesso em 07 jan. 2018.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 14 out. 2017.

CORTE IDH. **Gomes Lund e outros**. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: <<http://corteidh.or.cr/>>. Acesso em 17 nov. 2018.

CORTE IDH. **Caso Bairros Alto vs. Peru**. Disponível em: <<http://corteidh.or.cr/>>. Acesso em 02 jan. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Ivan Luís. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil. In: Luiz Flávio Gomes; Valerio de Oliveira Mazzuoli. (Org.). **Crimes da Ditadura Militar**. 1ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011, v. 1, p. 135-153.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013b, p.744-778.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Grupo de trabalho justiça de transição: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013**. Brasília: MPF/2ªCCR, 2014. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/>>. Acesso em 17 nov. 2018.

MEYER, Emilio Peluso Neder; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Org.). **Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. O Controle de Convencionalidade na América Latina. In: Luis Carlos Cancellier de Olivo; Alexandre Botelho; Sergio Ricardo Ferreira Mota. (Org.). **Direito e Crítica - Homenagem ao professor Antonio Carlos Wolkmer - Estudos desenvolvidos no Programa de Pós- Graduação em Direito da UFSC**. 1ed. Florianópolis: Insular, 2017, v. 1, p. 255-272.

PIUCCO, Micheli; NOSCHANG; Patricia G. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. In: MORAES DA COSTA, Marli Marlene; LEAL, Monica Clarissa Hennig. (Org.) **Políticas públicas no Constitucionalismo Contemporâneo VII** [livro eletrônico] / Leal, Organizadoras. Porto Alegre : Imprensa Livre, 2015. p. 237-257.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição: contornos do conceito**. Dissertação de mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da Ditadura Militar: a ADPF 153 e a Corte IDH. In Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (coord.), Crimes da Ditadura Militar - **Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte IDH**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira**. Direito GV, São Paulo, v. 18, p. 681-706, jul./dez. 2013.

TRF3, RESE 0004204-32.2012.4.03.6181/SP – Rel. Des. Peixoto Júnior – j. 09.04.13 – m.v. – DJU 26.04.13. A íntegra do acórdão pode ser consultada em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizasDocumentos?numerosProcesso?numerosProcesso=201261810042049&data=2013-26>>.

WEICHERT, Marlon. Proporcionalidade, Direito Penal e direitos humanos. In ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

HUMAN RIGHTS AND THE NEED FOR THE TRANSNATIONALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Francine Cansi¹

Marcos Leite Garcia²

RESUMO

A relação dos direitos humanos e, até que ponto a transnacionalização no que tange aos direitos fundamentais depende das contingências de acordos sob o direito internacional público é objeto do estudo. Nesse argumento, a efetivação da Transnacionalidade e a relação entre direitos humanos e direitos fundamentais centram-se nas forças econômicas, sociais e síntese e a convergência da intervenção e atuação de diferentes instituições estaduais, regionais, nacionais e internacionais, ligada à da igualdade humana e, além disso, a condição social dos indivíduos ou aos grupos sociais para a tomada decisão efetiva, para melhoria da qualidade de vida do homem, como um direito humano. Tal evidência permite elaborar que a transnacionalização dos direitos fundamentais, tem como ideia central de que a consolidação dos direitos humanos revelando-se como a mais acentuada condição da força normativa para a possibilidade de transnacionalização dos direitos humanos e fundamentais, pois se já não mais se duvida da interdependência destes.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direitos humanos. Transnacionalidade.

ABSTRACT

The relationship between human rights and the extent to which transnationalisation of fundamental rights depends on the contingencies of agreements under public international law is the subject of the study. In this argument, the effectiveness of Transnationality and the relationship between human rights and fundamental rights, focuses on the economic, social and synthesis forces and the convergence of the intervention and performance of different state, regional, national and international institutions, linked to human equality and, in addition, the social condition of individuals or social groups to make effective decisions, to improve the quality of life of man, as a human right. Such evidence allows us to elaborate that the transnationalization of fundamental rights has as its central idea that the consolidation of human rights, revealing itself as the most pronounced condition

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF em Dupla Titulação com o Doctorado (IUACA), Alicante/ Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(Unisc/RS). Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais(Direito) Universidade de Passo Fundo- UPF/RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Processual Civil. Docente de Graduação e Pós Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Professora colaboradora do projeto de Extensão Balcão do Trabalhador. (francinecansi@upf.br).

² Pós-doutor na Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito (programa Direitos Fundamentais) pela Universidad Complutense de Madrid - Espanha (2000). Máster (mestre) em Direitos Humanos pelo Instituto de Derechos Humanos da Universidad Complutense de Madrid - Espanha (1990). Especialista em História da Inquisição pelo Instituto de História de la Inquisición da Universidad Complutense de Madrid (1996) e graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1988). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALD), Cursos de Mestrado e de Doutorado. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Curso de Mestrado - da Universidade de Passo Fundo (UPF) (mleitegarcia@terra.com.br).

of the normative force for the possibility of transnationalization of human and fundamental rights, since if no longer doubts about their interdependence.

KEYWORDS: Fundamental rights. Human rights. Transnationality.

INTRODUÇÃO

A reivindicação à universalidade também exige validade mundial em termos legais, assim acerca da mudança da mentalidade sobre os direitos humanos, tem-se que a positivação dos primeiros direitos fundamentais, está os direitos do homem e do cidadão; elemento constitutivo de uma pessoa e da humanidade.³

Os direitos humanos são uma filosofia moral, política e jurídica, Peces Barba apresenta como ideia central a integração e construção, do Direito e da Teoria da Justiça, e que é complementado com a ação de vários ramos do sistema legal.⁴

A questão da validade dos direitos fundamentais nos regimes transnacionais, quanto à visão de que os direitos fundamentais transnacionais emergirão espontaneamente, como são de uma constitucionalização geral do direito internacional público que também se aplicaria a esses regimes, significa expandir tais direitos,⁵ intensificando a reciprocidade das ordens jurídicas nacionais e internacionais, a rede de comunicação dos tribunais constitucionais nacionais e a crescente permutabilidade do direito privado e do direito público⁶

Essa construção é sugestiva, pode diretamente atribuir a problemática validade transnacional dos direitos fundamentais para assegurar as fontes de direito do Estado-nação, enquanto, ao mesmo tempo, aplica de maneira produtiva a doutrina altamente desenvolvida dos direitos básicos dos estados nacionais aos regimes transnacionais.⁷

Dado o pluralismo incontestável das culturas mundiais, construir efetivamente a validação dos direitos humanos universalmente, no contexto da constitucionalização dos regimes globais, a validade jurídica e a positivação dos direitos fundamentais podem ser aplicados nos regimes transnacionais, sejam estes públicos, híbridos ou privados. Sendo assim, a relação dos direitos humanos e, até que

³GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos humanos. *Novos Estudos Jurídicos*, Brasília, vol. 10, nº 2, p. 417-450, 2005.

⁴MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales, teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

⁵GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, vol. 28, p. 129-151, 2012.

⁶ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. Importância do Planejamento e da Execução de Políticas Públicas pelo Estado Brasileiro, voltadas ao alcance do Bem Comum, no cenário da globalização econômica. In: PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). *Primeiros ensaios de teoria do estado e da constituição*. Curitiba: Juruá, 2010.

⁷MORAIS, Frank da Silva de. *A aplicação da teoria dos princípios pela corte constitucional brasileira*. 2011. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade e do Vale do Itajaí, Itajaí, 2011.

ponto a transnacionalização no que tange aos direitos fundamentais depende das contingências de acordos sob o direito internacional público é objeto do estudo.

1 - DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A diversidade legal dos nossos dias obriga cada ordem legal a encarar a interação e a abertura a outras realidades legais. A abordagem transnacional, tem a pretensão de evitar o isolamento de cada ordem jurídica e favorecer um processo de convergência regulatória progressiva que permita que os conflitos sejam canalizados aos movimentos sociais que atravessam fronteiras em processos legais.

1.1 - Alguns conceitos de proteção internacional dos direitos humanos e a transnacionalidade

Os instrumentos internacionais de direitos humanos são feitos entre os Estados e atribuem a estes, exclusivamente direitos, responsabilidades e obrigações com relação à proteção de tais direitos. Especialmente sob a influência das forças da globalização, há uma séria questão de saber se isso proporciona proteção adequada, especialmente no que diz respeito à transnacionalização.⁸

O desenvolvimento do direito dos direitos humanos em resposta à globalização não é novo, e não há nada inerente ao sistema internacional que impeça novas medidas de proteção. Esforços mais amplos para estabelecer a proteção internacional dos direitos humanos podem ser atribuídos ao surgimento dessa globalização e ao surgimento de mercados internacionais.⁹

Apesar da ênfase na responsabilidade do Estado, Kotzur,¹⁰ cita que os instrumentos internacionais de direitos humanos continuam a reconhecer que os direitos humanos uma vez violados, a responsabilidade permanece principalmente no estado para garantir o direito contra os instrumentos normativos dos direitos humanos.

Uma das regras sobre a proteção internacional dos direitos humanos é parte integrante do direito internacional, e algumas dessas têm a patente de *jus cogens*, que implica em limitação à soberania estatal, dando resposta aos valores e interesses coletivos essenciais da comunidade internacional, exigindo regras qualificadas em virtude do seu grau de obrigatoriedade, o qual pressupõe um nível hierárquico superior das mesmas diante das restantes¹¹

⁸FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**. Madrid : Editorial Trotta, 2012.

⁹FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**. 2012.

¹⁰KOTZUR, Markus. **De lasoberanía al derecho constitucional común: palabras clave para um diálogo europeo-latinoamericano**. Trad. de Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2011.

¹¹KOTZUR, Markus. **De lasoberanía al derecho constitucional común: palabras clave para um diálogo europeo-latinoamericano**. 2011.

Um Estado que violar tais regras no exercício de sua jurisdição territorial, será internacionalmente responsável por suas ações.¹²De qualquer forma, Kotzur,¹³ assinala que, sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados, proposto pela Comissão de Direito Internacional da ONU, subscreve-se em seu art. 19, § 3º, concernentes à proteção universal dos Direitos Humanos, considera-se condutas ilícitas dos Estados e, portanto, lançar alguma luz sobre os conteúdos de normas de *jus cogens*.¹⁴

a) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a manutenção da paz ou da segurança internacional, como a que proíbe a agressão; b) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do direito à livre determinação dos povos, como a que proíbe o estabelecimento ou a manutenção, pela força, de uma dominação colonial; **c) uma violação grave e em grande escala de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do ser humano, como as que proíbem a escravidão, o genocídio e o apartheid;** e d) uma violação grave de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda e a proteção do meio ambiente humano, como as que proíbem a contaminação maciça da atmosfera ou dos mares.¹⁵

Não obstante, a aplicação das normas de *jus cogens* se estabelece de forma especial nos dias de hoje. Segundo Kotzur,¹⁶ trata-se de normas que vão ceder legitimidade e validade as outras normas de Direito Internacional, operando como uma forma de controle da legalidade supranacional.

Para Steiner, Alston e Goodman¹⁷ estariam mais próximo do que se conhece como o cerne das normas constitucionais internas ou “clausulas pétrea”, conduzida ao plano mundial. Seja como for, é notório o papel decisivo dos valores recomendados pelo *jus cogens* na composição de normas jurídicas capazes a regulamentar as mais distintas decisões de política internacional. Quer conferindo limites, quer, até mesmo, conduzindo-as para determinados objetivos, especialmente àqueles concernentes aos Direitos Humanos, que são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-

¹²TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. VII. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

¹³KOTZUR, Markus. **De lasoberanía al derecho constitucional común: palabras clave para um diálogo europeo-latinoamericano**. 2011.

¹⁴ Jus Cogens Internacional: Normas que, segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, se sobrepõem à autoridade da vontade dos atores de Direito Internacional, e que devido ao seu caráter de fundamentalidade não podem ser derogadas quer por tratados, quer por costumes ou princípios gerais de Direito Internacional.

¹⁵KOTZUR, Markus. **De lasoberanía al derecho constitucional común: palabras clave para um diálogo europeo-latinoamericano**. 2011, p. 134.

¹⁶KOTZUR, Markus. **De lasoberanía al derecho constitucional común: palabras clave para um diálogo europeo-latinoamericano**. 2011.

¹⁷ STEINER, Henry J; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryab. **International human rights in context: law, politics, morals**. Text and materials. 3. ed. Oxford, 2007.

relacionados¹⁸; ¹⁹ não mais se apresentava satisfatório resolver os casos, sempre difíceis, de restrições e colisões de direitos fundamentais com os métodos clássicos de resolução dos conflitos normativos típicos.

A legislação sobre direitos humanos também impõe responsabilidade individual por algumas violações dos direitos humanos e outros atos designados como crimes de direito internacional. Essas ofensas exigem que o estado em que se encontra o infrator tente ou extradite o indivíduo e, em alguns casos, pode permitir que seja processado perante um tribunal internacional.²⁰

Daqui pode emergir o princípio de que o respeito pelos direitos humanos se aplica a todas as relações sociais localmente, regionalmente. e globalmente. Assim, embora a lei de direitos humanos positiva geralmente lide com a ação ou omissão do Estado, a base teórica e positiva está lá para aplicar garantias de direitos humanos a atores não-estatais.²¹

Na visão de Guimarães,²² a Transnacionalidade pode ampliar os direitos humanos, levando a benefícios econômicos e consequentes liberdades políticas. As contribuições positivas da globalização levaram até à proposta de que ela seja aceita como um novo direito humano.

Em geral, prevê um aumento significativo no bem-estar global decorrente da globalização, aumentando indiretamente a obtenção das condições econômicas necessárias para os direitos econômicos e sociais. Maior disponibilidade e alocação mais eficiente de recursos, produção mais aberta e competitiva e governança aprimorada podem levar a um crescimento mais rápido e a mais direitos.²³

Além disso, conforme exemplifica Guimarães,²⁴ são expressos os direitos econômicos e sociais com uma dimensão mais coletiva, como o direito a um padrão de vida adequado, direitos à alimentação adequada, moradia, saúde e educação, para o desenvolvimento e para aproveitar os benefícios do progresso científico e suas aplicações. Outro fator que têm sido notável na sua influência sobre o crescimento desses direitos que tratam da solidariedade é a interdependência que exigem, em suma, participação em processos de cooperação internacional.

¹⁸ “All human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated. All human rights and fundamental freedoms in this Declaration must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis. At the same time, the realization of human rights must be considered in the regional and national context, bearing in mind different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds”. ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. ASEAN Human Rights Declaration. Phnom Penh, Cambodia: ASEAN Statement&Communiques, 19 November 2012.

¹⁹ ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. **Human rights declaration the ASEAN.** Phnom Penh, Cambodia: ASEAN Statement&Communiques, 19 November 2012. Disponível em: <<https://asean.org/asean-human-rights-declaration/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

²⁰ MORAIS, Frank da Silva de. **A aplicação da teoria dos princípios pela corte constitucional brasileira.** 2011.

²¹ FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo.** 2012.

²² GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Globalização, transnacional idade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade.** 2012.

²³ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Globalização, transnacional idade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade.** 2012, p. 134.

²⁴ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Globalização, transnacional idade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade.** 2012.

Como consequência dessa mudança global, Faria,²⁵ considera que os direitos de terceira geração são direitos que enfatizam a necessidade de cooperação internacional, e que basicamente tem uma influência sobre os aspectos coletivos desses direitos, revelando a necessidade urgente de tomar decisões e de realizar ações conjuntas no âmbito da comunidade internacional, não só na esfera dos estados-nação.

1.2 - Normas dos Direitos Fundamentais ao Regime Transnacional

Não obstante a compreensão do Direito como um fenômeno que busca regular a vida em sociedade, respondendo a ansiedades e pacificando conflitos, sua ligação moderna ao Estado - entidade política e jurídica, territorial e soberana - faz a ideia de estabelecer uma Justiça transnacional, da qual há exigências de que, por muito tempo, extrapolem as fronteiras territorial e jurisdicional, estabelecidas pelo Estado-nação.²⁶ Essas condições permitiram que as relações humanas se tornassem globais, levando ao surgimento de uma sociedade global e revelando a obsolescência das chamadas instituições internacionais ou supranacionais.

A principal diferença entre o modelo tradicional de Estado de Direito e o – que se propõe a chamar de – modelo de Estado Transnacional repousa na distinta forma de idear os direitos fundamentais nos dois contextos. No modelo clássico representou importante avanço para a proteção dos direitos fundamentais, contudo, já se revelava insuficiente para enfrentar as situações complexas apresentadas pela sociedade.²⁷

Com base nas ideias neoliberais de livre concorrência no mercado, há uma forte tendência hegemônica de capital que provoca, como subproduto, a exclusão social, a concentração da riqueza, o aumento da pobreza, que constituem sua origem e fizeram o mundo chegar a atual realidade social, política e legal. O fenômeno da globalização também tem maior características notáveis do enfraquecimento dos Estados-nação como: não-territorialidade e livre mercado como sua força motriz.²⁸

A Transnacionalidade nasce no contexto da Globalização, devido ao enfraquecimento do Estado-nação que se retira do centro das relações internacionais, emergindo novas relações que permeiam as fronteiras dos Estados-nações por novos agentes desconhecidos até agora no cenário mundial, especialmente nas relações em que os interesses do desenvolvimento e da exploração à

²⁵FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 2010

²⁶HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

²⁷GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade**. 2012.

²⁸TOMAZ, Roberto Epífanio. **Governança transnacional: um ensaio conceitual**. Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul, nº 40, p. 142-163, ago./out., 2013.

atividade econômica empreendedora está entrelaçada, aliada ao forte crescimento científico e tecnológico, tornando as "distâncias diminuindo" e se tornando possível, por exemplo, em tempo real comunicação e facilitação de cargas e pessoas, permitindo assim a formação de espaços sociais e os chamados regulamentos transnacionais.²⁹

A rigor, os "direitos humanos internacionais", ou seja, os direitos humanos como sujeitos do direito internacional e da política, devem ser distinguidos dos direitos individuais. nas sociedades nacionais sob os sistemas jurídicos nacionais, mas os dois não são independentes na lei ou na política. O sistema internacional aceita os direitos humanos como direitos que, de acordo com princípios morais acordados, o indivíduo deve gozar sob o sistema constitucional-legal de sua sociedade.³⁰

A função múltipla dos direitos fundamentais, já expressada por Jellinek desde o final do século XIX, despontou de forma mais intrincada quando as circunstâncias jurídico-subjetivas incidiram de meras condições de "direitos individuais e coletivos para direitos individuais homogêneos e difusos". O desenvolvimento de novos papéis dos direitos fundamentais compôs um problema de natureza basicamente hermenêutica, pois se encontrava vinculado, por meio da interpretação, em serem congregados novos conteúdos a normatização dos direitos fundamentais.³¹

Por natureza, deve ser erguido a serviço de uma dimensão global, transnacional, e atender às necessidades demandas que unem todos os seres humanos em uma única grande sociedade global. Na verdade, o que é atualmente visto através do questionamento da entidade política Estado-nação, tendo em vista o transbordamento das fronteiras territoriais devido ao processo de não apenas econômica, mas globalização social, combinada com o avanço científico e tecnológico que permite, entre os outros fatores: a diminuição das distâncias, a comunicação em tempo real, o acesso à informação, a realização de pedidos (sejam eles interesses ou aspirações humanas, sociais, culturais ou econômicas) também transcendem limites territoriais do Estado-nação que exigem sua adequação.³²

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, nesse contexto, é uma consequência natural do processo de universalização da sociedade contemporânea. No viés humano, somos todos participantes de uma única raça, independentemente de sermos ou não preto ou branco, de diferentes

²⁹CRUZ, Paulo Márcio; SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno. In: CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí, 2011.

³⁰FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho**. Artigo ofertado pelo autor no Seminário de Engenharia Transnacional e Sustentabilidade, no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Área de concentração: Fundamentos do Direito Positivo. Linha de pesquisa: Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade da Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI, em 24 e 25 de setembro de 2012.

³¹MARÇAL, Julia Dambrós; FREITAS, Riva Sobrado de. **O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos**. Unoesc Internacional Legal, Chapecó, vol. 2, nº 1, p. 215-230, 2013.

³²MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio. **Possibilidades para a transnacionalidade democrática**. Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul, nº 44, p. 3-26, jul/dez., 2010.

línguas e diferentes costumes culturais. Nós todos temos necessidades básicas e limitações que nos fazem depender de condições mínimas para manter a vida, independentemente da “nação / território” em que vivemos.³³

Tendo em vista essa realidade e assim como o fato de que os fenômenos da globalização e a transnacionalização tem provocado mudanças em vários aspectos da vida humana, gerada principalmente pela intensificação das relações humanas que surgiram em seu seio, resultando em um sério golpe para organizações políticas e jurídicas focadas na regulação e governança interna das relações sociais, ou, quando percebidas por uma perspectiva externa (além das fronteiras).

O surgimento de novos atores e poderes transnacionais per se, de acordo com a lição de Stelzer³⁴, torna oportuno e necessário discutir o estabelecimento de um sistema de direito Transnacional, que vai além da representação de classes, mas que possibilita a democratização das relações entre os Estados, com base na cooperação e solidariedade, a fim de assegurar a construção de bases e estratégias de governança, regulação e intervenção transnacionais, afirmando que:

A linguagem normativa transnacional se declara mais como um motor de “convergências” e “diálogos” do que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa da lei global, aproveitando a ausência de um aparato de poder público ao qual atribuir a função Coercitiva e presumida posição igualitária de sujeitos se pararmos de pensar em lei de acordo ao esquema formal em que foi representado a partir da era moderna e, em vez disso, examinar o seu conteúdo com uma abordagem pragmática, será evidente que é em o nível global que “partida constituinte” é movimento.³⁵

Em vista dessa realidade, mas com uma posição ativa sobre as oportunidades que ela também implica, Cruz e Bodnar³⁶ ensinam sobre a urgência de criar novas estratégias globais de governação, regulação e intervenção, baseada num paradigma de aproximação entre os povos e culturas, e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social, que irá configurar um novo projeto de civilização, revolucionário e estratégico para o futuro, baseado em a consciência crítica sobre a finitude dos bens ambientais e sobre a responsabilidade conjunta da proteção global e na defesa e melhoria contínua de toda a comunidade da vida e dos elementos que lhe dão sustento e viabilidade.

Esta realidade aponta para a necessidade urgente de empreender e executar a politização e jurisdicionalização do fenômeno da globalização e da transnacionalidade, a fim de formar uma nova dimensão política, legítima e democrática, a partir da qual uma nova dimensão jurídica também se

³³NEVES, Marcelo. (Não) **solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. Lua Nova, São Paulo, vol. 93, p. 201-233, 2014.

³⁴STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

³⁵FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**. 2012, p. 20-21.

³⁶CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

origina para proteger a multiplicidade de interesses e relações que constituem a sociedade mundial contemporânea que estabelece uma efetiva Justiça Transnacional.³⁷

Os direitos fundamentais constituem um conjunto de valores objetivos, com fins diretivos da ação positiva e, não, apenas como garantias de interesses individuais. Compõem a função axiologicamente vinculada, evidenciando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, ao seu reconhecimento, seja pela comunidade nacional, seja internacional, para a qual eles se projetem e da qual não possam ser dissociados, de uma responsabilidade coletiva (transnacional) pela constituição e concretização dos direitos fundamentais.³⁸

Nesse contexto, Stelzer,³⁹ explica que para o maior e um ganho universal para toda a humanidade, é o estabelecimento de uma justiça transnacional, cuja consciência comunitária e solidaria da sua missão possam ser concretizadores dos direitos fundamentais, não exclui os efeitos jurídicos nacionais, adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, incluída à clássica função de direitos de um Estado. Desta forma, não podem absorver e responder às atuais demandas transnacionais decorrentes das relações globalizadas da sociedade mundial.

Por conseguinte, os direitos fundamentais constituem como observa Bachelet,⁴⁰ a parte dogmática das constituições contemporâneas e que, por isso, em um modelo de Estado clássico, sustenta que os direitos fundamentais assumem posição preeminente.

Enquanto os direitos fundamentais clássicos estavam limitados a uma parte do sistema jurídico – a relação entre Estado e cidadão –, os direitos fundamentais enquanto princípios produziram seus efeitos por todo o sistema jurídico. Haveria um efeito irradiador em todos os ramos do direito, o que necessariamente conduziria a uma produção de efeitos dos direitos fundamentais em face de terceiros (ou efeitos horizontais), bem como a conteúdos de direitos fundamentais como proteção, segurança social e organização e procedimento, os quais demandariam uma ação positiva do Estado e não se limitariam – como os direitos clássicos de liberdade – a uma exigência de abstenção estatal.⁴¹

Assim, sobre direitos fundamentais, propõe-se que o processo político democrático, ao modelo do transnacionalismo, pois muito embora seja pioneiro, não rompe com a lógica do princípio da legalidade, a legitimidade e a democracia pluralista, a qual trabalha com ações compartilhadas entre os diversos atores sociais, estatais- nacionais quanto internacionais.⁴²

Nesse modelo, Faria,⁴³ enfatiza que os direitos fundamentais assumem a condição de normas que incorporam e reconhecemos direitos fundamentais como um reforço da eficácia do direito a participação política, a igualdade social e a coesão cultural, autonomia e dignidade humana. Este

³⁷NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. 2014.

³⁸SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodríguez (eds). *El derecho y la globalización desde abajo- Hacia una legalidad cosmopolita*. Rubi (Barcelona): Anthropos, 2007.

³⁹STELZER, Joana. *O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica*. 2011.

⁴⁰BACHELET, Michel. *Ingerência ecológica: direito ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

⁴¹BACHELET, Michel. *Ingerência ecológica: direito ambiental em questão*. 1995, p. 577.

⁴²MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio. *Possibilidades para a transnacionalidade democrática*. 2010.

⁴³FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 2010.

argumento é fundamentado em uma lógica transnacional, em que o direito à livre é valioso em si e por si só, constituindo uma pré-condição necessária para o cumprimento de outros direitos do homem.

1.3 - Direitos humanos e atransnacionalidade dos direitos fundamentais

A Transnacionalidade, não se restringe à utilização exclusiva de fundamentos legais e jurisprudenciais dos países, mas igualmente de doutrina internacional e, em alguns casos, até de textos outros de cunho não-jurídico (filosófico, histórico, literário) originários de culturas e tidas como referências.⁴⁴

Dessa forma, é relevante vincular as premissas teóricas às lições de Vaz e Reis (2018), acerca da concepção de Constituição como cultura, ampliada concepção de uma sociedade aberta e pluralista. No contexto desta a hermenêutica dos direitos fundamentais passa a ser partilhada entre atores da sociedade em geral no processo constitucional.

Trata-se, portanto, a Transnacionalidade de modelo no qual recomenda a constituição como um processo público e consecutivo de interpretação de todos. Sobre os direitos fundamentais implica o elemento comparativo como basilar dentre os elementos clássicos de interpretação jurídica proposta, desde o século XIX, ao lado de um discurso que se propõe em termos de legitimidade democrática, racional. Também é necessário notar sua conformação para o modelo atual (globalizado) de sociedade e Estado.⁴⁵

As características das discussões transnacionais sobre os direitos fundamentais podem ser reconhecidos pelo fato de que o mundo contemporâneo é um mundo onde as sociedades e identidades não podem se fechar em si mesmos, nem desobrigar-se de responsabilidades, e nem, muito menos, fugir ou negligenciar o conhecimento do outro e pelo outro. A implicação mais evidente é a de que conhecer algo passa a ser a superação e mistura de práticas de sistemas tradicionais.⁴⁶

Essa realidade pode ser confirmada a partir de uma prática compartilhada, pluralista, evolutiva, em que o Direito não mais se proporciona como o suplente das ideologias, nem como a panaceia para os descasos humanos, mas, sim, como um componente de diálogo para os múltiplos sistemas. Isso, por sua vez estabelece a lógica de pensar o múltiplo, admitindo alternativas para além do “excluir ou impor identidades”.⁴⁷

Para essas situações, de maneira especial aquelas que submergem conflitos de direitos fundamentais, revela-se o constante confrontar-se com fatos subjacentes, pois as condições humanas

⁴⁴GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos humanos**. 2005.

⁴⁵SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodríguez (eds). **El derecho y la globalización desde abajo-Hacia una legalidad cosmopolita**. 2007.

⁴⁶MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio. **Possibilidades para a transnacionalidade democrática**. 2010.

⁴⁷GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade**. 2012.

cada vez mais se interpenetram e se reportam em contextos culturais geograficamente mais conexos em virtude da globalização.⁴⁸

As experiências dos Estados Constitucionais contemporâneos devem transportar o diálogo entre os países para a constituição de sociedades interdependentes, ou seja, no contexto do modelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional cooperativo.⁴⁹

Não há dúvida de que os direitos fundamentais dos estados-nação fornecem o modelo para o conteúdo de seus equivalentes transnacionais; nem de que o conteúdo dos padrões, princípios e doutrinas dos direitos básicos é transferido em um ciclo de discussão transnacional.⁵⁰

No entanto, não representa se e, se assim for, como os direitos fundamentais realmente alcançam validade normativa nos regimes transnacionais. Requer uma decisão, um ato de validação como parte de um processo legislativo legalmente institucionalizado, cuja necessidade não pode ser ocultada pela transferência do conteúdo dos padrões dos direitos fundamentais.⁵¹

Mesmo que os regimes transnacionais, públicos e privados, positivem seus respectivos padrões de direitos fundamentais, permanece a questão se esses direitos fundamentais vinculam apenas atores estatais ou se aplicam a atores privados, a esfera transnacional, no entanto, não há nada da onipresença geral da ação estatal que pode ser encontrada na nação.⁵²

Hoje, é evidente que para a efetiva constituição de uma ordem internacional, juridicamente sustentável, é necessário que se desprenda da original compreensão de soberania absoluta, uma vez que esta não se adapta à realidade atual.^{53 54}

Resta claro que, nem os direitos fundamentais nacionais, nem as regras do direito privado internacional, nem as simples normas sociais formam base adequada para a validade dos direitos fundamentais nesses regimes. Tampouco é a crescente rede de comunicação dos tribunais nacionais, capaz de assegurar que os direitos fundamentais tenham validade em regimes transnacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvida de que os direitos fundamentais dos estados-nação fornecem o modelo para o conteúdo de seus equivalentes transnacionais; nem há dúvida de que o conteúdo dos padrões,

⁴⁸STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica. 2011.

⁴⁹COLOMBO, Silvana Raquel Brendler; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **A relativização do conceito de soberania como condição para proteção do direito fundamental ao meio ambiente.** Direito, Estado e Sociedade, n. 49, p. 208 -233, jul/dez., 2016.

⁵⁰OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias Globais: fragmentações do mundo.** Ijuí: Unijuí, 2005.

⁵¹GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade.** 2012.

⁵²MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio. **Possibilidades para a transnacionalidade democrática.** 2010.

⁵³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁴COLOMBO, Silvana Raquel Brendler; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **A relativização do conceito de soberania como condição para proteção do direito fundamental ao meio ambiente.** Direito, Estado e Sociedade, n. 49, p. 208 -233, jul/dez., 2016.

princípios e doutrinas dos direitos básicos é transferido em um ciclo de discussão transnacional. No entanto, isso não nos diz nada sobre se - e, se assim for, como - os direitos fundamentais realmente alcançam validade normativa nos regimes transnacionais. Isso requer uma decisão, um ato de validação como parte de um processo legislativo legalmente institucionalizado, cuja necessidade não pode ser ocultada pela transferência do conteúdo dos padrões dos direitos fundamentais.

Nem, em vista das formas fundamentalmente diferentes dos padrões dos Estados nacionais e a transnacionalização de direitos fundamentais, é possível falar de uma "expansão" desses padrões: na melhor das hipóteses, pode-se falar de uma escolha entre eles.

Em suma, os Direitos humanos e a necessidade da transnacionalização dos direitos fundamentais pode ser uma forma de semântica que realmente realiza o efeito horizontal dos direitos fundamentais nos regimes transnacionais, mas ainda não pode admitir a própria contribuição constitucional do regime ora decorrente dos estados-nação.

Tal evidência, permite elaborar que a transnacionalização dos direitos fundamentais, tem como ideia central de que a consolidação dos direitos humanos revelando-se como a mais acentuada condição da força normativa para a possibilidade de transnacionalização dos direitos humanos e fundamentais, pois se já não mais se duvida da interdependência destes.

REFERÊNCIAS DAS FONTS CITADAS

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. **Human rights declaration the ASEAN**. Phnom Penh, Cambodia: ASEAN Statement&Communiques, 19 November 2012. Disponível em: <<https://asean.org/asean-human-rights-declaration/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: direito ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

COLOMBO, Silvana Raquel Brendler; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **A relativização do conceito de soberania como condição para proteção do direito fundamental ao meio ambiente**. Direito, Estado e Sociedade, n. 49, p. 208 -233, jul/dez., 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno. In: CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

ESPIELL, Hector Gros. **Estúdios sobre derechos humanos**. Madri: Civitas, 1988.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 2010

- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**. Madrid : Editorial Trotta, 2012.
- FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho**. Artigo ofertado pelo autor no Seminário de Engenharia Transnacional e Sustentabilidade, no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Área de concentração: Fundamentos do Direito Positivo. Linha de pesquisa: Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade da Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI, em 24 e 25 de setembro de 2012.
- GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Brasília, vol. 10, nº 2, p. 417-450, 2005.
- GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, vol. 2, nº 1, p. 209=232, jan/jun., 2016.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Globalização, transnacional idade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, vol. 28, p. 129-151, 2012.
- HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, trad. Hector Fix-Fierro. México :Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- KOTZUR, Markus. **De lasoberanía al derecho constitucional común: palabras clave para um diálogo europeo-latinoamericano**. Trad. de Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2011.
- MARÇAL, Julia Dambrós; FREITAS, Riva Sobrado de. **O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos**. Unoesc Internacional Legal, Chapecó, vol. 2, nº 1, p. 215-230, 2013.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales, teoría general**. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.
- MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio. **Possibilidades para a transnacionalidade democrática**. Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul, nº 44, p. 3-26, jul/dez., 2010.
- MORAIS, Frank da Silva de. **A aplicação da teoria dos princípios pela corte constitucional brasileira**. 2011. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade e do Vale do Itajaí, Itajaí, 2011.
- NEVES, Marcelo. **(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. Lua Nova, São Paulo, vol. 93, p. 201-233, 2014.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias Globais: fragmentações do mundo**. Ijuí: Unijuí, 2005.
- ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. Importância do Planejamento e da Execução de Políticas Públicas pelo Estado Brasileiro, voltadas ao alcance do Bem Comum, no cenário da globalização econômica. In: PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros ensaios de teoria do estado e da constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodríguez (eds). **El derecho y la globalización desde abajo- Hacia una legalidad cosmopolita**. Rubi (Barcelona): Anthropos, 2007.

STEINER, Henry J; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryab. **International human rights in context: law, politics, morals**. Text and materials. 3. ed. Oxford , 2007.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

TOMAZ, Roberto Epífanio. Governança transnacional: um ensaio conceitual. *Revista do Direito UNISC*, santa Cruz do Sul, nº 40, p. 142-163, ago./out., 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. VII. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

VAZ, Domingos Martins; REIS, Liliana. **Das cidades-estado às cidades-globais: o papel das cidades na governança global**. *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Lisboa /Portugal, v. 8,n. 2, Nov.2017-Abr. 2018.

RESPONSABILIZAÇÕES INTERNACIONAIS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: DISCREPÂNCIAS SOBRE A VINCULATIVIDADE

INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: DISCREPANCIES ON BINDING

João Luís Severo da Cunha Lopes¹

Micheli Piucco²

RESUMO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão regional que busca garantir a eficácia dos direitos humanos. Esta Corte possui competência contenciosa e consultiva. Quanto à primeira, o Tribunal pode condenar Estados que a ele se submetem pelo desrespeito a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos demais Tratados Internacionais de Direitos Humanos em âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A principal questão a ser abordada é: qual vinculatividade dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos? O próprio Tribunal não possui um entendimento consolidado entre seus juízes. Como decorrência das ratificações realizadas em âmbito internacional e do exercício do controle de convencionalidade das leis, os Estados possuem obrigações em prol dos direitos humanos. O presente trabalho utiliza o método indutivo para realizar a pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Convencionalidade. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vinculatividade.

ABSTRACT

The Inter-American Court of Human Rights is a regional body that seeks to ensure the effectiveness of human rights. This Court has contentious and advisory jurisdiction. With respect to the first, the Court may convict States that submit to it for non-compliance with the American Convention on Human Rights and other International Human Rights Treaties within the framework of the inter-American human rights system. The main issue to be addressed is: what is the binding nature of the judgments of the Inter-American Court of Human Rights? The Court itself does not have a consolidated understanding among its judges. As a result of the ratifications carried out at the international level and the exercise of control of the convention of laws, States have obligations for human rights. The present work uses the inductive method to carry out the research.

KEYWORDS: Conventional Control. Inter-American Court of Human Rights. Linkability.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1998). E-mail: jlscl@hotmail.com.

² Visitante Profissional na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Set./Dez. 2018). Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista Capes Modalidade I. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Ao ratificarem à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e se submeterem à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os Estados reconheceram e se obrigaram a seguir as normas da Convenção Americana e a interpretação que dela realiza o Tribunal Interamericano. Diante disso, desde que a Corte Interamericana se pronuncia sobre a obrigação de realização interna do chamado “controle de convencionalidade das leis” em decorrência das normas dispostas na Convenção Americana, que vinculam todos os poderes internos Estatais, a Corte Interamericana solicita que todos os Estados sigam sua interpretação realizada nas responsabilizações internacionais que profere.

Assim, ao condenar um Estado em determinado caso concreto, todos os demais Estados que se submetem a Corte Interamericana devem, segundo o Tribunal, realizar um controle de convencionalidade das leis adequando seu ordenamento interno e seu entendimento interno aos ditames da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção Americana. Esse modelo de controle é chamado de controle de convencionalidade preventivo, ou seja, o Estado faz as adequações necessárias internamente para não ser sujeito de responsabilização futura.

Este posicionamento do Tribunal é um tanto controverso. Há posicionamentos que referem que seria um excesso de competência por parte da Corte Interamericana, pois os Estados somente poderiam ser vinculados a julgamentos em que são sujeitos, ou seja, uma das partes da lide. Além disso, o principal posicionamento contrário a esta vinculatividade é do Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Eduardo Vio Grossi, o que demonstra que nem mesmo no Tribunal Interamericano os Juízes possuem unanimidade sobre a vinculatividade de suas decisões.

A principal questão que envolve tal estudo se refere a: qual é a vinculatividade dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos? Uma corrente do Tribunal, composta pela maioria, refere que se a vinculatividade é *erga omnes* e a corrente minoritária, comporta por Vio Grossi, de que somente possui vinculatividade a um Estado as responsabilizações em que figurou como parte. Diante disso, será analisado o posicionamento da Corte Interamericana sobre o controle de convencionalidade e o voto dissidente do juiz Eduardo Vio Grossi no Caso *Lagos Del Campos Vs. Peru*, em que tal discrepância chega a seu ápice.

A eficácia dos direitos humanos no plano interno é de grande relevância, mas o grande problema que nos cerca é a hierarquia que estes Tratados de Direitos Humanos possuem internamente. Os Estados devem seguir as responsabilizações da Corte Interamericana quando figuraram como partes no litígio, pois foram condenados, quanto aos demais casos entende-se que podem e possuem o meio de realizar um controle de forma preventiva para não serem condenados. Caso não realizem o controle preventivo possivelmente no futuro serão condenados internacionalmente por não

observarem a Convenção Americana e a interpretação que dela realizou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O presente trabalho utiliza o método indutivo para realizar a pesquisa.

1 - A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um dos órgãos que compõe o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Este Sistema Regional busca através de instituições como o Tribunal Interamericano dar eficácia aos direitos humanos, no plano interno e internacional dos Estados que são signatários de seus instrumentos normativos. O Sistema Interamericano, em forma global, é composto pela Organização dos Estados Americanos - OEA, pela a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

Como órgão regional do Sistema Universal de Direitos Humanos, este composto pela Organização das Nações Unidas - ONU, a Organização dos Estados Americanos dá início as suas atividades no em 1948, possuindo 23 Estados signatários. Alguns desses Estados, também ratificaram a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem, refletindo internamente em obrigações contraídas em âmbito internacional e a necessidade de ajuste dos ordenamentos jurídicos domésticos, as novas obrigações contraídas em prol dos direitos humanos, advindas com a ratificação da Declaração.³⁴

A OEA foi criada através da realização de diversas Conferências Internacionais, sendo que no ano de 1948, em Bogotá – Colômbia, os Estados foram convocados a adotarem uma Carta: a Carta da Organização dos Estados Americanos. A Declaração foi adotada sem obrigatoriedade pelos Estados. Como consequência, foi recomendado ao Comitê Jurídico Interamericano a elaboração de um projeto para a criação de uma Corte, para que os direitos consagrados fossem garantidos e, com a possibilidade de que este Tribunal pudesse responsabilizar os Estados pela violação dos direitos contraídos em âmbito interamericano.⁵⁶

Ocorre que, antes de ser criada uma Corte, no ano de 1959, em Santiago-Chile, foi criada uma Comissão: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo seu Estatuto criado em 1960, mesmo ano em que pela primeira vez seus integrantes são eleitos. O principal objetivo da Comissão

³ CANTOR, Ernesto Rey; ANAYA, Ángela Margarita Rey. **Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. 07-08.

⁴ OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch10>. Acesso em: 03 dez. 2018.

⁵ CANTOR, Ernesto Rey; ANAYA, Ángela Margarita Rey. **Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. 2008, p. 11-16.

⁶ ROBLES, Manuel E. Ventura. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Biblioteca Online Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34041.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2018, p. 258.

Interamericana é a promoção e o respeito aos direitos humanos consagrados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pelos Estados Partes.⁷

A Corte Interamericana de Direitos Humanos nasce apenas no ano de 1969, durante a Conferência Interamericana Especializada sobre Direitos Humanos, realizada em San José - Costa Rica. Neste momento foi adotada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, identificação da cidade em que foi realizada a Conferência. Com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão Interamericana é remodelada e a Corte Interamericana de Direitos Humanos é instituída.⁸⁹

Ademais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e da Carta da Organização dos Estados Americanos, este Sistema possui diversos instrumentos normativos sobre temáticas que envolvem a proteção e a eficácia dos direitos humanos em âmbito interamericano. Importante mencionar, que posteriormente ao surgimento da Convenção Americana, a Declaração Americana e a Carta da OEA, apenas são aplicadas aos Estados que não tenham ratificado a Convenção ou como forma interpretativa para a Corte Interamericana.¹⁰¹¹

A Corte Interamericana é uma instituição judicial, autônoma e independente que zela pela interpretação da Convenção Americana e dos demais instrumentos que fazem parte do Sistema Interamericano, buscando a resolução dos conflitos dos Estados Partes da Convenção Americana e que a ela se submetem. Para que isso ocorra, o Tribunal Interamericano dispõe de jurisdição contenciosa e consultiva. Apenas podem recorrer à jurisdição da Corte Interamericana, os Estados Partes e a Comissão Interamericana, possuindo o Tribunal jurisdição taxativa aos Estados que reconheceram de forma expressa sua jurisdição. Indivíduos não podem apresentar demandas de violação a direitos humanos diretamente à Corte Interamericana, mas podem realizar petições diretamente à Comissão Interamericana.¹²¹³

A Corte Interamericana também poderá se manifestar através de Pareceres Consultivos, conforme dispõe o artigo 54 da Convenção Americana. Esta jurisdição é aberta a possibilidade de os

⁷ ROBLES, Manuel E. Ventura. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Acesso em 03 dez. 2018, p. 258.

⁸ **CORTE IDH. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em 03 dez. 2018.**

⁹ ROBLES, Manuel E. Ventura. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Acesso em 03 dez. 2018, p. 278,

¹⁰ **CORTE IDH. Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf>. Acesso em 03dez. 2018.

¹¹ GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27.

¹² GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. 2013, p. 72-75.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 239-244.

Estados Membros realizarem uma consulta prévia ao Tribunal sobre a interpretação que a Corte Interamericana possui sobre determinadas normas da Convenção Americana ou dos demais instrumentos componentes do Sistema Interamericano. Com esta manifestação, os Estados podem realizar a compatibilização com as normas e com a interpretação da Corte Interamericana, como se realizassem um controle de convencionalidade preventivo. O principal objetivo deste controle é a compatibilização entre as normas e, como consequência, a adequação interna as obrigações internacionais para prevenir futura responsabilização internacional.¹⁴¹⁵

A criação de um Sistema Regional, composto com uma Organização central e por uma Comissão e uma Corte, demonstra a preocupação dos Estados em criar uma base jurídica internacional em prol dos direitos humanos. Após o cometimento de graves atrocidades contra a humanidade, que ainda hoje são visualizadas, órgãos de proteção aos direitos humanos se tornam essenciais. Com estes órgãos, mesmo os Estados sendo omissos ou na tentativa de burlar as normas que protegem os direitos humanos, poderão ser responsabilizados em âmbito internacional. Com isso, o ser humano, além do ordenamento interno que deve ser compatível com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados, conta com possibilidades internacionais para ter seus direitos protegidos e garantidos.

2 - A VINCULATIVIDADE DOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL INTERAMERICANO

Questão de grande relevância sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos é sobre a vinculatividade dos julgamentos e pareceres que profere. Esta vinculatividade aos Estados não é unânime no Tribunal, que possui duas correntes. A primeira corrente dispõe que os julgamentos e pareceres são vinculativos a todos os Estados, é a que prevalece atualmente na Corte Interamericana, seguida de uma corrente minoritária que dispõe que a vinculatividade não é estendida aos Estados que não sejam sujeitos da lide e, que tal vinculatividade, não observa a real competência que dispõe a Corte Interamericana.

A primeira corrente ganhou grande repercussão quando da primeira vez em que foi utilizada. Esta corrente foi consagrada a partir da utilização no ano de 2006, pelo pleno do Tribunal, do chamado controle de convencionalidade das leis. Tal controle estabelece que as normas internas devem ser compatíveis com as normas internacionais, como se os ordenamentos internos e o internacional formassem uma ordem coerente de normas. Tal compatibilização deve, segundo a Corte

¹⁴ OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Acesso em 03 dez. 2018.

¹⁵ OEA. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>. Acesso em 03 dez. 2018.

Interamericana, ser realizada em decorrência da ratificação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos e, das obrigações que surgem como decorrência destas ratificações.¹⁶

Ocorre que, além da compatibilização entre as normas ser vinculante, o Tribunal Interamericano solicita aos Estados que também é obrigatório o controle de convencionalidade de sua jurisprudência. Assim, além da Convenção Americana, os Estados devem observar os julgamentos proferidos pela Corte Interamericana, mesmo nos casos em que não tenham figurado como um dos sujeitos envolvidos. A isto chama-se de controle de convencionalidade preventivo, ou seja, os Estados devem realizar um controle de convencionalidade antes de serem responsabilizados pela Corte Interamericana.¹⁷

Esta é a primeira corrente. A corrente que determina que os Estados devem seguir os ditames da Corte Interamericana, não quanto a parte da sentença sobre reparações, mas da interpretação realizada, mesmo em casos em que não tenha participado como sujeito, adequando seu ordenamento e o entendimento interno, conforme o emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, em observância a Convenção Americana e as normas ratificadas internacionalmente.

A segunda corrente, que figura como minoritária na Corte Interamericana, é a defendida pelo Juiz Eduardo Vio Grossi em seus votos dissidentes, que surgem especialmente em casos polêmicos e, que internamente as decisões do Tribunal, podem causar grande impacto. O caso proposto para analisar a teoria do Juiz Vio Grossi foi o de *Lagos Del Campo Vs. Peru*, em que pela primeira vez na história da Corte Interamericana de Direitos Humanos é aplicado o artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, declarando a responsabilidade do Estado do Peru por violação ao direito a estabilidade laboral e ao direito a liberdade de associação. O caso em si, em seu mérito não será analisado, apenas o voto do juiz em comento.

Segundo o juiz, à Corte Interamericana compete aplicar e interpretação a Convenção Americana e não modificá-la, para isso, deve realizar uma interpretação em conformidade com a vontade dos Estados que ratificaram o texto convencional no momento em que a Convenção foi editada. Assim, a interpretação deve ocorrer em observância ao disposto no artigo 31, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que dispõe sobre a Regra Geral de Interpretação dos Tratados.¹⁸

Refere o honorável juiz, que a função da Corte Interamericana não é de promoção dos direitos humanos, competência esta conferida a Comissão Interamericana, a missão da Corte é à concessão de justiça através do direito, da aplicação do direito. Quanto à jurisprudência da Corte, o juiz

¹⁶ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 09 dez. 2018, p. 53.

¹⁷ GROSSI, Eduardo Vio. Voto Individual del Juez Eduardo Vio Grossi. Opinião Consultiva OC-24/17. In: **CORTE IDH.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 13 out. 2018, p. 31-42.

¹⁸ CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.** Acesso em 03 dez. 2018, p. 99.

compreende que ela é obrigatória somente ao Estado Parte do caso em que o Tribunal está se pronunciando. Caso se queira fazer uma modificação para ser entendida a como uma nova norma de direito internacional, a competência normativa é dos Estados Partes da Convenção Americana através de emendas ao texto convencional. E, continua em seu voto:¹⁹

*Procede, asimismo, dejar constancia de que, con lo que se sustenta en la presente opinión, no se persigue, bajo ninguna circunstancia, un debilitamiento o restricción de la vigencia de los derechos humanos, sino, precisamente, todo lo contrario. Efectivamente, lo que aquí se señala responde a la íntima certeza de que se logra el efectivo respeto de los derechos humanos si lo que se les exige a los Estados Partes de la Convención es lo que realmente ellos libre y soberanamente se comprometieron a cumplir.*²⁰

Assim, seguindo sua interpretação, o juiz compreende que a interpretação e aplicação de uma norma internacional deve ocorrer em acordo ao estabelecido no texto internacional ratificado pelos Estados. Ademais, é importante observar que as sentenças emitidas pela Corte Interamericana são inapeláveis, não existindo uma instância superior que controle seus julgamentos, motivo pelo qual deve seguir pelo perfeccionismo e consolidação em suas decisões, e não submetê-las a nenhum risco.²¹

Quanto à decisão proferida no caso, o juiz expressa preocupação com as inovações proferidas em tal sentença. Segundo ressalta, os Estados possuem jurisdições internas e, margens de apreciação, evidenciando que o Direito Internacional não regula todas as situações e, considerando a Convenção, as decisões devem ser cumpridas pelos Estados Partes do julgamento. Segundo o artigo 68,1 “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”.²²

Diante do exposto, pode-se observar que o tema quanto à vinculatividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos não é unânime no próprio Tribunal. A própria Convenção Americana deixa margem para apreciação de ambas as correntes atuais sobre este tema, mas o diálogo está prevalecendo na Corte e, seus julgamentos, estão delineando novas formas ao Sistema Interamericana de Direitos Humanos, a partir de casos recentes e que necessitam que a Corte realize uma interpretação coerente com a Convenção Americana e com as necessidades atuais.

¹⁹ CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.** Acesso em 03 dez. 2018, p. 99-100.

²⁰ CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.** Acesso em 03 dez. 2018, p. 101.

²¹ CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.** Acesso em 03 dez. 2018, p. 101.

²² CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.** Acesso em 03 dez. 2018, p. 116.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, como órgão regional busca estabelecer os direitos humanos em âmbito interamericano, ademais de buscar a garantia e eficácia nos planos internos dos Estados Partes, que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e que se submetem a jurisdição do Tribunal Interamericana. Para isso, tem como instrumento, além da possibilidade de responsabilização internacional, a possibilidade de exercício do controle de convencionalidade pelos Estados.

Diante das decisões que profere, de grande relevância nacional e internacional, sobre as matérias constantes na Convenção Americana e da interpretação que dela realiza, um questionamento relevante é sobre qual a vinculatividade das decisões proferidas em âmbito da Corte Interamericana. Esta questão fica mais evidente a partir do ano de 2006, quando a Corte Interamericana solicita que os Estados exerçam o controle de convencionalidade, compatibilizando as normas internas com as internacionais e, com a jurisprudência que detém a Corte Interamericana das normas que pertencem ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Dentre as correntes sobre o tema, no próprio Tribunal, a que está prevalecendo é de que os Estados devem exercer tais compatibilizações, como decorrência das ratificações realizadas em âmbito internacional. De forma diversa pensa a corrente minoritária do então juiz Eduardo Vio Grossi, para quem a Corte Interamericana não deve realizar interpretações ampliativas, devendo observar os ditames estritos da Convenção Americana no momento em que esta foi editada.

Diante de ambos os entendimentos, conclui-se que os Estados a partir do momento em que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e se submeteram a jurisdição consultiva e contenciosa da Corte Interamericana contraíram obrigações internacionais de garantir e dar eficácia aos direitos humanos em plano interno, além de adequar seus ordenamentos em conformidade com tal instrumento internacional. Assim, as decisões da Corte Interamericana possuem certa vinculatividade, mas não de forma absoluta, pois corresponde aos Estados internamente realizar as compatibilizações.

Desta forma, os Estados podem exercer um controle de convencionalidade preventivo através dos casos já sentenciados pela Corte Interamericana. Neste caso, se o Estado seguir tal ditame poderá não ser responsabilizado futuramente, mas, caso resolva não exercer tal controle sobre seu entendimento e suas normas ficará sujeito a uma responsabilização internacional por não observância dos ditames internacionais e, por não realizar o controle de convencionalidade das leis. Quanto a este

último, o caso deverá chegar a Corte Interamericana para que seja declarada a responsabilização do Estado por violação dos direitos humanos consagrados no Sistema Interamericano.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CANTOR, Ernesto Rey; ANAYA, Ángela Margarita Rey. **Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 09 dez. 2018.

CORTE IDH. **Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf>. Acesso em 03 dez. 2018.

CORTE IDH. **Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em 03 dez. 2018.**

GROSSI, Eduardo Vio. Voto Individual del Juez Eduardo Vio Grossi. Opinião Consultiva OC-24/17. *In*: **CORTE IDH**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 13 out. 2018.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch10>. Acesso em: 03 dez. 2018.

OEA. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>. Acesso em 03 dez. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROBLES, Manuel E. Ventura. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Biblioteca On-line Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34041.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2018.

A REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO MUNDIAL

THE REAFFIRMATION OF HUMAN RIGHTS IN THE GLOBAL CONTEXT

Carime Tagliari Estacia¹

Lucas Hann Spalding²

RESUMO

A evolução dos direitos do homem decorre de um processo progressivo de conquistas que hoje garantem a possibilidade de uma vida digna. Direitos individuais, sociais e coletivos foram introduzidos nas legislações internas dos países e em âmbito internacional. Todavia, estamos habituados a enxergar violações de direitos humanos as quais não nos tocam mais. Nessa perspectiva, a indagação que escora esse artigo é compreender por qual razão vivemos em um mundo globalizado e tecnicamente evoluído, mas tornamo-nos indiferentes e insensíveis com o próximo. Em consequência de a evolução humana ter se sustentado puramente na razão e estar condicionada a economia, valores ligados à solidariedade e a humanização foram desaprendidos. Ao reafirmar os direitos humanos busca-se reacender o olhar humano para que a sociedade deixe de ser míope frente aqueles que necessitam. A metodologia utilizada é a hipotética dedutiva, utilizando uma abordagem de eliminação de hipóteses identificada a partir de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Contexto mundial. Direitos humanos. Reafirmação.

ABSTRACT

The evolution of human rights follows from a process of achievements which today guarantee the possibility of a dignified life. Individual, social and collective rights were introduced into national legislation and internationally. However, we are accustomed to see violations of human rights which don't touch us any more. In this perspective the inquiry that ranks this article is to understand what reason we live in a globalized world and technically evolved, but we become indifferent and insensitive to the next. In consequence of human evolution to have sustained itself purely in reason and be conditioned to the economy, values linked to solidarity and humanization were unlearned. In reaffirming human rights humans seek to rekindle the human look so that society ceases to be myopic in front of who need it. The methodology used is the hypothetical deductive using a hypothesis elimination approach identified from bibliographic research

KEY-WORDS: World Context. Human rights. Reaffirmation.

INTRODUÇÃO

¹Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Complexo de Ensino Superior Meridional – IMED. Graduação pela Universidade de Passo Fundo/RS. Advogada. Endereço eletrônico: carimetestacia@gmail.com

²Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Integrante, no ano de 2018 do grupo de pesquisa A efetividade da proteção aos Direitos Humanos no plano internacional, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) na Universidade de Passo Fundo (UPF). Endereço eletrônico: lucas_hs1909@hotmail.com

Cotidianamente acompanhamos notícias relacionadas à violação de direitos humanos. Podemos citar, como exemplo, alguns casos que ganharam notoriedade nos últimos tempos, como a separação de pais e filhos nos Estados Unidos, o caso do jornalista Jamal Khashoggi assassinado dentro da embaixada saudita em Istanbul – Turquia e as recorrentes questões sobre a migração humana que incessantemente ocorrem na Europa e nos Estados Unidos. Em se tratando do estado brasileiro, podemos exemplificar essa demanda por meio da permanente violação de direitos humanos que ocorre nos presídios brasileiros, e mais recentemente quanto à imigração maciça de venezuelanos que tentam ingressar no país na perspectiva de construir uma vida digna.

Todavia, grande parte de indivíduos não compreende qual a importância e o propósito que os direitos fundamentais têm para assegurar a própria condição humana. Fortalecida ainda por uma mídia equivocada, a opinião pública passa a reproduzir uma ideia distorcida de um instituto que foi transparecendo, progressivamente, ao longo de diversos acontecimentos históricos e que atualmente possui grande importância para salvaguardar toda uma civilização.

Cabe-nos, primeiramente, entender o que são direitos humanos e o seu propósito, para depois adentrarmos na questão que embasa esse trabalho, qual seja: compreender porque, apesar de estarmos em um mundo globalizado, em que o acesso à informação é disponível a grande parte da população, continuamos presenciando graves violações de direitos humanos, as quais deixaram de nos sensibilizar.

O intuito é compreender porque esse comportamento indiferente e desumano tomou conta da sociedade, tendo em vista que parte dos cidadãos tem certo discernimento quanto à crise humanitária, ética, política, ambiental e estrutural que envolve a vida de todos na Terra.

Outrossim, busca-se integrar essa análise a necessidade de reafirmação dos direitos humanos, da retificação da sua concepção no senso comum e do princípio da solidariedade no intuito de reacender os vínculos pessoais e a emotividade que faz parte da verdadeira essência humana.

O desenvolvimento do trabalho será realizado a partir do método hipotético dedutivo mediante pesquisas bibliográficas em fontes doutrinárias, quando da apreciação de conceitos, fundamentos e perspectivas apresentadas em livros, artigos e pela prática vivenciada em palestras e em discussões acadêmicas. Pretende-se esclarecer esse dado de realidade na intenção de estimular a mudança de pensamento, bem como, do nosso próprio comportamento diante dessa realidade.

1 - EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

A expressão direitos humanos é de difícil conceituação, todavia, de forma simplificada pode ser explicada como aqueles direitos que pertencem ao sujeito pelo simples fato de ter a condição

humana, representando uma qualidade necessária para o aperfeiçoamento do ser.³ O sentido é de um direito intrínseco e indissociável, os quais deveriam ser uma finalidade invariável do Direito e do Estado, pois constituem os pilares de sustentação da dignidade da pessoa humana.⁴

Tais direitos têm como fundamento a proteção do homem e como característica marcante a universalidade, ou seja, os direitos fundamentais devem ser reconhecidos aonde quer que haja um ser humano porque todos são seus titulares, em todas as épocas e em todo planeta, independentemente do regime vigente.⁵

A concepção de direitos fundamentais nasceu do pensamento liberal da burguesia do século XVIII, com um escopo individualista e uma concepção negativa, no intento de limitar os poderes do Estado e da soberania. Buscava-se garantir ao cidadão o exercício das suas liberdades individuais, da sua autonomia e da igualdade perante a lei como forma de defesa contra a intervenção estatal na vida privada.⁶

Oriundos dos embates gerados pela industrialização surgem reivindicações de uma categoria de direitos voltadas aos problemas sociais decorrentes desse período. A demanda agora passa a ser a exigência de condutas positivas do Estado, o qual deve garantir aos seus cidadãos direitos sociais: saúde, educação, assistência social, legislação – uma concepção ligada à participação do cidadão nas políticas do Estado.⁷

Em razão da permanente evolução do homem, conforme seu desenvolvimento, novos ideais de direitos humanos passam a ser aspirados. Em decorrência de um momento proveniente de um pós-guerra, do processo tecnológico e da degradação ambiental surgiram direitos de titularidade coletiva/difusa, pautados na fraternidade, na solidariedade e na cooperação.⁸ Devido a constante evolução humana, hoje, aborda-se um contexto de direitos relacionados à democracia, a informação, ao direito ambiental e aos direitos das minorias.

Cabe destacar ainda que essa evolução histórica de direitos é denominada pela doutrina contemporânea de “dimensão”, ou seja, direitos de primeira (direitos individuais), segunda (direitos sociais) e de terceira dimensão (direitos coletivos/difusos), em razão de que essa nomenclatura enseja

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2004. pg. 17.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27 e 37.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 211.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 46/47.

⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996. p.58.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p.48/49.

a ideia de um processo de expansão de direitos e não de substituição – quando da utilização do termo “geração”.⁹

Por constituírem um dado moderno e estarem em constante transformação, essa evolução histórica de direitos se fortificou em escala mundial, tanto no âmbito interno dos países, quanto na órbita internacional. Essa expansão ocorreu de tal maneira que hoje os direitos do homem possuem grande importância na literatura, em discursos e debates globais, e na política de desenvolvimento.

No entanto, sua efetiva concretização depende de uma sociedade que esteja aberta para o futuro, dentro de uma percepção de máxima universalidade. Dessa forma, a constitucionalização dos direitos fundamentais é de grande relevância, uma vez que quando deixam de ser apenas uma reivindicação política e se transformam em normas jurídicas é que temos uma possibilidade de efetivação.¹⁰

Quanto a Constituição Brasileira de 1988, os direitos fundamentais estão elencados do art. 5º ao art. 17, dentre os quais também relacionam suas respectivas garantias. Importante trazer ainda, a edição da regra do art. 5º, §1º¹¹ do referido diploma legal, o qual determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Tal previsão evita que esses direitos se tornem normas mortas e inaplicáveis por falta de regulamentação.

Entretanto, afóra tais previsões e positivamente, grande parte dos homens não compreendem a importância e o propósito da efetivação desses direitos. Expandido pela mídia um conceito distorcido de uma categoria de direitos motivada a defender infratores da lei, os direitos do homem, passaram a ser alvo de uma retórica ceticista e até com certo grau de ingenuidade.¹² Dessa forma, passasse a indagar quais os principais motivos que promoveram essa descrença e essa distorção teórica dos direitos fundamentais do homem.

2 - PERDA DO OLHAR HUMANO

Quando se observa o senso comum em relação do que é e qual o objetivo dos direitos do homem, observa-se um desvirtuamento e um julgamento sob uma ótica de categoria de direitos limitada a certo grupo de pessoas. Passasse, dessa forma, a disseminar o ideal de um instituto de direito moral e segregador.¹³

⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 45.

¹⁰FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. p.58.

¹¹ Art. 5º, §1º, Constituição Federal: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹²SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.292.

¹³BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, pg.16/18.

Percebe-se ainda um grande equívoco propagado por meio das diferentes formas de veiculação de informações que difundem a ideia de que a efetivação dos direitos humanos acarretaria atrasos no desenvolvimento de mercado, gerando prejuízos à economia mundial.

Em razão da reprodução dessa imagem distorcida a opinião pública deixa de absorver o sentido humano e de entender que esses direitos garantem a democracia e o próprio direito de debate e questionar essas demandas. Corroborando com esse contexto, é notória a influência da globalização na vulgarização desse conceito distorcido de direitos humanos, que conseqüentemente, acarreta a insensibilidade e o desprestígio de valores como a solidariedade e a benevolência.

Causa perplexidade o fato de que diante da era da informação, do fim das fronteiras e de avanços científicos os direitos universais do homem ainda provoquem tantas controvérsias e interpretações diversas.¹⁴ O caminho da globalização é um destino irremediável e o progresso traz uma nova imagem de tempo e espaço, da qual já não fomos mais capazes de reduzir o ritmo da mudança e de prever ou controlar a sua direção.¹⁵

Vivemos um momento muito dinâmico em que a humanidade experimenta vultosas e constantes transformações. A era globalizada impulsionou um posicionamento na opinião mundial, no sentido de ser a favor ou contra os direitos humanos, uma vez que passou-se a questionar a garantia da sua universalidade.

Como referido inicialmente, testemunhamos inúmeros casos de violação de direitos humanos: países encontram-se em guerra civil aonde milhares de civis são assassinados anualmente, a pobreza persiste, há pessoas em situação de fome extrema, povos vivendo sobre a opressão de ditadores; quer dizer, evoluímos teoricamente e tecnicamente, mas “ainda não foi possível compreender e fazer valer, de forma plena, os direitos fundamentais do ser humano, na qualidade de pessoa única e singular” .¹⁶

Dentro dessas circunstâncias, nos incumbe compreender por quais razões o fenômeno da globalização tem influenciando negativamente no instituto dos direitos humanos, avolumando um caráter limitador e contrário a sua verdadeira essência.

Inicialmente, argumenta-se que uma das possíveis justificativas dessa mudança acontece em razão do próprio contexto que vivemos: somos fruto de um processo de dissipação e esquecimento das habilidades sociais.¹⁷ O que anteriormente era agregador e mantido por recursos das próprias pessoas, hoje tende a ser indiretamente substituído por ferramentas tecnológicas disponíveis no mercado e, por esse motivo, parcerias e grupos são desintegrados, pois a satisfação de tais

¹⁴BUSNELLO, Priscila de Castro. **Globalização e a reafirmação dos direitos fundamentais**. Revista Acadêmica Direitos Fundamentais, Osasco, São Paulo. Ano 4, 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-reafirma%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 25, out, 2018.

¹⁵BAUMAN, Zygmunt. **Tempo líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p.17.

¹⁶BUSNELLO, Priscila de Castro. **Globalização e a reafirmação dos direitos fundamentais**. Acesso em: 25, out, 2018.

¹⁷BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pg. 114

necessidades é suprida individualmente. O domínio da internet fez com que as pessoas se afastassem do convívio social, aniquilando com o sentimento de humanização e de empatia, alimentando a frieza e a insensibilidade para com aqueles que não tem as mesmas condições.¹⁸

Um dos aspectos mais significativos dessa mudança de comportamento humano decorre da transformação do modelo de Estado, houve o abandono de um modelo social e de uma comunidade inclusiva, para a adoção de um Estado “excludente”, aderindo e expandindo um paradigma punitivo e repressivo.¹⁹

Corroborando para esclarecer os motivos da perda da visão humanitária do ser humano, é copioso reconhecer que hoje o centro das atenções é a questão econômico-financeira. O Estado deixou de ter o poder ou mesmo o desejo de manter a união de uma nação, e essa perspectiva foi transmitida para os cidadãos que vivem naquele espaço. A perda de afinidade pela outropessoa desencadeia a recusa em confiar na constância das relações humanas, substituindo uma sociedade que antes era entrelaçada sobre o esforço mútuo e pelo companheirismo, em uma sociedade baseada na proteção do interesse individual.²⁰

Nesse sentido, o autor Leonardo Boff, em seu livro *Ethos Mundial*, traz justamente a reflexão quanto à necessidade de formar um consenso mínimo, uma ética mundial, a qual tenha como cerne a necessidade de tratar humanamente a todos. A criação desse consenso teria por objetivo solucionar problemas de ordem global, tais como crise social, a crise do sistema de trabalho e a ecológica.²¹

O referido autor propõe, justamente, que por meio da criação de um valor ético universal, talvez seja possível substituir a carga de interesses individualistas. A intenção seria de agregar à razão o sentimento humano de compaixão, de cuidado e de responsabilidade pelo outro, no propósito de criar uma ótica global para que possamos conviver em harmonia e superar os problemas de ordem social, do trabalho e ecológicos.²²

O mundo contemporâneo é baseado na privação e na opressão de certos grupos de pessoas para que os demais permaneçam na abundância. A globalização presenteou parte da população mundial com uma vasta melhoria na qualidade de vida, todavia, igualmente outra parte do mundo ainda vive de privações, opressões e destruição. Consubstanciamos a abundância de alguns na permanência da fome e da violência política e social de outros.²³

A humanidade se tornou segregacionista na medida em que a globalização pulverizou e intensificou a manifestação de diferentes estilos de vida, de pessoas, de ideologias e de culturas que

¹⁸BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. p.107.

¹⁹BAUMAN, Zygmunt. **Tempo líquidos**. p.55 e 56.

²⁰BAUMAN, Zygmunt. **Tempo líquidos**. p.63.

²¹BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. Rio de Janeiro: Record, 2009, p.65.

²²BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. p.33/37.

²³SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p.9.

hoje estão presentes nas cidades contemporâneas.²⁴ Ainda que seja uma situação perturbadora para alguns, tendo em vista que a alteridade desfaz um cenário de segurança criado pelo conjunto de semelhantes, devemos ter a percepção que o mundo evolui em decorrência da troca de culturas e de experiências.

Permanecendo nesse contexto, aqueles que vivem em uma comunidade fechada, tendem a repelir aquilo que sai da normalidade, e nesse cenário ganham força o poder nocivo dos discursos de ódio e incentiva a disputa para que não ocorra perda de espaço. Mais uma vez, a rivalidade substitui a solidariedade e afasta a concretização dos direitos fundamentais, seja por meio do Estado, seja por meio das atitudes do ser humano para com o próximo.

Aqueles que carecem de condições básicas, que seriam os principais legitimados dos direitos humanos, se veem afastados de recursos mínimos, incentivando, novamente, a decomposição de vínculos coletivos e da garantia de direitos básicos para que lhe seja dada condição de ascender na vida.²⁵

Podemos falar em uma globalização de perspectiva negativa e por isso, o grande desafio que surge para a geração globalizada é manter o desenvolvimento com a preservação dos direitos do homem. Deve haver um esforço conjunto e contínuo para que a evolução desses direitos não seja interrompida por esse movimento, para que seja possível preservar a condição humana, em todos os sentidos e qualidades.²⁶

Barrar a globalização não é uma possibilidade plausível diante da conjuntura que vivemos, uma vez que, o ideal de limites geográficos e a figura de Estados, apesar de ainda ser o modelo dominante, a cada dia mais se afasta dessa nova realidade.²⁷

Em razão disso, odistanciamento da aplicação dos direitos fundamentais muitas vezes acaba sendo irrevogável, pois a degradação da condição humana e do desaparecimento das oportunidades de mudança estabelecesse um declínio permanente da possibilidade da ampliação da esperança.

Nesse sentido, a política de exclusão, o individualismo e a descaracterização dos direitos humanos induzem a polarização de vastos segmentos da população e, enquanto não houver uma reformulação nesses conceitos e nessas práticas há poucas chances de livrar o ser humano de uma segregação desleal baseada em critérios de renda e condições de vida.

Em síntese: o processo de globalização nos fez esquecer as habilidades sociais, tornando-nos seres individualistas e desprovidos do convívio social; o foco dos Estados passou a ser a questão política e econômica, convertida na acumulação de bens do cidadão. Ou seja, ocorreu a evolução

²⁴BAUMAN, Zygmunt. **Tempo líquidos**. p.92.

²⁵BAUMAN, Zygmunt. **Tempo líquidos**. p.74.

²⁶BUSNELLO, Priscila de Castro. **Globalização e a reafirmação dos direitos fundamentais**. Acesso em: 25 out. 2018.

²⁷BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. p.21.

tecnológica, econômica e de mercado, a qual negligenciou o avanço do homem como pessoa humana, dado que o ser humano cada vez mais se afasta da sua essência.

Por meio desses argumentos, demonstra-se a necessidade de reafirmar o objetivo e a finalidade dos direitos humanos. Resta-nos, dessa forma, atinar quais as formas de alcançar esses ideais, revitalizando o olhar humano e a obrigação estatal de investir na concretização desses direitos.

3 - REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A consequência da falta de empatia entre as pessoas e da insuficiente preocupação dos governos em relação a questões sociais é de que aqueles que mais carecem de condições básicas são afastados dos recursos mínimos e da possibilidade de ascender na vida. O que vislumbramos hoje é fruto da leitura da sociedade contemporânea delimitada a concepções individualistas, a qual se torna incapaz de reconhecer o outro como titular dos mesmos direitos que os seus.

Dessa forma, o que se pretende ao reafirmar os direitos fundamentais é suprir a carência, a compreensão e do entendimento da finalidade desse instituto que visa proteger a pessoa humana. Uma vez que, conforme refere Ingo Sarlet: “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade”.²⁸

Deve-se voltar à compressão de que os direitos fundamentais são resultados de um processo evolutivo em prol da afirmação de posições jurídicas que concretizam a dignidade da pessoa humana, e que, uma vez reconhecidos, tais direitos não podem ser abolidos. Isso porque a percepção humana de usar a razão como forma de promover uma sociedade melhor instigou demasiadamente que as pessoas repetissem no presente ações praticadas no passado.²⁹

Atualmente a tecnologia deixou de ser instrumental e foi incorporada aos seres humanos em um processo irreversível de dissolução.³⁰ Desse modo, o grande desafio que surge hoje é mediar à geração globalizada e manter o desenvolvimento preservando e garantindo os direitos fundamentais do homem.

Proporcionar uma educação de qualidade compreendendo os fundamentos da dignidade e do pluralismo é fundamental para que, apesar das pressões da vida, as pessoas mantenha a harmonia, a compaixão, a solidariedade e o olhar para o outro, em especial no presente momento, aonde o lado humano é cada vez mais sufocado pela mídia, pela globalização e pela individualização.

Dessa forma, a reafirmação dos direitos fundamentais é de essencial importância para evitar o retrocesso social e a banalização um longo processo de lutas e reivindicações as quais garantiram

²⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. p. 87.

²⁹SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. p.318.

³⁰BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. p.24.

a evolução e o reconhecimento de direitos que salvaguardam uma vida digna a todos os seres humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reafirmação dos direitos humanos se faz necessária, em razão da distorção teórica que observamos na coletividade, a qual é fruto da leitura da sociedade contemporânea delimitada a ideais individualistas e incapacitada de reconhecer o outro como titular de direitos. Como refere Bauman: “A humanidade esta em crise – e não existe outra saída para ela senão a solidariedade entre seres humanos”.³¹

Em resumo, o que se quer expressar por meio desse trabalho é retratado em um discurso do Papa Francisco quando da visita em Lampedusa – Itália, local que é ponto de passagem de milhares de imigrantes que tentam chegar na Europa: vivenciamos diariamente tragédias, as quais não nos tocam mais, uma vez ninguém se sente responsável; perdemos a sensatez para com nossos irmãos em nome da cultura do conforto, que nos fez insensíveis aos gritos de outras pessoas, e “nesse mundo tão globalizado, caímos na indiferença globalizada”.³²

Resta-nos, por fim, enfatizar a importância dos direitos fundamentais do homem e reafirmá-los para que os cidadãos se afastem da armadura da indiferença, para que assim, seja possível reacender vínculos que nos tornam verdadeiros seres humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempo líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2004.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

³¹BAUMAN, Zygmunt. Estranhos à nossa porta. p.24.

³²PAPA FRANCISCO. Santa missa pelas vítimas dos naufrágios. Homilia do santo padre Francisco, em 8 de Julho de 2013. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/homilies/2013/documents/papa-francesco_20130708_omelia-lampedusa.html. Acesso em: 17, nov, 2018.

BUSNELLO, Priscila de Castro. **Globalização e a reafirmação dos direitos fundamentais.** Revista Acadêmica Direitos Fundamentais. Osasco, São Paulo. Ano 4, 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-reafirma%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 25, out, 2018.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Fabris, 1996.

PAPA FRANCISCO. **Santa missa pelas vítimas dos naufrágios.** Homilia do santo padre Francisco, em 8 de Julho de 2013. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/homilies/2013/documents/papa-francesco_20130708_omelia-lampedusa.html>. Acesso em: 17, nov, 2018.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

OS DESAFIOS DA IMIGRAÇÃO NA SOCIEDADE CAPITALISTA DO SÉCULO XXI

THE CHALLENGES OF IMMIGRATION IN THE CAPITALIST SOCIETY OF THE 21ST CENTURY

Laura Covatti dos Santos¹

Rafaela Baldissera²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o alcance dos direitos dos imigrantes a partir do modelo capitalista. Assim, utilizando-se do método dedutivo e da técnica bibliográfica, em um primeiro momento, analisa-se a função dos Direitos Humanos diante de uma sociedade multicultural; em seguida, investiga-se o avanço da legislação brasileira na defesa dos direitos dos imigrantes, conforme a Lei nº 13.445/2017. E, por fim, discorre-se sobre a desvalorização do imigrante no mundo capitalista. Dessa forma, concluiu-se que ainda há muitos avanços a serem feitos no que concerne à aceitação e ao respeito por todos os imigrantes, pois verifica-se a necessidade de mudança nos padrões comportamentais e valores morais do ser humano.

PALAVRAS-CHAVE: Aceitação. Dignidade. Direitos Humanos. Imigrante.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the scope of immigrants' rights, based on the capitalist model. Thus, using the deductive method and the bibliographical technique, in the first moment, the function of Human Rights is analyzed before a multicultural society; the Brazilian legislation in the defense of the rights of immigrants, according to Law 13.445 / 2017, is investigated. And finally, it turns out how the immigrant is being devalued in the capitalist world. Thus, it was concluded that there are still many advances to be made regarding acceptance and respect for all immigrants, as there is a need to change the behavioral patterns and moral values of the human being.

KEY-WORDS: Acceptance. Dignity. Human Rights. Immigrant.

¹Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS - UPF, linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder. Bolsista UPF. Integrante do grupo de pesquisa Dimensões do Poder e Relações Sociais. Integrante do grupo de estudos das Obras de Hannah Arendt. Advogada. Conciliadora Voluntária no Juizado Especial Cível (JEC/UPF). Pós-graduada em Direito Civil - Direito de Família Avançado pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS. E-mail: lauracovattidosantos@gmail.com

²Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões – URI / campus de Santo Ângelo. Mestra em Direito pela Faculdade Meridional – IMED (bolsista Capes). Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF (bolsista UPF). Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Notarial e Registral, Direito Previdenciário, Direito Civil e Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera Uniderp. Integrante do Grupo de Pesquisa Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico e do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade, desenvolvidos na Faculdade Meridional – IMED. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. Oficiala de Registro. Passo Fundo/RS. Brasil. E-mail: rafaela_baldissera@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Falar sobre o processo imigratório gera vários debates devido aos cenários de desigualdade, segregação e exclusão social que são percebidos no mundo afora. Nesse sentido, com o intuito de conscientizar a sociedade –sobre o fato de os imigrantes possuírem direitos assegurados e serem respeitados com grau máximo de dignidade –mostra-se essencial rever atitudes e posturas praticadas por cada cidadão, no sentido de redirecionar uma forma mais humana, altruísta e fraterna de pensar e agir.

O objetivo da pesquisa é analisar a figura do imigrante em um panorama capitalista. Já o problema jurídico formulado para a presente pesquisa questiona: o imigrante é considerado parte integrante nos mais diversos ambientes e instâncias sociais da sociedade capitalista?

A hipótese de solução para essa indagação sugere que muitos avanços precisam ser feitos para que os imigrantes se sintam e sejam verdadeiramente aceitos e respeitados como integrantes na sociedade capitalista, pois ainda há resistência pública em relação aos fluxos imigratórios e a repercussão cultural e econômica que trazem.

O estudo considerou o método dedutivo, a partir de uma contextualização teórica, norteadas em pesquisa bibliográfica para tratar, inicialmente, sobre os Direitos Humanos e a sociedade multicultural. Em seguida, retratam-se alguns avanços da legislação brasileira em relação à defesa dos direitos dos imigrantes e, ao final, analisa-se o imigrante sob uma perspectiva capitalista.

1 - OS DIREITOS HUMANOS E O PLURALISMO CULTURAL EM FACE DO IMIGRANTE

Os deslocamentos humanos podem ser considerados como um dos principais eventos históricos do mundo, já que são verificados desde os tempos mais remotos. No entanto, nos dias atuais, os imigrantes, muitas vezes, são vistos como intrusos, tendo dificuldades de serem aceitos e, especialmente, respeitados, em determinadas comunidades.

Nesse contexto, observa-se que, em pleno século XXI, a Europa dissemina a discriminação dos imigrantes, visto que, inúmeras práticas preconceituosas são visualizadas em razão da diversidade cultural. Ademais, mesmo estando nacionalizados, os imigrantes permanecem sendo alvos de xenofobia em razão das diferenças que os identificam.³

³ LUCAS, Douglas Cesar. Direitos Humanos, Diversidade Cultural e Imigração: a ambivalência das narrativas modernas e a necessidade de um paradigma de responsabilidades comuns. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 93-154. Ijuí: Unijuí, 2016. p. 96.

Termos como xenofobia,⁴ discriminação, preconceito e racismo estão relacionados com a dificuldade de acolher o outro. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 declara a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana como principais direitos inerentes ao homem, todavia, mesmo com o avanço da legislação, assegurando direitos aos imigrantes, indaga-se como será a convivência dos mesmos com pessoas intolerantes.

Na América Latina e nos Estados Unidos há um exacerbado fluxo migratório de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade e de extrema pobreza, todas chegam como objetivo de encontrar melhores condições de vida –dignidade humana, oportunidades de emprego. Entretanto, esses países não estão dispostos a recebê-los e acabam criando empecilhos para isso, sendo contraditório, pois conforme relata Lucas:

[...] Este é o dilema vivido pela Europa atualmente. A região que iniciou o movimento de universalização dos direitos humanos vê-se desafiada duplamente: responder internamente à sua população que deseja restringir o ingresso de imigrantes e ao mesmo tempo dar conta de uma agenda de direitos humanos universais que impede tamanha discriminação de acesso.⁵

Logo, percebe-se que a “universalização dos direitos humanos” na Europa se mostra divergente, pois o papel dos Direitos Humanos seria o de proteger o cidadão, independentemente de sua nacionalidade, raça, cultura, nível social, entre outros aspectos, contudo, verifica-se que não há efetiva proteção dos seres humanos que passam por movimentos migratórios.

Nesse cenário multicultural,⁶ Wolkmer destaca que “Introduzir outro modo de vida impulsiona a dimensão cultural por outras possibilidades de experiência, de relações sociais e ordenações das práticas instituintes [...]”, assim, a primazia está na intensidade com que a própria sociedade recebe e percebe o novo espaço democrático, agregado com múltiplas culturas.⁷

Wolkmer ainda destaca a necessidade de instigar debates com o objetivo de encontrar caminhos eficientes para desenvolver planos direcionados a considerar as desigualdades existentes entre as relações sociais, oportunizando uma vida melhor para todos, com “identidade, autonomia e dignidade”. Para tanto:

⁴ Para HAN, “*La política de lo bello es la política de la hospitalidad. La xenofobia es odio y es fea. Es expresión de la falta de razón universal, un indicio de que la sociedad todavía se encuentra en un estado irreconciliado. El grado civilizatorio de una sociedad se puede medir justamente en función de su hospitalidad, es más, en función de su amabilidad. Reconciliación significa amabilidad*”. HAN, Byung-Chul. **La expulsión de lo distinto**. Tradução de Alberto Ciria. Barcelona: Herder Editorial, S.L., 2017. p. 35. Grifos do autor.

⁵ LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 97.

⁶ Para Wolkmer deve ser desenvolvido um “[...] processo, revendo a contemporaneidade do paradigma pluralista como princípio de legitimidade política, jurídica e cultural. Do pluralismo não como possibilidade, mas como condição primeira [...]”. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos. Neto, Francisco Q. Veras. Lixa, Ivone M. (Orgs). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.

⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. p. 37.

[...] o pluralismo comprometido com a alteridade e com a diversidade cultural projeta-se como instrumento contra-hegemônico, porquanto mobiliza concretamente a relação mais direta entre novos sujeitos sociais e o poder institucional, favorecendo a radicalização de um processo comunitário participativo, definindo mecanismos plurais de exercício democrático e viabilizando cenários de reconhecimento e de afirmação de Direitos Humanos.⁸

Notoriamente, um dos maiores problemas das imigrações está na diversidade cultural, pois os indivíduos carregam características e costumes oriundos de suas origens. Por isso, Santos faz referência à atenção que o Poder Público deve ter no intuito de “[...] evitar que o pluralismo sociocultural, decorrente dos processos migratórios, constitua-se em fator de desagregação, degradação e geração de conflitos sociais [...]”.⁹

Nessa complexidade, importa salientar que o modelo pluralista cultural considerado por Santos, pode ser uma alternativa para encontrar soluções viáveis aos conflitos que envolvem os imigrantes. Assim, para o pluralismo cultural “[...] as culturas étnicas têm validade plena para existir separadamente, mas devem participar da vida econômica e política da sociedade maior”, elucida o autor.¹⁰

Para tanto, a intenção do modelo pluralista cultural é de propagar a existência do multiculturalismo, já que o mundo não se mostra mais “homogêneo”, de forma que, a partir das imigrações, presencia-se o compartilhamento de costumes e valores.¹¹

Nesse sentido, torna-se imprescindível que os Direitos Humanos e as Políticas Públicas sejam idealizados em prol do imigrante, pois os indivíduos que chegam em países estrangeiros desejam ter acesso a uma vida com liberdade e melhores oportunidades – porém, a resistência egoísta dos nativos ainda é extrema.¹²

Nesse aspecto, o Estado precisa intervir positivamente sobre essas problemáticas que envolvem o imigrante, desde a sua chegada no país até a sua integração – cultural, religiosa, no trabalho, na comunidade, entre outros. Com isso, acredita-se na dimensão que o Poder Estatal tem para criar legislações adequadas que assegurem a dignidade humana do imigrante, equiparando o seu bem-estar com o de um nativo.

Dessa forma, faz-se necessário salientar que no Brasil, em 2016, tramitou um projeto de lei visando concretizar mais direitos aos imigrantes. Com a iniciativa de elaborar uma nova lei, ocorreu a reabertura desse debate tão significativo e contemporâneo, objetivando alcançar o bem-comum e, principalmente, a harmonia no convívio entre os indivíduos de culturas diversas.

⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. p. 41.

⁹ SANTOS, André Leonardo Copetti. Controle social das migrações e gestão da diversidade. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 25-62. Ijuí: Editora Unijuí, 2016. p. 30.

¹⁰ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 36.

¹¹ SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 38.

¹² LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 101.

Portanto, no ano de 2017, a Lei de Migração entrou em vigor na tentativa de conceder maiores direitos aos imigrantes e pacificar as relações sociais, instigando um modelo democrático e igualitário voltado para os Direitos Humanos.

2 – ALEGISLAÇÃO BRASILEIRA NA DEFESA DOS DIREITOS DOS IMIGRANTES

Em uma nova contextualização, a Lei de Migração, Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, inaugura o reconhecimento de direitos e deveres para os imigrantes no Brasil. A referida legislação descreve uma reformulação de preceitos que disciplinam sobre princípios, garantias, proteções e demais disposições gerais como forma de avançar na regulamentação dos imigrantes.¹³

Atualmente, o Estado Brasileiro é definido como democrático e encontra-se alicerçado por princípios que priorizam a igualdade, a justiça e a liberdade. Desse modo, observa-se a necessidade de efetivar essas principiologias democráticas, tanto para os brasileiros natos¹⁴ quanto para os naturalizados,¹⁵ incluindo as pessoas de outras nacionalidades que vieram trabalhar ou residir no Brasil, conforme nova Lei de Migração.¹⁶

Nesse sentido, a Lei de Migração mostra que um extenso conjunto de normas legais será colocado em vigência durante um período democrático no Brasil, visto que, anteriormente, a normatização que definia a situação do estrangeiro, em solo brasileiro, era a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a qual foi sancionada antes do período de redemocratização do Brasil.

Logo, analisando o Estatuto do Estrangeiro e a atual Lei de Migração, observa-se o progresso e a pretensão do legislador em auxiliar o imigrante a alcançar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Para Lucas,

A vida precarizada adquire sentido na possibilidade de partir, de encontrar outro lugar. Renovar as esperanças em um novo lugar é renovar as próprias possibilidades de viver intensamente os desejos adormecidos, impedidos de se mostrarem antes desse novo acesso.

¹³ BRASIL. **Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

¹⁴Constituição Federal, artigo 12 - São brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira [...].

¹⁵Constituição Federal, artigo 12 - São brasileiros: II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira [...].

¹⁶ Lei nº 13.445/2017, artigo 1º - Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. §1º Para os fins desta Lei, considera-se: II: “imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil [...]”.

Tornar a vida dos imigrantes possível, minimizar a sua precariedade, é o que deveria pautar as políticas contemporâneas de mobilidade humana [...].¹⁷

Desse modo, destaca-se que os direitos fundamentais têm como principal objetivo a garantia dos direitos do indivíduo, em outras palavras, procura-lhe conceder uma vida íntegra e com dignidade. Para tanto, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura aos cidadãos que a efetividade dos seus direitos vá além do exposto pela legislação constitucional, configurando-se na prática do dia-a-dia.¹⁸

O princípio da dignidade valoriza a pessoa humana, possuindo extrema importância para tutelar as relações sociais, principalmente, no que se refere às questões imigratórias. Por isso, entende-se que, em território brasileiro, o direito à dignidade, em sentido amplo, deve ser estendido para os imigrantes.

Evidencia-se o importante papel que o princípio da dignidade humana desempenha para os direitos básicos do homem – seja ele nato, naturalizado ou imigrante. Nesse cenário, a Constituição Federal de 1988 configura, em seu artigo 1º, III,¹⁹ um modelo de Estado de Direito que garante a todos o direito à dignidade.²⁰

Um dos avanços trazidos pela nova legislação, que substituiu o Estatuto do Estrangeiro, trata da acolhida humanitária ao imigrante. Nesse contexto, o artigo 14, inciso I, alínea c, da Lei de Migração, estipula o visto temporário destinado ao imigrante que se encontrar em situação de acolhida humanitária, bem como àqueles que chegam ao Brasil para realizarem tratamentos de saúde.²¹

Outro avanço obtido com a nova Lei de Migração demonstra a possibilidade de os imigrantes associarem-se em sindicatos – artigo 4º, inciso VII.²² Contrariamente, o artigo 106, do antigo Estatuto do Estrangeiro, em seu inciso VII, discriminava tal direito, dispondo a vedação de tal representação sindical ou, até mesmo, associação profissional.²³

Nesse sentido, observa-se que, visando garantir a dignidade da pessoa humana, a Lei de Migração rechaça qualquer prática de xenofobia, racismo ou discriminação, conforme se observa no artigo 3º, da referida lei.²⁴

¹⁷ LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 98-99.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 95.

¹⁹ Constituição Federal, artigo 1º - A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] III a dignidade da pessoa humana.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 434.

²¹ BRASIL. **Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

²² BRASIL. **Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Acesso em: 10 nov. 2018.

²³ BRASIL. **Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

²⁴ BRASIL. **Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Acesso em: 10 nov. 2018.

Por conseguinte, no artigo 14, da Constituição Federal de 1988, foram consagrados direitos de participação popular, assim os chamados direitos políticos passaram a ser assegurados por meio do sufrágio universal e do voto secreto. Logo, compreende-se que um dos principais direitos – e também deveres dos brasileiros – pressupõe o exercício da cidadania. Sendo assim, acredita-se que os imigrantes, quando chegam ao Brasil para residirem, trabalharem e constituírem uma família, também deveriam fazer jus aos direitos políticos, equiparando-se a cidadãos brasileiros.

Por sua vez, o Estatuto do Estrangeiro, apresentando caráter discriminatório e não humanitário, dispôs, em seu artigo 107, que os imigrantes não poderiam participar de atividades políticas, referindo que: “O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil”.²⁵

Nesse sentido, com a nova Lei de Migração, há busca pela efetiva aplicação dos Direitos Humanos e da socialização dos imigrantes. Além disso, cumpre esclarecer que a referida Lei admite que as pessoas que vêm de fora se manifestem politicamente, embora não haja nenhum artigo que contemple, expressamente, o direito ao voto do imigrante.

Desse modo, observa-se que, com o passar dos anos, transformações positivas ocorreram na passagem do Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/1980, para a Lei de Migração, Lei nº 13.445/2017, destacando-se o repúdio à xenofobia e qualquer ato discriminatório, a possibilidade de associação em sindicatos e a manifestação política – mesmo que sem direito explícito ao voto.

Portanto, a Lei de Migração apresenta avanços em benefício dos imigrantes, seja na área cultural, trabalhista e humanitária. Essa lei surge com o objetivo de integrar os imigrantes na sociedade, de modo que sejam respeitados e aceitos na primazia do princípio da dignidade humana. No entanto, os integrantes da sociedade contemporânea são facilmente manipulados pelos mandamentos do modelo de desenvolvimento capitalista, o qual acaba por excluir, cada vez mais, o imigrante.

3 - COMO PENSAMENTO CAPITALISTA CARACTERIZA O IMIGRANTE?

A mobilidade humana integra a história de formação e aglomeração dos povos, o ato de sair do seu território e imigrar para outra localidade reflete os anseios de pessoas que lutam pela sobrevivência, bem como, por novas oportunidades nos mais diversos aspectos.

O constante fluxo de indivíduos que saem de seus países em busca de uma vida melhor surge como consequência de causas “[...] políticas, étnicas, religiosas, guerras, catástrofes ambientais,

²⁵ BRASIL. Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Acesso em: 10 nov. 2018.

fome, etc., que provocaram ao longo da História uma reconfiguração permanente da geografia do poder e da vida em todas as suas formas de representação”, explica Lucas.²⁶

As movimentações humanas são traços culturais de diferentes pessoas que tentam permanecer vivos no decorrer do caminho para conquistarem o seu espaço. Nesse cenário, os imigrantes, ao darem continuidade à preservação de suas vidas, também lutam por direitos que lhe sejam assegurados.

No entanto, verifica-se em muitas localidades um visível conflito social entre imigrantes e nativos, pois o polêmico tema da migração, que retrata a aceitação ou a rejeição do imigrante em determinado território, é caracterizado, por Lucas, pelos termos “dentro” e “fora” – demonstrando que estando “dentro” dos grupos nacionais os imigrantes são considerados elementos inseridos e “fora” estariam excluídos.²⁷ Nessa linha de pensamento, o referido autor assinala:

[...] O que fazer, porém, quando não se é bem-vindo em nenhum lugar? Mover-se? Para onde? Num mundo arbitrariamente dividido, o imigrante e o refugiado parecem não ser desejados por ninguém. Um olhar de suspeição lhes é sempre dirigido. Ameaça, risco e medos acompanham a jornada daqueles que precisam encontrar “lá fora” um lugar para viver sua vida.²⁸

O fato é que o pensamento capitalista está tão enraizado no ser humano que a sociedade moderna categoriza seus indivíduos pelas suas potencialidades econômicas. Na visão de Grosfoguel “[...] *el éxito del sistema mundo moderno/colonial consiste en hacer que sujetos socialmente ubicados en el lado oprimido de la diferencia colonial, piensen sistemáticamente como los que se encuentran en las posiciones dominantes [...]*”.²⁹

Logo, enquanto o ser humano estiver atraído pelo modelo capitalista atual, os integrantes dessa sociedade seguirão sendo fantoches, escravizados pelos padrões impostos pelas estratégias econômicas, que acabam (quase sempre) valorizando a lucratividade.

Assim, com o sistema moderno/colonial/capitalista,³⁰ os seres humanos acabam aprendendo a desprezar seus semelhantes e, por consequência, diversas pessoas são “refugadas” por não suprirem as expectativas econômicas do mercado.

²⁶ LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 93.

²⁷ LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 95.

²⁸ LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 95.

²⁹ GROSGOUEL, Ramón. **La Descolonización de la Economía Política y los Estudios Postcoloniales: Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global**. Tabula Rasa. Bogotá - Colombia, N. 4, p. 17-48, enero-junio, 2006. p. 22.

³⁰ No entendimento de Grosfoguel: “Llamar «capitalista» al actual sistema mundial es, por decirlo menos, engañoso. Dado el «sentido común» hegemónico eurocéntrico, en el momento en que usamos la palabra «capitalismo» las personas inmediatamente piensan que estamos hablando sobre la «economía». Sin embargo, el «capitalismo» sólo es una de las múltiples constelaciones imbricadas del patrón colonial de poder del «sistema mundial europeo moderno/colonial capitalista/patriarcal». Es importante, pero no la única. Dada su imbricación con otras relaciones de poder, destruir los aspectos capitalistas del sistema mundo no sería suficiente para destruir el actual sistema mundo. Para transformar este sistema mundo es crucial destruir la totalidad heterogénea histórico-estructural llamada el «patrón colonial del poder» del sistema”. GROSGOUEL, Ramón. **La Descolonización de la Economía Política y los Estudios Postcoloniales: Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global**. p. 27-28. Grifos do autor.

Nesse ponto, sob uma visão capitalista, os imigrantes são desvalorizados³¹ pelo fato de não trazerem benefícios econômicos, pois dados históricos revelam que as migrações – que ocorreram no século XIX – sintetizaram as alternativas viáveis para que as pessoas pudessem fugir de problemas sociais, econômicos, políticos.³²

Logo, os imigrantes carregam as marcas das fragilidades econômicas, sociais e políticas de seus países de origem e, via de regra, mesmo diante de cenários de preconceito, procuram ser incluídos na sociedade líquido-moderna³³ para a qual migraram. No entanto, para Sartori, há diferentes padrões de imigrantes, para o autor:

[...] los inmigrantes, digamos genéricamente, de los países del norte vienen al sur porque aquí encuentran mejores salarios. Pero un polaco sigue siendo polaco, no quiere integrarse, porque no le interesa. Y lo mismo vale para un checo, un eslovaco y un danés. Si estos trabajadores se desplazan, es porque pueden ganar más, pero luego vuelven a su tierra. El caso de los africanos y de los pueblos ribereños del Mediterráneo es totalmente distinto. Son poblaciones paupérrimas que corren el riesgo, para empezar, de quedarse sin agua y de morir de mal-nutrición. Por lo tanto, estos refugiados vienen a Europa para sobrevivir y posiblemente para quedarse [...].³⁴

Nesse eixo de preocupação, dificilmente será esquecida a repercussão da imagem do menino sírio que foi encontrado morto em uma praia da Turquia no ano de 2015. A foto dessa criança retratou a triste situação que acontece, frequentemente, durante as travessias até a Europa),³⁵ assim, gerando impacto a todos que puderam vê-la, pois uma criança indefesa – dentre tantas outras – foi vítima do egoísmo humano.

Desse modo, o homem necessita aprender a ser mais solidário para com o próximo, pois, ao priorizar a continuidade do sistema capitalista – que é direcionado para o acúmulo de capital –, o ser humano se enquadrará, cada vez mais, no rol de vítimas colaterais dessa atual sociedade capitalista. Para Grosfoguel:

[...]Desde este punto de vista, el sistema mundial capitalista sería fundamentalmente un sistema económico que determina elcomportamiento de losprincipalesactores sociales mediante la lógica económica de obtener ganancias como se manifiesta enlaextracción de la plusvalía y laacumulaciónincesante de capital a escala mundial. Más aún, el concepto de

³¹ Na visão de Lucas, “[...] o medo do terrorismo e as crises econômicas contribuem ainda mais para o fortalecimento [...] de um não lugar para os imigrantes que não podem nem estar nos seus países e nem circular nos países que acreditam apresentar as melhores condições de vida. O resultado disso são os acordos de “deportação” entre Europa e a Turquia em troca de dinheiro. Literalmente, a Europa está pagando para se livrar da imigração, que considera um problema [...]”. LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 97.

³² LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 97.

³³ No entendimento de Bauman: “[...] A modernidade líquida é uma civilização de excesso, redundância, desperdício e eliminação de refugos. Na sucinta e expressiva formulação de Ricardo Petrella, as tendências globais de hoje direcionam as ‘economias rumo à produção do efêmero e do volátil – por meio da maciça redução da vida útil de produtos e serviços (empregos temporários, de horário flexível e de meio período)’ [...]”. BAUMANN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 189.

³⁴ SARTORI, Giovanni. **La Carrera Hacia Ningún Lugar**. Tradução de Núria Petit. Madrid: Taurus, 2016. p. 77.

³⁵ LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 99.

Dessa forma, observa-se que, no mundo capitalista globalizado, ao invés de as fronteiras serem rompidas, estão se tornando ainda mais estreitas, principalmente, pelo fato de o imigrante – com problemas sociais, econômicos e políticos– ser caracterizado como um incômodo, pois não é considerado um integrante rentável para a sociedade capitalista.

Além da relevância do princípio da dignidade humana, evidencia-se o esquecimento do princípio da fraternidade na sociedade atual, visto que, estão ausentes as condições viáveis para o indivíduo se reestabelecer. Para Pires e Pilau Sobrinho esse princípio:

[...] se encontra não somente na dimensão cristã, social ou política, mas também na dimensão jurídica, pois entende-se que é nato deste princípio a colaboração, participação e engajamento tanto do Estado como de seus administrados em geral.³⁷

Portanto, o agir humano ganha importância quando se trata de discutir os padrões comportamentais provenientes do modelo capitalista, tendo em vista que o homem moderno não está sendo solidário e respeitoso com sua própria espécie. Logo, a tomada de consciência do ser humano deve ser tratada como prioridade, pois pressupõe as condutas compatíveis com uma sociedade global humanitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa versou sobre a imagem do imigrante em um modelo de sociedade capitalista. Assim, verificou-se que, os Direitos Humanos ainda não conseguem ser amplamente concretizados em um nível global. Observou-se, ainda, que a legislação brasileira publicou a Lei nº 13.445/2017 para auxiliar no processo de defesa dos direitos dos imigrantes.

Ademais, no decorrer do estudo, demonstrou-se que a mobilidade humana em busca de liberdade, dignidade, trabalho, igualdade e melhor qualidade de vida; por esse motivo os direitos fundamentais devem recair sobre todos aqueles que residem no Brasil, sejam nacionais, natos ou imigrantes. No entanto, apesar de haver algumas garantias asseguradas para os imigrantes, a vida humana se organiza segundo os vetores do mundo capitalista, o qual acaba por desencadear cenários de segregação social, bem como salienta as desigualdades. Com isso, o imigrante acaba sendo

³⁶ GROSFOGUEL, Ramón. **La Descolonización de la Economía Política y los Estudios Postcoloniales: Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global.** p. 24.

³⁷ PIRES, Nara Suzana Stainr; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A importância de decisões que reconhecem o princípio da fraternidade em relação à proteção do meio ambiente sustentável. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau (Org.). **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica: a proteção dos direitos humanos.** 1. ed. Itajaí: Habitus, 2018. p. 236.

desvalorizado, indesejado e excluído, pois, na maioria das vezes, não se enquadra aos padrões homogêneos da vivência social e da dinâmica econômica capitalista local.

Portanto, a hipótese de solução restou confirmada, pois indicou que há a necessidade de avanços serem feitos, a fim de que o imigrante seja respeitado e integrado em modelos de sociedades capitalistas. Nesse contexto, mudanças nos padrões comportamentais e valores morais do ser humano são desafios que se impõem e que devem ser priorizados nos posicionamentos de uma sociedade solidária, justa, igualitária e fraterna.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMANN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

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

BRASIL. **Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815compilado.htm Acesso em: 10 nov. 2018.

GROSGOUEL, Ramón. **La Descolonización de la Economía Política y los Estudios Postcoloniales: Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global**. Tabula Rasa. Bogotá - Colombia, N. 4, p. 17-48, enero-junio, 2006

HAN, Byung-Chul. **La expulsión de lo distinto**. Tradução de Alberto Ciria. Barcelona: Herder Editorial, S.L., 2017.

LUCAS, Douglas Cesar. Direitos Humanos, Diversidade Cultural e Imigração: a ambivalência das narrativas modernas e a necessidade de um paradigma de responsabilidades comuns. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 93-154. Ijuí: Unijuí, 2016.

PIRES, Nara Suzana Stainr; PILAU SOBRINHO, LitonLanes. A importância de decisões que reconhecem o princípio da fraternidade em relação à proteção do meio ambiente sustentável. In: SOBRINHO, LitonLanesPilau (Org.). **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica: a proteção dos direitos humanos**. 1. ed. Itajaí: Habitus, 2018.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Controle social das migrações e gestão da diversidade. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e diversidade**. p. 25-62. Ijuí: Editora Unijuí, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARTORI, Giovanni. **La Carrera Hacia Ningún Lugar**. Tradução de Núria Petit. Madrid: Taurus, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos. Neto, Francisco Q. Veras. Lixa, Ivone M. (Orgs). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

**A EFICÁCIA DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS NO BRASIL**

**THE EFFECTIVENESS OF THE JUDGMENTS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF
HUMAN RIGHTS IN BRAZIL**

Lucas Dalmora Bonissoni¹

Laís Franciele de Assumpção Wagner²

RESUMO

A presente pesquisa aborda aspectos destacados na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida de Pacto de São José da Costa Rica, que prevê entre os seus inúmeros objetivos a proteção aos direitos civis e políticos. Isto posto, para assegurar a proteção dos seus direitos estabelecidos, o Pacto estabelece um aparato de monitoramento que é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tendo em vista a existência de dois órgãos de monitoramento de proteção de direitos humanos, o presente trabalho tem por escopo analisar os aspectos do funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de verificar qual a eficácia de suas sentenças no sistema jurídico brasileiro, demonstrando as principais espécies de reparação previstas em suas decisões. Destaca-se que o tema merece uma ampla análise acadêmica, sendo utilizado como base para a produção textual, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Corte. Direitos Humanos. Obrigações. Pacto. Sentenças.

ABSTRACT

This research deals with aspects highlighted in the American Convention on Human Rights, also known as the Pact of San José, Costa Rica, which provides for the protection of civil and political rights. In order to ensure the protection of its established rights, the Pact establishes a monitoring apparatus that is composed of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. Considering the existence of two monitoring bodies for the protection of human rights, this paper aims to analyze aspects of the functioning of the Inter-American Court of Human Rights, as well as to verify the effectiveness of its sentences in the Brazilian legal system, demonstrating the the main types of reparation provided for in its decisions. It should be emphasized that the theme deserves a broad academic analysis, being used as a basis for textual production, bibliographical research and jurisprudence.

KEYWORDS: Court. Human rights. Obligations. Covenant. Sentences.

¹Mestrando em Direito na Universidade de Passo Fundo – UPF, bolsista do Programa de Pós Graduação em Direito, vinculado à linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, e-mail: lucasdbonissoni@icloud.com.

²Advogada. Mestranda em Direito, integrante da Linha Relações Sociais e Dimensões do Poder pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Passo Fundo – UPF. Especializanda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC. Especialista em Direito Tributário Empresarial pela Faculdade Meridional - IMED. E-mail: laisfranciele.a.w@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de pesquisa as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pelo Pacto de São José da Costa Rica que foi ratificado pelo Estado brasileiro.

O seu objetivo é demonstrar qual a eficácia das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro, apresentando duas principais espécies de reparação às vítimas pelas violações de direitos humanos: as indenizações compensatórias e as obrigações de fazer e não fazer.

O estudo aborda a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dando ênfase ao conteúdo de suas sentenças, com o propósito de condenar os Estados que violarem os dispositivos do Pacto de São José da Costa Rica, demonstrando as principais espécies de reparação para as vítimas por violação de direitos humanos, e, além disso, pretende-se destacar a diferença das sentenças internacionais para as sentenças estrangeiras.

1 - A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos estão relacionados aos direitos fundamentais do ser humano, pois sem eles os indivíduos não seriam aptos a progredir e participar plenamente da vida.³ Os direitos humanos “por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades”.⁴

Em decorrência de anos conturbados vivenciados na Primeira e Segunda Guerra Mundial, para assegurar a proteção dos direitos humanos foi criada a Assembleia Geral da ONU, no dia 16 de dezembro de 1966, que adotou dois pactos internacionais de direitos humanos: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).⁵

Em seus aspectos iniciais, o Pacto de São José da Costa Rica enfatiza em seu preâmbulo “que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional”.⁶

Os Estados que aprovaram a Convenção Americana de Direitos Humanos se submeteram a um duplo dever: a obrigação de não fazer, ou seja, a não violação de direitos fundamentais; e a

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1987. p. 07.

⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992, p. 05.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 279.

⁶ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

obrigação de fazer, isto é, assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção. Para garantir a proteção das obrigações supracitadas, o Pacto de São José da Costa Rica, “estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia. Esse aparato é integrado pela Comissão Internacional de Direitos Humanos e pela Corte Internacional”.⁷

A função da Comissão é de caráter consultivo, e consiste em “realizar investigações e publicar relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos países que aderirem a Convenção, além de receber denúncias individuais sobre violações aos direitos fundamentais”.⁸ Desta forma, se a Comissão entender que os Estados-partes não cumpriram com suas recomendações, e o assunto não houver sido solucionado, submeterá o caso a Corte, que atuará como órgão jurisdicional.

A Corte Interamericana detém duas competências, uma de caráter consultivo e a outro contencioso, como descreve Valério de Oliveira Mazzuoli:

A Corte detém uma competência consultiva (relativa à interpretação das disposições da Convenção, bem como das disposições de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos) e uma competência contenciosa, de caráter jurisdicional, própria para o julgamento de casos concretos, quando se alega que um dos Estados-partes na Convenção violou algum de seus preceitos. Contudo, a competência contenciosa da Corte Interamericana é limitada aos Estados-partes da Convenção que reconhecem expressamente a sua jurisdição.⁹

A competência consultiva está elencada no artigo 64, do Pacto, e é uma atribuição dos Estados-membros da OEA, “para que a Corte Interamericana emita uma opinião consultiva sobre a interpretação dos dispositivos do Pacto de São José da Costa Rica”.¹⁰

Há de se observar que a Corte Interamericana tem exercido sua competência consultiva no sentido de realizar importantes contribuições conceituais sobre direitos humanos, como demonstra Jo M. Pasqualucci, citado na obra de Flávia Piovesan:

As opiniões consultivas, enquanto mecanismo com muito menor grau de confronto que os casos contenciosos, não sendo ainda limitadas a fatos específicos lançados a evidência, servem para conferir expressão judicial aos princípios jurídicos. (...) Por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos.¹¹

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 246.

⁸ LEITE, Rodrigo De Almeida. As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a execução no Brasil. **Revista da ESMARN**, Mossoró, v. 8, n. 1, p. 444, jan./jun. 2008.

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. p.141-142.

¹⁰ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. p.243.

¹¹ Jo M. Pasqualucci. 2003, p. 80. Apud. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 256.

Acerca das opiniões consultivas, destaca-se o parecer sobre a impossibilidade da adoção de pena de morte no Estado da Guatemala (Opinião Consultiva nº 3, de 8-9-1983), no qual a Corte destacou: “A Convenção impõem uma proibição absoluta quanto à extensão à pena de morte a crimes adicionais, ainda que uma reserva a esta relevante previsão da Convenção tenha entrado em vigor ao tempo da ratificação”.¹²

No plano da competência contenciosa, esta é limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheceram tal jurisdição de forma expressa, nos moldes do artigo 52 da Convenção.¹³

A respeito da limitação dos Estados-partes sobre a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, explica Valerio de Oliveira Mazzuoli:

A competência contenciosa da Corte Interamericana é limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam expressamente sua jurisdição. Isto significa que um Estado-parte na Convenção Americana não pode ser demandado perante a Corte se ele próprio não aceitar a sua competência contenciosa. Ocorre que, ao ratificarem a Convenção Americana, os Estados-partes já aceitam automaticamente a competência consultiva da Corte, mas em relação à competência contenciosa, está é facultativa e poderá ser aceita posteriormente.¹⁴

Exemplo disso é o Brasil, que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos no ano de 1992, porém somente em 1998 reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte, por meio do Decreto Legislativo nº 89/98. “Curiosamente, o Poder Executivo editou o Decreto n. 4.463 somente em 8 de 2002, promulgando o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana no território nacional quase quatro anos após o reconhecimento internacional”.¹⁵

De início, a CRFB/88 já estabelecia em seu artigo 7º das Disposições Transitórias, pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos, assegurando que “os direitos humanos inerentes a toda pessoa humana, são portanto anteriores e superiores a qualquer forma de organização política, e sua salvaguarda não se esgota assim na ação do Estado”.¹⁶

A respeito da aceitação do Brasil de forma integral do Pacto de São José da Costa Rica, que incluiu a competência contenciosa da Corte Interamericana, descreve Antônio Augusto Cançado Trindade:

Tal aceitação constitui, com efeito, uma garantia adicional pelo Brasil, a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição, da proteção de seus direitos (tais como consagrados na Convenção Americana), quando as instâncias nacionais não se mostrarem capazes

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 256.

¹³ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. p.141-142.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. p. 324-325.

¹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_oea.html>. Acesso 30 abr. 2016.

de garanti-los. Ao mesmo tempo, fortalece institucionalmente a Corte, ao passar esta a contar com o reconhecimento de um país de dimensão continental e com uma vasta população necessitada de maior proteção de seus direitos.¹⁷

Portanto, se o comportamento do Estado brasileiro nas vias judiciais não for regular e justo, as vítimas terão o direito de lutar novamente para garantir seus direitos assegurados pela Convenção Americana.

Todavia, para isso acontecer é necessário que sejam esgotado todos os meios previstos nos artigos 48 e 50 do Pacto, para que a Corte Interamericana conheça qualquer caso proposto pela Comissão Interamericana ou por um Estado-parte.¹⁸ Nesse sentido, a Corte tem jurisdição para avaliar ocorrências que envolvam os Estados-partes que violaram os direitos assegurados pela Convenção Interamericana, “se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado”.¹⁹

Pelo fato de a Corte não julgar pessoas, mas somente os Estados-partes, percebe-se que sua condenação versa sobre responsabilização, devendo os Estados repararem os danos violados. Nesse raciocínio, percebe-se que a Corte “não possui o caráter de um tribunal de apelação ou cassação”, diferentemente do Tribunal Penal Internacional de Haia, que julga exclusivamente pessoas.²⁰ Assim sendo, ressalta-se que o sistema interamericano, em especial a Corte tem contribuído de modo fundamental para a consolidação dos Estados de Direito e das democracias da região, com o objetivo de combater a impunidade e assegurar às vítimas que a justiça seja feita, sendo respeitados os direitos humanos.²¹

O conteúdo das sentenças proferidas pela Corte possui efeitos indenizatórios e obrigacionais aos Estados que se submetem a sua jurisdição. Observa-se que as sentenças proferidas pela Corte têm o objetivo de condenar os Estados que violarem os dispositivos do Pacto, podendo aplicar três tipos de obrigações distintas elencadas no artigo 63.

A condenação pode determinar que o Estado-parte assegure ao lesado o gozo de suas liberdades e direitos violados; pode ser determinada a reparação das consequências causadas pela violação; e pode ser imposta a reparação do dano em através de indenização pecuniária, constituindo uma obrigação de fazer por parte dos Estados.²²

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_oea.html>. Acesso 30 abr. 2016.

¹⁸ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. p.248.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 259.

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 181.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 272.

²² LEITE, Rodrigo De Almeida. As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a execução no Brasil. **Revista da ESMARN**, Mossoró, v. 8, n. 1, p. 447, jan./jun. 2008.

Por fim, destaca-se que a Corte é um Tribunal Internacional, e assim como qualquer outro, profere sentenças internacionais e não estrangeiras, conforme será diferenciado a seguir.

2 - AS SENTENÇAS INTERNACIONAIS E ESTRANGEIRAS

As sentenças internacionais não se confundem com as sentenças estrangeiras, pois as sentenças internacionais são proferidas por tribunais internacionais, como por exemplo, a Corte Interamericana, já as sentenças estrangeiras são prolatadas pelo Poder Judiciário de outros países nos termos das leis internas de cada Estado.

Pelo fato de que as sentenças estrangeiras são proferidas por outros países, e não por um Tribunal de que o Brasil faz parte, é necessário passar por um procedimento homologatório para que elas sejam validadas em nosso ordenamento jurídico.²³

Esse procedimento homologatório fica a cargo do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea “i”, da CRFB/88, e dos artigos 960 aos 965 do NCPC/2015, para que as sentenças estrangeiras passem a ter eficácia no Brasil.²⁴ Já as sentenças internacionais são proferidas por Tribunais internacionais e por esse motivo dispensam a homologação do Superior Tribunal de Justiça, portanto não se enquadram na roupagem de sentença estrangeira.²⁵

É o caso da Corte Interamericana, em que suas sentenças têm aplicação imediata e absoluta desde o momento de sua publicação, tendo em vista sua competência é contenciosa e abrange apenas os Estados que fazem parte de sua jurisdição.

Consequentemente, as sentenças internacionais proferidas contra o Brasil, nos termos do artigo 68, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, devem ser cumpridas de plano pelas autoridades do Estado brasileiro, conforme reitera Valerio de Oliveira Mazzuoli:

[...] Quando a Corte Interamericana prolata uma sentença responsabilizando o Estado, tal decisão está dotada da autoridade da coisa julgada, de forma que as autoridades estatais (todas elas, não somente os juízes) têm o dever de bem e fielmente cumpri-la em todos os seus termos (fundamentos, considerações, efeitos que produz etc.).²⁶

²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. p.143.

²⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso 05 mai. 2016.

²⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. p.143-144.

²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. p.145.

Com o advento do Decreto Legislativo nº 89, de 1998, e sucessivamente com a promulgação do Decreto Presidencial nº 4.463, de 2002,²⁷ o Brasil está obrigado a dar cumprimento as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se não o fizer “estará descumprindo obrigação de caráter internacional e, assim, sujeito a sanções que a comunidade internacional houver por bem aplicar”.²⁸

Desse modo, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça não tem competência constitucional para homologar as sentenças emanadas pelos tribunais internacionais, “que decidem acima do pretense poder soberano estatal e têm jurisdição sobre o próprio Estado”.²⁹

As indenizações proferidas pela Corte tem valor de título executivo no Brasil, e em caso de não cumprimento de sentença, poderá ser movida uma execução judicial contra a Fazenda Pública, conforme será demonstrado no capítulo a seguir.

Por fim, fica demonstrada a principal diferença das sentenças internacionais e estrangeiras, sendo que somente a sentença estrangeira precisará da homologação do Superior Tribunal de Justiça para ter valor em nosso ordenamento jurídico, enquanto as sentenças internacionais possuem obrigação imediata e o Estado tem o dever de cumpri-las em todos os seus termos.

O ponto de partida utilizado como base para identificar as principais espécies de reparação aplicadas nas sentenças da Corte Interamericana estão previstas pelo próprio Pacto de São José da Costa Rica.³⁰

O Pacto estabelece em seu artigo 68, inciso 2º, que “a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentença contra o Estado”.

Acerca do dispositivo supracitado, verifica-se que existem duas principais espécies de reparação às vítimas pelas violações de direitos humanos, conhecidas como: as indenizações compensatórias e as demais obrigações de fazer e não fazer.³¹ Destaca-se que a primeira intenção das sentenças da Corte Interamericana consiste em um papel preventivo, com a finalidade de assegurar que os Estados-partes não reiterem condutas violadoras de obrigação internacional, também conhecida como garantias de não repetição .

Nesse ponto de vista descreve Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho:

²⁷ BRASIL. **Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

²⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 102.

²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** p.144-145.

³⁰ COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.**p. 107.

³¹ COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.**p. 107-108.

A tendência da teoria contemporânea sobre a responsabilidade internacional do Estado é rejeitar a utilização de sanções como forma meramente de se infligir punições, dando-se ênfase ao papel educativo de coagir o Estado infrator a reparar os danos causados e ao papel preventivo de desencorajá-lo a repetir conduta em desacordo com o ordenamento jurídico internacional.³²

Portanto percebe-se que as sentenças da Corte Interamericana possuem um papel de prevenção e reparação, para que as vítimas que tiveram seus direitos violados sejam devidamente compensadas. Observa-se que para isso acontecer, é necessário que os Estados violadores cumpram com as decisões da Corte.

3 - AS PRINCIPAIS ESPÉCIES DE REPARAÇÃO PREVISTAS NAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA

a) Indenização Compensatória

A indenização compensatória é a hipótese mais comum de compensar a vítima ou seus familiares pelos danos sofridos, sendo uma modalidade complementar, ou seja, é um pagamento em pecúnia para reparação do dano, buscando conceder um consolo financeiro à vítima em casos de situações irremediáveis.³³ Contudo, a indenização compensatória não deve se confundir apenas com um ressarcimento por danos materiais, pois trata de uma tentativa de compensação em sentido amplo, “pela violação da dignidade humana”.³⁴

Exemplo concreto é o caso Ximenes Lopes, que foi o primeiro caso admitido pela Corte contra o Brasil, colocando em questão as condições desumanas degradantes dos hospitais psiquiátricos brasileiros, que resultaram na morte de Damião Ximenes Lopes, portador de transtorno mental. Em sua sentença a Corte declarou acerca do cumprimento em sentido amplo das indenizações compensatórias.

Neste caso, o Brasil foi condenado a pagar um valor compensatório às vítimas, sendo que a sentença estipulou três parcelas de indenização diferentes, determinando o pagamento a título de dano material, para a irmã da vítima (Senhora Irene Lopes); de danos emergentes para a mãe da vítima (Senhora Albertina Viana Lopes); e de danos morais em favor dos familiares das vítimas.³⁵

³² COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos:** a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.p. 105.

³³ COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos:** a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.p. 108.

³⁴ COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos:** a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.p. 108.

³⁵ COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos:** a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil.p. 108-109.

Assim, compreende-se que as indenizações compensatórias têm um sentido amplo, e que os danos serão analisados pela Corte com o intuito de corresponder à reparação do sofrimento da vítima, buscando de alguma forma diminuir os efeitos de cada violação.

Destaca-se que no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, o Presidente da República espontaneamente determinou o pagamento das indenizações compensatórias arbitradas pela Corte.³⁶

Ocorre que, se o Brasil deixar de cumprir com as sentenças da Corte, cabe à vítima ou ao Ministério Público Federal, com fulcro no artigo 109, inciso III, da CRFB/88, “deflagrar ação judicial a fim de garantir o efetivo cumprimento de sentença, uma vez que elas também valem como título executivo no Brasil, tendo aplicação imediata”.³⁷

Deste modo as indenizações proferidas pela Corte tem valor de título executivo no Brasil, e em caso de não cumprimento de sentença, poderá ser movida uma execução judicial contra a Fazenda Pública e a ordem dos Precatórios, a qual será obrigada a indenizar a vítima.³⁸

Salienta-se que esse prejuízo sofrido pela Fazenda Pública Federal “decorrente da obrigação de indenizar poderá ser recomposto por meio de ação de regresso contra o responsável imediato pela violação de direitos humanos que deu causa à condenação internacional do Estado”.³⁹

b) As Obrigações de Fazer e não Fazer

Além da modalidade de indenização para compensar os danos sofridos, a Corte adota uma multiplicidade de espécies de reparação “com o objetivo de resgatar a memória, a honra e a dignidade das vítimas da forma mais abrangente possível”.⁴⁰

As sentenças da Corte podem decidir pela procedência, parcial ou total, da ação de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos, podendo determinar “toda e qualquer conduta de reparação e garantia do direito violado, abrangendo as obrigações de dar, fazer e não fazer”.⁴¹ Sobre o conceito das obrigações de fazer e não fazer, leciona André Carvalho Ramos:

De fato, existe uma obrigação de não-fazer, que se traduz na limitação do poder político face aos direitos do indivíduo. Como já assinalou a Corte Interamericana, o exercício da função pública tem limites que derivam dos direitos humanos, atributos inerentes à dignidade humana e em consequência, superiores ao poder do Estado. Já a obrigação da garantia concretiza uma obrigação de fazer, que consiste na

³⁶ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. p. 287.

³⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. p.146.

³⁸ LEITE, Rodrigo De Almeida. As sentenças da Corte interamericana de direitos humanos e a execução no Brasil. **Revista da ESMARN**, Mossoró, v. 8, n. 1, p. 457, jan./jun. 2008.

³⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. p.146.

⁴⁰ COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**.p. 111.

⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. p. 329.

organização, pelo Estado, de estruturas capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana. Toda vez que o Estado falha com este comando, emerge sua responsabilidade internacional.⁴²

Em síntese, as obrigações de não fazer, determinam as situações em que hipótese nenhuma seja desrespeitada, como em casos de trabalho forçado ou obrigatório, conforme transcreve o artigo 6º do Pacto, em que “veda a submissão de qualquer pessoa a escravidão ou servidão”, que são proibidas em todas suas formas, bem como tráfico de mulheres e escravos.⁴³

Já a obrigação de fazer consiste em um conjunto de “estruturas e procedimentos capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, do direito à vida, mostrando a faceta objetiva deste mesmo direito”.⁴⁴

Observa-se que o Pacto de São José da Costa Rica, não estipula um procedimento específico e contínuo para a implementação das obrigações de fazer ou não fazer dos Estados. Desse modo, cada caso concreto comporta peculiaridades específicas, cabendo à Corte analisar cada uma no momento da sentença, conforme exemplifica André de Carvalho Ramos:

Essa diversidade consagra a preferência do Direito Internacional por fórmulas distintas de eliminação de todas as consequências geradas pelo fato internacionalmente ilícito. Tal posição, então, tem sido aceita pelas instâncias internacionais de proteção de direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que definiu reparação como sendo um conjunto de medidas que tendem a fazer desaparecer os efeitos da violação cometida.⁴⁵

Sobre o cumprimento das obrigações, “a forma de obedecer a esse dever é bem mais complicada do que, puramente, executar um título judicial ou baixar um decreto determinando o pagamento”.⁴⁶

Vejamos o caso concreto Esher, em que o Brasil foi condenado pela interceptação telefônica, e pela divulgação de seu conteúdo pela negativa do Poder Judiciário de destruir o material gravado, de trabalhadores rurais do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra.⁴⁷

Nesse acontecimento, a organização Rede Nacional de Advogados Populares e Justiça Global em nome dos membros das organizações Cooperativa Agrícola, protocolou o caso à Comissão no dia

⁴² RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 224-225.

⁴³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. p. 253.

⁴⁴ PETERKE, Sven; RAMOS, André De Carvalho. **Manual prático de direitos humanos internacionais**. p. 231.

⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. p. 251.

⁴⁶ CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil**. Sjrj, Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 115-134, dez./mai. 2016.

⁴⁷ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. p.288.

26 de dezembro de 2000, que exaurida todas as tentativas de acordo submeteu à Corte uma demanda contra a República Federativa do Brasil.⁴⁸

Desta forma, a Corte decidiu pela procedência do parcial da ação de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos, e em sua sentença condenou o Brasil a indenizar as vítimas a título de dano imaterial, além disso, estipulou uma obrigação de fazer por parte do Estado.

Portanto resta demonstrado que as sentenças da Corte não possuem apenas caráter indenizatório, mas também constituem espécies de obrigações, como no caso em tela, o Brasil foi condenado a publicar a decisão da Corte em diversos meios de circulação nacional, e o dever investigar os fatos que geraram essas violações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo apresentou a análise do conteúdo de casos ocorridos em sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que podem impor obrigações de dar quantia (indenizatórias) e de fazer e não fazer, cumulativamente ou não.

Em decorrência disso, comprova-se que as sentenças proferidas por Tribunais Internacionais possuem caráter de sentenças internacionais, portanto, não precisam passar por um procedimento homologatório para que sejam válidas em nosso ordenamento jurídico. Diferentemente das sentenças estrangeiras, que são proferidas pelo Judiciário de outros Estados, e precisam ser homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea “i”, da CRFB/88, e dos artigos 960 aos 965 do NCPC/2015, para que as sentenças estrangeiras passem a ter eficácia no Brasil.

Nesse sentido, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos por possuírem eficácia de sentenças internacionais, a aplicação das sentenças é imediata a partir do momento de sua publicação, tendo em vista a sua competência contenciosa que abrangem os Estados que fazem parte de sua jurisdição. E caso não seja cumprida voluntariamente, podem ser aplicadas sanções no plano internacional, políticas ou econômicas.

Portanto, por meio da pesquisa do presente artigo afirma-se que é dever de todo Estado investigar as violações de direitos humanos, alcançando um papel de prevenção e reparação, para que as vítimas que tiveram seus direitos violados sejam devidamente compensadas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

⁴⁸ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. p.288.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 mai. 2016.

BRASIL. **Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19901994/d0591.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. **Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil**. Sjrj, Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 115-134, dez./mai. 2016.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 136.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04 mai. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Casos contenciosos**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=en>. Acesso em: 12 de mai. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1987.

LEITE, Rodrigo De Almeida. As sentenças da Corte interamericana de direitos humanos e a execução no Brasil. **Revista da ESMARN**, Mossoró, v. 8, n. 1, jan./jun. 2008.

LINDENBERG, Mariana De Almeida. **Eficácia das sentenças da corte interamericana de direitos humanos através de decisões da justiça brasileira**. Escola da magistratura do estado do rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/mariana_almeidalindenberg.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2016.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos**. Cadernos da escola de direito e relações internacionais. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/O_sistema_Europeu_de_DDHH.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2016.

PEREIRA, Marcela Hamuri Takahashi. **Cumprimento da sentença da corte interamericana de direitos humanos no âmbito interno**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6491>. Acesso em: 04 abr. 2016.

PETERKE, Sven; RAMOS, André De Carvalho. **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Ministério Público da União, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Resumo de direitos humanos e da cidadania**. São Paulo: Iglu, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 25 DE AGOSTO DE 2011. **Medidas provisórias a respeito da república federativa do brasil assunto da penitenciária urso branco**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_10_por.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Adc 19: dispositivos da lei maria da penha são constitucionais**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=199845>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O brasil e a corte interamericana de direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_oea.htm> Acesso em 30 abr. 2018.

A INFLUÊNCIA DO MOVIMENTO TRANSACIONAL NAS RECENTES ALTERAÇÕES LABORAIS

THE INFLUENCE OF THE TRANSACTIONAL MOVEMENT ON RECENT LABOR CHANGES

Maira Angélica Tonial¹

Victória dos Santos Gonçalves²

RESUMO

A presente pesquisa surge a partir do questionamento sobre a influência do movimento transnacional nas recentes alterações no âmbito do Direito do Trabalho, operacionalizadas no ano de 2017, em especial. Dessa forma, a pesquisa pretende estudar a influência que as grandes empresas transnacionais, com culturas diversas e ordenamentos jurídicos distintos, nas últimas alterações legislativas no âmbito do Direito do Trabalho, bem como, a forma que utilizam-se para exercer os poderes empregatícios. A influência das empresas transnacionais na legislação trabalhista será analisada a partir do estudo do exercício do biopoder, conceituado por Michael Foucault, com fito em suas contribuições para a transformação social, decorrente do movimento transnacional. Dessa forma, serão analisados os efeitos da transnacionalidade, a partir das adaptações dos ordenamentos jurídicos que objetivam tornar a legislação protetiva menos incisiva nas relações laborais, em especial, sua possível influência na recente reforma da legislação trabalhista, bem como, as transformações sociais ocasionadas pelo exercício do biopoder.

PALAVRAS CHAVE: Alterações Legislativas. Biopoder. Transnacionalidade.

ABSTRACT

The present research arises from the questioning about the influence of the transnational movement in the recent changes in the scope of Labor Law, operationalized in the year 2017, in particular. In this way, the research intends to study the influence that the great transnational companies, with diverse cultures and different legal systems, in the last legislative changes in the scope of the Labor Law, as well as, the form that they are used to exercise the employment powers. The influence of transnational corporations on labor legislation will be analyzed from the study of the exercise of biopower, conceptualized by Michael Foucault, in order to contribute to the social transformation resulting from the transnational movement. In this way, the effects of transnationality will be analyzed, based on the adaptations of the legal systems that aim to make the protective legislation less incisive in labor relations, especially its possible influence on the recent reform of the labor legislation, as well as the social transformations caused by exercise of biopower.

KEYWORDS: Legislative Changes. Biopower. Transnationality.

¹Doutoranda em Ciências Jurídicas e sociais pela Univali, mestre em Direito pela Unissinos, graduada pela UPF.

² Acadêmica do 9º nível do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo. Bolsista de Iniciação Científica Pibic/UPF. Integrante dos Grupos de Pesquisa: Desafios da Sustentabilidade na Era da Tecnologia: (Im)possibilidade Comunicacional e seus Impactos na Saúde e no Meio Ambiente; Transnacionalismo, Migração e Trabalho; e o Poder Municipal no Estado Brasileiro. E-mail: 150448@upf.br.

INTRODUÇÃO

Após a globalização, surge o movimento transnacional, a partir do qual os países e, principalmente as empresas, passam a relacionar-se. Surge assim, um questionamento acerca da influência das grandes empresas transnacionais na cultura e conseqüentemente no ordenamento jurídico dos países com os quais transacionam.

Nesse viés, a presente pesquisa objetiva verificar a possível influência de empresas transnacionais nas recentes alterações laborais ocorridas no Brasil, por meio da Lei 13.467/2017.

Assim, que num primeiro momento será feita uma breve abordagem do processo globalizatório e seus vernizes, bem como do movimento de transnacionalização empresarial e sua afetação nos mecanismos de produção e distribuição de produtos e serviços.

Após, passa-se a contextualizar as relações de poder e aborda-se a biopolítica como forma de influenciar as pessoas a aceitarem as mudanças, em especial no que tange aos fenômenos laborais.

Ao final, a análise da "reforma trabalhista" e suas possíveis causas e implicações são abordadas por meio de uma visão crítica do processo legal.

A uniformização do direito também será alvo da pesquisa, com foco nas recentes alterações laborais mencionadas, a fim de verificar sua relação com o movimento transnacional, como uma possível imposição das grandes empresas envolvidas. Assim, serão estudados os possíveis prejuízos e benefícios aos trabalhadores, decorrentes da Lei 13.467/2017.

Dessa forma, serão analisados os efeitos do movimento transnacional no campo do direito do trabalho, utilizando-se como base a recente reforma legislativas, que continua a ser muito discutida devido a flexibilização das normas trabalhistas. Os reflexos da transnacionalidade no ordenamentos jurídicos Brasileiro será abordado a partir do estudo de exercício do biopoder, conceituado por Foucault, a partir do qual será possível verificar sua influência na recente reforma da legislação trabalhista, bem como as transformações sociais que ocorreram com a globalização.

1 - PROCESSO GLOBALIZATÓRIO E TRANSNACIONALIZAÇÃO EMPRESARIAL

Vive-se hoje em um mundo globalizado, onde os principais acontecimentos, seja de caráter público ou privado, repercutem internacionalmente, uma vez que entre os países existem relações transnacionais em todas as áreas. Essa repercussão dos acontecimentos é uma característica do processo unificado, porquanto há integração econômica, social, cultural e política entre as Nações.

Para que se atenda ao objetivo da presente proposta de pesquisa, se fará um recorte no instituto. O aspecto da globalização que será abordado no presente estudo refere-se aos mecanismos

de produção e distribuição de mercadorias, bem como, o processo expansionista das empresas transnacionais e sua influência juntos aos países sedes, levando-se em conta principalmente os direitos sociais atingidos.

Se em um primeiro momento a idéia de globalização foi alvo de festejo entre os povos por prometer a quebra de barreiras e a partição de conhecimento entre as comunidades, passado um tempo já se questiona seus efeitos reais, principalmente no que tange ao fenômeno laboral, dada a inserção de novas tecnologias e a expansão de empresas que eram nacionais, viraram multinacionais e agora na contemporaneidade assumem feições transnacionais.

Nesse sentido, entendendo que os efeitos do processo globalizatório trouxeram alguns benefícios, mas principalmente malefícios a comunidade mundial. CAPRA³ afirma ter a globalização fomentado efeitos nocivos, relacionados a desintegração social, a danos expressivos ao meio ambiente, mitigação da democracia e aumento da pobreza, dentre outros.

E, no mesmo sentido, perquerindo as consequências da expansão e abordando os efeitos do movimento sobre a comunidades locais, interessante trazer à baila a ideia de BAUMAN,⁴ que analisando os efeitos territoriais aduz "Uma parte integrante dos processos de globalização é a progressiva segregação espacial, a progressiva separação e exclusão" frase que no seu efeito paradigmático traduz com exatidão a pseudo inclusão mundial.

Esse faceta da globalização, que vai de encontro as promessas iniciais, promove exclusões seletivas, não atendendo as expectativas da comunidade mundial, pois o desenvolvimento econômico só faz sentido a medida em que o desenvolvimento social possa aliar-se a esse processo. Neste viés, percuciente são as abordagens de CRUZ⁵ que traz "A globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo".

Ainda, compartilhando do mesmo pensamento e no mesmo sentimento VOZMEDIANO⁶ em suas reflexões abomina o movimento flexibilizatório, por entender que apenas o capital global, multinacionais e corporações foram globalizadas - pois para estes as fronteiras e impedimentos foram flexibilizados e ou eliminados, ao passo que as pessoas, limitações e proibições de movimentos foram exacerbadas.

Assim, segundo os autores citados, nem só de benesses o movimento globalizatório veio carregado, junto com ele a expansão de desigualdades caminhou ao lado. Como referido por

³CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 129.

⁴BAUMAN, Zygmund. **Globalização : as consequências humanas**. Rio de Janeiro :jorge Zahar Ed, 1999, p. 09.

⁵CRUZ, Paulo Márcio **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar ; participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012, p. 24.

⁶VOZMEDIANO, Jesus. **El Hombre Insostenible**. Sevilla, 2012, p. 33.

SANTOS,⁷ o qual sustenta ser perverso os caminhos todos, afirmando que "Vivemos em um mundo confuso e confusamente percebido".

E, neste contexto globalizado, sabe-se que como acirramento do comércio mundial as grandes empresas buscam a competitividade em seus preços, para que possam assim ganhar mercado para a produção e distribuição de seus bens e serviços. Bem como, introduzir novos processos produtivos - que tragam maior agilidade e baixo valor, conforme RIFKIN⁸ "Esto les obliga a responder introduciendo sus propias innovaciones con el fin de aumentar su productividad y reducir sus precios en un ciclo que no tiene fin."

Ocorre que, em algumas situações as empresas não conseguem reduzir o preço de suas matérias primas, e então buscam na mão-de-obra a alternativa para o barateamento que necessitam para tornarem-se economicamente soberanas, desprezando o principal bem de um empreendimento, qual seja: seus funcionários e colaboradores. Neste sentido, as empresas que deixam de ser multinacionais (com sede em vários estados) e passam a assumir um caráter transnacional (perpassam as fronteiras).

A idéia de transnacionalidade e os seus efeitos são comentadas por Soares,⁹ os quais referem que tais movimentos transcendem os limites nacionais, sendo capazes de interferir na vida de pessoas. Os autores trazem como exemplo as questões ambientais, as quais tem reflexos que ultrapassam as fronteiras territoriais, bem como as questões econômicas, por sua repercussão no mercado mundial. Contudo, da mesma forma pode-se analisar as questões laborais, por serem essenciais para o desenvolvimento econômico e social.

Nesse processo globalizatório de busca de competitividade e de expansão global algumas empresas, que eram nacionais e com o tempo passaram a sediar-se em vários países - assumindo a feição multinacional, passam agora a mudar novamente sua feição. Assumem um viés transnacional, buscam novos mercados que melhor se adaptem às suas necessidades e interesses, fixando sua matriz em um país sede e buscando ramificações em localidades que possam ofertar mão de obra barata, um meio ambiente rico em recursos naturais e que principalmente não ofereça resistências aos seus propósitos.

Neste sentido, buscando retratar a atual realidade, que envolve a preponderância de grandes empresas frente a singelas soberanias estatais ao final do artigo, trabalhar-se-á o processo de "reforma

⁷SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização : do pensamento único a consciência universal**. 19ª Ed; Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 33.

⁸RIFKIN, Jeremy. **La sociedad de coste marginal cero el internet de las cosas, el pro común colaborativo y el eclipse del capitalismo**. Paidós, 2014, p. 12.

⁹ROSA, Alexandre Moraes; STEFFEN, Marcio Ricardo. Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica. In: SOARES, Josimar Sidnei. **Globalização, pós-modernidade e transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas**. Itajaí: Univali, 2013.

trabalhista" ocorrido recentemente no Brasil e a possível influência de empresas transnacionais na implementação de mecanismos mais flexíveis economicamente, porém, nocivos socialmente.

E, neste sentido, importante trazer o pensamento de DOWBOR,¹⁰ que contrapondo os efeitos do processo de transnacionalização empresarial e econômica sustenta estar a sociedade vivendo uma crise civilizatória, aduzindo "Criou-se um hiato profundo entre os nossos avanços tecnológicos, que foram e continuam sendo espetaculares, e a nossa capacidade de convívio civilizado, que se estagna ou até regride".

Assim que, interessante se torna, realizar uma pequena abordagem sobre o processo de influência e relações de poder travados no mundo contemporâneo, utilizando-se sobretudo de conceitos já tratados e observados por Foucault, que auxiliarão no processo de entendimento das modificações operacionalizados.

2 - RELAÇÕES DE PODER

O poder é considerado por Foucault como uma forma de persuasão a ser exercida por qualquer um, dependendo, para seu exercício, apenas da existência de relações sociais, sobre as quais é exercido. Outrossim, essas relações de poder, uma vez visualizadas em todos os setores da sociedade, consideram-se ilimitadas.

Nesse sentido, PELLIZARO¹¹ refere que para o exercício do poder é necessário haver possibilidade de recusa da parte influenciada, pois as relações de poder tem por base a liberdade, caso contrário, tratar-se-á de dominação. O autor menciona que, embora as relações de poder possam se tornar relações de dominação, em sua essência é necessário seja possível a resistência.

De acordo com Foucault, o exercício do poder não está localizado em um lugar específico, uma vez que pode e é exercido por todos os setores da sociedade. Refere estar seu exercício infiltrado entre as pessoas, disfarçado dentro das relações sociais.¹² Nesse sentido também comentam os autores¹³ que a,

[...] ideia de que o poder é uma propriedade do Estado, das instituições e das altas classes sociais é uma interpretação limitada do poder. Para Foucault, o poder está em todas as áreas

¹⁰ DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?** / Ladislau Dowbor. - São Paulo : Autonomia Literária, 2017.

¹¹ PELLIZARO, Nilmar. **Michel Foucault: um estudo do biopoder a partir do conceito de governo.** *Peri*, v. 05 n. 01, 2013, p.155-168. Disponível em: <<http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/888/391>>. Acessado em 05 jan 2019.

¹² DINIZ, Francisco Rômulo Alves; OLIVEIRA, Almeida Alves de. **Foucault: do poder disciplinar ao biopoder.** *Scientia*, nov. 2013/jun.2014, p. 01 – 217. Disponível em: <http://www.faculdade.flucianofejiao.com.br/site_novo/scientia/servico/pdfs/VOL2_N3/FRANCISCOROMULOALVESDINIZ.pdf>. Acesso em 05 jan. 2019.

¹³ DINIZ, Francisco Rômulo Alves; OLIVEIRA, Almeida Alves de. **Foucault: do poder disciplinar ao biopoder.** Acesso em 05 jan. 2019, p. 14.

da sociedade – infiltrado nas relações entre as pessoas – e por isso o poder consegue disfiar-se em todo o tecido social, sendo uma prática social comum entre qualquer pessoa que viva em sociedade.

Para o estudo do exercício do poder Foucault utilizou-se da método chamado de genealogia do poder, o qual diz ser a fórmula de descrever acontecimentos, a partir das interpretações da época. Nesse sentido, DINIZ e OLIVEIRA¹⁴ referem que a pesquisa não parte das premissas do presente para compreender os fatos ocorridos, procurando, no entanto, a forma como surgiu aquele entendimento a ser estudado. A partir da genealogia do poder, Foucault explica o poder disciplinar, o biopoder e a biopolítica.

O biopoderé aquele exercido sobre a vida das pessoas, seja de forma individual ou sobre a sociedade como um todo. Outrossim, de igual impacto, existe a biopolítica, a qual é exercida pelo Estado, quem detém o controle populacional, relacionado com saúde pública e controle de natalidade. Ainda, têm-se o poder disciplinar, que é aquele exercido através da sujeição física, com a disciplinarização dos corpos.¹⁵

O poder disciplinar foi uma das primeiras formas de exercício de poder. Nesse método, de acordo DINIZ e OLIVEIRA,¹⁶ a imposição violência, embora exista, não é explícita, aparece discretamente, de forma a não ser percebida, levando o homem a fazer o que é imposto, por vontade própria. Essa metodologia é trazido por Foucault pelo fato de já ter existido métodos violentos que não alcançaram resultados tão eficazes como a disciplina.

Assim, que pelo pensamento de Michel Foucault, o biopoder, tem como objeto o auxílio ao desenvolvimento do processo capitalista, pela fortificação dada ao Estado. Neste sentido a o capitalismo se expandindo permite que os Estados possam atuar de forma mais premente, e em alguns casos, negociando com as empresas transnacionais permitindo que estas adentrem em seus territórios e explorem seu povo e seus recursos naturais, sem contrapartida significativa. Pois, como bem alertado por STIGLITZ¹⁷ "As empresas buscam o lucro e isso significa que ganhar dinheiro é a prioridade máxima delas."

Nesse viés, com a globalização e, conseqüentemente, o crescimento de empresas transnacionais, já é possível analisar essas transformações. Como já referido, é necessário que as empresas, em suas negociações, se adequem de forma a viabilizar o fornecimento do produto ou serviço garantindo o maior lucro possível, tendo em conta serem as partes disciplinadas por

¹⁴DINIZ, Francisco Rômulo Alves; OLIVEIRA, Almeida Alves de. **Foucault: do poder disciplinar ao biopoder**. Acesso em 05 jan. 2019.

¹⁵PELIZZARO, Nilmar. **Michel Foucault: um estudo do biopoder a partir do conceito de governo**. Acesso em 05 jan 2019.

¹⁶DINIZ, Francisco Rômulo Alves; OLIVEIRA, Almeida Alves de. **Foucault: do poder disciplinar ao biopoder**. Acesso em 05 jan. 2019.

¹⁷STIGLITZ, Joseph E. **Globalização Como dar Certo**. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo. Companhia das Letras, 2007, p. 303.

legislações distintas. Assim, CRUZ e BODNAR¹⁸¹⁹ referem que: "Dessa forma a expressão latina *trans* significa algo que vai 'além de' ou 'para além de', a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado, que indicaria que são perpassadas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados".

A influência das empresas transnacionais na legislação trabalhista, pode ser analisada a partir do estudo das diversas formas de exercício do poder, conceituados por Michael Foucault, sendo evidente que as recentes alterações legislativas relacionadas ao meio ambiente laboral, decorreram do movimento transnacional. Nesse sentido, verifica-se tratar o Brasil um país com legislação trabalhista incisiva, as quais incidem sobre o capital das empresas, interferindo diretamente em seu desenvolvimento econômico.

Assim, diante da influência, decorrente da importância de grandes empresas transnacionais para a economia do país, é natural seja o poder exercido de forma a mobilizar a sociedade a adequar tudo aquilo que seja considerado um obstáculo para a obtenção do lucro. A legislação trabalhista é hoje considerada um barreira para o desenvolvimento das empresas e, dessa forma é alvo de diversos setores que, através do exercício do poder, viabilizam alterações que, quando percebidas, já estão interferindo na vida de todos trabalhadores.

2.1 - Influência Legislativa: alteração recente

Em busca de desenvolvimento econômico, os Estados procuram alianças consideradas necessárias para sobreviver dentro desse mundo globalizado. Há uma permanente busca de soma forças, acreditando-se que, quanto maior o número de países aliados, maior será seu crescimento.²⁰

Ocorre que, juntamente com o crescimento econômico almejado vem a perda dos valores e identidades de cada comunidade, deixando-se prevalecer a cultura dos aliados mais influentes. Nesse viés, o autor²¹ remete a uma das consequências mais perigosa do processo globalizatório, que é a perda da identidade local, quando defende que com universalização as “culturas locais minoritárias entraram em processo de colisão com outras mais fortes e predominantes, sofrendo perdas de identidade, tendendo, conseqüentemente, a desaparecer”.

A discutida influência da globalização nas tradições cultivadas pelos diferentes países, que se solidificaram com a criação de seus ordenamentos jurídicos, resulta conseqüentemente na alteração

¹⁸CRUZ, Paulo Márcio **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar ; participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012.

¹⁹CRUZ, Paulo Marcio (org.). **Direito e Transnacionalidade**/ Paulo Marcio , JoanaStelzer (org.). Curitiba: Juruá, 2009.

²⁰VICENTE, Maximiliano Martin. **História e comunicação na nova ordem internacional**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

²¹VICENTE, Maximiliano Martin. **História e comunicação na nova ordem internacional**. 2009, p. 12.

da norma vigente, trazendo à tona a discutida uniformização do direito. Essa influência internacional quando atinge a legislação dos Estados, ganha poder sobre os mais diversos interesses de população, inclusive as relações laborais, considerando que com o fortalecimento do processo globalizatório as empresas também passam a se relacionar de forma transnacional.

Relacionando-se os países e, conseqüentemente surgindo grandes empresas transnacionais, surge também questionamentos acerca de sua influência na cultura e conseqüentemente no ordenamento jurídico dos países com os quais transacionam, como já referido. Dessa forma, é possível analisar possíveis contribuições de empresas transnacionais nas novas alterações legislativas relacionadas ao meio ambiente laboral.

A influência do movimento transnacional nas legislações de cada país é mencionada por SOARES,²² que refere que ao aproximar diferentes culturas, a globalização tornar mais intensos os conflitos de caráter jurídicos, por se tratar de legislações diferentes, com bases principiológicas e direitos fundamentais distintos à resguardar, com histórias e consciências coletivas próprias. O autor refere que a criação de um direito uniformizado é uma consequência da globalização, que traz junto consigo o interesses de uma limitada parte da população.

Soares,²³ ainda no mesmo sentido, comentam acerca da supressão de autonomias singulares e regionais em face de uma cultura global, principalmente devido ao mercado de capital. Ocorre que a economia está diretamente ligada as relações de trabalho, tais que em alguns países possuem legislações incisivas, que muitas vezes encarecem a mão-de-obra, refletindo assim no desenvolvimento econômico.

A flexibilização dos direitos sociais, a partir das adaptações do ordenamento jurídico que objetivam tornar a legislação menos incisiva nas relações laborais é uma possível consequência da transnacionalidade, uma vez que relacionam-se empresas advindas de Estados com normas trabalhistas diferentes, visando, principalmente, seu crescimento econômico.

O crescente processo de globalização, que aproxima e gera o envolvimento entre os Estados nacionais e empresas transnacionais, revelando várias diferenças culturais e normativas, é também uma forma de unificar os direitos e garantias dos trabalhadores, de forma à resguardar os direitos humanos do trabalho.

STELZER,²⁴questionando esse processo globalizatório e suas irradiações, argumenta que “O Estado não desapareceu, mas relativizou-se em determinadas dimensões legais, de maneira que não se reconhece mais o ente político-jurídico em suas características clássicas.”

²² ROSA, Alexandre Moraes; STEFFEN, Marcio Ricardo. **Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica**. 2013.

²³ ROSA, Alexandre Moraes; STEFFEN, Marcio Ricardo. **Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica**. 2013.

²⁴STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 15.

Nesse viés, é interessante analisar o alcance e os reflexos de predominância de interesses de uma pequena classe, que, além de possuir o domínio do mercado mundial, após a globalização, ganha espaço para interferir, através das relações estabelecidas, nas legislações dos Estados com as quais transacionam e, conseqüentemente, na vida de tantas pessoas.

Assim, abordando esse aspecto transnacional e a necessária observância dos direitos fundamentais, GARCIA²⁵ traz que "As demandas transnacionais se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional". E no que tange a direitos laborais a realidade não poderia ser diversa, tendo em conta que o questionamento é justamente acerca do princípio basilar protetivo, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Essa predominância do poder transnacional face ao poderes locais, podem perquerir várias inquietudes, principalmente no que tange ao direito laboral. Recentemente o Brasil passou por um processo de alteração de normas laborais, tamanho foi a alteração de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, que o processo legislativo (Lei 13.467/2017) ganhou o nome de "Reforma Trabalhista."

Esse fenômeno, teve como proposta base a atualização das normas que regem as relações laborais e a promessa de criação de novos postos de trabalho, com a possibilidade de concessão de maior autonomia a empregado e empregador na definição de direitos e deveres na pactuação contratual.

Ocorre, no entanto, que o processo reformista não foi precedido de ampla discussão com a comunidade local, muito menos foi dada a abordagem de entendimento para conformar os novos preceitos com o que determina a artigo 170 da Constituição Federal de 1988: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)."

Assim que, pode-se perquerir que a mesma ocorrido para atender influencias externas tenhahpara CRUZ,²⁶ essa seletividade de benefícios é preocupante ao desenvolvimento social e aduz que o desafio está justamente em entender que o espaço transacional pertence a todos ou servirá apenas a uma seleta classe de beneficiados , assim "Este é o grande desafio: possibilitar a esses excluídos se reconhecerem e atuarem como cidadãos globalizados. Que o local e o global se complementem."

²⁵GARCIA, Marcos Leite, Cruz, Paulo Marcio, SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade**. Volume 2. Itajaí, Univali, 2014, p. 138.

²⁶CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012, p. 32.

Assim que, pode-se questionar se os direitos sociais, dentro desse contexto de expansão empresarial transnacional estão sendo priorizados em face do interesse econômico. E, novamente importante a reflexão de GARCIA,²⁷ que realizando uma abordagem crítica da realidade da mitigação dos direitos sociais de muitos, face ao privilégio de poucos, aduz "Com a transnacionalização dos direitos fundamentais o compromisso de um país periférico passaria a ser com toda a comunidade transnacional a que pertence, e não mais somente com o seu (des)enganado povo. "

Sobre os efeitos do capitalismo predatório e descontextualizado das pessoas Alexandre Morais da Rosa²⁸ refere que "este modelo gera "vítimas" e depois as constata via "Relatórios Mundiais", para os quais se apressa em apresentar novas (ilusórias) soluções.

E nesse sentido pode-se realizar uma crítica aquilo que muitos denominam como "desenvolvimento", pois para muitos a abertura de fronteiras para as empresas transnacionais seria sinônimo de avanços. Mas pondera-se, entretanto, que a noção desenvolvimentista é deveras mais complexa e deve respeitar e privilegiar sobretudo a comunidade local e mecanismos sustentáveis de empreendedorismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa abordou o processo expansionista das empresas transnacionais e sua influência juntos aos países sedes, em especial, as recentes alterações da legislação trabalhista brasileira. Discutiu-se o processo globalizatório, o desenvolvimento econômico dos países e das empresas transnacionais, bem como seus reflexos sociais.

Nesse sentido, foram destacados alguns benefícios, mas principalmente os prejuízos da transnacionalidade para o meio ambiente laboral, observando para isso, o exercício do biopoder pelas empresas e sua influência na flexibilização da legislação trabalhista. Observou-se ser a reforma trabalhista uma meio das empresas transnacionais implementar mecanismos mais flexíveis economicamente, porém, nocivos ao trabalhador, representando assim retrocesso em direitos sociais conquistados após anos de muitas lutas.

Assim, embora cientes da importância de grandes empresas transnacionais para a economia do país, sendo essas quem procuram alianças importantes para o seu desenvolvimento econômico, não deixa de ser visível a influência dessas empresas na sociedade com as quais transacionam, de forma a adequar aquilo que represente um obstáculo para a obtenção de seu lucro.

²⁷GARCIA, Marcos Leite; CRUZ, Paulo Marcio, SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade**. 2014, p. 161.

²⁸ROSA, Alexandre Moraes; STEFFEN, Marcio Ricardo. Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica. In: SOARES, Josimar Sidnei. **Globalização, pós-modernidade e transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas**. Itajaí: Univali, 2013, p. 79.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmund. **Globalização : as consequências humanas**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed, 1999

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. São Paulo: Cultrix, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar ; participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Marcio (org.). **Direito e Transnacionalidade/** Paulo Marcio , Joana Stelzer (org.). Curitiba: Juruá, 2009.

DINIZ, Francisco Rômulo Alves; OLIVEIRA, Almeida Alves de. **Foucault: do poder disciplinar ao biopoder**. Scinetia, nov. 2013/jun.2014, p. 01 – 217. Disponível em: <http://www.faculdade.flucianofejiao.com.br/site_novo/scientia/servico/pdfs/VOL2_N3/FRANCIS COROMULOALVESDINIZ.pdf>. Acesso em 05 jan. 2019.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?** / Ladislau Dowbor. - São Paulo : Autonomia Literária, 2017.

GARCIA, Marcos Leite, Cruz, Paulo Marcio, SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade, volume 2. Itajaí, Univali, 2014

PELIZZARO, Nilmar. **Michel Foucault: um estudo do biopoder a partir do conceito de governo**. Peri, v. 05 n. 01, 2013, p.155-168. Disponível em: <<http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/888/391> >. Acessado em 05 jan 2019.

RIFKIN, Jeremy. **La sociedad de coste marginal cero El internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo**. Paidós, 2014

ROSA, Alexandre Moraes; STEFFEN, Marcio Ricardo. Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica. In: SOARES, Josimar Sidnei. **Globalização, pós-modernidade e transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas**. Itajaí: Univali, 2013.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização : do pensamento único a consciência universal**. 19ª Ed; Rio de Janeiro: Record, 2010.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização Como dar Certo**. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo. Companhia das Letras, 2007.

VICENTE, Maximiliano Martin. **História e comunicação na nova ordem internacional**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

VOZMEDIANO, Jesus. **El Hombre Insostenible**. Sevilla, 2012.

**A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
DOS CRIMES DE LESA HUMANIDADE COMETIDOS DURANTE A GUERRILHA DO
ARAGUAIA**

**THE POSSIBILITY OF A TRIAL BY THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT OF
CRIMES AGAINST HUMANITY COMMITTED DURING THE ARAGUAIA
GUERRILLA**

Maria Caroline Nemet Kurtz¹

Micheli Piucco²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional dos crimes ocorridos na Guerrilha do Araguaia, durante a Ditadura Militar brasileira, como crimes de lesa humanidade. O estudo é fruto de pesquisa bibliográfica realizada nos estudos do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo, Migração e Trabalho da Universidade de Passo Fundo, sendo o método utilizado o dedutivo. Entende-se pela possibilidade de julgamento dos agentes estatais por serem os crimes imprescritíveis, permanentes, sendo a lei de anistia interna inválida e em razão dos causadores de crimes de lesa humanidade não serem julgados até os dias atuais, o que não permite o acesso à justiça, à memória e à verdade.

PALAVRAS-CHAVE: Guerrilha do Araguaia. Lesa Humanidade. Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the International Criminal Court and the possibility of framing the crimes that occurred in the Araguaia Guerrilla during the Brazilian Military Dictatorship as crimes against humanity. The study is the result of bibliographical research and the method used is the deductive method. It is understood by the possibility of judging the state agents because the crimes are imprescriptible, permanent, the law of internal amnesty is invalid and because the perpetrators of crimes against humanity are not tried until the present day, which does not allow access to the justice, memory and truth.

KEY WORDS: Guerrilla of Araguaia. Lesa Humanidade. International Penal Court.

INTRODUÇÃO

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Possui especialização pelo Centro Universitário Internacional Uninter em Direito Processual Civil e especialização em Direito Médico pela Escola Superior Verbo Jurídico- Uniasselvi. Atualmente é advogada. E-mail: mariacarolinenk@gmail.com.

² Visitante Profissional na Corte Interamericana de Direitos Humanos (set./dez. 2018). Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (Bolsa Capes). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

O Tribunal Penal Internacional é uma instituição com responsabilidade penal em escala mundial, contra os atos que lesam a dignidade da pessoa humana. A jurisdição do Tribunal é complementar, sendo regra o esgotamento dos recursos internos como condição para recorrer ao sistema internacional. O Brasil aderiu ao Estatuto e ao Tribunal Penal Internacional - TPI como signatário original. Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45, acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 5º da Constituição Federal, declarando que o Brasil se submete a jurisdição do TPI.

A análise que se propõe é sobre a possibilidade de julgamento pelo TPI dos agentes estatais que cometeram crimes contra a população, no qual enquadra-se como crimes de lesa humanidade, definidos no art. 7º do Estatuto de Roma. Ao analisarmos a lei de anistia brasileira, lei que vem sendo obstáculo ao acesso à justiça em razão de ser utilizada como empecilho para a investigação e julgamento dos processos internos, segue-se o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual em julgamento proferido em 2010 (*Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*), condenou o Estado brasileiro considerando a lei de anistia interna inválida por não observar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a interpretação que a Corte Interamericana realiza desse instrumento.

Dessa forma, os agentes ao não serem julgados no ordenamento interno, poderão ser julgados pelo TPI, pois cometedores de crimes definidos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e ainda não julgados passados mais de 40 anos do período em que ocorreu a Guerrilha do Araguaia, os pressupostos estão preenchidos. Importante salientar que no presente artigo, o caso em que analisamos é o conhecido como Guerrilha do Araguaia. Tal delimitação ocorre em virtude de ser um caso em que presente crimes permanentes (consumação se estende no tempo), pois os corpos dos integrantes da Guerrilha nunca foram achados e, são ainda, crimes imprescritíveis o que faz do TPI órgão com competência para julgamento dos agentes estatais.

Os crimes de lesa humanidade são considerados como crimes que transcendem o âmbito individual possuindo como vítima a humanidade. A anistia dada aos crimes de lesa humanidade é uma forma de impedir a punição e a cicatrização das feridas causadas na sociedade em razão da impunidade. Os Estados devem garantir aos familiares e a própria sociedade o direito a verdade, à justiça, à memória e à verdade dos desaparecidos na Ditadura Militar brasileira.

Entende-se pela possibilidade do julgamento pelo Tribunal Internacional Penal dos agentes que cometeram crimes durante a Guerrilha do Araguaia, por serem tais crimes imprescritíveis e permanentes, por ser a lei de anistia interna inválida e em razão dos causadores de crimes de lesa humanidade não serem julgados por obstáculo de tal lei (anistia), sendo os recursos internos impetrados, mas não resultando em acesso à justiça e a verdade. O estudo é fruto de pesquisa bibliográfica realizada nos estudos do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo, Migração e Trabalho da Universidade de Passo Fundo, sendo o método utilizado o dedutivo.

1 - O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O ESTADO BRASILEIRO

As diversas atrocidades ocorridas durante guerras e revoluções, importaram na necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional com competência para julgar os infratores. Após a Primeira Guerra Mundial, ocorreram diversos abusos e violações aos Direitos Humanos, sendo elaborada uma proposta da “Comissão para a Responsabilização dos Autores da Guerra e para a Execução de Penas por Violações a Leis e Costumes de Guerra”, em 1919, com o objetivo de criar um tribunal superior para julgar indivíduos que violaram os costumes de guerra.³

A Comissão citada foi constituída em 1919 e pretendia de início, punir os responsáveis pelos massacres de cerca de 600.000 armênios. Ocorre que, o subsequente Tratado de Sèvres, que serviria de base para o Tribunal, não foi ratificado pela Turquia e havendo oposição também por parte dos Estados Unidos da América. A posterior implementação do Tratado da Lausanne, que substituiu o Tratado de Sèvres, concedeu anistia aos turcos. Dessa forma, houve uma tentativa frustrada, quando em 1919, o Tratado de Versalhes previu a criação de um Tribunal Especial, para punir os alemães acusados de crime de guerra, porém o Tribunal não se efetivou.⁴

Sabe-se nesse contexto, que após inúmeras tentativas de criação de um Tribunal especial para punição de infratores de crimes graves, o Estatuto de Roma vem para solucionar esta falta, sendo ele o tratado que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional, adotado em 17 de julho de 1998, em Roma, na Itália. As primeiras negociações acerca do Estatuto iniciaram no ano de 1994.⁵

Importante frisar, que o Tribunal de Nuremberg, ocorrido na cidade alemã de Nuremberg, criado em 1945, para julgar os crimes ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, foi um importante marco para a o direito penal internacional, tendo em vista que era competente para julgar crimes contra a humanidade, sendo criticado tendo em vista que se tratava de um tribunal concebido *ex post facto*.⁶

Apesar de constituir um tribunal dos vencedores sobre os vencidos e de aplicar a lei de forma retroativa, Nurembergue foi considera o marco inicial do Direito Internacional Penal. Seus resultados foram imediatamente submetidos à apreciação da então recém-criada ONU. Em 1946, a Assembleia Geral das nações Unidas (AGNU), em sua primeira sessão, adotou, por consenso, resolução patrocinada pelos Estados Unidos que “afirma” os princípios de direito

³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 202-203.

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2010, p. 202.

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2010, p. 200.

⁶ CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional. Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2012, p. 22-23.

internacional reconhecidos na Carta de Nurembergue e na sentença daquele tribunal, sem, no entanto, relacioná-los.⁷

Segundo Cardoso, diante de todos os esforços por parte da Organização das Nações Unidas - ONU, durante a Guerra Fria não se chegou a ter uma Corte Criminal Internacional, mas os primeiros passos haviam sido dados, sendo que tal ideia deveria ser amadurecida pela comunidade internacional por haverem diversas controvérsias que a rodeavam.⁸

Com a criação do TPI foi implementada no Estatuto de Roma a necessidade de sessenta ratificações, sendo que não foi admitido pelo Estatuto reservas por parte dos Estados, o que certamente dificultou o processo de incorporação. Assim, somente em 11 de abril de 2002, quando o Estatuto já contava com sessenta e cinco ratificações é que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional passa a vigor no plano internacional. As inúmeras ratificações que o Tribunal recebeu têm relação direta com a necessidade mundial de criação de um tribunal competente para julgamento de crimes contra a humanidade e crimes de intensa gravidade para a comunidade internacional.⁹ Sobre a criação do TPI:

A criação de um Tribunal Penal Internacional constitui um progresso importante na aplicação prática do mecanismo da jurisdição universal; posto que esta já havia sido incorporada ao Direito Internacional escrito desde agosto de 1949, quando foram aprovadas pela comunidade internacional as quatro Convenções de Genebra sobre o Direito Internacional Humanitário. O conceito ou a probabilidade de jurisdição internacional está igualmente previsto em outros tratados internacionais, como, por exemplo, na Convenção para Prevenção e Ascensão do Delito de Genocídio, de 1948, e na Convenção contra a Tortura, de 1984, simplesmente para citar dois tratados internacionais que supõem e que implicam a existência da jurisdição universal. Os Estados-membros desses tratados estariam, assim, ética e juridicamente, obrigados a julgar esses graves delitos e a castigar seus autores.¹⁰

A criação do Tribunal Penal Internacional foi um mecanismo imprescindível para a punição de criminosos de guerra, e crimes dos mais sérios interesses internacionais, até mesmo porque, conforme se verificará a seguir, a punição do referido tribunal, não se trata apenas de punição moral ao Estado, a punição tem caráter coercitivo, privando o indivíduo infrator da liberdade.¹¹

Indiscutível que a criação do órgão em análise, a instituição de um Tribunal Penal Internacional permanente foi de grande valia na garantia e efetivação para os direitos humanos positivados no âmbito internacional. Dessa forma, trata-se de conquista imensurável para a

⁷ CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional. Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil**. 2012, p. 23.

⁸ CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional. Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil**. 2012, p. 26.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 462.

¹⁰ CUNHA, Guilherme da. **As dimensões política e humanitária da criação do Tribunal Penal Internacional**. Revista CEJ, América do Norte, 410 08 2000. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/339/541>>. Acesso em 15 de nov. 2017.

¹¹ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em 19 nov. 2017.

humanidade, pois os crimes dos quais o Tribunal julga, são crimes que transcendem a esfera individual, afetando toda a humanidade.

O Tribunal Penal Internacional conserva uma relação de cooperação com a Organização das Nações Unidas, contudo, não faz parte da ONU. A independência do Tribunal nesse caso prevalece. Sua sede é na Holanda, na cidade de Haia. No que se refere à composição do Tribunal Penal Internacional, ele é composto pela presidência, uma Seção de administração de recursos, Seção de Julgamento de Primeira Instância e uma Seção de Instrução, pelo Escritório do Promotor e pelo Secretariado.¹²¹³

Considerando a competência do Tribunal, o órgão em análise é competente para julgar os crimes de lesa humanidade, crimes de guerra, de genocídio e crimes de agressão. Sua competência no Brasil se dá, de maneira subsidiária e complementar, sendo requisito o esgotamento prévio das vias ordinárias de julgamento, e sua aplicação seja apenas para crimes posteriores a entrado em vigor do Estatuto.¹⁴

As principais características desse importante Tribunal é que, ao contrário da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ele julga a pessoa física acusada, e não o Estado. Sabe-se que a Corte Interamericana tem caráter consultivo e contencioso. A sentença da Corte Interamericana pode ter cunho moral e pecuniária. Isso porque, ela julga os Estados. Já a sentença do Tribunal Penal Internacional, por julgar os indivíduos, tem caráter sancionatório de restrição de liberdade individual.¹⁵

Importante ressaltar alguns aspectos procedimentais sobre o TPI, tendo em vista a importância deste no julgamento de crimes. “Quanto à revelia, o TPI preceituou que não haverá julgamento de réu revel. Na Conferência de Roma, que deu vida ao TPI, o tema foi muito discutido, concluindo que o TPI não admite julgamento à revelia”.¹⁶ No que se refere ao julgamento, este se dará na sede, em Haia. Sobre esse assunto:

Os julgamentos serão sempre na sede do tribunal, porém a Corte poderá mudá-lo de lugar caso for mais conveniente. A audiência de julgamento terá sempre a presença do réu. Entretanto, se o réu, que estiver atrapalhando a sessão, será conduzido à sala especial e a

¹² BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Acesso em 19 nov. 2017.

¹³ SILVA, Andreza Maciel da. A Competência Jurisdicional do Tribuna Penal Internacional. Revista SynThesis. Revista Digital FAPAM, Volume 6, nº 6, ano 2015. Disponível em: <<http://periodicos.fapam.edu.br/index.php/synthesis/article/view/101/98>>. Acesso em 19 nov. 2017, p. 39.

¹⁴ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Acesso em 19 nov. 2017.

¹⁵ PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista EMERJ, Volume 12, nº 45, ano 2009. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_87.pdf>. Acesso em 19 nov. 2017, p. 100-104.

¹⁶ GRATÃO, Renan César Andrade; FILHO, Walter Francisco Sampaio. Tribunal Penal Internacional. REVISTA LINHAS JURÍDICAS (UNIFEV), Volume. 4, nº 5, ano 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unifev.edu.br/index.php/LinhasJuridicas/article/view/80/74>>. Acesso em 15 nov. 2017, p. 78.

comunicação será através de equipamentos tecnológicos de comunicação, ficando apenas seu defensor no plenário.¹⁷

Os juízes do TPI estão distribuídos nas divisões judiciais do órgão. Conforme dispõe o Estatuto de Roma, há dezoito juízes no Tribunal Penal Internacional, e eles exercem seu mandato de maneira exclusiva. Existe a necessidade de exclusividade de função para os juízes, sendo que eles devem dedicar-se integralmente ao Tribunal Penal Internacional. Os juízes são eleitos, dentre aqueles que são reconhecidos em Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Internacional e devem ser fluentes em uma das línguas de trabalho do Tribunal. Qualquer Estado parte poderá indicar juízes às eleições do Tribunal, mediante o procedimento previsto para propor candidatos aos mais altos cargos judiciais do Estado internamente, ou mediante o procedimento previsto no Estatuto da Corte Internacional de Justiça.¹⁸

Mostra-se importante frisar que, o Tribunal Penal Internacional tem competência para crimes posteriores, tendo em vista que ele respeita o princípio da anterioridade da norma pena. Nesse sentido, “Como corolário do princípio, o Estatuto acrescenta que ele não terá efeito retroativo: ninguém será considerado responsável pela prática, antes da entrada em vigor do Estatuto, de atos nele definidos como criminosos”. Ademais, a pena do Tribunal Penal é aplicada a pessoas naturais e a maioria penal são dezoito anos. Os crimes julgados serão crimes dolosos e são imprescritíveis.^{19,20}

Importante frisar que o Brasil aderiu ao Estatuto e ao Tribunal Penal Internacional como um de seus signatários originais, sendo aprovado o Estatuto pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 112 de 2002. Foi apenas em 2004, através da emenda constitucional nº 45, que acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 5º da Constituição Federal, que se declara no texto constitucional que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.²¹

No Estado brasileiro, diversas questões foram levantadas com a ratificação do Estatuto de Roma. Isso devido ao fato de tal Estatuto prever exceções a coisa julgada, mas apenas quando viciada, realizada como uma forma de burlar o Estatuto Internacional. Em segundo lugar em razão da imprescritibilidade dos crimes descritos no Estatuto, sendo que a própria Constituição Federal prevê a imprescritibilidade de alguns crimes como o de racismo, não sendo um tema que possa gerar alguma resignação pela doutrina, pois os crimes prescritos são crimes tão graves quanto ao do racismo.

Além disso, uma das principais discussões versou sobre a compatibilidade do ordenamento interno com o Estatuto no que versa sobre a entrega de nacionais, pois diversos autores consideravam

¹⁷ GRATÃO, Renan César Andrade; FILHO, Walter Francisco Sampaio. **Tribunal Penal Internacional**. Acesso em 15 nov. 2017, p. 78.

¹⁸ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Acesso em 19 nov. 2017.

¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Acesso em 19 nov. 2017.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2010, p. 471-472.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2010, p. 205.

como uma forma de extradição. Comparato ressalta a importância da diferenciação de extradição e de entrega. A extradição supõe a cooperação bilateral entre Estados em um processo criminal. A entrega condiz com a “entrega” de um nacional por um Estado em razão da cooperação existente com um órgão de jurisdição internacional, os planos jurídicos das partes envolvidas no último caso são diferentes, é o que dispõe o art. 102 do Estatuto de Roma. O último aspecto que gerou críticas no Estado brasileiro se refere a cominação de pena perpétua pelo Tribunal Penal Internacional, do qual a Constituição Federal de 1988 proíbe no art. 5º, XLVII, *b*. Para o autor, tal normativa entende-se apenas quanto a termos de ordenamento interno não se estendendo ao ordenamento internacional.²²²³

Dessa forma, o Tribunal Penal Internacional é um órgão que a comunidade internacional deveria ter instituído ainda quando dos primeiros julgamentos de crimes de grande relevo internacional e que atingiram todos os indivíduos. Com a criação desse Tribunal, os Estados que o ratificaram não podem mais conceber internamente a ideia de Tribunais de exceção para julgamentos de violações de crimes contra a humanidade, de crimes de agressão, de genocídio e de guerra, sendo de extrema importância a colaboração internacional para que o Tribunal Penal Internacional possa efetuar de forma efetiva suas atribuições.

No próximo tópico será analisada a possibilidade do Tribunal Penal Internacional julgar o caso brasileiro conhecido como Guerrilha do Araguaia, ocorrido durante o período militar e do qual atualmente, passados mais de 40 anos de sua ocorrência, os agentes Estatais ainda não foram responsabilizados em razão do impedimento que se efetiva pela validade da Lei de Anistia brasileira.

2 - A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO JULGAMENTO DO CASO ARAGUAIA

Neste tópico serão analisados os crimes caracterizados como lesa humanidade no Estatuto do TPI e a possibilidade de punição por este órgão do crime que ocorreu no Brasil durante o período da ditadura militar, conhecido como Guerrilha do Araguaia. Essa análise ocorre em virtude dos agentes estatais participantes de tal massacre, passados mais de 40 anos da ocorrência da Guerrilha, não terem sido julgados e punidos pelo Estado, por mais que este tenha sido condenado em âmbito internacional.

Esta condenação internacional ocorreu devido à chamada Guerrilha do Araguaia. Tal guerrilha foi um movimento de resistência ao regime militar imposto no Estado brasileiro, composto por membros do Partido Comunista do Brasil. Os ideais dos guerrilheiros eram de montar um grupo

²² BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Acesso em 19 nov. 2017.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2010, p. 481.

para libertação nacional do então regime militar imposto no Brasil. Na primeira expedição que o exército realizou na região do Araguaia, o grupo de guerrilheiros era composto por cerca de 70 pessoas. Com o passar dos anos, o Estado através das Forças Armadas e das Polícias Federal e militar realizou diversas campanhas contra a Guerrilha do Araguaia. Nas primeiras prisões, os prisioneiros mortos eram identificados, fotografados e sepultados em locais diversos na mata. Em 1973, sob presidência do General Emílio Garrastazu Médici a ordem era de “eliminação” dos capturados. Ao fim do ano de 1974, já não mais existiam guerrilheiros.²⁴

Os representantes das vítimas alegaram perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que os fatos ocorridos durante a Guerrilha, faziam parte do padrão instaurado de “repressão, perseguição e eliminação sistemática e generalizada” que foi imposta a oposição do regime ditatorial, constituindo um dos períodos mais sangrentos de toda a Ditadura Militar brasileira. Segundo os representantes e decorrente das informações que eles obtiveram acesso, grande parte das vítimas ficou sob custódia do Estado antes de seu desaparecimento.²⁵

Os guerrilheiros foram isolados e não possuíam acesso a nenhuma forma de comunicação, sendo submetidos a tratamentos desumanos e cruéis. Decorrente da forma que os agentes estatais haviam seguindo naquele período com os opositores políticos do regime instaurado, “permite deduzir que as supostas vítimas foram torturas durante o período em que estiveram sob custódia do Estado”. A forma do desaparecimento e as demais circunstâncias nunca foram esclarecidas, sendo que os restos mortais ainda não foram localizados, os responsáveis não foram investigados, processados e punidos.²⁶

O próprio Estado reconheceu que ocorreram detenções de forma arbitrária e que as vítimas foram torturadas e, além disso, reconheceu os desaparecimentos. A Corte Interamericana determinou que não existem dúvidas sobre a responsabilidade estatal quanto ao desaparecimento forçado dos integrantes de tal Guerrilha. Em razão dos corpos de muitos dos guerrilheiros nunca terem sido encontrados, tal crime foi considerado pela Corte Interamericana como um crime de caráter permanente, o que faz com que o crime se prolongue no tempo, não podendo ser considerado imprescritível.²⁷

²⁴ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017, p. 04.

²⁵ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.** Acesso em: 15 nov. 2017, p. 31.

²⁶ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.** Acesso em: 15 nov. 2017, p. 31.

²⁷ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.** Acesso em: 15 nov. 2017, p. 43-45.

O Estado brasileiro foi condenado perante o Sistema Interamericano em 24 de novembro de 2010.²⁸ Passados vários anos da condenação e sem que nenhum de seus responsáveis tenha cumprido pena ou ao menos tenha sido julgado perante os tribunais internos brasileiros, este trabalho visa analisar a possibilidade do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil se submete (art. 5º, § 4º, Constituição Federal) julgar e responsabilizar os militares que estiveram à frente de tal Guerrilha, em razão da inefetividade de responsabilização do Estado.²⁹

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, determina em seu artigo 7º os crimes contra humanidade e as dez modalidades possíveis de ocorrer este tipo criminal. Além dessas modalidades, acrescentou na alínea *k*, a possibilidade de inclusão de outros crimes com caráter semelhante. Dessa forma, os crimes contra a humanidade, podem a critério da Assembleia dos Estados Partes, sofrerem acréscimos em seu rol. Assim, o rol apresentado é de *numerus apertus*.³⁰

Importante salientar que para que tais crimes sejam considerados de lesa humanidade, eles devem ser cometidos frente a um quadro de ataque, geral ou de forma sistemática, contra a população e sob conhecimento dessa.³¹ Segundo Comparato:

A inclusão do desaparecimento forçado de pessoas na lista dos crimes contra a humanidade representou um incontestável progresso no direito internacional positivo. A Resolução A/RES/47/133 da Assembleia Geral das Nações Unidas, datada de 18 de dezembro de 1992, bem como a Declaração de Viena e o Programa de Ação adotado na Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, já condenavam essa prática nefanda, largamente empregado por governos militares na América Latina, e pedia o estabelecimento de sanções penais contra os responsáveis.³²

No caso em análise, da Guerrilha do Araguaia, enquadraram-se os seguintes crimes cometidos pelos agentes estatais e constantes no rol do art. 7º:

Artigo 7º. *Crimes contra a Humanidade*. 1. Para os efeitos do Presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade” qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

a) Homicídio;

[...]

f) Tortura;

e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

[...]

h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero [...];

²⁸ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010**. Acesso em: 15 nov. 2017, p. 01.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 nov. 2017.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2010, p. 467.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2010, p. 467.

³² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2010, p. 468-469.

i) Desaparecimento forçado de pessoas [...].³³

Segundo determina o próprio Estatuto, o crime de tortura é configurado com atos que causem de forma intencional na pessoa que está sob custódia sofrimento ou dor de forma aguda, sendo física ou mental. A perseguição é entendida, como a privação acarretada de forma intencional a direitos fundamentais do indivíduo, por motivos identitários de grupos que estão ligados. O crime de desaparecimento forçado de pessoas fica caracterizado com a detenção, prisão ou sequestro através do Estado ou com a sua autorização, com recusa de prestação de informações decorrentes da situação e localização das pessoas.³⁴

Importante salientar que o Tribunal Penal Internacional somente julga pessoas físicas, em acordo ao exposto no art. 25 do Estatuto de Roma. Assim, no caso em tela, não seria o Estado brasileiro julgado, como ocorreu no julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, aqui as pessoas seriam responsabilizadas, ou seja, as pessoas que estavam ligadas ao mandado de execução dos guerrilheiros e as pessoas que então executaram as ordens.³⁵

Segundo Comparato e o próprio Estatuto do Tribunal Penal Internacional (art. 11), a jurisdição somente abrange os crimes que foram cometidos posteriormente a vigência do Estatuto de Roma e posteriormente a data de submissão a jurisdição por parte dos Estados. O Brasil, como salientado se submete a jurisdição desde 25 de setembro de 2002, e como regra a jurisdição somente teria competência após tal data.^{36,37}

Diante disso, segue-se o entendimento da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos que trata tal Guerrilha como um crime que se estende no tempo em função dos corpos, passados mais de 40 anos, ainda não tenham sido encontrados, configurando sua extensão do crime no tempo e, dessa forma, acarretando a imprescritibilidade dos crimes cometidos.

Esse entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi utilizado para que o Brasil pudesse ser julgado perante ela, pois os crimes ocorridos durante a Guerrilha ocorreram anteriormente a submissão do Estado a jurisdição da Corte (1998) e do qual o próprio Estado declarou que a competência seria somente a fatos posteriores ao reconhecimento da jurisdição. A Corte IHD por sua vez, declara que os atos que possuem “caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional”. Com isso, segundo a Corte IDH, o crime de desaparecimento forçado de pessoas já

³³ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Acesso em 19 nov. 2017.

³⁴ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Acesso em 19 nov. 2017.

³⁵ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Acesso em 19 nov. 2017.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2010, p. 468-469.

³⁷ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Acesso em 19 nov. 2017.

foi reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos como permanentes, perdurando até que não se “conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos”. Declarou assim, ser competente para a realização de tal julgamento.³⁸

Decorrente da não efetivação por parte do Estado brasileiro de uma condenação em esfera internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão regional de proteção e efetivação de tais direitos, entende-se que em virtude da demora e do empecilho que o Poder Judiciário brasileiro se utiliza, sendo ele a lei de anistia considerada constitucional, mas a qual não respeita normas internacionais do qual o Brasil se comprometeu em cumprir como a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, e assim, não investigar, julgar e punir os verdadeiros responsáveis para além do Estado poderia o Tribunal Penal Internacional se valer de teses como de ser a Guerrilha um crime permanente (em razão da não localização dos corpos) julgar os agentes estatais brasileiros, utilizando assim, os mesmos argumentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal Penal Internacional é inserido na comunidade internacional, como um Tribunal para zelar pelo processamento dos agentes que cometeram graves atrocidades contra a humanidade e o seu bem-estar. Com sua criação e com as ratificações estatais, perde-se o enfoque a discussão quanto à criação de tribunais de exceção, compostos no passado para o julgamento de agentes cometidos de tais crimes. O tribunal é competente para análise de apenas quatro crimes, o de genocídio, de agressões, de guerra e de lesa humanidade. Crimes esses, que transcendem a esfera individual e atingindo a toda comunidade internacional.

O Tribunal é competente para análise de crimes considerados de lesa humanidade como a tortura, o desaparecimento forçado, o homicídio, as prisões arbitrárias e contrárias as normas internacionais, a perseguição de grupos em razão de motivos políticos todos os quais podemos considerar que foram praticados na Guerrilha do Araguaia que ocorreu durante o período militar brasileiro, anterior ao vigor internacional do Estatuto de Roma.

Diante de passados mais de 40 anos sem que os corpos tenham sido achados, os agentes estatais punidos pela aplicação interna da Lei de Anistia, em contrariedade com a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil e, ainda, decorrente dos crimes serem considerados imprescritíveis e permanentes, se prolongando no tempo, entende-se que poderia o Tribunal Penal Internacional julgar esses agentes como o fez a própria Corte

³⁸ CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.** Acesso em: 15 nov. 2017, p. 09-10.

Interamericana de Direitos Humanos, julgando os crimes cometidos mesmo que anteriores a sua jurisdição pelos fatos expostos, permitindo que as famílias tenham acesso a justiça de seus familiares, com o julgamento dos infratores e, tenham além de tudo, acesso a verdade do ocorrido durante a Guerrilha, a memória de seus familiares torturados, mortos e desaparecidos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em 19 nov. 2017.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional. Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2012.

CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Guilherme da. **As dimensões política e humanitária da criação do Tribunal Penal Internacional**. Revista CEJ, América do Norte, 410 08 2000. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/339/541>>. Acesso em 15 de nov. 2017.

GRATÃO, Renan César Andrade; FILHO, Walter Francisco Sampaio. **Tribunal Penal Internacional**. REVISTA LINHAS JURÍDICAS (UNIFEV), Volume. 4, nº 5, ano 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unifev.edu.br/index.php/LinhasJuridicas/article/view/80/74>>. Acesso em 15 nov. 2017.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista EMERJ, Volume 12, nº 45, ano 2009. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_87.pdf>. Acesso em 19 nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

SILVA, Andreza Maciel da. **A Competência Jurisdicional do Tribuna Penal Internacional**. Revista SynThesis. Revista Digital FAPAM, Volume 6, nº 6, ano 2015. Disponível em: <<http://periodicos.fapam.edu.br/index.php/synthesis/article/view/101/98>>. Aceso em 19 nov. 2017.

**NEOLIBERALISMO E DIREITOS HUMANOS: OS DESAFIOS DE MULHERES
REFUGIADAS ENTRE MUROS E FRONTEIRAS**

**NEOLIBERALISM AND HUMAN RIGHTS: CHALLENGES OF REFUGEE
WOMEN BETWEEN WALLS AND BORDERS**

Thatiane Mandelli¹

Gabriela Werner Oliveira²

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise da relação entre o neoliberalismo e os direitos humanos dentro da temática da crise migratória atual, através do método de procedimento bibliográfico, e utilizando o método hipotético dedutivo. Ademais, versa sobre as técnicas de controle utilizadas pelos governos, como o medo, a construção da figura de um inimigo externo e a técnica da securitização. Por fim, se propõe a uma análise aprofundada da problemática das mulheres refugiadas e sua dupla vulnerabilidade frente aos regimes neoliberais que avançam pelo mundo, em que políticas sociais e a proteção aos direitos humanos são questões que não merecem atenção, e que acabam por acarretar o agravamento da crise migratória e também a situação das mulheres refugiadas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Gênero. Migrações. Neoliberalismo. Refúgio.

ABSTRACT:

The present work has the aims to analyze the relationship between Neoliberalism and the Human Rights regarding the current migration crisis, using bibliographic procedure, and the hypothetical deductive method. In addition, the work addresses about the control techniques used by governments, such as fear, the construction of the figure of an external enemy and the technique of securitization. Finally, it proposes an in-depth analysis of the issue of refugee women and their dual vulnerability to the neoliberal regimes that are advancing around the world, where social policies and the protection of human rights are issues that do not deserve attention, and which end up leading to the aggravation of the migration crisis and also the situation of refugee women.

KEY-WORDS: Humanrights. Gender. Migrations. Neoliberalism. Refuge.

INTRODUÇÃO:

A temática da crise migratória é uma questão latente no debate atual a respeito dos direitos humanos, e de forma transversal, sobre os direitos humanos das mulheres, cujas pesquisas ainda são restritas. Juntamente com essas questões ascende o debate a respeito do neoliberalismo

¹ Aluna da graduação do curso de Direito na Universidade de Passo Fundo – UPF - Passo Fundo – Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: 150407@upf.br.

² Professora da Faculdade de Direito UPF – Passo Fundo – Rio Grande do Sul, Brasil, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. E-mail: gabrielaw@upf.br.

contemporâneo que está ganhando dimensões cada vez maiores a medida que é incorporado à agenda de inúmeros países, cuja pauta caminha na contramão dos direitos humanos, das políticas sociais, criando assim um cenário de contradições e desafios.

No intuito de analisar essas contradições, aborda-se a formação dos Estados e suas concepções, chegando a incorporação do neoliberalismo à forma de organização dos Estados, modificando o papel do Estado ao de agente econômico, impulsionado por princípios nacionalistas e acabando por abandonar algumas ideias de solidariedade e políticas sociais.

Posteriormente, será tratado a respeito das técnicas de governo, utilizando o conceito *foucaultiano* da governamentalidade, adentrando na técnica da utilização do medo e da criação de um inimigo externo a ser combatido, gerando assim a sensação constante de insegurança, cenário em que os governos utilizam da securitização, como forma de ganho de popularidade e estratégia política e eleitoral, o que acarreta uma aversão a refugiados, a propagação da xenofobia e do racismo.

Por fim, ao tratar da figura da mulher refugiada, inicialmente se fará a distinção entre migrantes e refugiados, em que pese são condições que possuem sistemas de proteção diferentes, tanto do ponto de vista social quanto do ponto de vista jurídico; ademais, serão analisadas as dimensões da violência de gênero e a violência sexual sofridas por mulheres em situação de refúgio, tendo em vista a sua situação de dupla vulnerabilidade proporcionada pela condição em que se encontram, e as estratégias do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR no combate a essa violência.

Trata-se de um trabalho de revisão bibliográfica, que teve por base literatura relevante sobre o tema, e para o qual se utilizou o método hipotético dedutivo, cuja hipótese é a de que as mulheres refugiadas sofrem de uma dupla vulnerabilidade tendo em vista que a violência que sofrem é tanto pela condição de refugiadas como também por seu gênero, violência essa sofrida que nem sempre chega até as instituições responsáveis pela proteção dessas mulheres, e que um Sistema neoliberal é um grande responsável pelas dificuldades enfrentadas para que essa proteção se dê de forma efetiva.

1 - ESTADO LIBERAL, ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E NEOLIBERALISMO

O surgimento do Estado moderno trouxe consigo a formação dos Estados-Nação, essa configuração tal qual é conhecida foi resultado de um processo de grandes lutas políticas que evidenciam o fato de que as nações fazem do Estado o instrumento de defesa dos seus interesses. O Estado como um sistema que se manifesta através de leis e de políticas, é a expressão do poder resultante de intermediação entre sociedade e Estado, evidenciando o papel essencial da sociedade e fundamentalmente do indivíduo como um sujeito político.

Um fator determinante para a manutenção de um Estado é a sua economia. Dito isso, é impossível dissociar a figura do Ente estatal de ideologias como o liberalismo, o bem-estar social e o neoliberalismo. A partir das primeiras formas do capitalismo, o Estado passou a assumir o que se pode chamar de responsabilidades sociais, não com o objetivo de garantir o bem comum, mas sim manter a ordem, o que se deu muitas vezes com ações repressoras.³

Alguns elementos essenciais do liberalismo permitem a compreensão desse poder limitador da intervenção do Estado, dentre eles estão: predominância do individualismo, o bem-estar individual em detrimento do bem-estar coletivo, primazia da liberdade e da competitividade, a naturalização da miséria, o domínio da lei da necessidade e a manutenção de um Estado mínimo.⁴

Em um contexto de Pós-guerra de muita politização, nas sociedades europeias, onde se expandia um novo paradigma socialista, havia questionamentos sobre a capacidade de uma sociedade capitalista em dar conta de suprir as necessidades sociais. Nesse momento em que se buscava a recuperação do mercado e com a intenção de barrar a esquerda que tentava conduzir a Europa ao socialismo após a derrota do nazismo e do fascismo, surge o Estado de Bem-Estar social ou *WelfareState*, derivado do quadro social e político no final da Segunda Guerra Mundial e que trouxe reformas importantes.⁵

Adentrando na conceituação do Estado de Bem-Estar Social, segundo Andersen⁶ *welfarestate* não pode ser compreendido apenas em termos de direitos e garantias, é preciso também considerar de que forma as atividades estatais se entrelaçam com o papel do mercado e da família em termos de provisão social. Para Mirsha⁷ não se deve falar em Estado de Bem-Estar Social antes de 1950, ao passo que o mesmo não se define apenas pela evolução interna da política social, cuja qual por si só adquire nova dimensão ao ser vista com base no reconhecimento de direitos dos cidadãos e não mais com base na condição de trabalhador e dos seus beneficiários.

Um ponto importante a destacar quando se trata das diferenças entre o Estado Liberal e o Estado de Bem-Estar social, é que as formas de pensar são direcionadas para o coletivo, como observa

³ PASTOR, Márcia.; BREVILHERI, Eliane Cristina Lopes. **Estado e política social**. Serviço Social em revista. Londrina, v.12, n.1, 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/10055>>. Acesso em: 08 novembro de 2018.

⁴ BEHRING, Elaine Rossetti e BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história**. 3. ed.- São Paulo: Cortez, 2007.

⁵ PASTOR, Márcia.; BREVILHERI, Eliane Cristina Lopes. **Estado e política social**. Serviço Social em revista. Londrina, v.12, n.1, 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/10055>>. Acesso em: 08 novembro 2018.

⁶ ESPING-ANDERSEN, G. **As Três Economias Políticas do WelfareState**. Revista Lua Nova, nº 24, setembro, 1991.

⁷ FIORI, José Luís. **Estado de bem-estar social: padrões e crises**. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 129-147, Dec. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73311997000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 nov. 2018.

Esping-Andersen,⁸ este modelo é um produto inevitável do modo de produção capitalista com o intuito de atender às necessidades coletivas. Ainda, segundo o autor, ele se constitui de programas direcionados em contraposição aos universalistas do antigo modelo liberal, tendo como objetivo a garantia do direito de cidadania de todos os indivíduos.

No início dos anos 1970, uma nova grande crise atingiu o mundo capitalista, o *Welfarestate*, que fora eleito como um dos principais responsáveis pela crise, começou a ser fortemente atacado por economistas denominados neoclássicos, neoliberais e até mesmo liberais, esses ataques vieram de um movimento chamado de “retorno à ortodoxia”.⁹

Foi nesse período que as ideias neoliberais ganharam fôlego, trazendo consigo a ideia de neutralidade, tendo em vista que o livre jogo do mercado dava a chance de uma melhor utilização dos fatores produtivos e em benefício de toda a coletividade.¹⁰ A ofensiva neoliberal, liderada pelos Estados Unidos no governo Reagan e na Inglaterra pelo governo de Margaret Thatcher, sinalizou como alternativa a redução do Estado nos setores sociais para concentrar-se no apoio direto ao capital.

O neoliberalismo como um novo modelo de acumulação implica em algumas questões. Apesar de estar muito ligado a era da globalização e as ideias de livre circulação do mercado, os direitos sociais acabam por perder sua identidade e a concessão de cidadania se restringe, enraíza-se a separação entre o público-privado, a legislação trabalhista cresce para uma maior mercantilização, o que resulta em uma desproteção dos direitos trabalhistas, e também, a legitimação do Estado se reduz à um aumento do assistencialismo.¹¹

Levada a um nível global pelos Estados Unidos e também pelas instituições financeiras como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, a economia com base no livre mercado global do pós 1970 trouxe consigo o crescimento e prosperidade para o capitalismo, mas acarretou, sobretudo, desigualdades e injustiça social, tendo em vista que os sistemas de proteção social foram alvos da ofensiva neoliberal. O crescimento da pobreza e da desigualdade social as piores consequências da aplicação do neoliberalismo, que além disso, não conseguiu reestruturar o capitalismo.¹²

O resultado desse ideário foi uma nova grande crise que teve início nos EUA e atingiu todo o mundo capitalista em 2006, tornando-se a maior crise financeira do pós-guerra, provocando uma

⁸ ESPING-ANDERSEN, G. **As Três Economias Políticas do WelfareState**. Revista Lua Nova, nº 24, setembro, 1991, p. 91.

⁹PASTOR, Márcia.; BREVILHERI, Eliane Cristina Lopes. **Estado e política social**. Serviço Social em revista. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

¹⁰ SOARES, Laura Tavares. **Os custos sociais do ajuste neoliberal na América Latina**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002 (Coleção Questões da Nossa Época, v.78).

¹¹ SOARES, Laura Tavares. **Os custos sociais do ajuste neoliberal na América Latina**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002 (Coleção Questões da Nossa Época, v.78), p. 13.

¹²PASTOR, Márcia.; BREVILHERI, Eliane Cristina Lopes. **Estado e política social**. Serviço Social em revista. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

reação em cadeia. Nesse contexto, o Estado e não o mercado acaba sendo o protagonista, como afirma Santos¹³ “o impensável aconteceu: o Estado deixou de ser o problema para ser a solução”.

A globalização neoliberal transformou o papel do Estado, fazendo dele um instrumento facilitador de lucros e excluindo o seu papel de forma efetiva em questões sociais, o que esse modelo de sociedade fomenta tem produzido insegurança e medo. Forrester¹⁴ nos aponta que, ao contrário de excluídos, os miseráveis estão, cada vez mais, dentro da lógica perversa da sociedade de controle globalizado, que utiliza do medo e da criação de um inimigo externo para difundir suas ideias

2 - NEOLIBERALISMO, CONTROLE SOCIAL DO MEDO E INSEGURANÇA

O neoliberalismo pode ser explorado em suas diversas dimensões, mas aqui a análise feita é partindo do ponto do neoliberalismo como técnica de governo, baseada na noção foucaultiana de governamentalidade. Para Foucault a forma como a conduta de um conjunto de indivíduos se aplicou, de modo cada vez mais marcado, no exercício do poder soberano, se refere diretamente à racionalização da prática estatal em conexão com a mentalidade liberal.

A compreensão de governamentalidade assoma uma forma de governar baseada em uma série de premissas, lógicas e relações de poder e parte de um entendimento mais amplo sobre o que é o Estado e como este exerce poder e influência sobre os sujeitos. A governamentalidade neoliberal consiste em inserir o *rationale* pró-indivíduo e anti-Estado nas ações governamentais.

Diante disso, a ideia de governamentalidade expõe o neoliberalismo não apenas como um projeto econômico, mas como um projeto de construção da realidade social e política que pretende exacerbar a identidade individual de maneira a transportar a responsabilidade social e o cuidado do Estado para o indivíduo.¹⁵ As mudanças geradas por essas técnicas de governo possuem profundas repercussões para o entendimento do indivíduo sobre si mesmo e a sociedade, produzindo cidadãos e padrões de comportamentos pelo próprio bem-estar.¹⁶

A contemporaneidade capitalista, marcada principalmente pela consolidação do neoliberalismo, trouxe consigo formas elaboradas e por vezes sutis e dissimuladas de controle por detrás de uma falsa liberdade. Para isso, acaba estabelecendo tantos artifícios de controle de governo

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O impensável aconteceu**. Artigo publicado na Visão, em 25 de setembro de 2008. Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/publicações/opinião/bss/2006.php>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

¹⁴ FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. 1 ed. São Paulo, Editora UNESP, 1997.

¹⁵ LEMKE, Thomas. **Os riscos da segurança: Liberalismo, biopolítica e medo**. In S. Vaccaro & N. Avelino (Eds.), Governamentalidade e segurança (pp. 105–127). São Paulo: Intermeios, 2014.

¹⁶ MEDEIROS, Fernanda Luísa da Silva. **Feminismo e Neoliberalismo na contemporaneidade: uma “Nova Razão” para o movimento de libertação das mulheres?**. Teoria & Pesquisa: Ciência Política, v.26, n.3, 2017. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/613>>. Acesso em 04 nov.2018, p. 154.

das condutas da população em geral¹⁷ e dos indivíduos de forma particular, possibilitando não uma liberdade frente às coações do Estado, mas uma subjetividade sujeitada.¹⁸

Assim, a subjetividade cria uma feição profundamente reguladora das seguranças e inseguranças, em nome de uma transparência que em realidade é uma desconfiança.¹⁹ E a desconfiança, travestida pela transparência, nada mais é do que uma face do medo.²⁰

O medo produz um modo de existência compartilhado e controlado, onde as defesas se reconfiguram e se redistribuem no campo social, na análise da sociedade capitalista contemporânea, é perceptível que o medo se tornou um componente de subjetivação. Em uma sociedade regida pelo neoliberalismo, controlada pelo medo, e que clama por segurança tem-se uma ligação perigosa entre as diversas manifestações do neoliberalismo contemporâneo e os direitos humanos, seja em níveis sociais, políticos, jurídicos e econômicos, e essa periculosidade pode ser entendida de diversas maneiras.

A primeira delas pode-se dizer que ocorreu com a crise financeira de 2008 e o dismantelamento dos direitos sociais, econômicos e culturais, nesse contexto as chamadas “políticas da desigualdade” passaram a fazer parte do debate político e intelectual, outro perigo que desencadeou com a nova “ordem global” – conceito utilizado por Noam Chomsky ao tratar do neoliberalismo e sua influência no mundo – e com o fim do vínculo entre democracia e capitalismo.

A condição, ou seja, a forma de conseguir, a que o termo segurança se refere, é ampla e profundamente apreciada e desejada pela maioria dos que a expressam. Essa admiração acabou invariavelmente transferida a seus guardas reconhecidos, aos quais seu nome também se refere, o que significa que a busca por segurança é delegada, e uma vez que ela é alcançada, um padrão de conduta previsível tende a ser seguido de modo automático, da maneira típica de todo reflexo condicionado.²¹

Diante disso, um termo novo que tem ganhado cada vez mais relevância no discurso público, incorporado ao discurso dos políticos, do povo e da mídia é a “securitização”, esse termo pretende apreender uma reclassificação através da transferência de algo para o domínio, o encargo e a supervisão dos órgãos de segurança. Dessa forma, não fica tão evidente a causa de um autoritarismo que a palavra carrega, e a ambiguidade semântica presente na palavra torna o seu uso e sua prática mais fáceis.²²

A função de ações como essas são justamente o oposto de resolver o problema na sua origem, o objetivo real é promover e suavizar o processo de “securitização” da variedade de problemas

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**, Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

¹⁸ CANDIOTTO, C. **A governamentalidade política no pensamento de Foucault**. *Filosofia*. Unisinos, 2010. 11(1), 33–43. doi:10.4013/fsu.2010.111.03. Acesso em: 12 de dezembro de 2018.

¹⁹ HAN, B.-C. **La sociedad de la transparencia**. Barcelona, Editora Herder, 2013.

²⁰ LEMKE, Thomas. **Os riscos da segurança: Liberalismo, biopolítica e medo**. 2014.

²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à Nossa Porta**: 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 28.

²² BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à Nossa Porta**. 2017, p. 29.

econômicos e sociais dos indivíduos que nascem em um ambiente marcado pela insegurança. Dessa forma “o que se cria é uma atmosfera de um estado constante de emergência, de um inimigo à porta, de tramas e conspirações, em suma, de um país, e também de nossos lares, que enfrenta um perigo mortal”.²³

A insegurança não é somente um produto criado pelos políticos ou pela mídia que propaga o pânico, ela é sim algo real, inserida dentro da existência de grupos cada vez maiores da população e, assim como a fragilidade, que está em processo de se converter talvez ao ingrediente principal da moldagem da atual técnica de governo, é utilizada como alimento para os políticos e seus discursos.²⁴

Quando a sociedade se depara com um problema maior do que os até então enfrentados, como a chegada de uma massa de imigrantes privados de seus direitos básicos, de seus direitos humanos, um sentimento de renovação acontece eo sentimento de pertencimento renasce, isso ajuda a explicar a coincidência da recente migração em massa com a crescente xenofobia, racismo e do nacionalismo, e invariavelmente, do sucesso eleitoral, ao mesmo tempo surpreendente e inédito, de partidos e movimentos xenófobos, racistas e chauvinistas, e de seus líderes.

O movimento migratório atual é uma situação com a qual os Estados não conseguem ou simplesmente não querem lidar, dessa forma, se torna mais cômodo conter do que resolver, opta-se por erguer muros e endurecer fronteiras, criam-se falsas liberdades que aprisionam, se desumaniza o outro em nome da segurança, da proteção contra um perigo que não existe, contra imigrantes e refugiados, que fogem por medo de um perigo real.

3 - IMIGRANTES E REFUGIADOS

A migração é um movimento de uma pessoa ou grupo de pessoas que saem de um determinado território em direção a outro, é o deslocamento por fronteiras administrativas ou políticas com o objetivo de se estabelecer de forma indefinida em outro país, essa migração pode ser voluntária ou forçada.²⁵

O presente trabalho tem como foco o segundo caso, o deslocamento forçado de pessoas, a qual se dá o status legal de refugiado, essa definição está na Convenção das Nações Unidas sobre o Estado dos Refugiados também conhecida como Convenção de 1951:

Art. 1º - Definição do termo "refugiado"

²³BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à Nossa Porta**. 2017, p. 31.

²⁴BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à Nossa Porta**. 2017.

²⁵ SCHWINN, Simone Andrea. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Mulheres refugiadas e vulnerabilidade: a dimensão da violência de gênero em situação de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência**. Revista Signos. Lajeado, ano 37, n.2, 2016. Disponível em: <<http://www.univates.br/revistas/index.php/signos/article/view/1100>>. Acesso em 04 nov. 2018.

A. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:
2) [...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Cabe aqui ressaltar que além dos critérios estabelecidos pela Convenção de 1951 o reconhecimento de um indivíduo enquanto refugiado passapor alguns critérios subjetivos, e além disso, o solicitante do refúgio deve encontrar-se fora de seu país de origem, não podendo retornar.

A proteção por motivos de perseguição em razão de raça, nacionalidade, opinião política, religião ou grupo social é dita como um costume internacional, porém, somente com a sua inserção na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é que o asilo – na América Latina asilo e refúgio são situações jurídicas distintas, o asilo é concedido para os casos de perseguição política e o refúgio para as demais formas de perseguição – passou a ser reconhecido juridicamente.

O Direito Internacional dos Refugiados surge de uma visão atualizada dos direitos humanos em que a compreensão parte da esfera de direitos da pessoa humana. Sendo assim, é possível afirmar que em retrospectiva, a evolução do Direito Internacional, se tratando especialmente dos direitos humanos, caminha no sentido de agregar o maior número possível de indivíduos carentes de proteção.²⁶

A imigração não é um fenômeno novo, mas sim cíclico, historicamente se repete por diferentes fatores; atualmente a globalização, as diferenças demográficas de determinados países ou regiões, a violação de direitos, desemprego, perseguições, discriminação, xenofobia, desigualdade econômica, a violência, as catástrofes naturais, entre outros muito fatores, são os causadores do deslocamento forçado de pessoas.²⁷

Fazendo a análise de alguns dados, um Relatório das Nações Unidas de 2016 mostra que entre os anos 2000 e 2015 o número de migrantes internacionais cresceu 41% chegando ao total de 244 milhões de pessoas em deslocamento por todo o mundo. Destes, mais de 15 milhões são refugiados.²⁸ Dados da Organização Internacional de Migração mostram também que muitos dos que se deslocam não chegam ao destino pretendido, em 2015 mais de 2 mil pessoas morreram no Mar Mediterrâneo tentando chegar à Europa.

²⁶ LIPPSTEIN, D., & Gomes, D. **A PROTEÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO REFUGIADO AMBIENTAL**. *Revista Direito Em Debate*, 2013.22(40), 155-192. Disponível em: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2013.40.155-192>>. Acesso em 16 dez. 2018, p. 158.

²⁷ IMDH. Instituto Migrações e Direitos Humanos. **Migrantes: quem são?** Publicado em 22 jan 2014. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/index.php/migrantes-quem-sao>>. Acesso em 15 dez. 2018.

²⁸ ONU BRASIL. Nações Unidas no Brasil. **Número de migrantes internacionais chega a cerca de 244 milhões, revela ONU**. Publicado em 13 de janeiro de 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/numero-de-migrantes-internacionais-chega-a-cerca-de-244-milhoes-revela-onu/>>. Acesso em 02 nov. 2018.

Para refugiados o deslocamento é uma luta pela sobrevivência, que se inicia na fuga de seu país de origem, se estende para o difícil percurso até o destino que buscam e quando a jornada não é interrompida de forma trágica, as dificuldades não acabam quando chegam ao destino pretendido.

Muitos países endurecem suas fronteiras e restringem direitos fundamentais de imigrantes e refugiados, contrariando frontalmente preceitos básicos do direito internacional, como o princípio do *non refoulement* ou princípio da não devolução que é “a pedra angular da proteção internacional de refugiados, princípio estreitamente vinculado ao de gozar de uma série de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”.²⁹

Nesse sentido se dá a importância de instituições como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, que além da preocupação com os refugiados de modo geral, concentra esforços em medidas de proteção a mulheres e crianças que representam metade dos deslocados em todo o mundo e sofrem com a violência estatal e não estatal.³⁰

4 - MULHERES REFUGIADAS

Historicamente, uma das manifestações mais claras da desigualdade de gênero é nos casos de violência contra as mulheres, trazendo para o contexto migratório não voluntário, que é o caso do refúgio, quando um grande contingente de pessoas foge justamente da violência, a violência contra a mulher acaba sendo potencializada. Dessa forma, mulheres bem como crianças acabam fazendo parte do grupo mais vulnerável.³¹

Na busca por segurança, as mulheres sofrem com a indiferença social, a perseguição, e não raras vezes, com abusos sexuais que levam a estigmatização por sua condição de mulher refugiada. Os conflitos armados vem sendo causa frequente do grande deslocamento de pessoas, e para as mulheres, essa situação de vulnerabilidade da condição humana represente um risco muito maior uma vez que o estupro tem sido usado como arma de guerra.³²

Dados do Fundo das Nações Unidas para a População – UNFPA, mostram que em 2013 as mulheres eram 48% do contingente de imigrantes internacionais, porém, há diferenças regionais

²⁹ PITA, Agni Castro. **Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados**. In: GEDIEL, José Antonio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (org). **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba; Kayrós Edições 2016.

³⁰ SCHWINN, Simone Andrea. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Mulheres refugiadas e vulnerabilidade: a dimensão da violência de gênero em situação de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência**. Acesso em 04 nov. 2018.

³¹ SCHWINN, Simone Andrea. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Mulheres refugiadas e vulnerabilidade: a dimensão da violência de gênero em situação de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência**. Acesso em 04 nov. 2018.

³² SCHWINN, Simone Andrea. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Mulheres refugiadas e vulnerabilidade: a dimensão da violência de gênero em situação de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência**. Acesso em 04 nov. 2018.

importantes, em que mulheres representam 52% das migrantes nas regiões mais desenvolvidas em comparação com 43% nas regiões menos desenvolvidas.³³

Estudos feministas apontam para o que se pode chamar de “feminização das migrações” resultado principalmente de um processo de feminização da pobreza, já que segundo as Nações Unidas, 70% das pessoas em situação de pobreza no mundo são mulheres, o que acaba invariavelmente por desencadear fluxos migratórios internos e externos de mulheres em busca de melhores condições de vida.³⁴

Há uma tendência em ignorar as mulheres nos estudos sobre migrações, colocando-as em posição de dependência do homem, o que tem como consequência um processo de invisibilização da mulher refugiada tanto no aspecto social quanto

Para a Comissão das Nações Unidas sobre a População e Desenvolvimento – CNPD, fatores como a busca por uma sociedade menos conservadora, a fuga de casamentos arranjados, a fuga da violência doméstica, e outras formas de discriminação e violência de gênero e limitadores culturais, também estão entre as razões da migração feminina.

Meninas e mulheres sofrem de uma dupla vulnerabilidade, por seu gênero e ser refugiada, assim, sofrendo abusos aos seus direitos humanos, violência sexual, redes de tráfico de mulheres, escravidão, impossibilidade de contato com familiares. Nesse sentido, os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos têm se mostrado insuficientes.

A Anistia Internacional afirma que:

A violência sobre as mulheres é das mais vastas e persistentes violações de direitos humanos, e manifesta-se em diversos contextos: na família, na comunidade, nas instituições estatais, em situações de conflito e pós conflito armado.

Mulheres são vítimas de violência simplesmente por serem mulheres, e nesse contexto, uma em casa três mulheres já foram ou serão vítimas de violência ao longo da vida. Analisar a migração feminina desde a perspectiva de gênero significa reconhecer que as diferenças entre homens e mulheres não cabem em uma explicação biológica, mas sim correspondem a uma construção social e das relações de poder estabelecidas.³⁵

Por fim, nota-se que embora exista um sistema internacional de proteção da ratificação de diversos tratados por diferentes países, os efeitos dessas relações de poder estabelecidas na sociedade

³³ SCHWINN, Simone Andrea. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Mulheres refugiadas e vulnerabilidade: a dimensão da violência de gênero em situação de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência.** Acesso em 04 nov. 2018.

³⁴ LISBOA, Teresa Kleba. **Gênero e Migrações: trajetórias globais, trajetórias locais de trabalhadoras domésticas.** In: REHMU- Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Ano XIV, n. 26 e 27 – 2006. Disponível em: <https://www.csem.org.br/csem_em_foco/remhu-43-migracoes-forcadas/>. Acesso em 23 de novembro de 2018.

³⁵ MORALES, Ofelia Woo. **La migración de las mujeres: un proyecto individual o familiar?** REHMU- Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Ano XV, n. 29, 2007.

ainda não foram suficientes para acabar com a discriminação e garantir a igualdade de gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho fica evidente a motivação econômica para a migração, que atinge principalmente as mulheres como demonstra o processo de feminização da pobreza, sendo reflexo de uma sociedade que trata seres humanos como mercadorias, guiada pelo lucro, que produz vulnerabilidade e insegurança. Os movimentos migratórios têm relação com o empobrecimento de determinadas classes sociais e a ampliação das desigualdades entre as nações. Diante disso, o princípio da solidariedade aponta como um princípio possível para contribuir na redução das complexas relações de desigualdade e individualismo, entretanto, em um mundo globalizado e pautados pelo neoliberalismo, cada vez mais excludente de diferentes grupos sociais, incluindo nestes as mulheres, a solidariedade não está entre os princípios norteadores, sobretudo quando se refere a nações ocidentais que recebem imigrantes. O neoliberalismo aprofunda desigualdades, especialmente a desigualdade social, e as mulheres estão entre as principais vítimas dessa ordem global, especialmente sob o status de refugiadas, em que sua condição humana é ainda mais relativizada.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**: 20a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Ação contra a violência sexual e de gênero: uma estratégia atualizada**. ACNUR: Divisão de Proteção Internacional, 2011, Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/A%C3%A7%C3%A3o-contra-a-viol%C3%Aancia-sexual-e-de-g%C3%AAnero_ACNUR-2011.pdf>. Acesso em: 18 de dezembro de 2018.

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Mulheres refugiadas**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/>>. Acesso em 02 dez. 2018.

ANISTIA INTERNACIONAL PORTUGAL. **Acabar com a violência sobre as mulheres**. Disponível em: <https://www.amnistia.pt/?option=com_content&view=article&id=42&Itemid=53>. Acesso em 06 dez. 2018.

ARAÚJO, Marinella Machado. A proteção das mulheres: direitos com força normativa ou simbólica? *In*: JUBILUT, Liliana L. (org.). **Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva: 2013

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à Nossa Porta**: 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BEHRING, Elaine Rossetti e BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história**. 3. ed.- São Paulo: Cortez, 2007.

CANDIOTTO, C. **A governamentalidade política no pensamento de Foucault.** *Filosofia*. Unisinos, 2010. 11(1), 33–43. DOI:10.4013/fsu.2010.111.03. Acesso em 12 dez. 2018.

ESPING-ANDERSEN, G. **As Três Economias Políticas do Welfare State.** *Revista Lua Nova*, nº 24, setembro, 1991.

FIORI, José Luís. **Estado de bem-estar social: padrões e crises.** *Physis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 129-147, Dec. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73311997000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 nov. 2018.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico.** 1 ed. São Paulo, Editora UNESP, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**, Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

GEDIEL, José Antônio Peres; Godoy, Gabriel Gualano de. **Refúgio e hospitalidade.** Curitiba: Kairós Edições, 2016.

HAN, B.-C. **La sociedad de la transparencia.** Barcelona, editora Herder, 2013.

IMDH. Instituto Migrações e Direitos Humanos. **Migrantes: quem são?** Publicado em 22 jan 2014. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/index.php/migrantes-quem-sao>>. Acesso em 15 dez. 2018.

LEMKE, Thomas. **Os riscos da segurança: Liberalismo, biopolítica e medo.** In S. Vaccaro & N. Avelino (Eds.), *Governamentalidade e segurança* (pp. 105–127). São Paulo: Intermeios, 2014.

LIPPSTEIN, D., & Gomes, D. **A PROTEÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO REFUGIADO AMBIENTAL.** *Revista Direito Em Debate*, 2013.22(40), 155-192. Disponível em: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2013.40.155-192>>. Acesso em 16 dez. 2018.

LISBOA, Teresa Kleba. **Gênero e Migrações: trajetórias globais, trajetórias locais de trabalhadoras domésticas.** In: REHMU- Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Ano XIV, n. 26 e 27 – 2006. Disponível em: <https://www.csem.org.br/csem_em_foco/remhu-43-migracoes-forçadas/>. Acesso em 23 nov. 2018.

MEDEIROS, Fernanda Luísa da Silva. **Feminismo e Neoliberalismo na contemporaneidade: uma “Nova Razão” para o movimento de libertação das mulheres?.** *Teoria & Pesquisa: Ciência Política*, v.26, n.3, 2017. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/613>>. Acesso em 04 nov. 2018.

MORALES, Ofelia Woo. **La migración de las mujeres: un proyecto individual o familiar?** REHMU- Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Ano XV, n. 29, 2007.

ONU BRASIL. Nações Unidas no Brasil. **Número de migrantes internacionais chega a cerca de 244 milhões, revela ONU.** Publicado em 13 de janeiro de 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/numero-de-migrantes-internacionais-chega-a-cerca-de-244-milhoes-revela-onu/>>. Acesso em 02 nov. 2018.

PASTOR, Márcia.; BREVILHERI, Eliane Cristina Lopes. **Estado e política social.** Serviço Social

em revista. Londrina,v.12, n.1, 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/10055>>. Acesso em 08 nov. 2018.

PELE, Antonio. et al. **Direitos humanos e neoliberalismo: ligações perigosas**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2018.

PITA, Agni Castro. **Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados**. In: GEDIEL, José Antonio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (org). **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba; Kayrós Edições 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O impensável aconteceu**. Artigo publicado na Visão, em 25 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicações/opinião/bss/2006.php>>. Acesso em 07 nov. 2018.

SCHWINN, Simone Andrea. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Mulheres refugiadas e vulnerabilidade: a dimensão da violência de gênero em situação de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência**. Revista Signos. Lajeado, ano 37, n.2, 2016. Disponível em: <<http://www.univates.br/revistas/index.php/signos/article/view/1100>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

SOARES, Laura Tavares. **Os custos sociais do ajuste neoliberal na América Latina**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002 (Coleção Questões da Nossa Época, v.78).

IMIGRAÇÃO NO BRASIL: DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS ESTRANGEIROS

IMMIGRATION IN BRAZIL: PROTECTING THE HUMAN RIGHTS OF FOREIGNERS

Silvana de Fátima Machado da Silva¹

Fabíola Wüst Zibetti²

RESUMO

A imigração é um fenômeno complexo que acontece desde os primórdios da civilização. Nesse sentido, o imigrante não pode ser considerado um artefato da história moderna. Assim, o presente artigo faz uma análise da dinâmica migratória brasileira sob a perspectiva do multiculturalismo, seguindo para a observância dos direitos humanos dos estrangeiros imigrantes no Brasil, considerando as responsabilidades estatais no acolhimento e inserção social desses estrangeiros no país. Este tema é analisado à luz da Lei de Migração brasileira de 2017. A nova legislação trouxe um efeito prático importante que decorre da Constituição Federal: busca dar efetividade ao disposto no artigo 5º que proíbe distinções discricionárias entre brasileiros e estrangeiros e concebe as migrações como um fenômeno da humanidade - e não como consequência de situações como deslocamento forçado ou migração puramente econômica. Essa normativa apresenta avanços no que se refere ao recebimento e acolhimento de estrangeiros, além de permitir o acesso à documentação necessária para que se possa viabilizar sua permanência no país, permitindo seu acesso aos serviços públicos e ao mercado formal, o que antes era dificultado pelo Estatuto do Estrangeiro. Com esta mudança legislativa, o Brasil busca promover maior inclusão do imigrante na sociedade, considerando a proteção aos direitos humanos e a perspectiva do multiculturalismo. Assim, conclui-se que, sob uma perspectiva distinta do Estatuto do Estrangeiro de 1980, a Lei de Migração de 2017 pauta-se nos direitos humanos e promove um viés mais humanitário à Política Migratória Brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Imigração. Multiculturalismo. Política Migratória brasileira.

ABSTRACT

Immigration is a complex phenomenon that has occurred since the dawn of civilization. In this sense, the immigrant can not be considered an artifact of modern history. Thus, the present article makes an analysis of the Brazilian migratory dynamics under the perspective of multiculturalism, following to the observance of the human rights of foreign immigrants in Brazil, considering the state

¹Mestranda do Mestrado Stricto Sensu da Universidade de Passo Fundo. Linha de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia, inscrito na Plataforma dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Especialista em Educação Socioambiental pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Ciências Habilitação Matemática pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: vannasilva@hotmail.com.

²Doutora em Direito Internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com Pós-Doutorado pelo Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pelo Centro Ibero-Americano, vinculado ao Instituto de Relações Internacionais da USP. Mestre em Direito, Área de Relações Internacionais, pela UFSC. Especialista em Direito Empresarial pela UFSC. Diplomas em Propriedade Industrial, em Direitos Autorais e em Análise Econômica do Direito, pela Universidade de Buenos Aires. Professora do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF) (Brasil). Pesquisadora Convidada do Instituto de Estudios Internacionales, da Universidad de Chile (Chile). E-mail: fwzibetti@gmail.com .

responsibilities in the reception and social insertion of these foreigners in the country. This issue is analyzed in the light of the Brazilian Migration Law of 2017. The new legislation brought an important practical effect that derives from the Federal Constitution: it seeks to give effect to the provisions of article 5 that prohibits discretionary distinctions between Brazilians and foreigners and conceives of migration as a phenomenon of humanity - and not as a consequence of situations such as forced displacement or purely economic migration. This legislation presents advances in the reception and reception of foreigners, as well as allowing access to the necessary documentation so that their stay in the country can be made possible, allowing them access to public services and the formal market, which was previously hampered by Foreign Status. With this legislative change, Brazil seeks to promote greater inclusion of the immigrant in society, considering the protection of human rights and the perspective of multiculturalism. Thus, it is concluded that, under a different perspective from the 1980 Alien Statute, the Migration Law of 2017 is based on human rights and promotes a more humanitarian bias to the Brazilian Migration Policy.

KEY WORDS: Human rights. Immigration. Multiculturalism. Brazilian Migration Policy.

INTRODUÇÃO

A imigração é um fenômeno complexo que acontece desde os primórdios da civilização. Nesse sentido, o imigrante não pode ser considerado um artefato da história moderna.

A esse respeito, o presente artigo faz uma análise da dinâmica migratória brasileira sob a perspectiva do multiculturalismo, seguindo para a observância dos direitos humanos dos estrangeiros imigrantes no Brasil, considerando as responsabilidades estatais no acolhimento e inserção social desses estrangeiros no país.

Este tema é analisado à luz da Lei de Migração brasileira de 2017. A nova legislação trouxe um efeito prático importante que decorre da Constituição Federal: busca dar efetividade ao disposto no artigo 5º que proíbe distinções discricionárias entre brasileiros e estrangeiros e concebe as migrações como um fenômeno da humanidade - e não como consequência de situações como deslocamento forçado ou migração puramente econômica.

Essa normativa apresenta avanços no que se refere ao recebimento e acolhimento de estrangeiros, além de permitir o acesso à documentação necessária para que se possa viabilizar sua permanência no país, permitindo seu acesso aos serviços públicos e ao mercado formal, o que antes era dificultado pelo Estatuto do Estrangeiro. Com esta mudança legislativa, o Brasil busca promover maior inclusão do imigrante na sociedade, considerando a proteção aos direitos humanos e a perspectiva do multiculturalismo. Assim, conclui-se que, sob uma perspectiva distinta do Estatuto do Estrangeiro de 1980, a Lei de Migração de 2017 pauta-se nos direitos humanos e promove um viés mais humanitário à Política Migratória Brasileira.

Para o desenvolvimento deste trabalho, na primeira parte realiza-se uma breve análise acerca dos direitos humanos e seu caráter universal diante da pluralidade cultural existente. A segunda parte trata com mais especificidade quanto ao tema da imigração, suas causas, consequências, e os impactos

gerados naqueles que migram em busca de uma vida digna. A terceira parte versa sobre a nova legislação brasileira, que em 2017 instituiu a Lei de Migração, revogando o antigo Estatuto do Estrangeiro, onde será feitas importantes considerações sobre a diferença da postura adotada pelo país em relação ao tema da imigração.

1 - A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DO MULTICULTURALISMO

O debate acerca dos direitos humanos tem-se fortalecido muito a nível global diante do amplo aumento do fluxo migratório, e tem como respaldo normativo a Carta de fundação da Organização das Nações Unidas³ e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁴ A primeira legitima uma preocupação internacional quanto aos direitos humanos, a segunda dispõe sobre os direitos humanos considerando-os como indivisíveis fundamentais e universais.⁵

Em um mundo com múltiplas culturas, religiões e ideologias, traçar um ideal de direitos humanos que beneficie a todos sem ir de encontro as suas raízes é uma tarefa complexa e, por vezes, pode impor sobre culturas minoritárias um modelo que não lhes pertence.

Rubio e De Frutos⁶ comentam que:

En lo referente a una escala mundial, nos encontramos con un hecho multicultural muy claro en el contexto de la llamada globalización. Es notorio y evidente que existen sociedades multiculturales de distinto tipo. Es una facticidad o hecho cotidiano la existencia de una pluralidade de culturas en el mundo y en nuestro mismo espacio geográfico. [...] El hecho multicultural hay que tomárselo como un reto intercultural, es decir, como una tarea o programa, como una exigencia normativa que brota de la realidad misma de nuestra situación histórica y que apuesta por una humanidad que debe caminar junta para poder conquistar y reconocer derechos humanos de manera plena y para todo el mundo sin excepciones.

Baez e Barreto⁷ consideram que o fundamento desses direitos encontram-se estabelecidos na moral, já que são aplicados aos sujeitos meramente pela sua condição de seres humanos. São

³ BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁴ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁵ REIS, Rossana Rocha. Os Direitos Humanos e a Política Internacional. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, 2006, n. 27, p. 33-42, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n27/04.pdf>> Acesso em: 02 ago. 2018, p. 33.

⁶ RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antonio. **Teoría Crítica el derecho; nuevos horizontes**. Sa Luis de Potosí; CENEJUS, 2013, p. 33.

⁷ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente. (Orgs.). **Direitos Humanos em evolução**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007, p. 17.

consideradas aquelas condições básicas e indispensáveis para que qualquer pessoa, independente do lugar, época ou cultura, viva com dignidade.⁸

Por essa característica de imprescindibilidade, por vezes são aplicados como sinônimo de direitos fundamentais, conforme dispõe Luno:⁹

Los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son utilizados, muchas veces como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.

Esses direitos foram universalizados formalmente em 1993 no Programa de Ação de Viena que estabelece no seu parágrafo 5º uma visão contemporânea da sua especificação conforme segue:

Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.¹⁰

Segundo Benoni,¹¹ participaram da Conferência 171 países, cada qual com suas particularidades culturais e religiosas. Logo, não se tinha por objetivo o consenso entre todos, mas o combate unido de todos os Estados contra o ódio racial, a xenofobia e a violência contra os imigrantes. Sendo assim, a ideia dos países participantes não era estabelecer direitos humanos em caráter universal, mas formar um compromisso para a proteção e promoção desses direitos, com o comprometimento de todos quanto a sua observância.

Nesse sentido, o autor destaca que:

A conferência de Viena, neste aspecto, conseguiu aprovar texto que afirma a universalidade dos direitos humanos, sem deixar de reconhecer a importância das particularidades culturais. Buscou transcender o debate simplificador e o monopólio que se nutre de estereótipos. (...) Não obstante, o avanço foi real e a linguagem, em que pese a “ambiguidade construtiva” própria do discurso político multilateral, estabeleceu determinados parâmetros que favorecem a universalidade de todos os direitos humanos.¹²

⁸ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>. Acesso em 12 mar. 2019.

⁹ LUNO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos (grupo Anaya, S.A.), 2013, p. 39-40.

¹⁰ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993**. Acesso em 12 mar. 2019, p. 04.

¹¹ BENONI, Belli. **A Politização dos Direitos Humanos**: o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e as resoluções sobre países. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 97-98.

¹² BENONI, Belli. **A Politização dos Direitos Humanos**: o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e as resoluções sobre países. 2009, p. 101.

Alguns dos argumentos citados por Ramos¹³ discorrem em contraposição quanto a essa noção de universalidade dos direitos humanos, um dos principais concerne ao uso do discurso de proteção para formação de uma política de relações exteriores entre Estados. Esta postura coloca a noção de universalidade dos direitos humanos em contraposição com diversas tradições culturais e religiosas, de forma que não se deveria ir em busca de um denominador comum em matéria de direitos humanos, mas sim aceitar que a pluralidade de culturas e religiões existem e precisam ser respeitadas, sendo reconhecidas a liberdade e a participação com direitos iguais à todos.¹⁴

No entanto, considera-se essa linha de argumentação equivocada, uma vez que, na prática, a observância dos direitos humanos a nível universal, respaldada em diversos instrumentos normativos internacionais, resguarda padrões mínimos de proteção dos direitos humanos, sem impedir os Estados de assegurar as particularidades locais, sempre que não afetem os direitos humanos fundamentais dos indivíduos e coletividades, inclusive o direito à liberdade de religião.¹⁵

Neste sentido, segundo Reis,¹⁶ diversos instrumentos obrigam os Estados a conferirem aos migrantes internacionais direitos civis, sociais e políticos, independentemente das suas nacionalidades. Assim,

Os direitos e as demandas dos indivíduos são legitimados por ideologias baseadas na comunidade transnacional, por meio de códigos e convenções internacionais, e em leis de direitos humanos, independentemente de suas cidadanias em um Estado-nação. Logo, o indivíduo transcende o cidadão. Essa é a forma mais elementar segundo a qual o modelo pós-nacional difere do modelo nacional.¹⁷

Pode-se considerar que com a formação de um regime supranacional de direitos, os Estados poderiam perder parcela de sua autonomia, em específico quanto à diferenciação entre os nacionais e estrangeiros e ao poder decisório de definir quem poderia entrar no país.¹⁸

Porém, mesmo que haja o reconhecimento do imigrante como titular de direitos que independem da sua nacionalidade, tal observância é teórica. A nível prático, a aplicação desses direitos depende de ação do Estado receptor.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 186.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2005, p. 194.

¹⁵ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Acesso em: 10 dez. 2018.

¹⁶ REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, 2004, v.19, n.55, p.149-163, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>> Acesso em: 10 ago. 2018, p. 159.

¹⁷ REIS, Rossana Rocha. **Soberania, direitos humanos e migrações internacionais**. 2004. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 158.

¹⁸ REIS, Rossana Rocha. **Soberania, direitos humanos e migrações internacionais**. 2004. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 151.

Durante um longo tempo, o Estado passou a assumir mais e mais tarefas e, com isto, sob vários aspectos, mais e mais poder. Nos dias de hoje, segundo o que se tem dito, está ocorrendo o movimento oposto, ou seja, uma destituição cada vez maior do Estado.¹⁹

No entanto, ressalta-se que mesmo em caso de indivíduos não cidadãos que são formalmente aceitos em certo país, estes ficam passíveis à deportação ou exclusão em certos casos. Sendo assim, apenas cidadãos possuem o direito de permanecer e residir incondicionalmente em dado território.²⁰

2 - IMPACTOS DA IMIGRAÇÃO NOS ESTADOS

A convivência humana é um processo da própria natureza do homem. Segundo Nuria Beloso,²¹ cada indivíduo possui suas próprias necessidades, as quais são inerentes a sua criação, seus valores, do modo como vê o mundo, suas crenças e suas ideologias. Desse modo, com todas estas particularidades próprias dos indivíduos é normal a ocorrência de conflitos que envolvem os grupos de pessoas e até mesmo a sociedade como um todo. Nesse sentido:

De fato, hoje em dia, a reivindicação de reconhecimento é a força impulsionadora de muitos conflitos sociais, desde batalhas sobre o multiculturalismo a lutas sobre relações sociais de sexo e a sexualidade, desde campanhas pela soberania nacional e autonomia subnacional a esforços para construir organizações políticas transnacionais (...).²²

Nesta seara, a imigração causa fortes impactos na dinâmica da gestão pública dos Estados, que precisa atender os imigrantes de forma efetiva e produtiva, pois diante das inúmeras culturas existentes e da garantia internacional dos direitos humanos dos estrangeiros, cada vez mais esse tema se fortalece nas discussões relacionadas à soberania estatal e à proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos.

Segundo a Organização Internacional para as Migrações,²³ a imigração refere-se ao processo pelo qual os “estrangeiros se deslocam para um país, a fim de aí se estabelecerem”. Esse movimento migratório pode advir de vários motivos, sejam pessoais, pela busca de trabalho e oportunidades, ou até mesmo para fugir de situações que podem ser de perseguições ou discriminações por motivos políticos ou religiosos, entre outros.

¹⁹ HOFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 174.

²⁰ REIS, Rossana Rocha. **Soberania, direitos humanos e migrações internacionais**. 2004. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 159.

²¹ BELLOSO, MARTÍN, N. **Ciudadanía, Democracia e Participação Política: Os desafios do século XXI**. Santa Cruz do Sul, UNISC, 2018, p. 148.

²² FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação**. Revista crítica de Estados Sociais, outubro, 2002, p. 08.

²³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). **Glossário sobre Migração**. Direito Internacional de Migração n. 22. Genebra: OIM, 2009, p. 33.

Em junho de 2017, o Manual de direitos humanos de pessoas migrantes realizado pelo Instituto de Políticas Públicas em Direitos;

La migración o el acto de migrar es el desplazamiento desde un territorio de un Estado hacia el territorio de otro Estado o dentro de sí mismo. Se refiere a cualquier movimiento de población, independientemente de su tamaño, composición o causas. En función de las características de estos movimientos, se habla migración forzada o voluntaria, de migración permanente o temporal. Las distinciones son analíticas o jurídicas y en la realidad pueden encontrarse en forma compleja en las vidas de personas que migran.

Em relação à noção de migrante, Sayad²⁴ considera que a definição de imigrante é social, enquanto que estrangeiro é um termo jurídico. Este autor dispõe que a imigração carrega três ilusões: de provisoriedade, de legitimação da participação por meio do trabalho e quanto a ser politicamente neutro. Ao crer em tais ilusões, o imigrante acaba vivendo no país receptor como se fosse estrangeiro, alimentando fantasias de volta ao seu país de origem e de naturalização. Assim, este autor conclui que existe uma triste dualidade permanente no imigrante, manifestada por uma noção de exclusão que ao buscar manter sua identidade o próprio imigrante “exclui a si mesmo antes de ser excluído e também para não ser excluído”.²⁵

Na prática, o imigrante encontra-se em um processo de viagem constante, mesmo permanecendo fixo em determinado espaço. Ele carrega a sua transnacionalidade, por não superar a sua liberdade de movimentar-se, sendo que o seu lugar social no Estado receptor que escolheu é determinado justamente pela noção de não pertencer a ele.²⁶ Nesse sentido, Tedesco²⁷ classifica o imigrante como:

Esse sujeito que deixa para trás muita coisa, os seus, as certezas construídas até então, projeta-se e desloca-se em múltiplos âmbitos, não apenas no físico, mas objetiva retornar, aproximar-se mais por meio de distanciamento, para sentir-se e subjetivar-se; corre riscos, incorpora situações desfavoráveis; afasta-se do real, intenciona congelá-lo para melhor tê-lo posteriormente.

Nesse processo de inúmeras mudanças, sociais, econômicas, culturais e políticas, as quais nem sempre são positivas, podendo levar a muitas transformações decorrentes desta perda de identidade e pertencimento, visto que essa mudança representa também a troca de residência e a perda de relações afetivas.

²⁴ SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. Tradução: Cristina Muracho. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 243.

²⁵ SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. 1998, p. 269.

²⁶ TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, Extracomunitários e Transnacionais: paradoxos da alteridade nas migrações internacionais: brasileiros na Itália**. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo; Porto Alegre: Editora Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Chapecó: Argos, 2010, p. 30.

²⁷ TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, Extracomunitários e Transnacionais: paradoxos da alteridade nas migrações internacionais: brasileiros na Itália**. 2010, p. 31.

Para Gattaz e Fernandes:²⁸

A fase da ressocialização culmina com sua assimilação na terra de adoção ou, com sua integração na nova pátria. O processo migratório pode ser provisório ou definitivo, independentemente da vontade do indivíduo no momento da emigração. O que se iniciou como provisório pode terminar como definitivo ou vice-versa, dependendo do maior sucesso ou até do insucesso do projeto.

Na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento de 1994, que aconteceu na cidade do Cairo,²⁹ os migrantes foram diferenciados em três diferentes modalidades:

São considerados três tipos de migrantes internacionais: migrantes documentados, migrantes não-documentados e refugiados/asilados. Quanto aos migrantes com documentação, os governos dos países recebedores devem considerar a possibilidade de lhes conceder, bem como aos membros de suas famílias, um tratamento regular igual ao concedido aos seus próprios nacionais, no que diz respeito aos direitos humanos básicos.³⁰

Em contrapartida, os imigrantes que não dispõem dos documentos para sua regularização no país receptor, ficam em extrema situação de vulnerabilidade e podem ter seus direitos violados. Tal situação abre espaço para a discussão acerca das obrigações do Estado em face desses indivíduos que se encontram de forma ilegal ou indesejada, e quais medidas adotar frente a tal situação.

A esse respeito, por exemplo, em 1994, nos Estados Unidos, Califórnia, foi aprovado, via plebiscito, o projeto de lei n. 187, conhecido como proposição 187. Nele estabeleceu-se a não liberação para os imigrantes ilegais quanto ao acesso a serviços públicos estaduais, tais como saúde e ensino. A aprovação ocorreu pelo percentual de 59% dos eleitores da Califórnia e gerou forte polêmica na mídia.³¹

A proposição foi posteriormente revogada pela Suprema Corte que considerou tratar-se de direito inalienável do ser humano e considerou não ser viável punir as crianças pelas práticas irregulares de seus responsáveis (REIS, 2004, p. 154). Porém, sua aprovação, justamente via plebiscito e assim com a participação efetiva da população, demonstra a perspectiva social relacionada a essa modalidade de imigrante indocumentado, inclusive lhes negando direitos básicos.

Neste contexto, cabe observar que a imigração indesejada é distinta da imigração ilegal:

²⁸ GATTAZ, André; FERNANDEZ, Vanessa Paola Rojas (Orgs.). **Imigração e imigrantes**: uma coletânea interdisciplinar. Salvador: Editora Pontocom, 2015, p. 267.

²⁹ NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**. Plataforma de Cairo. Cairo, Egito, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

³⁰ PATARRA, Neide Lopes. Migrações Internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volume, fluxos, significados e políticas. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, 2005, v. 19, n. 3, p. 23-33, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/readcube/epdf.php?doi=10.1590/S010288392005000300002&pid=S0102-88392005000300002&pdf_path=spp/v19n3/v19n3a02.pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 ago. 2018, p. 29.

³¹ FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo: Grupo Folha, 1994. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/11/11/mundo/3.html>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

[a imigração indesejada] não é ativamente solicitada pelos Estados, como a imigração legal por quotas, característica das clássicas nações de povoamento. Ao contrário, ela é aceita passivamente pelo Estado, seja por razões humanitárias e em reconhecimento dos direitos individuais, como de buscar asilo e de reunificação familiar de trabalhadores imigrantes, seja pela total incapacidade dos Estados de manter os imigrantes fora, como na imigração ilegal.³²

A aceitação da imigração, ainda que indesejada, tem sido respaldada sobretudo por razões humanitárias.

Segundo Rubio:³³

Um dos mais proeminentes desafios do pluralismo é a questão da imigração. Este é um daqueles típicos processos globais que também coloca à prova todas as sociedades, em particular, as de direito e democráticas. O movimento transfronteiriço de pessoas, como um fato relacionado ao multiculturalismo, desafia nosso senso ético de convivência e ideia de reconhecimento da dignidade humana. Faz com que a busca de uma concepção coerente de cidadania se estenda aos direitos humanos. A imigração evidencia as insuficiências e os limites de nossa cultura ocidental legal de direitos humanos e noção de cidadania, propiciando uma gama de possibilidades e opções para construir um mundo mais justo. O ato de criar espaços de humanidade e de humanização abertos a todos, respeitando as diferenças e sempre defendendo a vida vale sempre a pena em qualquer ambiente social e cultural. Para isso, o direito pode se transformar em ferramenta de reconhecimento e segurança.

Em 2015 a ONU, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a União Interparlamentar (UIP), na Oficina do Alto Comissariado para Direitos Humanos (OACDH), formularam um manual intitulado de “ Migração, direitos humanos e governança”, analisando as causas atuais que levam as migrações, observando que:

La migración en la actualidad es consecuencia de una serie de factores económicos, políticos y sociales. Los migrantes dejan sus países de origen debido a una situación de conflicto, a violaciones generalizadas de los derechos humanos o a otras razones que amenazan su vida o su seguridad. Muchos de ellos se ven obligados a buscar empleo en otra parte por la falta de trabajo en condiciones decentes. También emigran para reunirse con miembros de su familia que ya se han establecido en el extranjero. La inmigración, la entrada en un país de destino, suele reflejar pautas de migración históricas, conexiones familiares y redes de migración. A medida que la globalización amplía la circulación mundial de capitales, bienes, servicios y tecnología, la migración responde a la creciente demanda de capacitación y de mano de obra en los países de destino. Estos factores, junto con el envejecimiento de la población y la disminución de la fuerza laboral en los países de ingresos altos, intensifican la migración internacional, incluida la movilidad de la mano de obra y de trabajadores cualificados.³⁴

³² REIS, Rossana Rocha. **Soberania, direitos humanos e migrações internacionais**. 2004. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 157.

³³ RUBIO, David Sánchez Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Tradução: Ivone Fernandes Morcilho Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 46.

³⁴ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACDH). **Migración, derechos humanos y gobernanza: Manual para Parlamentarios n. 24**. OACDH: 2015. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf>. Acesso em 13 ago. 2018, p. 20-21.

Como se observa, o fenômeno migratório pode decorrer de uma série de fatores que os indivíduos enfrentam em seu país de origem, aliado a busca por melhores condições de vida, e em especial de trabalho, nos países aos quais se destinam.

Acerca deste tema, pode-se dizer que o trânsito migratório moderno deriva muitas vezes da busca por melhores oportunidades de trabalho e, conseqüentemente, de renda. O imigrante, por questões sociais e econômicas, se vê forçado a deixar sua pátria para encontrar melhor qualidade de vida para si e para sua família. Contudo, mesmo com o movimento de saída da sua terra de origem, anseia por futuro retorno, porém em situação melhor. Há ainda os imigrantes que deixam as famílias no seu país de origem e migram buscando um trabalho mais rentável e enviam dinheiro aos seus familiares que lá ficaram.³⁵

Sob a perspectiva da globalização, Costa³⁶ considera que a globalização pode ser um empecilho para o envolvimento dos imigrantes no país que os recebe. Isso porque o fácil acesso ao conteúdo de sua terra natal, promovido pelo avanço tecnológico nos meios de comunicação e transporte, fazem com que os laços existentes com o seu país de origem se mantenham fortes.

Da análise crítica desse fenômeno, é importante observar que a principal dificuldade enfrentada por conta dos fluxos migratórios é justamente a diferença da cultura com a qual o imigrante está habituado em sua terra natal e aquela com a qual se depara ao desembarcar no país receptor. Esse choque que o indivíduo enfrenta, por vezes pode trazer implicações quanto à forma da própria identidade do imigrante.³⁷

Nas palavras de Rubio:³⁸

[...]. Bajo el drama de la huida y la incierta esperanza de llegar a un destino en donde poder obtener mejores condiciones de vida, les espera un mundo que en la mayoría de los casos se presenta bajo el yugo de la frustración. En ese abandono quizá temporal de sus hogares, escapan del ahogo que supone el no poder mantener dignamente ni sus familias ni a ellos mismos, bien porque están siendo perseguidos por la intolerancia o bien porque el sistema económico de sus naciones dependientes no quiere ni puede atender a sus necesidades. Pese a las dificultades y pese a las adversas circunstancias, al actuar de esta manera, están forjando un sendero de lucha con el que romper aquellas barreras que los países de destino les levantan.

Assim, é importante que os países que recebem esses fluxos de imigrantes administrem meios de inserir essas pessoas no seio da sociedade, para que, assim, possam reduzir os traumas decorrentes dessa mudança de vida tão representativa. Promovendo essa inclusão de forma adequada, evitam que

³⁵ BERTASO, João Martins; CERVI, Jacson Roberto, PIAIA, Thami Covatti. **Aspectos da cidadania e direitos culturais**. Santo Ângelo: FURI, 2016, p. 44.

³⁶ COSTA, Sergio. As Ciências Sociais e a Constelação Pós- Nacional. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, 2001, n. 59, fev. 2001. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=747>>. Acesso em: 28 ago. 2018, p. 74.

³⁷ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar Lucas. **Direitos humanos, imigração e diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea**. Ijuí: Unijuí, 2016, p. 28.

³⁸ RUBIO, **Repensar derechos humanos: De la anestesia a la sinestesia**. 1 ed. Espana: editorial MAD, 2007, p. 83.

o recomeço da vida desse indivíduo não seja ainda mais traumático, sendo para isso essencial que este se sinta acolhido na sociedade que o recebe.

3 - BRASIL: A LEI DE MIGRAÇÃO DE 2017

No Brasil, a questão migratória tem sido assunto de intensa preocupação, diante do crescente fluxo imigratório registrado nos últimos anos, o que resultou na aprovação recente de uma nova Lei de Migração, em 2017, que substituiu o conhecido Estatuto do Estrangeiro, de 1980.

Segundo a Polícia Federal brasileira houve aumento no número de imigrantes que entraram no País correspondente a 160% em dez anos. Um total de 117.745 estrangeiros entraram no país em 2015 – um aumento de 2,6 vezes em relação a 2006. Sendo que só haitianos foram 14.535 registrados, sendo a nacionalidade que mais se destaca pelo crescimento dos últimos cinco anos. Já em 2011, foram apenas 481 haitianos entrando no país – logo, houve aumento de mais de 30 vezes.³⁹

Segundo publicação da Agência da ONU para Refugiados,⁴⁰ com base nos dados do Ministério da Justiça contidos na publicação da 3ª edição do Relatório Refúgio em números, no ano de 2017 um total de 33.866 pessoas fizeram solicitação para reconhecimento de refúgio no Brasil. Dentre as nacionalidades, os venezuelanos lideraram com um total de 17.865 pedidos. Os Estados federativos nos quais há mais pedidos são Roraima e São Paulo.

É importante destacar que a imigração é vista pelo Estado Brasileiro como um fator econômico. Os problemas sociais decorrentes da inserção dos imigrantes na sociedade local precisam ser enfrentados por todas as esferas do poder Nacional, com início no município que recebe este imigrante, que chega como desconhecido a procura de trabalho e de melhores condições de vida.

No Brasil existem inclusive iniciativas municipais voltadas aos imigrantes, em especial quanto ao acolhimento e acesso aos serviços públicos. Um exemplo é a cidade de São Paulo que em julho de 2016 sancionou a Lei Municipal n. 16.478 instituindo uma Política Municipal para População Imigrante. Tal postura foi pioneira ao estabelecer diretrizes para a política de imigrantes em âmbito municipal. Essa Política Municipal implementada, destaca a real e importante necessidade do diálogo do Poder Público com a sociedade civil, que acontece através de consultas públicas, audiências e conferências.^{41 42}

³⁹ LIMA, Bruna; PORTUGAL, Beatriz; LUISA, Ana. **Imigração de estrangeiros na contemporaneidade**. 2015. Disponível em: <<https://horizonteseticos.wordpress.com/2015/08/17/imigracao-de-estrangeiros-na-contemporaneidade/>> Acesso em: 14 jan., 2018.>. Acesso em: 7 de ago. 2018.

⁴⁰ AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018, p. 09.

⁴¹ SÃO PAULO. Prefeitura da Cidade de São Paulo. **Lei Municipal nº 16.478, de 8 de julho de 2016**. São Paulo, SP. Disponível em: <http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=09072016L%20164780000>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁴² SILVA, Silvana de Fátima Machado da; ZIBETTI, Fabíola Wust. Dos direitos humanos dos imigrantes: políticas públicas municipais de inclusão. In: PILAU SOBRINHO, L.L. (org.). **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica: a proteção dos direitos humanos**. Itajaí: Univali, 2018, pp. 291-302.

O Brasil tem avançado em questões da inclusão dos imigrantes, mas, este é um processo complexo que exige ainda mais compromisso na adoção de políticas públicas que efetivamente possam fortalecer a inclusão, pensadas em uma perspectiva integral e transversal que favoreça a integração e a prevenção de violação dos direitos humanos, conforme preconiza a legislação brasileira.

No Brasil, prevalece o princípio da igualdade de direitos entre estrangeiros e nacionais, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.⁴³

Nesse contexto, a redução das desigualdades e a conseqüente inclusão da população imigrante, na prática, depende de políticas públicas, para que se mostrem realmente efetivas. Por meio dessas políticas que o Estado pode atender as demandas dessa parcela da população, dando a esses sujeitos condições de reconstruírem suas vidas de forma digna e com qualidade, na observância do disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto Schmidt⁴⁴ observa que:

Num ambiente democrático a presença de atitudes e valores de pluralismo, de respeito ao dissenso e a busca do consenso, de tolerância em relação às diferenças, de igualdade econômica e social, de respeito às instituições favorece a consecução de processos abertos, transparentes e participativos de políticas. Sua ausência determina grandes dificuldades para a qualidade democrática desses processos.

Na prática, para sua inclusão, os migrantes demandam auxílio nas questões das mais diversas naturezas, desde informações sobre suas obrigações e direitos, aqui inclusos o acesso à saúde, educação e moradia, e, principalmente, em relação à regularização dos seus documentos.

Conforme discorre Tedesco:⁴⁵

Há de se pensar no caráter de reconhecimento desse imigrante e de como pode ser facilitado o seu acesso à determinada sociedade e cultura local. Não basta uma política que regule o acesso ao país, subentendendo que prover tal acesso possa levar naturalmente à acomodação do imigrante no seio da sociedade brasileira e às esferas do mundo do trabalho.

Portanto, é importante ressaltar que cabe a sociedade fazer um movimento a fim promover a inclusão dos imigrantes e com isso reduzir os problemas advindos da carência da gestão pública

⁴³ BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁴⁴ SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: Aspectos conceituais e metodológicos**. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato. **Diretos Sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos**. Tomo 8, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 2328.

⁴⁵ TEDESCO, João Carlos. **Movimentos e Identidades Sociais: estudos em perspectiva**. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2015, p. 89.

quanto à aplicação e fiscalização das leis, de forma a mudar a identidade social desta parcela da população que luta por reconhecimento.

Em atenção a essas questões, sob uma perspectiva dos direitos humanos, foi aprovada a Lei n. 13.445 em 24 de maio de 2017, conhecida como a nova Lei de Migrações no Brasil – resultado de um projeto que tramitava desde 2013 no Congresso Nacional. Essa lei visa dar maior amparo aos estrangeiros, com um viés mais humanitário, se comparado com o Estatuto do Estrangeiro de 1980.

A Lei de Migrações substitui o Estatuto do Estrangeiro, no qual a relação entre imigrantes e Estado ficava impregnada pelo tom de ameaça à soberania estatal, evidenciando-se em diversos dispositivos da lei, entre os quais o artigo 2º, determinando: “Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional”.⁴⁶

Em contrapartida, a nova Lei de Migrações estabelece que a política migratória brasileira se rege pela universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação, pela não criminalização da migração, pela acolhida humanitária, pela inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas, pelo acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social, dentre outros princípios e diretrizes.⁴⁷

Observa-se que a nova lei acaba com o contexto anterior do estrangeiro como ameaça a segurança nacional e preocupa-se em assegurar o bem-estar dos imigrantes. Promove a ideia da igualdade de direitos, permitindo a eles acesso quanto à documentação necessária para viabilizar sua permanência no país e fornecendo uma série de determinações e garantias⁴⁸ que antes eram dificultadas pelo Estatuto do Estrangeiro.

Seja qual for a sua situação migratória, são assegurados aos imigrantes em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, entre outros direitos e garantias elencados no artigo 4º da referida Lei, incluídos os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos.⁴⁹

Salienta-se, ademais, que ao imigrante é assegurado o acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, bem como o direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória.⁵⁰

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.html>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.html>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF. Acesso em: 14 jan. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos universais são uma conquista a todos os seres humanos e devem ser observados por todos os Estados, sem distinção. Porém, idealmente, também precisam ser consideradas as variações existentes entre as culturas ao longo do globo, e com isso fazer prevalecer o respeito a elas e suas particularidades. Assim, é preciso evitar a ideia de que os direitos humanos têm um modelo estático a ser seguido por todos e adotar uma postura de que esses direitos podem ter variações diante do pluralismo cultural.

Para isso, considera-se necessária a adoção de uma postura de respeito às diferenças não só por parte dos Estados, mas por toda a sociedade, não bastando à observância por um ou outro país, mais sim uma postura global sobre o tema.

Ressalta-se que as razões para a imigração são diversas, e muitas vezes este indivíduo está saindo de situação precária, e, visando reduzir os traumas já existentes é necessário que os Estados estejam preparados para atendê-los, adotando políticas públicas que favoreçam a inclusão dessa parcela da população dentro da sociedade.

A nova Lei de Migração vigente no Brasil caminha nesse sentido, promovendo ideais de igualdade, inclusão, observância à dignidade da pessoa humana e combate a xenofobia e discriminação. Importante destacar que independente da nacionalidade desses indivíduos, eles devem ter seus direitos fundamentais garantidos e assegurados, pois são direitos que se atribuem a nacionais e estrangeiros enquanto seres humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ALMEIDA, Valquiria. Diálogos de cooperação: soberania estatal e políticas de controle migratório. In: III Seminário de Imigração e Emigração Internacional e I Seminário do Observatório de Migrações Internacionais do Estado de Minas Gerais, 2018, Belo Horizonte. **Anais [recurso eletrônico]**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2018. Disponível em: <http://www1.pucminas.br/imagedb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20180816171134.pdf> Acesso em: 19 ago. 2018.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente. (Orgs.). **Direitos Humanos em evolução**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.

BARALDI, Camila Bibiana Freitas. **Migrações Internacionais, Direitos Humanos e Cidadania Sul-Americana: o prisma do Brasil e da Integração Sul-americana**. Tese ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Instituto de Relações Internacionais para obtenção título doutor – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

- BENONI, Belli. **A Politização dos Direitos Humanos**: o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e as resoluções sobre países. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- BELLOSO, MARTÍN, N. **Ciudadanía, Democracia e Participação Política: Os desafios do século XXI**. Santa Cruz do Sul, UNISC, 2018.
- BERTASO, João Martins; CERVI, Jacson Roberto, PIAIA, Thami Covatti. **Aspectos da cidadania e direitos culturais**. Santo Ângelo: FURI, 2016.
- BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.html>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.html>. Acesso em: 14 jan. 2018.
- BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 10 dez. 2018.
- COSTA, Sergio. As Ciências Sociais e a Constelação Pós- Nacional. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, 2001, n. 59, fev. 2001. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=747>> Acesso em: 28 ago. 2018.
- FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo: Grupo Folha, 1994. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/11/11/mundo/3.html>>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação**. Revista crítica de Estados Sociais, outubro, 2002.
- GATTAZ, André; FERNANDEZ, Vanessa Paola Rojas (Orgs.). **Imigração e imigrantes: uma coletânea interdisciplinar**. Salvador: Editora Pontocom, 2015.
- GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos e participação política**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2010.
- HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- IANDOLI, Rafael. O que muda com a Lei de Migração aprovada no Senado. Nexo Jornal Ltda. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/04/19/O-que-muda-com-a-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%A3o-aprovada-no-Senado>>. Acesso em 18 ago. 2018.
- INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS DO MERCOSUL (IPPDH). **Derechos Humanos de personas migrantes**. Manual Regional. Buenos Aires, 2017. Disponível em: <<http://www.ippdh.mercosur.int/derechos-humanos-de-personas-migrantes-manual-regional/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar Lucas. **Direitos humanos, imigração e diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea.** Ijuí: Unijuí, 2016.

LIMA, Bruna; PORTUGAL, Beatriz; LUISA, Ana. **Imigração de estrangeiros na contemporaneidade.** 2015. Disponível em: <<https://horizonteseticos.wordpress.com/2015/08/17/imigracao-de-estrangeiros-na-contemporaneidade/>> Acesso em: 13/01/18 Acesso em: 14 jan., 2018.> Acesso em: 7 de ago. 2018.

LUNO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Tecnos (grupo Anaya, S.A.), 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.** Plataforma de Cairo. Cairo, Egito, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACDH). **Migración, derechos humanos y gobernanza: Manual para Parlamentarios n. 24.** OACDH: 2015. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf> Acesso em 13 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). **Glossário sobre Migração.** Direito Internacional de Migração n. 22. Genebra: OIM, 2009.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações Internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volume, fluxos, significados e políticas. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, 2005, v. 19, n. 3, p. 23-33, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/readcube/epdf.php?doi=10.1590/S010288392005000300002&pid=S0102-88392005000300002&pdf_path=spp/v19n3/v19n3a02.pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 ago. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, 2004, v.19, n.55, p.149-163, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>> Acesso em: 10 ago. 2018.

REIS, Rossana Rocha. Os Direitos Humanos e a Política Internacional. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, 2006, n. 27, p. 33-42, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n27/04.pdf>> Acesso em: 02 ago. 2018.

RUBIO, David Sánchez Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações.** Tradução: Ivone Fernandes Morcillo Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

RUBIO, **Repensar derechos humanos: De la anestesia a la sinestesia**. 1 ed. Espana: editorial MAD, 2007.

RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antonio. **Teoría Crítica el derecho; nuevos horizontes**. Sa Luis de Potosí; CENEJUS, 2013.

SÃO PAULO. Prefeitura da Cidade de São Paulo. **Lei Municipal nº 16.478, de 8 de julho de 2016**. São Paulo, SP. Disponível em: <http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=09072016L%20164780000> Acesso em: 14 jan. 2018.

SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. Tradução: Cristina Muracho. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: Aspectos conceituais e metodológicos**. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato. **Diretos Sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos**. Tomo 8, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SILVA, Silvana de Fátima Machado da; ZIBETTI, Fabíola Wust. **Dos direitos humanos dos imigrantes: políticas públicas municipais de inclusão**. In: PILAU SOBRINHO, L.L. (org.). **Desafios da sustentabilidade na era tecnológica: a proteção dos direitos humanos**. Itajaí: Univali, 2018, pp. 291-302.

TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, Extracomunitários e Transnacionais: paradoxos da alteridade nas migrações internacionais: brasileiros na Itália**. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo; Porto Alegre: Editora Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Chapecó: Argos, 2010.

TEDESCO, João Carlos. **Movimentos e Identidades Sociais: estudos em perspectiva**. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2015.

ARTIGOS - GT 3 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

**A INFLUÊNCIA DO MOVIMENTO FEMINISTA NO AVANÇO DOS DIREITOS
REPRODUTIVOS E SEXUAIS DA MULHER: UMA ANÁLISE ACERCA DA
DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM PORTUGAL E DA ADPF 54 NO BRASIL**

**THE INFLUENCE OF THE FEMINIST MOVEMENT ON
THE ADVANCEMENT OF WOMEN'S REPRODUCTIVE AND SEXUAL RIGHTS:
AN ANALYSIS OF THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN PORTUGAL AND OF
ADPF 54 IN BRAZIL**

Gabriel Dil¹

RESUMO

Os direitos reprodutivos e sexuais da mulher são garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil. O livre gozo desses direitos, bem como a liberdade de escolha sobre quando e como interromper voluntariamente a gravidez, cabe somente à mulher. O movimento feminista milita no sentido de garantir que esses direitos sejam respeitados, possibilitando que as mulheres possam gozar livremente de sua sexualidade sem uma criminalização por parte do Estado. Diante desse cenário, este artigo busca abordar a influência do movimento feminista e seus reflexos na alteração legislativa e jurisprudencial, no que tange a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez em Portugal, bem como da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 julgada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. Conclui-se que a sociedade civil deve se manter atuante, uma vez que a conquista desses direitos se deve à pressão imposta pela massa social.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto. Descriminalização. Direitos reprodutivos. Movimento feminista. Sociedade civil.

ABSTRACT

The sexual rights of women are guaranteed by the Constitution of Brazil. The possession of these rights, as well as the freedom to choose when and how to voluntarily terminate the pregnancy, rests solely with the woman. The feminist movement militates to ensure that these rights are respected, enabling women to freely exercise their sexuality without criminalization by the State. In view of this scenario, this article seeks to approach the influence of the feminist movement and its repercussions on legislative and jurisprudential amendment, regarding the decriminalization of the voluntary interruption of pregnancy in Portugal, as well as of the ADPF 54 judged by the STF in Brazil. We conclude that civil society must remain active, since the achievement of these rights is due to the pressure imposed by the social mass.

KEYWORDS: Abortion. Decriminalization. Reproductive rights. Feminist movement. Civil society.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a influência da atuação do movimento feminista na promoção e proteção dos direitos reprodutivos, especialmente no que diz respeito à interrupção voluntária da gravidez, tanto na esfera legislativa como na esfera judiciária. Ainda,

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pós-graduando em Ciências Criminais pela Estácio de Sá. Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo com bolsa capes. E-mail: adv.gabrieldil@gmail.com.

observa-se o crescimento e fortalecimento dos novos movimentos sociais, dentre os quais se inclui o movimento feminista, que funcionam como meio de pressão social e dão visibilidade para assuntos que, do contrário, não estariam na pauta estatal.

Para tanto, optou-se por não adentrar nas minúcias do crime de aborto em razão da ampla quantidade de material já existente sobre o assunto, de modo a não transformara presente pesquisa em mera regurgitação de outros trabalhos, mais detalhados e aprofundados.

Por conseguinte, no primeiro tópico, como forma de fornecer os fundamentos para o entendimento do tema, examinar-se-ão os direitos reprodutivos e sexuais à luz dos direitos fundamentais, dissertando sobre sua previsão constitucional, bem como sua definição doutrinária.

Em seguida, analisar-se-á a influência do movimento feminista na descriminalização da interrupção voluntária da gestação em Portugal. Por fim, examinar-se-á a atuação do movimento feminista no julgamento da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 no Brasil, demonstrando as correntes pró e contra a descriminalização do aborto.

1 - DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução social reconheceu alguns direitos, prevendo-os como direitos humanos e fundamentais. Além disso, falar em direitos reprodutivos e sexuais requer uma quebra de paradigmas, e aplicar estes conceitos à mulher é uma contenda que somente no período moderno foi considerado. Tratando-se de direitos que acabam por envolver algo maior e mais complexo, bem como as questões de aborto, fertilização, contraceptivos, dentre outros.²

Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher adquiriram status de direitos humanos fundamentais diante da luta feminista por igualdade, tendo por si só, construído uma concepção de cidadania da mulher e colaborando para consolidar a democracia. Os direitos conquistados pelas mulheres brasileiras retomaram durante o ano de 1950, após a reforma do Código Civil que alcançou a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, sem ter havido significativa mudança na sociedade patriarcal.³

Durante este período, as mulheres tiveram participação integral na luta anti-ditadura, e também na discussão de sexualidade e reprodução. Rendendo-se o modelo familiar apregoadado pelo

²PEGORER, Mayara Alice Souza. **O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher como direitos fundamentais frente aos novos paradigmas sociais: Reafirmando a democracia.** In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 02.

³GOMES, Renata Raupp. **Os “novos” direitos na perspectiva feminino: a constitucionalização dos direitos das mulheres.** In: WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (Org). Os “novos” direitos do Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56.

Código Civil de 1916, pelo movimento feminista, OAB e órgãos internacionais, tendo dado o reconhecimento do trabalho feminino e a aceitação da família monoparental, antes caracterizada pela pessoa da “mãe solteira”.

Sendo assim, o papel do movimento feminista ao redor do mundo colocou em discussão os padrões socioculturais e a atuação do Estado, prestando auxílio na construção dos direitos reprodutivos da mulher. Verifica-se que os direitos reprodutivos são ideias recentes, apesar de serem um tanto quanto primitivos, ligados ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. De outro lado, a efetivação do exercício dos direitos sexuais necessita de políticas públicas que garantam um rol de direitos indispensáveis para a sua prática sem maiores impedimentos.⁴

Seguindo nesta linha, entende-se que deve prevalecer a liberdade de cada indivíduo de decidir se deseja reproduzir-se e de qual modo o fará, sem a menor interferência do Estado para controlar a sexualidade e reprodução, devendo os direitos supramencionados abranger a liberdade de escolha e vedar a intervenção do Estado. Dessa forma, uma vez recepcionados como direitos humanos fundamentais, os direitos sexuais fazem parte tanto da primeira dimensão dos direitos fundamentais, convertidos na busca da liberdade individual perante as imposições estatais, quanto na segunda dimensão, pela necessidade de uma atuação por parte do Estado, a fim de promover condições para que seja dado seu regular exercício, mantendo o seu caráter social.

A interrupção voluntária da gestação é criminalizada no Estado brasileiro, tendo a legislação um rol restritivo de hipóteses em que o aborto é legal, fazendo com que as mulheres se submetam a métodos clandestinos e inseguros, colocando suas vidas em risco por não possuírem outros meios de efetuar a interrupção. Sendo assim, a criminalização do aborto é incompatível com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, uma vez que ela não pode ser coagida pelo Estado a prosseguir uma gestação indesejada. A autonomia da mulher é quem deve conservar o direito de escolha existencial. Ademais, a criminalização gera forte impacto nas mulheres periféricas, quando o assunto é tratado como crime, de forma que essas mulheres não possuem acesso a clínicas privadas, e acabam se submetendo a procedimentos inseguros, multiplicando os casos de lesões graves e óbitos, tanto da mulher, quanto do feto.

Dessa forma, há emergência da sociedade civil intervir na construção e modificação da legislação brasileira, de forma a garantir que os direitos sexuais inerentes à mulher sejam respeitados. A conquista pelos direitos reprodutivos tem seu ponto inicial na luta feminista e devem ser incorporados na prática, para que as mulheres possam gozar integralmente de sua sexualidade.

⁴PEGORER, Mayara Alice Souza. O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher como direitos fundamentais frente aos novos paradigmas sociais: Reafirmando a democracia. p. 04.

2 - A ATUAÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS DA MULHER E A INTERAÇÃO COM O CONSERVADORISMO PROPOSTO PELA IGREJA CATÓLICA

A implementação e integral proteção dos direitos reprodutivos exige um plano eficaz, que seja adotado por todos, tanto na área da saúde, quanto na área jurídica, obedecendo aos parâmetros impostos por tratados e convenções internacionais, efetivando-os como direitos internos. No Brasil, existe uma deficiência em efetivação dos direitos reprodutivos como direitos humanos, necessitando dar maior visibilidade à construção de um conceito de direitos reprodutivos e sexuais, que acabam por envolver na sua conceituação o parto, a contracepção e o aborto.

Outrossim, obter uma eficaz implementação dos direitos sexuais e reprodutivos, sob a égide dos direitos humanos, requer uma ação político-jurídica criativa e emancipatória. Desse modo, tais políticas devem colidir de frente com preconceitos, desmontando tabus, de forma a assegurar aos indivíduos o exercício pleno de sua sexualidade e de sua capacidade reprodutiva, com autonomia e dignidade.⁵

Estes tabus devem ser quebrados, uma vez que os direitos reprodutivos e sexuais inerentes à mulher continuam a ser amplamente negligenciados. Tal negligência se evidencia quando se percebe que a interrupção voluntária da gestação ainda é criminalizada.⁶ O Estado brasileiro deve fazer jus a sua laicidade, enfrentando a cultura religiosa, a fim de positivar e garantir a liberdade sexual e reprodutiva da mulher.⁷

Para que essa linha conservadora se rompa, é necessário que se mantenha uma onda constante de reivindicações e lutas, de modo a erradicar qualquer discriminação ou ato de violência contra a liberdade sexual da mulher. Por conseguinte, o papel de destaque deve ser conferido ao movimento feminista, o qual despendeu muitos esforços no sentido de que se incorporassem os direitos sexuais e reprodutivos no ordenamento jurídico pátrio, alterando, inclusive, aspectos dos direitos trabalhistas e previdenciários, no que tange aos benefícios da licença maternidade e amamentação, por exemplo.

A Igreja Católica tem atuado desde muito tempo, contra o avanço dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher na tentativa de elevar uma proteção absoluta do direito à vida desde a concepção até a morte natural. Neste contexto, a Igreja tenta incluir nos processos constituintes dos

⁵ PIMENTEL, Sílvia. **Direitos Reprodutivos e Ordenamento Jurídico Brasileiro: subsídios a uma ação político-jurídica transformadora.** São Paulo: Comissão de Cidadania e Reprodução, 1993. p. 94.

⁶ VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil.** 3ª edição revisada e ampliada. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA. 2009, p. 149.

⁷ ÁVILA, Maria Betânea de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânea de Melo; BERQUÓ, Elza. **Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania.** Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA, 1994, p. 9.

Estados a incorporação desta cláusula.⁸ Ainda, a atuação da Igreja Católica foi significativa com relação ao lobby realizado pela mesma durante a Convenção Constituinte do Brasil em 1988. Tal lobby teve o objetivo de incluir na Constituição Federal, uma cláusula de proteção da vida desde a concepção, assim como na Colômbia em 1991 e na Argentina em 1994.⁹

Neste último caso, o contramovimento feminista conseguiu a premissa de impedir o avanço e a influência religiosa sobre os textos constitucionais. Atualmente, o ativismo conservador tem direcionado sua atenção à política em nível nacional, com o objetivo de impedir a criação de serviços de aborto dentro dos parâmetros legais, ou para judicializar os casos de aborto que não são criminalizados.¹⁰

Com a sucinta conceituação acerca da interação do movimento feminista e da resistência da Igreja contra o avanço dos direitos sexuais da mulher, como recorte metodológico, opta-se por examinar dois casos específicos, ambos envolvendo países de língua portuguesa e de maioria católica, localizados na Europa e na América do Sul, respectivamente, o da ONG *Women on Waves* em Portugal e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 no Brasil.

3 - A ONG *WOMEN ON WAVES* E O CASO DE PORTUGAL

No cenário apresentado, algumas ONGs se destacam por sua atuação internacional. Tal é o caso da ONG *Women on Waves (WoW)*. Referida ONG foi criada na Holanda e desenvolve atividades médicas nos países onde a interrupção voluntária da gravidez é criminalizada, tendo o objetivo de mostrar as consequências cruéis dos abortos clandestinos e a necessidade de um procedimento seguro e descriminalizado.¹¹

A *WoW* foi inspirada pela organização ambiental *Greenpeace*. Realiza as suas atividades a bordo de um barco, denominado *Borndiep*, que leva consigo uma clínica ginecológica com equipe multidisciplinar para realização de abortos em países em que a interrupção voluntária da gravidez é criminalizada. A ONG supracitada não demonstra qualquer ilegalidade, articulando normas do direito nacional e do direito internacional, sendo devidamente autorizada pelo Ministério de Saúde

⁸ PITANGUY, Jacqueline. *Advocacy: um processo histórico. O progresso das mulheres no Brasil, 2003-2010*. Rio de Janeiro: CEPIA, ONU Mulheres.

⁹ RUIBAL, Alba M. Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. *Revista Brasileira de Ciência Política*. Brasília, n. 14, p. 112. Mai de 2014.

¹⁰ HTUN, Mala. *Sex and the State: abortion, divorce, and the Family under Latin American dictatorships and democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 142.

¹¹ DUARTE, Madalena. *Entre o radicalismo e a contenção: O papel do direito na campanha Women on Waves em Portugal*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2007. p. 06.

holandês a executar interrupções de gravidez. Este acompanhamento médico pode ser ministrado tanto em uma clínica situada na Holanda, ou em águas internacionais.¹²

A *Women on Waves* tem permissão para praticar abortos, tanto medicamentosos quanto cirúrgicos, em gestantes com até 12 semanas de gravidez. Dessa forma, o *Borndiepe* propõe a ajudar mulheres de países nos quais a interrupção voluntária da gravidez é criminalizada, deslocando-as, para tal, até águas internacionais.

Em 2004, o *Borndiepe* se aproximou da costa de Portugal, país que, na época, criminalizava o aborto, lançando uma campanha da *Women on Waves* pela descriminalização do aborto em Portugal. Após viajar em 2001 para a Irlanda e, em 2003, à Polônia, a *WoW* navegava mais uma vez para um país europeu que penalizava a interrupção voluntária da gestação.

O anúncio na imprensa portuguesa de que o *Borndiepe* estava seguindo rumo a águas portuguesas, foi muito significativo, relançando e renovando as esperanças das mulheres portuguesas, acerca da descriminalização do aborto. No entanto, a entrada do *Borndiepe* foi vedada pelo governo português.

O barco da *Women on Waves* havia sido proibido de entrar em águas internacionais pela primeira vez, tendo a organização holandesa entendido como uma violação à Convenção Europeia de Direitos do Mar. Pressionado pela imprensa, o governo português se manifestou publicamente, alegando que a ONG holandesa *WoW* pretendia entrar em seu território para publicitar e praticar atos ilícitos, através de um barco sem licença ou inspeção de autoridade portuguesa.¹³

A posição com pouca flexibilidade do governo português, fez com que o barco retornasse à Holanda. Para alguns ativistas, a decisão do governo ignorava o direito comunitário e internacional, porém, os ativistas voluntários sempre estiveram preparados para agir nos limites da lei, mas não para ir contra ela. Após a saída do *Borndiepe*, deputados e autoridades holandesas não mediram esforços para convencer o governo português a permitir a entrada da organização em seu país. Com isso, a *WoW* propôs contra o Ministério da Defesa Nacional e o Instituto Português e dos Transportes Marítimos, um processo urgente de intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias que entendiam violadas.

Os autores do processo postulavam a autorização da entrada em águas territoriais portuguesas e a atracação no porto da Figueira da Foz. Os réus alegaram incompetência do Tribunal e ilegitimidade passiva do Ministério da Defesa Nacional. Sendo que o núcleo central da argumentação

¹²ALVES, Magda. **Representações sobre o aborto: Contributos e representações sobre a Campanha Fazer Ondas na luta pela despenalização do aborto em Portugal.** Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais da faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2009. p. 50.

¹³DUARTE, Madalena. Entre o radicalismo e a contenção: O papel do direito na campanha Women on Waves em Portugal. p. 08

dos réus foi que a clínica ginecológica a bordo do *Borndiep* possuía o medicamento RU486, medicamento de prescrição não autorizada em Portugal.¹⁴

Os réus argumentavam incessantemente que mesmo fosse o RU486¹⁵ administrado em águas internacionais, haveria continuidade do procedimento abortivo em território português. O polo passivo do processo alegava que as viagens sucessivas entre o porto e as águas internacionais consubstanciam uma prática de fraude à lei, visando contornar a lei portuguesa no que tange à interrupção voluntária da gravidez.

Ao julgar o processo, a juíza considerou os argumentos dos réus, argumentando que o Governo havia agido de acordo com o seu poder discricionário e que não cabia um juiz anulá-lo. Inobstante a decisão judicial proferida pela magistrada portuguesa, a atuação da *WoW* fomentava a discussão, alegando que a lei que criminalizava a IVG,¹⁶ não combatia o problema do aborto clandestino e penalizava mulheres, alimentando a discriminação social.¹⁷

Após barrar a entrada do *Borndiep* em Portugal, a *WoW* e outras duas associações portuguesas, apresentaram uma queixa no Tribunal Europeu de Direitos Humanos contra Portugal. A queixa versava acerca da proibição da entrada do navio fretado pela ONG, em águas territoriais portuguesas, alegando que esta vedação infringia as suas liberdades de associação e de expressão, asseguradas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹⁸

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no julgamento do caso, relembrou a importância da liberdade de expressão, que é fonte basilar do bom funcionamento de uma democracia. Preliminarmente, o Tribunal ponderou que houve ingerência nos direitos da *Women on Waves*, garantidos pela Convenção. Igualmente, proibira entrada do *Borndiep* nas águas internacionais portuguesas, acabou por impedir as interessadas de transmitir informações e de conduzir as reuniões, que ocorreriam a bordo.

Contudo, o Tribunal declarou admissível a queixa proposta pela *WoW* em razão da proibição da entrada do navio *Borndiep* em águas portuguesas, decidindo que houve violação do artigo 10º da Convenção dos Direitos do Mar. Em decorrência desta violação, houve condenação do Estado

¹⁴ DUARTE, Madalena. Entre o radicalismo e a contenção: O papel do direito na campanha Women on Waves em Portugal. p. 14

¹⁵ Medicamento utilizado para realização do procedimento abortivo, do qual não provoca por si só a expulsão do embrião, evitando as contrações uterinas.

¹⁶ Interrupção voluntária da gravidez.

¹⁷ DUARTE, Madalena. Entre o radicalismo e a contenção: O papel do direito na campanha Women on Waves em Portugal. p. 24

¹⁸ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Women on Waves e Outros c. Portugal**, Estrasburgo. 3 de fev de 2009. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001119154&filename=CASE%20OF%20WOMEN%20ON%20WAVES%20AND%20OTHERS%20v.%20PORTUGAL%20%20%5BPortuguese%20Translation%5D%20by%20the%20Prosecutor%20General%27s%20Office%20\(GDDC\).pdf](http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001119154&filename=CASE%20OF%20WOMEN%20ON%20WAVES%20AND%20OTHERS%20v.%20PORTUGAL%20%20%5BPortuguese%20Translation%5D%20by%20the%20Prosecutor%20General%27s%20Office%20(GDDC).pdf)>. Acesso em: 10 de dez de 2018.

português, o qual indenizou às requerentes na quantidade dois mil euros a título de dano moral e uma importância proporcional a assistência judiciária.

Igualmente, apesar do *Borndiep* não ter operado como esperado em Portugal, os objetivos gerais da campanha foram cumpridos, demonstrando que a legislação portuguesa era bastante restritiva, sensibilizando a população para a necessidade da mudança da lei. Diversas pesquisas realizadas pelos meios de comunicação, como SIC, Expresso e Rádio Renascença, mostravam que cerca de 64% dos inquiridos consideravam a iniciativa da *Wo Wútil*, alegando que a IVG deveria ser descriminalizada imediatamente.¹⁹

Desta forma, no caso da *Women on Waves*, a oposição foi feita predominantemente pelo governo do que pelo movimento contra a descriminalização. Contudo, a campanha *WoW*, desencadeou um movimento que veio a ter efeito no referendo de fevereiro de 2007, ano em que a interrupção voluntária da gravidez foi descriminalizada em Portugal. Não é possível afirmar exatamente em que medida a atuação da ONG influenciou a mudança legislativa em território português. Contudo, é inegável que o caso voltou a atenção do país para a problemática e contribuiu para as discussões que culminaram na descriminalização do aborto.

Analisado esse caso específico em Portugal, passa-se agora à apreciação da atuação da sociedade no âmbito da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, julgada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2012.

4 - A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE CIVIL NO JULGAMENTO DA ADPF 54 NO BRASIL

A comunidade internacional comprometida com os direitos reprodutivos e sexuais entende pela necessidade de incluir nas políticas públicas, medidas para reduzir o índice de mortalidade materna devido ao aborto inseguro. O trabalho de diferentes organismos nacionais e internacionais, que apoiam a revisão de leis que incriminam as mulheres que abortam, tem encontrado diversas barreiras, sendo uma delas o conservadorismo religioso.²⁰

O discurso conservador repudia o aborto em qualquer circunstância, tendo como princípio a existência da vida desde a concepção. Dessa forma, perguntas como “onde inicia a concepção da vida?” estão inseridos nessa discussão, oferecendo dificuldade de diálogo entre as áreas da ciência, ética, direito e religião.²¹

¹⁹DUARTE, Madalena. Entre o radicalismo e a contenção: O papel do direito na campanha Women on Waves em Portugal. p. 26

²⁰GOMES, Edlaine de Campos. Sexualidad, Salud y Sociedad. Diferentes perspectivas sobre aborto y gestión de lamuerte em Brasil: posiciones religiosas y del discurso médico. **Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, p. 30. Ago, 2015.

²¹MILANEZ, Núbia. Gravidez Indesejada e Tentativa de Aborto: práticas e contextos. **Sexualidad, Saludy Sociedad**, Rio de Janeiro, p. 131. 2016.

A dificuldade de um consenso entre as diversas linhas de discussão acerca do aborto, mantém a solução do problema um tanto quanto distante, uma vez que o aborto inseguro permanece existindo e dizimando a vida de milhares de mulheres todos os anos. Ademais, resta evidente que o aborto deve ser tratado como um problema de saúde pública.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, no sentido de permitir a interrupção voluntária da gestação em fetos com malformação congênita de caráter letal, ou seja, fetos que não possuem expectativa de vida extrauterina. Tal ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, na tentativa de assentar o entendimento de que somente o feto com capacidade de ser pessoa pode tornar-se sujeito passivo do crime de aborto, postulando a declaração de inconstitucionalidade da tipificação como crime de aborto, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalo.²²

O debate em torno da ADPF 54 reuniu religiosos e cientistas, valendo-se do instituto do *amicus curiae*, instituições religiosas como a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), Igreja Universal, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família. Na representação científica, reuniram-se membros do Conselho Federal de Medicina, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, as sociedades Clínica Brasileira de Medicina Fetal e Genética. Além destas representações, participaram como representantes da sociedade civil, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Associação de Desenvolvimento da Família, Escola de Gente e Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Reprodutivos.

No ato dessa decisão, médicos representantes da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal e da Sociedade Brasileira de Genética Clínica, foram unânimes em afirmar que as repercussões de uma gestação anômala são inúmeras na vida da gestante. A mulher, durante esta gestação, possui maior probabilidade de hipertensão, diabetes, descolamento de placenta, aumento dos riscos obstétricos no parto, bem como consequências psicológicas graves, como pensamentos suicidas depressão e comprometimento da vida conjugal.²³

Inobstante a posição científica apresentada em plenário através das associações supramencionadas, têm-se as manifestações dos representantes religiosos. Os líderes católicos e espíritas em conjunto com organizações pró-vida, defendem a ideia de que a vida se sobrepõe a qualquer outro valor, colocando o feto como um ser vivo desde a concepção, mesmo que não possua

²² GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. **Revista Bioética**, Belo Horizonte, p. 496. 2015.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf> >. Acesso em: 01/09/2018. p. 47.

expectativa de vida após o parto. Tais argumentos se baseiam no fato de que o sofrimento materno não justifica a supressão da vida de um “inocente”.²⁴

Em oposição aos demais representantes religiosos, a Igreja Universal se posicionou no sentido de possibilitar às mulheres seu direito de escolha na questão do aborto, abordando em sua manifestação, que para a Igreja Universal há situações em que o aborto é aceito. Diante das diversas linhas pró e contra a descriminalização do parto terapêutico de fetos anencéfalos, resta evidente que não há consenso nem mesmo entre as diversas entidades religiosas brasileiras.

Além disso, seguindo o movimento pró-aborto, as mulheres presentes na audiência pública, desenvolveram papel central da questão. Nas manifestações das mulheres, houve relatos da histórica subordinação feminina na sociedade ocidental, que é a principal responsável pela manutenção da classificação de aborto como crime, como era o caso da anencefalia fetal. Também foram defendidas as teses de que a liberdade sexual é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, e que o legislador não poderia suprimir esses direitos.²⁵

Após as exposições de todas as correntes, tanto pró-vida, quanto pró-aborto, os Ministros proferiram seus votos. O julgamento da ADPF 54, cuja relatoria se deu pelo Ministro Marco Aurélio, foi julgada procedente por maioria dos votos, percebendo-se que os argumentos levantados pelos *amicus curiae*, foram retomados pelos Ministros e que o resultado final da votação foi pela declaração da inconstitucionalidade de interpretação que criminalizava a interrupção de gravidez de feto anencéfalo.

As manifestações levantadas pelos *amicus curiae* e a relação com os votos dos Ministros na ADPF 54, provaram o poder que a sociedade civil tem de intervir nas questões jurídicas, para garantia e manutenção dos direitos fundamentais. A sociedade civil se organizou através de Organizações Não-Governamentais, entidades religiosas e sociedade médica de diversas áreas, a fim de ponderar e contribuir para a construção de uma legislação mais igualitária e que proporcione o direito de escolha das mulheres.²⁶

Ademais, existem diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional brasileiro, possuindo em suas redações o estabelecimento de políticas públicas no âmbito da saúde sexual da mulher. Dentre eles, está o Projeto de Lei 882/2015, de iniciativa do deputado Jean Wyllys, que visa conferir a possibilidade de toda mulher decidir sobre a interrupção voluntária da gravidez, podendo realizar o procedimento tanto nos serviços públicos, quanto nos serviços privados de saúde.²⁷

²⁴ GIORGI, Marcela Maria Gomes Barroso. **Aborto no Poder Judiciário: o caso da ADPF 54. Dissertação de Mestrado.** São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 86-88.

²⁵ GIORGI, Marcela Maria Gomes Barroso. **Aborto no Poder Judiciário: o caso da ADPF 54.** p. 112.

²⁶GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. *Revista Bioética.* Anencefalia e anomalias congênicas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. p. 504.

²⁷BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de estabelecimento de políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940. Apensado ao PL 313/2007. Março, 2015.

O Projeto de Lei 882/2015 pondera que não há justificativa para que o aborto seguro permaneça na ilegalidade, uma vez que a criminalização não tem influência significativa no impedimento da prática de abortos. A criminalização acaba por fomentar a incidência de procedimentos inseguros, que colocam as mulheres abaixo de padrões mínimos de segurança.

No Brasil, verifica-se um atraso em relação aos direitos sexuais, por conta do poder do fundamentalismo religioso sobre o legislativo. Dessa forma, através destas ações e projetos de Lei, o país tenta cumprir com o acordado no Consenso de Montevideú, que estabelece a necessidade dos países tomarem medidas para revisar as suas leis e políticas públicas no que tange a interrupção voluntária da gravidez, convalidando a proteção da vida e saúde das mulheres.²⁸

Contudo, constata-se que a sociedade civil deve manter-se atuante, uma vez que resta comprovado que suas intervenções possuem força modificativa no que tange ao aspecto legislativo e à interpretação jurídica das normas constitucionais. Nessa perspectiva, ressalta-se que diversas conquistas alcançadas pela sociedade se devem à pressão imposta pela massa social, levantando assuntos relevantes e promovendo uma discussão democrática, onde todas as linhas possam participar e expor os seus argumentos. Acima de tudo, deve prevalecer o respeito aos direitos fundamentais, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da sociedade acabou por reconhecer alguns direitos, tendo os direitos sexuais e reprodutivos da mulher adquirido status de direitos humanos fundamentais através da luta feminista por igualdade. No entanto, apesar destes direitos estarem protegidos pela Constituição brasileira, a previsão do direito à vida desde a concepção, diante algumas interpretações, acaba por influenciar diretamente na liberdade sexual das mulheres.

Igualmente, o Estado brasileiro criminaliza a interrupção voluntária da gestação, possuindo um rol extremamente restritivo de hipóteses em que o aborto é descriminalizado, trazendo graves violações às mulheres, uma vez que elas não possuem a liberdade de decidir sobre quando e em quais condições gerar um filho.

A discussão acerca dos direitos reprodutivos e sexuais da mulher se reacendeu em Portugal, através da ONG *Women on Waves*, tendo como consequência, a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez. Da mesma forma, no Brasil, a ADPF 54 trouxe à baila o direito à interrupção voluntária da gravidez no caso de feto anencéfalo. Tal ação, como resultado, ampliou o rol das causas

²⁸ ONU. Primerareunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe. Montevideo. Agosto, 2013.

abortivas legais, em virtude da ampla intervenção por parte de especialistas da área da saúde e por parte do movimento feminista brasileiro.

Dessa forma, a ampliação do rol de causas permissivas do aborto se deve às ações da sociedade civil, uma vez que elas acabam por despertar o interesse da sociedade acerca do respectivo assunto, concluindo-se que a sociedade civil possui papel basilar no que tange à influência das modificações legislativas e interpretações das normas constitucionais de um país.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVES, Magda. **Representações sobre o aborto: Contributos e representações sobre a Campanha Fazer Ondas na luta pela despenalização do aborto em Portugal**. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais da faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2009. p. 50.

ÀVILA, Maria Betânea de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÀVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. **Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania**. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA, 1994, p. 9.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de estabelecimento de políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 1940. Apensado ao PL 313/2007. Março, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf> >. Acesso em: 01/09/2018. p. 47.

DUARTE, Madalena. **Entre o radicalismo e a contenção: O papel do direito na campanha Women on Waves em Portugal**. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2007. p. 06-26.

GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. Anencefalia e anomalias congênicas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. **Revista Bioética**, Belo Horizonte, p. 496-504. 2015.

GIORGI, Marcela Maria Gomes Barroso. **Aborto no Poder Judiciário: o caso da ADPF 54. Dissertação de Mestrado**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 86-112.

GOMES, Edlaine de Campos. Sexualidad, Salud y Sociedad. Diferentes perspectivas sobre aborto y gestión de lamuerte em Brasil: posiciones religiosas y del discurso médico. **Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, p. 30. Ago, 2015.

GOMES, Renata Raupp. **Os “novos” direitos na perspectiva feminino: a constitucionalização dos direitos das mulheres**. In: WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (Org). Os “novos” direitos do Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51-74.

HTUN, Mala. **Sex andtheState: abortion, divorce, andthe Family underLatin American dictatorshipsanddemocracies**. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 142.

MILANEZ, Núbia. Gravidez Indesejada e Tentativa de Aborto: práticas e contextos. **Sexualidad, Salud y Sociedad**, Rio de Janeiro, p. 129-146. 2016.

ONU. Primerareunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe. Montevideo. Agosto, 2013.

PEGORER, Mayara Alice Souza. **O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher como direitos fundamentais frente aos novos paradigmas sociais: Reafirmando a democracia.** In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 02-04.

PIMENTEL, Silvia. **Direitos Reprodutivos e Ordenamento Jurídico Brasileiro: subsídios a uma ação político-jurídica transformadora.** São Paulo: Comissão de Cidadania e Reprodução, 1993. p. 94.

PITANGUY, Jacqueline. Advocacy: um processo histórico. **O progresso das mulheres no Brasil, 2003-2010.** Rio de Janeiro: CEPIA, ONU Mulheres.

RUIBAL, Alba M. Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. **Revista Brasileira de Ciência Política.** Brasília, n. 14, p. 111-138. Mai de 2014.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Women on Waves e Outros c. Portugal,** Estrasburgo. 3 de fev de 2009. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001119154&filename=CASE%2000F%20WOMEN%20ON%20WAVES%20AND%20OTHERS%20v.%20PORTUGAL%20%20%20%205BPortuguese%20Translation%5D%20by%20the%20Prosecutor%20General%27s%20Office%20\(GDDC\).pdf](http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001119154&filename=CASE%2000F%20WOMEN%20ON%20WAVES%20AND%20OTHERS%20v.%20PORTUGAL%20%20%205BPortuguese%20Translation%5D%20by%20the%20Prosecutor%20General%27s%20Office%20(GDDC).pdf)>. Acesso em: 10 de dez de 2018.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil.** 3ª edição revisada e ampliada. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA. 2009, p. 149.

OS REFLEXOS DA ESCRAVIDÃO NAS RELAÇÕES DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NEGRAS NO BRASIL

THE REFLEXES OF SLAVERY IN THE RELATIONS OF VIOLENCE AGAINST BLACK WOMEN IN BRAZIL

Amanda Caroline Zini¹

Mariana Chini²

RESUMO

As marcas do período escravocrata brasileiro continuam presentes na sociedade, independente de o país ter-se tornado uma democracia. Os abusos sofridos por mulheres negras no passado continuam se repetindo no presente. Levando-se isto em consideração, traça-se esta pesquisa – com método hipotético-dedutivo, abordagem qualitativa e método de procedimento bibliográfico -, objetivando discutir os reflexos da escravidão em relação às mulheres negras vítimas de violência na atualidade.

Palavras-chave: Escravidão. Mulheres negras. Violência.

ABSTRACT

The marks of the Brazilian slave period continue present in the society, independent of the country had been became a democracy. The abuses suffered by black women in the past continue being repeated in present. Taking this in consideration, this research is drawn – with hypothetical-deductive method, qualitative approach and bibliographic procedure method -, aiming to discuss the reflexes of slavery in relation to the black women victims of violence in actuality.

KEYWORDS: Slavery. Black women. Violence.

INTRODUÇÃO

O período colonial brasileiro deixou reflexos marcantes na sociedade, dentre os quais, os abusos sofridos por mulheres negras, que ainda hoje sofrem discriminação e violência. Atualmente, embora em uma democracia, persistem muitas marcas da escravidão, capazes de oprimir e deslegitimar identidades.

A não observação das particularidades de cada grupo de pessoas é capaz de invisibilizar as

¹ Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Estagiária de Direito da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional de Passo Fundo – RS. Integrante do Projeto de Pesquisa “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma ‘nova política’” (UPF-RS). E-mail: amandacarolinezini@gmail.com

² Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (UNINTER). Especialista em Teologia (UNESA). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UPF). Bacharel em Filosofia (UNISUL). Integrante do Projeto de Pesquisa “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma ‘nova política’” (UPF-RS). E-mail: mar.chini@hotmail.com

necessidades de cada um, e na situação feminina não é diferente. As mulheres não fazem parte de um único grande grupo com características idênticas, mas sim, de grupos diversos, cujas necessidades só podem ser atendidas se levadas em consideração suas especificidades.

Neste sentido, a presente pesquisa - que se embasa no método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e método de procedimento bibliográfico, fundamentando-se em artigos, periódicos e livros -, objetiva discutir os reflexos da escravidão em relação às mulheres negras vítimas de violência na atualidade. A discussão tem relevância devido à dupla discriminação sofrida pelas mulheres negras: por seu gênero e sua raça, dividindo-se em dois capítulos: “Reflexos da escravidão” e “Relações de violência contra mulheres negras no Brasil”.

1 - REFLEXOS DA ESCRAVIDÃO

A escravidão marcou o mundo. Desde a disputa entre povos por territórios onde o povo perdedor era escravizado pelo vencedor, até a comercialização de escravos negros para os mais diversos países do mundo para servirem como mão de obra. Ainda assim, a comercialização dos negros por séculos são uma marca na história da humanidade que não pode ser esquecida.

A fundação Walk Free, divulgou o índice global da escravidão com dados coletados referentes ao ano de 2016 e os números são preocupantes. Segundo este levantamento em torno de 40,3 milhões de pessoas encontram-se em situação de escravidão no mundo moderno. A prevalência das mulheres que se encontram nessa situação é assustadora, pois elas correspondem a 71% das vítimas da escravidão moderna, enquanto os homens correspondem apenas 29% deste cálculo.³

Repensar as relações sociais modernas, e dar um significado diferente ao feminismo, de forma particular ao feminismo negro faz com que seja possível perceber de maneira palpável a exclusão capitalista trazendo como nexos o racismo e o sexismo diante da vida das mulheres no trabalho escravo, e compreendendo como funcionavam as sociedades que vivenciaram os amargos dias da escravidão.

Mas entre toda esta atividade intelectual a situação especial das mulheres escravas continuaram impenetradas. Eram incessantes os argumentos sobre a sua “promiscuidade sexual” ou a sua propensão “matriarcal” obscura, muito mais que eles iluminaram sobre a condição da mulher durante a escravatura. Herbert Aptheker continua a ser um dos poucos historiadores que tentaram estabelecer uma base mais real para o entendimento da mulher escrava.⁴

³ Índice global de escravidão. Fundação Walk Free. 2018 Disponível em: <https://www.globallaveryindex.org/2018/findings/highlights/> - Acesso em: 03/01/2019

⁴ DAVIS, Angela. **Mulher, Raça e Classe**. [S.l.].[s.d]. Disponível em: <http://biblioteca-feminista.blogspot.com/2016/04/angela-davis-mulher-raca-e-classe.html> - Acesso em: 04/01/2019, p. 11.

Os estudos sobre a escravidão não tinham como objeto compreender das condições da mulheres escravas, o que camuflava muitas realidades, a desumanização das mulheres seu enfrentamento após a abolição da escravatura o que impossibilitava demonstrar a importância da experiência das mulheres negras no trabalho escravo.

O sistema da escravatura define os escravos como bens móveis. As mulheres eram olhadas não menos que os homens, eram vistas como unidades rentáveis de trabalho, elas não tinham distinção de gênero na medida das preocupações dos donos de escravos. Na opinião de um historiador “as mulheres escravas eram primeiro trabalhadoras a tempo inteiro para o seu dono e depois apenas incidentalmente uma esposa, uma mãe, uma dona de casa”. Tendo em conta que no século XIX a ideologia de feminilidade enfatizava os papéis de mães cuidadoras, companheiras dóceis e donas de casas para os seus maridos, as mulheres negras eram praticamente uma anomalia.⁵

A questão de raça ganha ênfase em razão de inúmeros retratos do abuso sofrido por mulheres negras ao longo dos séculos, outrora por não possuírem direitos e hoje por lutarem por eles.

A história do Brasil aponta que apesar de muitas escravas que trabalhavam nas cidades possuírem condições de comprar sua liberdade e melhorar sua vida elas ainda sofriam com maridos violentos e exploradores, casamentos infelizes, que eram legitimados pelas leis dos brancos onde o regime de casamento afirmava que os bens seriam dos dois, mas apenas nos casamentos onde a esposa era negra é que as mulheres deveriam trabalhar e ainda sofriam os mais diversos tipos de abuso.⁶

Percebe-se diante destas afirmações, que ser mulher e negra na sociedade escravista era difícil, pois estavam à mercê de todos os tipos possíveis de violência, e tiveram que enfrentar a escravidão e sua obscuridade, a crueldade por parte do governo, a prepotência dos homens, não somente de seus senhores, mas também dos companheiros violentos.

Percebe-se diante destas afirmações, que ser mulher e negra na sociedade escravista era difícil, pois estavam à mercê de todos os tipos possíveis de violência, e tiveram que enfrentar a escravidão e sua obscuridade, a crueldade por parte do governo, a prepotência dos homens, não somente de seus senhores, mas também dos companheiros violentos. Essas características podem ser vistas hoje, mulheres agredidas pelos companheiros, estranhos que abusam de mulheres que andam sozinhas, ou se aproveitam de oportunidades para desmerecerem suas condições e as submetem a agressões psicológicas.

Para Márcia de Vargas, ainda hoje a permanência da estigmatização e o erotismo do corpo da mulher negra; é preciso pesquisar mais sobre raça e gênero, pois a historiografia deixa muitas

⁵ DAVIS, Angela. **Mulher, Raça e Classe**. p. 10.

⁶ VARGAS, Marcia de. **A história das mulheres negras no Brasil, no enfrentamento da discriminação e violência**. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospede/pdebusca/producoes_pde/2016/2016_pdp_hist_ufpr_marciadevargas.pdf - Acesso em: 03/01/2019, p. 11.

“lacunas” sobre como viveram as mulheres negras no período da escravidão, e como enfrentaram e enfrentam a discriminação e a violência.⁷

Para Clóvis de Moura, Florestan Fernandes aponta que o problema do negro não é tão somente um tema acadêmico, mas um dilema nacional ao qual nunca foram apresentadas soluções relevantes e que ainda é desconversado e não encarado com a seriedade e relevância que deveria, para o autor o tema não deve ser visto de fora, é necessário que a sociedade se integre e participe.⁸

E por meio da participação da sociedade e do reconhecimento da contribuição das mulheres através do tempo é que será possível compreender como grande parte da população às estereotipou, marginalizou e prejudicou sua liberdade ao longo da história, tornando possível compreender também que apesar da violência discriminação e desigualdades enfrentadas pelas mulheres isso não calou sua voz, nem as desmotivou na luta por seus direitos e atualmente lutam por igualdade e melhores condições de vida, organizando-se em movimentos sociais e enfrentando o preconceito de raça, gênero e classe.

2 - RELAÇÕES DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES NEGRAS NO BRASIL

O sistema social, violento e sexista, apresenta problemas que muito antes de competir às ciências criminais deveriam competir ao âmbito de políticas públicas capazes de garantir a proteção dos direitos femininos.⁹

Os dados do Mapa da Violência de 2015 relatam que “59,7% das mulheres que acessaram o Ligue 180 – canal para denúncia e busca sobre informações sobre violência doméstica – se autodeclararam negras”,¹⁰ o que é um reflexo do período colonial brasileiro que continua agindo na sociedade de novos modos, sendo que embora o Brasil se encontre em uma democracia, “as relações de gênero segundo a cor ou a raça instituídas no período da escravidão” permanecem, podendo-se destacar como exemplo disso, a experiência das mulheres negras ao longo da história - a qual foi diferente da experiência das mulheres brancas -, e que a versão clássica dos discursos sobre opressão feminina não leva em consideração, deixando de lado as diferenças qualitativas sobre a identidade

⁷ VARGAS, Marcia de. **A história das mulheres negras no Brasil, no enfrentamento da discriminação e violência.** p. 12.

⁸ MOURA, Clóvis. Florestan Fernandes e o negro: uma interpretação política. Revista Princípios. Edição 50/1998/ p. 76 à 83/ mês agosto à outubro 1998/ Disponível em: <http://revistaprincipios.com.br/artigos/50/cat/1504/florestan-fernandes-e-o-negro-uma-interpreta%C3%A7%C3%A3o-pol%C3%ADtica-.html> – Acesso em 04/01/2019

⁹ ANDRADE, Andressa Paula de. KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. As Sufragistas, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 138/2017 | p. 187 - 211 | Dez / 2017, p. 4.

¹⁰ COUTO, Maria Claudia Giroto do. Solidão e risco no campo dos afetos: uma análise sobre violências simbólicas e fatais vivenciadas por mulheres negras. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 146/2018 | p. 539 - 556 | Ago / 2018, p. 4 e 5.

feminina das mulheres negras.¹¹

Enquanto escravas, as mulheres sofreram de formas diferentes em relação aos homens na mesma condição, pois além dos castigos habituais, elas sofreram abusos sexuais e outras formas de maus tratos passíveis de serem infligidos apenas a elas:¹²

Os comportamentos dos donos de escravos para as mulheres escravas eram: quando era rentável explorá-las como se fossem homens, sendo observadas, com efeito, sem distinção de gênero, mas quando elas podiam ser exploradas, castigadas e reprimidas em formas ajustadas apenas às mulheres, elas eram fechadas dentro do seu papel exclusivo de mulheres.¹³

Isto é, enquanto necessário explorar as mulheres para fazê-las trabalhar como os homens independentemente de seu porte físico, elas eram equiparadas a eles, mas quando necessário que elas cumprissem funções exclusivamente femininas, como amas de leite ou gestantes de futuros escravos, elas eram relegadas a uma condição de diferença e exclusão, servindo muitas vezes aos propósitos sexuais dos senhores de escravos. A violência sexual colonial, portanto, “é o ‘cimento’ de todas as hierarquias de gênero e raça presentes em nossas sociedades”.¹⁴

Ao citar Sonia Giacomini, Sueli Carneiro diz que “a exaltação sexual da escrava e o culto a sensualidade da mulata” são muito explorados pela cultura “branca e machista” como explicação e justificação dos ataques sexuais contra as escravas pelos senhores de escravos, os quais são vistos a partir desta perspectiva como vítimas da “superexcitação genésica das escravas negras”,¹⁵ ou seja, vítimas de um estímulo que partiria das próprias escravas, eximindo os senhores de escravos da denominação de abusadores sexuais.

No Brasil e na América Latina, a violação colonial perpetrada pelos senhores brancos contra as mulheres negras e indígenas e a miscigenação daí resultante está na origem de todas as construções de nossa identidade nacional, estruturando o decantado mito da democracia racial latino-americana, que no Brasil chegou até as últimas consequências.¹⁶

Quando as particularidades de cada grupo de mulheres não são observadas, deixando-se de lado os dados referentes à classe social e raça, mascaram-se características importantes para a análise da violência, além de invisibilizarem-se as demandas das mulheres nesta situação.¹⁷

¹¹ CARNEIRO, Sueli. **Enegrecer o Feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero**. [S.l.]. [s.d.]. Disponível em: <https://docplayer.com.br/104128-Enegrecer-o-feminismo-a-situacao-da-mulher-negra-na-america-latina-a-partir-de-uma-perspectiva-de-genero.html> - Acesso em: 04/01/2019, p. 1.

¹² DAVIS, Angela. **Mulher, Raça e Classe**. p. 11.

¹³ DAVIS, Angela. **Mulher, Raça e Classe**, p. 11.

¹⁴ CARNEIRO, Sueli. **Enegrecer o Feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero**, p. 1.

¹⁵ CARNEIRO, Sueli. **Gênero, Raça e Ascensão Social**. Estudos Feministas - Ano 3 - nº 2/1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16472/15042> - Acesso em: 04/01/2019, p. 546.

¹⁶ CARNEIRO, Sueli. **Enegrecer o Feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero**, p. 1.

¹⁷ COUTO, Maria Claudia Giroto do. **Solidão e risco no campo dos afetos: uma análise sobre violências simbólicas e fatais vivenciadas por mulheres negras**, p. 4 e 5.

Exemplo disto é o fato de que para as mulheres brancas sair de casa para trabalhar significou um grande avanço nas conquistas feministas, ao passo que a maior parte das mulheres negras sempre trabalhou fora de casa, seguindo um modelo que vem desde a época da escravatura, pois “como escravas, o trabalho compulsoriamente ofuscou qualquer outro aspeto da existência feminina”, de forma que a exploração da vida das mulheres escravas começa com seu papel de trabalhadoras.¹⁸

O movimento pela emancipação da mulher precisou construir “uma nova identidade sobre o que significa ser mulher. Estruturar uma identidade que a diferencia do varão, mas que a situa em igualdade social de direitos e obrigações”.¹⁹

A violência doméstica sai da esfera do privado e alcança a esfera das políticas públicas a partir do momento em que a luta contra a violência sexual e doméstica traça um novo paradigma entre as questões públicas e privadas.²⁰

A luta contra a violência doméstica e sexual deve ser levada ao âmbito público, pois este é “um problema social e cultural diante do qual a sociedade deva se posicionar e punir”, extinguindo-se a crença de uma subordinação natural da mulher em relação ao homem que seja capaz de permitir e justificar a violência contra a mulher.²¹

As mulheres escravas sofriam punições muito mais severas que os homens, levando-se em conta que além das chibatadas e mutilações, também sofriam o abuso sexual por parte tanto dos senhores de escravos quanto dos capatazes das fazendas.²²

Isso tudo demonstra os resultados da “hegemonia da ‘branquitude’ no imaginário social e nas relações sociais concretas”, onde ocorrem violências que por vezes são invisíveis, mas capazes de trazerem grande negatividade para a subjetividade feminina, inclusive no campo dos afetos e no campo da sexualidade, de forma que é imprescindível a criação de novos referenciais para as mulheres negras, baseando-se em uma não-hegemonia da branquitude.²³

Ao longo das últimas décadas, as inúmeras lesões e exposições sofridas pelas mulheres deram força para o surgimento de diversos movimentos políticos e decisões por parte do Estado com o intuito de oportunizar a máxima proteção a elas e a seus direitos:

Dentre esses estímulos, pode-se enumerar, sobretudo, as atuações dos diferentes grupos feministas e as iniciativas de ONGs patrocinadas por mulheres dentro de múltiplos órgãos de representação nacional que têm trabalhado variados temas afins à questão feminista, a *(não) legalização do aborto, igualdade de gênero, direito das mulheres* enquanto chefes de família,

¹⁸ DAVIS, Angela. **Mulher, Raça e Classe**, p. 10.

¹⁹ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **O (ab)uso da tolerância na produção das subjetividades flexíveis**. In: SIDEKUM, Antônio. (Org). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003, p. 142 e 143.

²⁰ CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em movimento**. *Estudos Avançados* 17 (49), 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n49/18400.pdf> - Acesso em: 04/01/2019, p. 117.

²¹ CARNEIRO, Sueli. **Mulher Negra**. Caderno IV. São Paulo: Caderno Geledés, 1993. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Mulher-Negra.pdf> - Acesso em: 04/01/2019, p. 10.

²² DAVIS, Angela. **Mulher, Raça e Classe**, p. 25.

²³ CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em movimento**, p. 122.

*prevenção de gravidez precoce, dentre outros.*²⁴

É importante, inclusive, que se discuta de modo adequado sobre as questões que afetam diretamente as mulheres, como por exemplo, nos debates sobre a legalização do aborto, deve-se questionar se “precisamos, em todo caso, escutar sobretudo a voz das mulheres em geral ou apenas a voz das mulheres que abortaram ou estão em condições de abortar”.²⁵

Isto se dá devido ao fato de que escolhas e preferências não são tão simples, “suponham-se, por exemplo, as preferências de mulheres, às quais foi ensinado, durante décadas, talvez séculos, que são inferiores aos homens”, questiona-se, então, quais decisões são genuínas e quais fazem parte de uma “falsa consciência”.²⁶

Por fim, deve-se levar em conta que embora a discriminação seja crime nas democracias contemporâneas do ocidente, ainda assim ocorrem atos discriminatórios contra a mulher, em especial, a mulher negra, de modo que é necessário cessar com esse tipo de injustiça²⁷ por meio da luta contra a discriminação e da luta pelo reconhecimento da identidade étnica de cada pessoa, para que se possa perceber que “tanto a dominação quanto a resistência se fazem ao longo de diversos eixos, e que estes não estão subordinados, de maneira definitiva, a uma ‘contradição principal’”.²⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As estatísticas são negativas, mesmo com a evolução da humanidade as mulheres negras ainda são duplamente vitimizadas, por sua cor e por seu gênero. E por esta razão é necessário repensar as relações sociais modernas principalmente no tocante ao feminismo negro considerando a história das sociedades que viveram e se estabeleceram as custas da escravidão.

E por esta razão é necessária uma atenção especial ao fato de que pouco foram estudadas as condições das mulheres durante a escravidão, pois não estavam entre os objetivos observar a vida das mulheres, o que permitiu camuflar muitas realidades. O sistema da escravatura definia os escravos como bens móveis, logo as mulheres não recebiam tratamento diferenciado dos homens, eram apenas uma forma de obter lucro.

²⁴ FERREIRA, Pedro Paulo Da Cunha. MAIA, Débora Moreira. Às voltas com a política criminal latino-americana de prevenção da violência de gênero: um estudo a propósito da experiência brasileira e a recente criminalização do feminicídio. **Revista dos Tribunais** | vol. 973/2016 | p. 219 - 243 | Nov / 2016, p. 2 e 3.

²⁵ GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 176.

²⁶ GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**, p. 11 e 12.

²⁷ LUCAS, Douglas Cesar. SANTOS, André Leonardo Copetti. **A (In)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 35.

²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. In: Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 35.

Hoje essa temática não é apenas um tema acadêmico, mas um dilema nacional que merece ser tratado com muita atenção, pois muitas lacunas precisam ser preenchidas para que seja possível compreender as causas da violência moderna com relação às mulheres negras.

Isso porque as estatísticas demonstram que as mulheres negras são as que mais denunciam serem vítimas de abuso e violência. Demonstrando que existem resquícios das explorações sofridas durante a escravidão.

Há uma grande dificuldade na superação dos obstáculos milenares que perpassam o cotidiano das mulheres negras, no entanto, a competência e coragem para lutar pelo espaço social através dos ideais que permeiam a vida das mulheres demonstra que embora pareça solitário, o caminho pela libertação das amarras impostas há séculos pela sociedade é possível, sendo necessário para tanto, contar com a força e resistência feminina.

E por esta razão a luta contra a violência doméstica e sexual deve ser tratada como assunto de interesse público, pois se trata de um problema social e histórico-cultural ao qual a sociedade deve se posicionar em busca de melhores condições para todas as mulheres e punir práticas que ameacem sua vida, dando fim à subordinação da mulher em relação ao homem, que há séculos justifica a violência contra a mulher.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Andressa Paula de. KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. As Sufragistas, o direito penal e as mulheres: doces, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 138/2017 | p. 187 - 211 | Dez / 2017.

CARNEIRO, Sueli. **Enegrecer o Feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero.** [S.l.].[s.d.]. Disponível em: <https://docplayer.com.br/104128-Enegrecer-o-feminismo-a-situacao-da-mulher-negra-na-america-latina-a-partir-de-uma-perspectiva-de-genero.html> - Acesso em: 04/01/2019.

CARNEIRO, Sueli. **Gênero, Raça e Ascensão Social.** Estudos Feministas - Ano 3 - nº 2/1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16472/15042> - Acesso em: 04/01/2019.

CARNEIRO, Sueli. **Mulher Negra.** Caderno IV. São Paulo: Caderno Geledés, 1993. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Mulher-Negra.pdf> - Acesso em: 04/01/2019.

CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em movimento.** Estudos Avançados 17 (49), 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n49/18400.pdf> - Acesso em: 04/01/2019.

COUTO, Maria Claudia Giroto do. Solidão e risco no campo dos afetos: uma análise sobre violências simbólicas e fatais vivenciadas por mulheres negras. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 146/2018 | p. 539 - 556 | Ago / 2018.

DAVIS, Angela. **Mulher, Raça e Classe**. [S.l.].[s.d.]. Disponível em: <http://biblioteca-feminista.blogspot.com/2016/04/angela-davis-mulher-raca-e-classe.html> - Acesso em: 04/01/2019.

FERREIRA, Pedro Paulo Da Cunha. MAIA, Débora Moreira. Às voltas com a política criminal latino-americana de prevenção da violência de gênero: um estudo a propósito da experiência brasileira e a recente criminalização do feminicídio. **Revista dos Tribunais** | vol. 973/2016 | p. 219 - 243 | Nov / 2016.

GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Índice global de escravidão. Disponível em: <https://www.globallslaveryindex.org/2018/findings/highlights/> - Acesso em: 03/01/2019

LUCAS, Douglas Cesar. SANTOS, André Leonardo Copetti. **A (In)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MOURA, Clóvis. **Florestan Fernandes e o negro: uma interpretação política**. Revista Princípios. Edição 50/1998/ p. 76 à 83/ mês agosto à outubro 1998/ Disponível em: <http://revistaprincipios.com.br/artigos/50/cat/1504/florestan-fernandes-e-o-negro-uma-interpreta%C3%A7%C3%A3o-pol%C3%A9tica-.html> – Acesso em 04/01/2019

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **O (ab)uso da tolerância na produção das subjetividades flexíveis**. In: SIDEKUM, Antônio. (Org). Alteridade e multiculturalismo. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. In: Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

VARGAS, Marcia de. **A história das mulheres negras no Brasil, no enfrentamento da discriminação e violência**. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2016/2016_pdp_hist_ufpr_marciadevargas.pdf - Acesso em: 03/01/2019, p. 39.

FEMINISMO: DA CAÇA ÀS BRUXAS AOS TEMPOS ATUAIS

FEMINISM: FROM HUNTING TO WITCHES AT CURRENT TIMES

Caroline Andreis de Oliveira¹

RESUMO

O presente artigo contextualiza historicamente as relações entre homem e mulher, desde os primórdios nas sociedades de coleta, passando pelo período de caça às bruxas, na qual a dominação do masculino sobre o feminino torna-se absolutamente clara, até a modernidade. Mesmo diante de inúmeros avanços, ainda é possível traçar um paralelo entre o pensamento misógino e patriarcal da época em que houve maior perseguição às mulheres e os dias de hoje, no qual ainda se encontram resquícios dos mesmos ideais. É nesse contexto de opressão que o feminismo nasce e se torna necessário, não somente como uma forma de luta e expressão feminina, mas como meio para a construção de uma sociedade mais justa. A sociedade atual segue sendo ditada pelas perspectivas e necessidades masculinas. Somente por meio da igualdade buscada arduamente, mas ainda não alcançada na prática, aliada à autonomia e possibilidade real de ocupação e participação da mulher em todas as áreas sociais, com redefinição de papéis pela percepção também delas, é que se vislumbra a possibilidade de uma sociedade mais igualitária e inclusiva. Felizmente as bruxas atuais não podem mais ser queimadas vivas, ainda que não faltem tentativas de calá-las, e recaí justamente sobre elas a esperança de uma sociedade evoluída ao ponto de que seja obsoleto discutir desigualdade de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia. Bruxas. Feminismo. Igualdade. Participação.

ABSTRACT

The present article contextualizes historically the relations between man and woman, from the beginnings in the collecting societies, going through the period of witch hunt, in which the domination of the masculine over the feminine becomes absolutely clear, until the modernity. Even with many advances, it is still possible to see a parallel between the misogynist and patriarchal way of thinking, on the time when there was persecution of women, and the present day, in which there are still remnants of the same ideals. It is in this context of oppression that feminism is born and becomes necessary, not only as a form of female fight and expression, but as a means to build a fairer society. Current society continues to be dictated by male perspectives and needs. The only way is by equality, that woman seek, but not yet achieved in practice, coupled with the autonomy and real possibility of occupation and participation of women in all social areas, with redefinition of roles by the perception of them also, is the possibility of a more egalitarian and inclusive society. Fortunately, today's witches can no longer be burned alive, though there is no lack of attempts to silence them, and they are the hope of an evolved society, until gender discussions become obsolete.

KEYWORDS: Autonomy. Witches. Feminism. Equality. Participation.

¹Possui graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2008). Atualmente é advogada. Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar os anseios do feminismo atual mediante contextualizações das relações históricas entre homem e mulher, inicialmente igualitárias, nas sociedades de coleta, e posteriormente de dominação sob a ótica da perseguição às mulheres ocorrida na era medieval.

Desenvolve-se, então, um paralelo entre os tempos atuais, em que se percebe uma evolução de direitos, contudo, com visível diminuição do gênero feminino, que ainda não detém plena igualdade de oportunidades e de tratamento perante o gênero masculino com a antiguidade opressora das mulheres feiticeiras reduzidas aos seus encantos sexuais e sua menor capacidade intelectual.

Percebe-se diante da evolução histórica a relevância do feminismo desde os seus primeiros traços, em mulheres que não se submetiam a determinações impostas pelos homens, até a atualidade, na qual se consolida em verdadeira possibilidade de uma sociedade mais justa e igualitária.

1 - FEMINISMO: DA CAÇA ÀS BRUXAS AOS TEMPOS ATUAIS

1.1. Relação entre homens e mulheres nas sociedades pré-históricas

Não se pretende discutir a origem do tratamento desigual dado às mulheres na sociedade, mas sim compreender que no período pré-histórico, homens e mulheres, a despeito das óbvias diferenças biológicas, detinham comportamento igualitário.

Importante frisar que a afirmação de que a desigualdade entre os sexos é uma construção histórica, não importa em rejeitar as diferenças biológicas entre eles. Contudo, que tais diferenças não devem ser a causa ou motivação para a persistente desigualdade de tratamento dentro das relações de poder. (COULOURIS, 2004, p. 62)².

Apesar do que é reproduzido como a época do homem das cavernas, no qual se subentende uma dominação do feminino pelo masculino, o que se verifica que essa foi a compreensão equivocada daqueles que estudaram o período, conforme a sociedade patriarcal dos próprios pesquisadores e não efetivamente do tempo avaliado, como bem explica Sousa:

Nas pesquisas mais recentes, vemos que esse papel limitado da mulher não passou de uma grosseira reprodução dos valores patriarcais que dominavam as ciências que fundamentam o conhecimento pré-histórico. Já antes da descoberta da agricultura, temos vestígios de que as mulheres tinham um papel ativo no processamento da caça. Vestígios analisados mostram que as mulheres auxiliavam no corte das carnes e no deslocamento dos animais que eram mortos com fins alimentares.³

² COULOURIS, Daniella Georges. Gênero e discurso jurídico: possibilidades para uma análise sociológica. In: CARVALHO, Maria Jane Soares; ROCHA, Cristianne Maris Famer (Orgs.). **Produzindo gênero**. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 62.

³ SOUSA, Rainer Gonçalves. **O cotidiano da mulher na Pré-História**; Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilescola.uol.com.br/historiag/o-cotidiano-mulher-na-pre-historia.htm>>. Acesso em 12 de julho de 2018.

Nas relações iniciais entre seres humanos, em períodos extremamente remotos, na chamada sociedade de coleta, período anterior às revoluções e guerras, em que a mulher ocupava posição central,⁴ as relações eram solidárias, inclusive com participação das mulheres para prover a família. A cooperação era a marca das relações sociais, e o que se entende do período é que “Essas culturas primitivas deviam ser cooperativas, a fim de sobreviver em condições hostis, e, portanto, não havia coerção ou centralização, mas rodízio de lideranças, e as relações entre homens e mulheres eram mais fluidas do que viriam a ser nas futuras sociedades patriarcais”.⁵

Contudo, logo em seguida surgiram as sociedades pautadas na caça de animais de grande porte e necessidade de maior esforço físico, instaurando-se as primeiras relações violentas, nas quais a predominância da força concede privilégios e o gênero masculino passa a ser dominante. Da consciência de solidariedade a humanidade passou à consciência da competição.⁶

Ou seja, é nesse período que a força física masculina adquire destaque e começa a ditar regras e determinações dentro das comunidades.

1.2. Relações de dominação da mulher no período medieval: a caça às bruxas

No período da Idade Média a condição da mulher floresce. Tendo em vista que os homens se ausentavam em razão das guerras, e muitos inclusive morriam em decorrência delas. As mulheres, então, detinham acesso à arte, à cultura e à literatura. É nesse período também que o cristianismo se sedimenta na Europa e a igreja detém absoluto poder. E é logo após essa perspectiva, ao final do século XIV até o século XVIII, que se inicia o período de maior repressão às mulheres, que durou quatro séculos, chamado de “caça às bruxas”.⁷

Enquanto as mulheres cuidaram de suas casas, desenvolveram aptidões e conhecimentos médicos para ajudar umas às outras e aos seus filhos, o que posteriormente ensejou uma ameaça ao poder médico, formado por homens provenientes das universidades do sistema feudal.⁸ Esse e outros inúmeros conhecimentos fizeram com que as mulheres, em especial, fossem vistas como feiticeiras detentoras de técnicas que a ciência não possuía, em verdadeira ameaça ao poder masculino. O poder

⁴ KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O Martelo das feiticeiras**. Introdução histórica, Rose Marie Muram; prefácio, Carlos Byington; tradução Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p. 5.

⁵ KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O Martelo das feiticeiras**. Introdução histórica, Rose Marie Muram; prefácio, Carlos Byington; tradução Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p. 6.

⁶ MURARO, Rose Marie. BOFF, Leonardo. **Feminino e masculino: uma nova consciência para o encontro das diferenças**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 11.

⁷ KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O Martelo das feiticeiras**. Introdução histórica, Rose Marie Muram; prefácio, Carlos Byington; tradução Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p. 13.

⁸ KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O Martelo das feiticeiras**. Introdução histórica, Rose Marie Muram; prefácio, Carlos Byington; tradução Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p. 14.

masculino, até então predominantemente físico, pretendia se estender a outras áreas, cujos conhecimentos estavam nos seres femininos.

Importa dizer que as relações de poder geraram as primeiras desigualdades que ultrapassaram as diferenças físicas entre sexo masculino e feminino. Toda e qualquer relação entre oprimidos e opressores tem sua base no poder. Manifestação de dominação esta que se inicia com a tentativa de manutenção daquilo que é visto como “normal” e que após tanto ser repetida entra num paradigma de normalidade aos olhos de todos:

Assim, pensarmos diferentes estados de dominação, que geram reações e respostas sociais, acadêmicas e institucionais, é pensarmos muito além de violências ou dominações manifestas no plano individual ou privado, de mulheres por homens, ou de homossexuais por heterossexuais, de negros por brancos, de estrangeiros por nacionais, etc., mas, num sentido muito mais acurado, reclama-nos pensar violências e dominações que ultrapassaram situações de perturbação do estado de coisa “normal”. Em sentido diverso e com uma profundidade tectônica, são inerentemente invisíveis a certos estados de “normalidade”; são violências e dominações sistêmicas que de certo modo são a “matéria escura” que predomina no universo interestelar; invisivelmente normal, mas violenta, silenciosa e hegemonicamente ocupadora e determinante.⁹

Quando um grupo dominante vê sua hegemonia ameaçada, como ocorreu entre os homens e as mulheres, ele passa a não medir esforços para a sua manutenção no poder, bem como para a imposição de sua tradição ou *modus operandi*, afastando tudo que não se enquadre no parâmetro por ele estabelecido.

E esse domínio, no caso das mulheres da idade média, vem por meio do controle e da manipulação dos atos sexuais. Era pela sexualidade que se acreditava que o demônio podia apropriar-se do corpo. “E como as mulheres estão essencialmente ligadas à sexualidade, elas se tornam as agentes por excelência do Demônio (as feiticeiras). E as mulheres têm mais convivência com o Demônio ‘porque Eva nasceu de uma costela torta de Adão, portanto, nenhuma mulher pode ser reta’”.¹⁰

É nessa perspectiva que se inicia todo o processo de extermínio de inúmeras mulheres sob o pretexto de serem elas “bruxas”, detentoras de saberes não cristãos. Não se pretende adentrar nas questões específicas de como eram mortas, quantas foram, e por quais motivos utilizados por seus julgadores, mas sim entender a razão de por qual motivo eram bruxas as mulheres, já que esse período é de absoluta relevância para a compreensão da repressão feminina mesmo atualmente.

É na breve introdução histórica do livro *O martelo das feiticeiras*, realizada por Rose Marie Muraro, que se compreende que foi no auge na Renascença que se deu então o período negro de

⁹ SANTOS, André Leonardo Coppeti. LUCAS, Doglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 33-34.

¹⁰ KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O Martelo das feiticeiras**. Introdução histórica, Rose Marie Muram; prefácio, Carlos Byington; tradução Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p. 15.

matança das mulheres, intimamente ligado aos preceitos religiosos, tanto que tudo que estava no capítulo de Genesis tornou-se concreto e há a verdadeira transmutação da mulher sagrada e fértil para a pecadora que deve ser extirpada:

Se nas culturas de coleta as mulheres eram quase sagradas por poderem ser férteis e, portanto, eram as grandes estimuladoras da fecundidade da natureza, agora elas são, por sua capacidade orgástica, as causadoras de todos os flagelos a essa mesma natureza. Sim, porque as feiticeiras se encontram apenas entre as mulheres orgásticas e ambiciosas, isto é, aquelas que não detinham a sexualidade ainda normatizada e procurava impor-se no domínio público, exclusivo dos homens. (...). De doadora da vida, símbolo da fertilidade para as colheitas e os animais, agora a situação se inverte: a mulher é a primeira e a maior pecadora, a origem de todas as ações nocivas ao homem, à natureza e aos animais.¹¹

A explicação da caça às bruxas, leia-se às mulheres, dada pela autora¹² é de que seriam elas as maiores praticantes de bruxaria. Ainda, as línguas, os eclesiásticos e as mulheres, seja na bondade ou no vício, não conheciam moderação, ultrapassando os limites da sua condição, causando os piores efeitos. Bem como, elas copulavam com o demônio, mencionadas literalmente como: sexo frágil, crédulas, impressionáveis, de língua traiçoeira, fracas, pérfidas, mais carnis que o homem, perversa por natureza e detentora de memória fraca, sendo, assim, o alvo perfeito para as forças do mal e seus objetivos.

O componente misógino está presente nessa associação da mulher à loucura, à sua própria natureza, e à sua não confiabilidade:

Essa inconfiabilidade mítica foi criada pelo patriarcado para abalar a relação das mulheres entre si. Se as mulheres confiarem em si mesmas e umas nas outras, o sistema sustentado na diferença hierárquica entre homens e mulheres e na estúpida desconfiança sobre a potências das mulheres pode ruir.¹³

Percebe-se nitidamente que a mulher é retratada como um ser inferior ao homem, fraca, facilmente corrompível, menos inteligente e não digna de confiança. Mas não todas as mulheres, somente àquelas que tentaram se impor de alguma forma que a hegemonia masculina entendeu indevida. E da mesma forma, as mulheres que de alguma forma lutavam pelo que acreditavam eram os seres sexuais que utilizavam a sedução para seus objetivos, enfeitando os homens indefesos, em clara distinção entre as mulheres ‘corretas’, ou seja, complacentes com o que lhes é determinado, das ‘feiticeiras’, que tentavam romper de alguma forma o poder masculino.

¹¹KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O Martelo das feiticeiras**. Introdução histórica, Rose Marie Muram; prefácio, Carlos Byington; tradução Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p. 16.

¹²KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O Martelo das feiticeiras**. Introdução histórica, Rose Marie Muram; prefácio, Carlos Byington; tradução Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p. 113-118.

¹³TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2018, p. 39-40.

Caso essas mesmas mulheres, inclusive as que não eram consideradas bruxas, pois se submetiam às determinações masculinas, nutrissem autoconfiança nelas mesmas e nas demais, todas as regras impostas pela sociedade machista poderiam ser questionadas e o sistema patriarcal estaria ameaçado, motivo pelo qual, era sistematicamente reforçado às mulheres o quão instáveis e não confiáveis eram, para que acreditassem nessa característica a elas dada.

1.3. Mulheres na sociedade atual

Desta perspectiva até os tempos atuais, foram inúmeras as revoluções e avanços, conquista de direitos trabalhistas, pessoais, políticos, e em todos os âmbitos da sociedade. É lógico que não se pode comparar o século XXI com as atrocidades da era medieval. O que, contudo, chama a atenção, é que ainda há resquícios daquele pensamento hoje.

A visão sobre a mulher e seu papel na sociedade mudou drasticamente, mas ela segue sendo ditada pelo olhar e perspectiva masculinos, e por muitos ainda objetificada sexualmente.

A fisiologia masculina define a maior parte dos esportes, suas necessidades determinam a cobertura de seguros, suas biografias definem sucesso, sua presença define a família, sua incapacidade de lidarem uns com os outros define a história, e principalmente, as guerras, sua imagem define Deus e seus genitais são a definição de sexo.¹⁴

Mesmo hoje em dia, uma menina, desde o seu nascimento, está de certa forma condenada a um tipo de trabalho não remunerado, que lembra uma servidão. Apenas pelo fato de serem mulheres são vistas e criadas para servirem a todos ao seu redor, sejam eles familiares, esposos ou outros.¹⁵ Não é demais dizer que dito comportamento é visto diariamente mesmo hoje em dia, e que essa forma de pensar e criar meninas como aquelas que devem servir e meninos como os que devem ser servidos é proveniente do patriarcalismo.

Ou seja, não há a anunciada e aclamada igualdade constante na Constituição Federal, tampouco a neutralidade de gênero. A aparentemente ultrapassada concepção de dominação do feminino pelo masculino ainda subsiste:

Ainda que praticamente estejam erradicadas das democracias ocidentais contemporâneas quaisquer espécies de dispositivos que permitam a legitimação de ações discriminatórias explícitas contra as mulheres; ainda que haja, na superfície, a configuração de um cenário, pelo menos no plano normativo, de uma total igualdade de gênero, essas perspectivas, se não aprofundadas revelam um olhar absolutamente ingênuo, pois as injustiças e desigualdades

¹⁴ SANTOS, André Leonardo Coppeti. LUCAS, Douglas Cesar. A (in)diferença no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 36 apud MACKINNON, Catherine. **Feminism Unmodified**: discourses on life and law. Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1987, p. 36.

¹⁵TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2018, p. 14.

permanecem inescrupulosamente presentes em nossas sociedades ocidentais ditas democráticas.¹⁶

Em razão dos muitos avanços e conquistas das mulheres têm-se a falsa ideia de que há igualdade fática entre os gêneros, o que não é real, especialmente em razão de que não há neutralidade de perspectiva, e sim valores de uma sociedade pautada e vivenciada sobre preceitos patriarcais arraigados.

1.4. Feminismo e sua relevância para a criação de uma sociedade justa

É nesse sentido que nasce o feminismo, como movimento da classe feminina na busca de espaço social e igualdade sob o ponto de vista delas mesmas, de suas vozes e aceções. Nada tem a ver com a intenção de se sobrepor aos homens ou de que entendam ser melhores. Não é uma competição, é uma luta pela real igualdade de possibilidades.

É mecanismo imprescindível na luta contra o patriarcado, na busca de uma sociedade justa que não se pautem em gênero, na qual essa discussão, ainda tão presente, se torne um dia obsoleta e sem sentido. Marcia Tiburi explicita sucintamente um dos objetivos do feminismo:

O que chamamos de patriarcado é um sistema profundamente enraizado na cultura e nas instituições. É esse sistema que o feminismo busca desconstruir. Ele tem uma estrutura de crença firmada em uma verdade absoluta, uma verdade que não tem nada de “verdade”, que é, antes, produzida na forma de discursos, eventos e rituais. Em sua base está a ideia sempre repetida de haver uma identidade natural, dois sexos considerados normais, a diferença entre gêneros, a superioridade masculina, a inferioridade das mulheres e outros pensamentos que soam bem limitados, mas que ainda são seguidos por muita gente.¹⁷

Explica Céli Regina¹⁸ que o feminismo surge como movimento libertário, visando não somente espaço para a mulher no trabalho e na vida pública, mas por uma nova forma de relacionamento entre homens e mulheres, em que esta última tenha liberdade e autonomia para decidir sobre sua vida, seu corpo e sobre a sociedade.

Enquanto a sociedade for definida, ditada e comandada por meio das necessidades masculinas e suas perspectivas, ainda se terá resquícios daquela mulher da visão medieval, na condição de bruxa, inferiorizada, menos capacitada, diminuída e fadada não mais à morte, mas sim ao cerceamento de crescimento.

¹⁶ SANTOS, André Leonardo Coppeti. LUCAS, Douglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 35.

¹⁷ TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2018, p. 26-27.

¹⁸ PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, v. 18, n. 36, 2010, p. 16.

Romper com nesse pensamento machista que dita comportamentos de sociedades inteiras não é tarefa simples, e perfaz espécie de despertar de um transe coletivo movido por pensamentos prontos para desativar as engrenagens do patriarcado:

Desmontar a máquina misógina patriarcal é como desativar um programa de pensamento que orienta nosso comportamento. O patriarcado é um verdadeiro esquematismo do entendimento, um pensamento pronto, que nos é dado para que pensemos e orientemos a nossa ação de um determinado modo, sempre na direção do favorecimento dos homens brancos e de tudo o que sustenta seu poder. (...). progressista por vocação, o feminismo é um operador criativo que libera todos das coações patriarcais, desonera as pessoas das dívidas de gênero (...).¹⁹

Will Kymlicka define perfeitamente a abordagem diferenciada que visa conferir às mulheres acesso àquilo que os homens já têm acesso:

(...) A abordagem diferenciada ajudou a criar acesso ou competição neutros quanto ao gênero com relação a benefícios sociais e cargos. Seus sucessos são limitados, porém, pois ela ignora as desigualdades de gênero embutidas na própria definição destes cargos. A abordagem da diferença vê a igualdade dos sexos em função da capacidade das mulheres de competir, sob regras neutras quanto ao gênero, pelos papéis que os homens definiram. A igualdade, porém, não pode ser alcançada permitindo que os homens construam instituições sociais segundo seus interesses, e depois, ignorando o gênero dos candidatos ao decidir quem preenche os papéis nestas instituições. O problema é que os papéis podem ser definidos de maneira que façam com que os homens sejam mais adequados a eles, menos na competição neutra quanto ao gênero.²⁰

Nota-se que o tratamento quanto ao gênero é muitas vezes neutro. Não há uma discriminação da mulher em relação ao homem para concorrer a determinado cargo ou posição. Todavia, a cultura ainda é machista e a sociedade é moldada em grande parte por homens e conforme suas necessidades. Isso por si só já não permite a igualdade que aparentemente é tida como existente.

A mulher sofre preconceitos diários na sociedade, proveniente de todos os agentes possíveis, fruto de opiniões pré-estabelecida e do senso comum desde a caça às bruxas, imposto pela cultura, religião e pelas tradições enraizadas. Ademais, não se pode negar tampouco, a discriminação resultante da omissão do poder público, quando este se apresenta de forma neutra em relação aos sujeitos discriminados, sem atender às suas necessidades e sem implementação de políticas públicas indispensáveis à proteção e diminuição efetiva de prejuízos e preconceitos.²¹

A sobrecarga da mulher com o papel profissional somado ao que já lhe era de sua incumbência, o trabalho doméstico, não a coloca em situação de equidade para com o homem, eis

¹⁹TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2018, p. 41.

²⁰KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 307

²¹CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 41-44.

que um pode concentrar-se somente em uma atividade e o outro precisa conciliar duas atividades completamente diversas.

Ressalta Kymlicka²² que a desvalorização do trabalho doméstico e cuidados com a família, bem como a ausência de remuneração ou compensação destes está intimamente ligada à desvalorização da própria mulher. Assim, parte da luta do feminismo perpassa obrigatoriamente pelo reconhecimento e respeito de sua contribuição à família. Isso sem eximir, é claro, a efetiva divisão de ditas atividades.

Além disso, a situação do próprio homem no âmbito privado e familiar deve ser de maior atuação. Não na forma de “ajuda” como geralmente é posto de forma coloquial, pois geralmente se ajuda naquilo que não se tem responsabilidade direta, e sim como assunção da responsabilidade masculina nesse âmbito. “A médio prazo, criando condições eficazes para a entrada total do homem no setor privado que, como vimos, ao dar cuidados maternos às crianças, pode reverter a relação dominante/dominado, origem de toda a violência do patriarcado”.²³

Embora a ideia de lutar por igualdade pareça sedutora, eis que não se nega a ausência de equidade entre homens e mulheres, o problema todo se inicia e permanece sendo de dominação. A solução não ocorrerá mediante ausência de discriminação, mas pela presença de poder.²⁴ Ou seja, a igualdade que se deseja não é apenas de oportunidades de buscar papéis definidos por homens, mas de deter o poder de criar papéis definidos pelas próprias mulheres.

Toda mulher deve possuir igualdade suficiente a ponto que ela remonte em autonomia. Em outras palavras, “as mulheres devem ser livres para redefinir os papéis sociais”.²⁵ E isso somente pode ocorrer se as mulheres estiverem em todos os tipos de cargos, papéis e funções que assim desejarem, pois somente assim criarão uma sociedade sob a sua perspectiva e não meramente farão parte da sociedade estipulada por necessidades e ponto de vista masculinos.

Esse “empoderamento” da mulher e sua ocupação em locais tidos como masculinos, percorre com certeza o âmbito político da sociedade. Céli Regina²⁶ sugere que isso por si só não resolverá o problema da falta de igualdade e da autonomia, mas é parte essencial do caminho para o resultado:

(...) não há dúvidas de que existe uma estreita relação entre a posição relativa que a mulher ocupa na estrutura de dominação e a sua presença na vida política. (...) penso que urge um programa de inclusão das mulheres na vida política, que não poder ser entendido como

²²KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 317/319.

²³MURARO, Rose Marie. BOFF, Leonardo. **Feminino e masculino**: uma nova consciência para o encontro das diferenças. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 274.

²⁴KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 313.

²⁵KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 314.

²⁶PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, v. 18, n. 36, 2010, p. 22.

confeção de cartilhas ou campanhas publicitárias, mas, e eu estou convencida disto, como um programa para dar voz às mulheres, para construir espaços nos quais as mulheres falem. Dar a palavra para as mulheres – e só as mulheres podem fazê-lo de modo a não construir novas relações de poder. Esta certamente não é uma ação suficiente, o “caminho das pedras”, porque não há tal caminho, mas certamente é essencial.

Não há outra alternativa senão a presença e a atuação efetiva da mulher em todas as áreas da sociedade, especialmente naquelas em que costumeiramente não lhe são atribuídas, para que elas sejam enfim ouvidas e detenham poder decisório, a fim de converter a sociedade patriarcal e discriminatória em sociedade de todos e inclusiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta a que se dispõe o feminismo é árdua e de resultados lentos. Mediante muita insistência e determinação é que se pode vislumbrar uma sociedade realmente mais igualitária e não discriminatória da mulher.

Se percebe que não basta a almejada igualdade, mas também autonomia feminina para ocupar e decidir sobre si mesma e sobre a composição e as prioridades da sociedade. A sociedade patriarcal dita as regras, e mesmo sob o pretexto de igualdade, os preceitos são sempre do ponto de vista masculino.

O argumento da autonomia recorre à igualdade moral, e não a contradiz, pois é justamente com base nela que se afirma que os interesses das mulheres devem ser igualmente relevantes na moldagem social.²⁷

É somente dando voz às mulheres e condições de participação pública/privada em todas as áreas sociais, ressaltando-se o espaço político, eis que representativo do povo e detentor do poder de decisão sobre deliberações que afetam a todos, que se poderá ter uma sociedade mais justa e que considere perspectivas diversas de vivência na criação de regras sociais, de forma a incluir pessoas e ideias, e não o contrário.

O feminismo se torna tão necessário porque “(...) nos ajuda a melhorar o modo como vemos o outro. O direito de ser quem se é, de expressar livremente a forma de estar e de aparecer, e, sobretudo, de se autocompreender é ao que o feminismo nos leva”.²⁸ Beneficia a todos, não somente às mulheres, traduzindo-se em forma de auto compreensão e mecanismo de empatia, no qual ninguém é reduzido ou recebe preconceções em razão do seu gênero/sexo.

²⁷ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 314/315..

²⁸TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2018, p. 23.

As bruxas da idade média, nas brilhantes palavras de Rose Marie Muraro²⁹ são hoje uma legião, e não podem mais ser queimadas vivas, pois são elas que estão a trazer ao patriarcado os valores femininos. Esta reinserção da solidariedade, da união, da não competição, do feminino, nas palavras da autora, talvez seja a única possibilidade de manter a espécie humana viva.

Em uma espécie de volta às origens mais remotas, com base em solidariedade mútua é que se constituirão as relações que se deseja, inclusivas e igualitárias, com a consequente extirpação do machismo e do patriarcalismo,³⁰ fontes principais de opressão e desigualdade histórico-social e alvo principal do feminismo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

COULOURIS, Daniella Georges. Gênero e discurso jurídico: possibilidades para uma análise sociológica. In: CARVALHO, Maria Jane Soares; ROCHA, Cristianne Maris Famer (Orgs.). **Produzindo gênero**. Porto Alegre: Sulina, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O Martelo das feiticeiras**. Introdução histórica, Rose Marie Muram; prefácio, Carlos Byington; tradução Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MURARO, Rose Marie. BOFF, Leonardo. **Feminino e masculino**: uma nova consciência para o encontro das diferenças. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, v. 18, n. 36, 2010, p. 16.

SANTOS, André Leonardo Coppeti. LUCAS, Doglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 33-34.

SOUSA, Rainer Gonçalves. **O cotidiano da mulher na Pré-História**; Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/o-cotidiano-mulher-na-pre-historia.htm>>. Acesso em 12 de julho de 2018.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2018.

²⁹ KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O Martelo das feiticeiras**. Introdução histórica, Rose Marie Muram; prefácio, Carlos Byington; tradução Paulo Fróes. 12. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, p. 17.

³⁰ MURARO, Rose Marie. BOFF, Leonardo. **Feminino e masculino**: uma nova consciência para o encontro das diferenças. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 277/278.

ECOFEMINISMO E SUSTENTABILIDADE: UMA CONEXÃO POSSÍVEL E NECESSÁRIA

ECOFEMINISM AND SUSTAINABILITY: A POSSIBLE AND NECESSARY CONNECTION

Joana Silvia Mattia Debastiani¹

Josiane Petry Faria²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as relações existentes entre gênero, poder e sustentabilidade. Para o desenvolvimento utilizou-se o método dedutivo e a técnica bibliográfica. O problema jurídico consiste em saber: são possíveis conexões entre ecofeminismo e sustentabilidade? A possível hipótese de solução está no reconhecimento que além de possível, são necessárias as conexões das categorias, as quais possibilitarão a construção de novas relações sociais entre as pessoas e entre as pessoas e o meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Ecofeminismo; Gênero; Sustentabilidade; Poder

ABSTRACT

This article aims to analyze the relationships between gender, power and sustainability. For the development was used the deductive method and the bibliographic technique. The legal problem is to know: are connections possible between ecofeminism and sustainability? The possible hypothesis of solution lies in the recognition that, in addition to being possible, the connections of the categories are necessary, which will enable the construction of new social relations between people and between people and the environment.

KEY-WORDS: Ecofeminism; Gender; Sustainability; Power

INTRODUÇÃO

A temática central do trabalho parte da ideia de que desigualdade de gênero e a degradação ambiental caminham lado a lado na sociedade moderna-patriarcalista. A proposta é estudar a relação existente entre gênero, sustentabilidade e poder, sob a égide da sociedade de consumo e o poder do mercado.

¹ Mestranda no PPGDireito UPF, Linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões de Poder. Bolsista Capes. Integrante do projeto de pesquisa Dimensões do poder, gênero e diversidade. Advogada. E-mail 172029@upf.br.

² Pós-Doutoranda FURG; Professora do PPGDireito UPF, Coordenadora do projeto de pesquisa Dimensões do poder, gênero e diversidade; Coordenadora do Programa da Extensão Projur Mulher e Diversidade da UPF. E-mail jpfaria@upf.br.

Diante do abismo existente e a desigualdade que permeia a sociedade contemporânea, através do método dedutivo de abordagem e da pesquisa bibliográfica, tem-se como problema de pesquisa se são possíveis conexões entre ecofeminismo e sustentabilidade?

Entende-se que este estudo pode potencializar resistências expressas pelo ecofeminismo e pela sustentabilidade na sociedade patriarcalista, marcada pelo poder do mercado.

1 - GÊNERO E OS APRISIONANTES ESTEREÓTIPOS IMPOSTOS ÀS MULHERES NA SOCIEDADE PATRIARCALISTA³

A palavra gênero é utilizada, na atualidade, para distinguir e classificar fenômenos. Ele é com “um sistema socialmente consensual de distinções e não uma descrição objetiva de traços inerentes”.⁴ Em sua concepção mais simples, representa a construção cultural de uma diferença sexual, ou seja, distinção entre sexos: masculino e feminino. Essa diferenciação sexual, embasa uma justificação para a imposição de discursos heteropatriarcais, que determinam os papéis tradicionais ou não dos gêneros feminino e masculino.

Como categoria analítica, o gênero permite esclarecer os comportamentos de determinados grupos, em um contexto e um momento histórico determinado, demonstra que existem inúmeras culturas onde os papéis tradicionais se institucionalizam.⁵ O controle social é o reflexo das relações de poder existentes entre os grupos que conformam uma sociedade, concebido a partir de um sistema patriarcalista, que traz a necessidade de manter e agudizar papéis sociais construídos e naturalizados em diferentes épocas. Sobre o sistema do patriarcalismo Larrauri⁶ refere ser:

El elemento estructural del patriarcado puede verse en el bajo estatus que las mujeres generalmente ocupan respecto de los hombres y la familia y en las instituciones económicas, educativas, políticas y jurídicas. El elemento ideológico se refleja en los valores, creencias y normas referidas a la <<legitimidad>> de la dominación masculina en todas las esferas sociales.

A própria categoria de gênero, criada, em um primeiro momento para evidenciar a dominação histórica dos homens às mulheres e para dar conta da influência e importância das vozes femininas na construção e leitura da humanidade, na atualidade, deixou de ser sinônimo de mulheres e passou a nutrir outros tantos movimentos genéricos para converter-se em uma teoria que rechaça o binarismo

³ Importa esclarecer, nesse momento, a utilização predominante do termo patriarcalismo em detrimento de patriarcado, se deu motivada pela percepção de que o mesmo se forma no alicerce da desigualdade de gênero, se desenvolve e se mantém pelas mãos da supremacia do poder econômico, onde o capital comanda e domina a política e a cultura.

⁴SCOTT, Joan. **Gender**: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1998, p. 72.

⁵SCOTT, Joan. **Gender**: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. 1998.

⁶ LARRUARI, Elena. **Criminología Crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007. Disponível em: http://ovsyg.ujed.mx/docs/biblioteca-virtual/Criminologia_critica_y_la_violencia_de_genero.pdf. Acesso: 15 set.2015, p. 18.

imposto pelos discursos heteropatriarcalistas, criando novos espaços e denunciando dominações que outros gêneros têm sofrido.⁷

Assim, a desigualdade que existe entre homens e mulheres, fundadas nas relações de poder, dominação e exploração, afetam todos os integrantes da sociedade, o que significa dizer que os estereótipos miram não somente mulheres, mas também nos homens, homossexuais e transexuais, que estão presos nas estruturas.

Por isso, é preciso observar o gênero e, principalmente a diferença entre os gêneros, pois a partir de então é possível ver como este se coloca nas relações sociais, nos problemas sociais e sua importância no direcionamento de políticas públicas de um Estado. Isso porque, a constituição do contexto social se dá pela diversidade. Uma das características mais marcantes da chamada era dos extremos ou era da superdiversidade é a diversidade étnica e cultural das populações de alguns países.

A diferença e a desigualdade são categorias que acompanham todo o processo de definição da espécie humana. Tem-se que toda a desigualdade é uma diferença, mas nem toda a diferença é uma desigualdade. Então, quando uma diferença se transforma em uma desigualdade? A resposta mais comum é que, havendo relações de hierarquia entre os diferentes, nascerá a desigualdade. Porém, segundo Del Valle,⁸ a ideia de hierarquia social, em si mesma, não implica necessariamente na ideia de desigualdade social, isso porque,

pues miles de años [...], nas comunidades humanas atribuían y reconocían atributos <jerárquicos> a sus líderes y autoridades, sin que por ello pueda hablarse, apropiadamente, de <relaciones de desigualdad> entre los demás miembros de la comunidad.

Isso significa que, o importante para haver uma desigualdade, não está na relação de hierarquia social, mas na hierarquia que implica uma relação de superioridade e inferioridade. A desigualdade de gênero se oculta em um longo processo histórico de imposição; um processo de exploração, dominação e conflito entre pessoas de diferentes sexos.

Para manter a situação privilegiada, os homens precisaram dar continuidade a exploração e dominação das mulheres, e, para isso, criaram contos, mitos e fábulas, que descreviam o que devia ser uma mulher e também, o que devia ser um homem. Este mundo simbólico que é gerado pela orientação social, passou a incorporar também um fundo intersubjetivo onde, além dos papéis e das condutas das pessoas:

⁷ BUTLER, Judith. **Gender Trouble: Feminism and Subversion of Identity**. New York: Routledge, 2006.

⁸ DEL VALLE, Jaime Coronado. Notas sobre <<desigualdad>>, colonialidad y poder en América Latina. In: QUIJANO, Aníbal. **Des/colonialidad y bien vivir: Un nuevo debate en América Latina**. Santiago de Surco: Editorial Universitaria, 2014.

Se pautan y construyen las subjetividades adecuadas al desempeño de tales roles, así como se orienta y pauta la producción y reproducción del conocimiento, con lo cual, se mantiene, se reproduce y se amplía el orden de poder y privilegio.⁹

Por isso, na medida em que as posições sociais privilegiadas são o produto das imposições sobre os outros em benefício próprio, faz-se o impossível, não só para manter a situação, mas também para reproduzi-la, herdá-la e ampliá-la. É necessário reconhecer a estrutura de formação e manutenção dos paradigmas para depois desconstruí-los. É imprescindível a utilização de ferramentas que promovam a ruptura com os simbolismos que formam o cenário atual de dominação masculina e pelo capital. Assim, a posição de submissão da mulher frente à virilidade masculina, não é natural, mas construída pelo paradigma patriarcalista, que tem sustento nos pilares da desigualdade.¹⁰

A desigualdade de gênero se produz e se reproduz todos os dias e em todos os setores da vida.

Como decorrência desse desequilíbrio nas relações de poder, fundado e orientado pelo mercado, surge a violência entre gêneros como fenômeno produzido historicamente e ocorre quando existe desproporcionalidade nas relações de poder [...] constituindo hierarquias, visíveis ou não.¹¹

Contudo, a experiência histórica nos mostra que a maioria dos que sofrem com a exploração e a dominação, fazem o possível para não se deixar explorar e dominar, ou seja, questionam a localização de tais relações sociais de poder e, portanto, questionaram o poder, e isto é resistência.¹² Assim, esses questionamentos, que pretendem a desconstrução das relações de gênero tradicionais, devem ser acompanhados por esforços políticos, econômicos e educacionais, atrelado ao uso das novas tecnologias, a ponto que a busca pela equidade se dê na vida prática.

2 - A DOMINAÇÃO DO MERCADO NO DESENVOLVIMENTO

Com o advento da modernidade, grandes transformações operaram na sociedade, algumas positivas e outras negativas ao contexto social. Surgiram relativos avanços em determinados campos da ciência e da tecnologia que, no entanto, não conseguiram cumprir as promessas de trazer alentos a todas as condições sociais do homem. Em um mundo repleto de desigualdades, falar em desenvolvimento é imprescindível. No embalo do desenvolvimento do conhecimento científico e tecnológico, o homem altera radicalmente seu padrão de convívio com os outros homens,

⁹DEL VALLE, Jaime Coronado. Notas sobre <<desigualdad>>, colonialidad y poder en América Latina. 2014, p. 144.

¹⁰FARIA, Josiane Petry; DIAS, Renato Duro. Ecocidadania e ecofeminismo: da necessidade de repensar as relações entre gênero, poder e sustentabilidade. In **Diversidades Étnicas e Culturais e Gênero** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UASB Coordenadores: Claudia Storini; Janaína Rigo Santin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

¹¹MENEGHEL, Stela Nazareth; MUELLER, Betânia; COLLAZIOL, Marcell Emer; QUADROS, Maíra Meneghel de. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. **Ciência saúde coletiva** [online]. 2013, vol.18, n.3, pp.691-700, p. 692.

¹²DEL VALLE, Jaime Coronado. Notas sobre <<desigualdad>>, colonialidad y poder en América Latina. 2014, p. 144.

potencializando a relação de domínio. Deixou de usufruir dos bens naturais para sua sobrevivência, para explorar a natureza em níveis nunca vistos: antes uma relação de respeito e conciliação, agora de elemento a ser utilizado para a satisfação humana, orientada pelo patriarcalismo.

O desenvolvimento, nessa nova postura social, assume valor e a partir daí a iniciativa humana passou a ser recompensada com poder.¹³ A modernidade, caracterizada então, pela expansão da produção a qualquer custo e pela busca pelo consumo ostensivo, trouxe devastadoras consequências ao meio ambiente, sendo que a desigualdade social e a pobreza acabam sinalizando uma crise ética e política em face de promessas não cumpridas.¹⁴

A dinâmica da questão social tem sua gênese voltada à dinâmica do capital, essa desigualdade se autorreproduz e se torna necessária para a manutenção do sistema capitalista. Essa necessidade da questão social acompanha o desenvolvimento da sociedade capitalista. Jamais será inoportuno lembrar que a sociedade capitalista é fonte geradora e propulsora de exclusão e de inclusão, esse processos criados através do mercado de consumo, de localização ou de globalização, do movimento e circulação de produtos não são feitos em prol da coletividade, mas sim, para indivíduos reconhecidamente privilegiados. Nesse contexto, segundo Martins¹⁵ “a lógica capitalista é o mercado, é o movimento, é a circulação: tudo tem de ser sinônimo ou equivalente de riqueza que circula, de mercadoria.”

A cultura ocidental está voltada ao capitalismo, ao mecanicismo e à busca de consumismo exagerado, onde sonhar é preciso, mas o mais importante é realizar, concretizar. Por conta disso, na sociedade moderna, o indivíduo entende que a prática da sua liberdade passa, necessariamente, pela realização dos seus desejos, assim, a fabricação do desejo se transformou num espaço estratégico de poder. Quanto mais desejos o indivíduo realizar, mais amplamente estará alcançando a sua liberdade.¹⁶

Por trás da legitimação do mercado como entidade transcendental – “onipotente, onisciente e onipresente”¹⁷ e com racionalidade própria, ocultam-se interesses pessoais, de classes, de corporações, de sociedades anônimas, de governos, que controlam a trama do mercado e falam em seu nome. Assim, estabelece-se o padrão das relações de consumo regidas pelo mercado, baseadas na

¹³FARIA, Josiane Petry; DIAS, Renato Duro. Ecocidadania e ecofeminismo: da necessidade de repensar as relações entre gênero, poder e sustentabilidade. 2018.

¹⁴RUSCHEINSKY; Aluísio; CALGARO, Cleide; AUGUSTIN; Roberta Lopes. Análise sociológica das desigualdades e os entrelaçamentos entre consumo e seus reflexos socioambientais. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. **Relações de Consumo: Consumismo**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

¹⁵MARTINS, José de Souza. **Exclusão social e a nova desigualdade**. São Paulo: Paulus, 1997, p. 30.

¹⁶RUIZ, Castor. **Os labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004.

¹⁷RUIZ, Castor. **Os labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004, p. 192.

produção, consumo e descarte. “Os sujeitos/consumidores vivem pelo que não têm, e o afeto se constrói entre consumidores e objetos de consumo”.¹⁸

Nesse modelo social, embasado no mercado e conseqüentemente pelo consumo, não se dá qualquer importância aos métodos utilizados na produção, sendo apenas importante a produção em massa, para o consumo em massa. Os produtos são fabricados com prazo de durabilidade cada vez mais curtos, a obsolescência é programada, para que percam suas propriedades em um tempo cada vez mais curto, exigindo do consumidor a troca por outros. O conserto de produtos é desincentivado, seja pelo alto custo, seja pela falta de peças de reposição, e a compra de um novo é a linha de pensamento.

Existem problemas novos convivendo com antigos – a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas (...) e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social.¹⁹

A crise ambiental verte então da irracionalidade ecológica dos padrões humanos de consumo: poder, produção e capital, além de um forte ensejo desordenado por crescimento tecnológico, científico e econômico, sem qualquer previsibilidade de seus efeitos futuros. Estas inovações tecnológicas se introduzem no contexto das relações sociais entre homens e mulheres que estão baseadas, mundialmente, na exploração e subordinação, e, nesse marco, não atenuam, mas aumentam e intensificam desigualdades.²⁰

Isso porque, estas tecnologias não estão se desenvolvendo com o objetivo de promover a felicidade humana, mas com o fim de superar as dificuldades que encontram o sistema mundial atual para manter seu modelo de crescimento continuado, de um estilo de vida baseado nos bens materiais e na acumulação de capital. À luz de tal perspectiva, o uso das tecnologias, por vezes, expõe a existência humana a tal ponto que o ser humano é colocado como meio ou objeto para a consecução de determinadas práticas.²¹ A interrupção da expansão dos mercados de bens de consumo obriga a criar novas necessidades, que geram novas demandas e consumo.

Alguien há dicho que para extender el nivel de vida y hábitos de consumo de los países ricos a todo el mundo harían falta dos planetas Tierra: uno para la obtención de materias primas y el otro como vertedero de basuras.²²

¹⁸FARIA, Josiane Petry; DIVAN, Gabriel Antinolfi. Desenvolvimento e ecocidadania. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau Sobrinho; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogerio da. **Balcão do Consumidor**: coletânea cidadania, mediação e conciliação. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2018, p. 86.

¹⁹SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 09.

²⁰MIÉS, María. Liberación de las consumidoras y consumidores. In: MIÉS, María; SHIVA, Vandana. **La práxis del ecofeminismo**: biotecnología, consumo y reproducción. Quito: Coletivo Desde el Margen, 2018.

²¹SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 4ª ed, São Paulo: RT, 2014.

²²MIÉS, María. Liberación de las consumidoras y consumidores. 2018, p. 139.

Para Leff²³ “a degradação ambiental, o risco de colapso ecológico e o avanço da desigualdade e da pobreza são sinais eloquentes da crise do mundo globalizado”. A manutenção do modelo de crescimento industrial só pode levar a uma destruição ecológica e ao aumento da desigualdade, onde os primeiros prejudicados são mulheres e crianças. As novas tecnologias devem ser exploradas por políticas públicas que visem o interesse social e, não apenas, ao interesse do mercado. A elaboração das políticas públicas em prol da sustentabilidade deve ter como ambição não só a melhor preservação dos recursos naturais, ou o aumento da eficiência no seu uso, mas, sobretudo, tratar das questões que mantém e perpetuam as desigualdades sociais, econômicas e de oportunidades.

3 - A INDISSOCIÁVEL RELAÇÃO ENTRE ECOFEMINISMO²⁴ E SUSTENTABILIDADE

O mundo patriarcalista considera o homem como medida de valor e não admite a diversidade, somente a hierarquia. Não considera intrinsecamente a diversidade da natureza, quer apenas sua exploração comercial em busca de benefícios econômicos. Para Shiva²⁵ “La marginación de las mujeres y la destrucción de la biodiversidad son procesos que an unidos, La pérdida de la diversidad es le precio del modelo patriarcal de progreso”.

O mundo atual é uma realidade marcada pelo culto ao consumo, onde as relações de afeto deram espaço para as relações de consumo regidas pelo mercado, que Bauman²⁶ denominou “sociedade de consumo”, mantém mecanismos conservadores, os quais legitimam a dominação/submissão, bem como a inevitável exclusão.

O ecofeminismo contando com distintas significações, compõe uma ideia fundamental, que é a existência de uma interconexão entre a dominação da natureza pelos seres humanos e a sujeição feminina aos homens, expressando a predominância de formas patriarcais na estruturação ocidental, que remete o papel da mulher apenas à reprodução social.²⁷

²³LEFF, Enrique. Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 30.

²⁴ O Ecofeminismo se apresenta a partir dos movimentos feminista da década de 1970 e receberam contribuições de diversos movimentos antimilitaristas, antinucleares e pacifistas que eclodiram nos EUA e Europa durante 1960, que originaram os movimentos ambientalistas atuais. Caracterizando de forma geral a esses movimentos, Barbara Holland-Cunz identifica a “utopia ecofeminista primitiva” “que se desenvolve através de ações específicas: lutando pela superação da dominação patriarcal nas relações entre os gêneros; procurando por tecnologias que não agridam o meio ambiente; possuindo ideais de democracia direta, descentralização e o fim das hierarquias; e apoiando economias de subsistência rural como modelo de desenvolvimento”. (SOUZA; RAMÍREZ-GÁLVEZ, 2008, p.05)

²⁵SHIVA, Vandana. El saber propio de las mujeres y la conservación de la biodiversidad. In: MIES, María; SHIVA, Vandana. **La praxis del ecofeminismo: biotecnología, consumo y reproducción**. Quito: Coletivo Desde el Margen, 2018, p. 13.

²⁶BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

²⁷SOUZA, Iriê Prado de; RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha Celia. **Os sentidos e representações do ecofeminismo da contemporaneidade**. In: DONAT, Miriam, IVANO, Rogério. Anais do VII SEPECH (Seminário de Pesquisa em Ciências Humanas). Londrina: Eduel, 2008. p. 6.

Nesse contexto, pesquisar sobre sustentabilidade com uma visão sensível ao gênero vai além de analisar as relações comuns entre natureza e sociedade ou as possibilidades de uma transformação para o desenvolvimento sustentável. Sua contribuição consiste em oferecer descrições do problema e suas prováveis soluções de uma maneira muito mais complexa do que os conceitos gerais de sustentabilidade.

É necessário observar a relação estrutural entre a posição subordinada das mulheres e a exclusão da economia reprodutiva dentro dos conceitos de valor econômico; as soluções oferecidas em relação à sustentabilidade (que de acordo com as definições sociais são baseadas em diferenças sexuais) e as opções de ação e problemas sócio-ecológicos que explicam que os conceitos conservadores sobre sustentabilidade seguem apenas a lógica do mercado e é por isso que eles são limitados.²⁸

Os ecofeministas veem a dominação patriarcal de mulheres por homens como o protótipo de todas as formas de dominação e exploração: hierárquica, militarista, capitalista e industrialista. Eles mostram que a exploração da natureza, em particular, tem marchado de mãos dadas com a das mulheres, que tem sido identificadas com a natureza através dos séculos, “[...] os ecofeministas veem o conhecimento vivencial feminino como uma das fontes de uma visão ecológica da realidade”.²⁹

As estruturas patriarcalistas de poder das sociedades ocidentais não permitem uma participação equitativa entre os gêneros nas estratégias para um mundo sustentável. Uma enorme influência que o ecofeminismo pode exercer sobre as lutas sociais, de acordo com Leff, seria o desestruturamento do poder fundado no inconsciente que possui bases “machistas” de dominação.

A mudança social deve ir ao encontro de um processo de transformação quantitativa e qualitativa nas relações entre gerações, que fomenta o desenvolvimento humano graças ao estabelecimento de relações iguais que visam uma melhor qualidade de vida.³⁰ Isso implica mudanças profundas nos conteúdos de gênero, que são inerentemente complexos porque se refere a conteúdos culturais construídos através da história da humanidade que são recriados no tempo, permanecendo na imaginação coletiva.³¹

As intersecções entre sustentabilidade e gênero se dão com a desconstrução das relações de gênero tradicionais – binárias e heteropatriarcalistas – com a finalidade de abandonar as práticas fomentadas pelo sistema sexo/gênero que inferioriza pessoas a partir de seu gênero e suas preferências sexuais.

²⁸GONZÁLEZ, Estela Casados. Sustentabilidad sensible al género: acciones y reflexiones campesinas en torno al medio ambiente de la cuenta del río Paxquiac. In: REHAAG, Irmgard. **Sustentabilidad sensible al género: una herramienta analítica para el trabajo empírico**. Quito: Abya-Yala, 2015.

²⁹CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 27.

³⁰GONZÁLEZ, Estela Casados. Sustentabilidad sensible al género: acciones y reflexiones campesinas en torno al medio ambiente de la cuenta del río Paxquiac. 2015.

³¹REHAAG, Irmgard. Sustentabilidad sensible al género aplicada a la noción del trabajo. In: REHAAG, Irmgard. **Sustentabilidad sensible al género: una herramienta analítica para el trabajo empírico**. Quito: Abya-Yala, 2015.

A busca por relações de poder horizontais, que se condensam em relações sociais de fomento à igualdade e ao respeito, com a finalidade de incrementar a qualidade de vida das pessoas, através da explicação de discriminações e inequidades, esforçando-se para encontrar mecanismos que permitam a existência de relações respeitadas, equitativas e democráticas entre os diferentes tipos de pessoas.

Para isso, os princípios que regem o desenvolvimento ambiental e socialmente sustentável devem pautar e vincular as políticas públicas e privadas no seu trânsito pela órbita econômica, objetivando, segundo Perez Luño³² um modelo de desenvolvimento econômico e humano de resgate do ser (qualitativo) em detrimento de um modelo predatório do ter (quantitativo). A construção de novas relações sociais através de rupturas, possibilitam o nascimento do *bien común*³³ ou do *bien vivir*³⁴ com novas concepções de comunidade, baseada *en los principios de cooperación y responsabilidad entre unas personas y otras, y respeto a la tierra, los bosques, los mares y los animales*,³⁵ onde a sustentabilidade e o ecofeminismo caminham juntos, pela natureza, pela vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em questão apresentou como objetivo geral verificar, se, diante das relações de poder na sociedade patriarcalista, são possíveis conexões entre ecofeminismo e sustentabilidade.

Discutiu-se gênero e as nuances do poder que permeiam as diferenças e desigualdades, bem como a orientação do progresso econômico na sociedade de consumo em detrimento da preservação ambiental.

Observou-se que a desigualdade de gênero e a degradação ambiental são consequências do modelo patriarcalista de progresso, que é um dos pilares da sociedade atual, que busca a manutenção de privilégios e o crescimento econômico a qualquer custo.

Entretanto, vivencia-se na sociedade contemporânea, o reconhecimento de novas categorias de análises, dentre elas o ecofeminismo e a sustentabilidade, paradigmas que buscam a ruptura das relações de gênero tradicionais – binárias e héteropatriarcais – que se condensam em relações sociais de fomento à igualdade e ao respeito, com a finalidade de incrementar qualidade de vida às pessoas e, conseqüentemente, a preservação ambiental.

³² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

³³ FEDERICI, Silvia. **La inacabada revolución feminista: Mujeres, reproducción social y luchas por lo común**. Bogotá: Desde abajo, 2014, p. 92.

³⁴ QUIJANO, Aníbal. Bien vivir: entre el desarrollo y la des/colonialidad del poder. In. QUIJANO, Aníbal. **Des/colonialidad y bien vivir: Un nuevo debate en América Latina**. Santiago de Surco: Editorial Universitaria, 2014.

³⁵ FEDERICI, Silvia. **La inacabada revolución feminista: Mujeres, reproducción social y luchas por lo común**. 2014, p. 92.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: Feminism and Subversion of Identity. New York: Routledge, 2006.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

DEL VALLE, Jaime Coronado. Notas sobre <<desigualdad>>, colonialidad y poder en América Latina. In: QUIJANO, Aníbal. **Des/colonialidad y bien vivir**: Un nuevo debate en América Latina. Santiago de Surco: Editorial Universitária, 2014.

FARIA, Josiane Petry; DIAS, Renato Duro. Ecocidadania e ecofeminismo: da necessidade de repensar as relações entre gênero, poder e sustentabilidade. In **Diversidades Étnicas e Culturais e Gênero** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UASB Coordenadores: Claudia Storini; Janaína Rigo Santin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

FARIA, Josiane Petry; DIVAN, Gabriel Antinolfi. Desenvolvimento e ecocidadania. In: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau Sobrinho; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogerio da. **Balcão do Consumidor**: coletânea cidadania, mediação e conciliação. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2018.

GONZÁLEZ, Estela Casados. Sustentabilidad sensible al género: acciones y reflexiones campesinas en torno al meio ambiente de la cuenta del río Paxquiac. In: REHAAG, Irmgard. **Sustentabilidad sensible al género**: una herramienta analítica para el trabajo empírico. Quito: Abya-Yala, 2015.

FEDERICI, Silvia. **La inacabada revolución feminista**: Mujeres, reproducción social y luchas por lo común. Bogotá: Desde abajo, 2014.

LARRUARI, Elena. **Criminología Crítica y violència de género**. Madrid: Trotta, 2007. Disponível em: http://ovsyg.ujed.mx/docs/biblioteca-virtual/Criminologia_critica_y_la_violencia_de_genero.pdf. Acesso: 15 set.2015.

LEFF, Enrique. Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 9.

MENEGHEL, Stela Nazareth; MUELLER, Betânia; COLLAZIOL, Marcell Emer; QUADROS, Maíra Meneghel de. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violència de gênero. **Ciência saúde coletiva** [online]. 2013, vol.18, n.3, pp.691-700.

MARTINS, José de Souza. **Exclusão social e a nova desigualdade**. São Paulo: Paulus, 1997.

MIES, María. Liberación de las consumidoras y consumidores. In: MIES, María; SHIVA, Vandana. **La práxis del ecofeminismo**: biotecnología, consumo y reproducción. Quito: Coletivo Desde el Margen, 2018.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

REHAAG, Irmgard. Sustentabilidade sensível ao gênero aplicada a la noção do trabalho. In: REHAAG, Irmgard. **Sustentabilidade sensível ao gênero**: uma ferramenta analítica para o trabalho empírico. Quito: Abya-Yala, 2015.

RUIZ, Castor. **Os labirintos do poder**: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação. Porto Alegre: Escritos Editora, 2004.

RUSCHEINSKY; Aluísio; CALGARO, Cleide; AUGUSTIN; Roberta Lopes. Análise sociológica das desigualdades e os entrelaçamentos entre consumo e seus reflexos socioambientais. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. **Relações de Consumo**: Consumismo. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 4ª ed, São Paulo: RT, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHIVA, Vandana. El saber propio de las mujeres y la conservación de la biodiversidad. In: MIES, María; SHIVA, Vandana. **La práxis del ecofeminismo**: biotecnología, consumo y reproducción. Quito: Coletivo Desde el Margen, 2018.

SOUZA, Iriê Prado de; RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha Celia. **Os sentidos e representações do ecofeminismo da contemporaneidade**. In: DONAT, Miriam, IVANO, Rogério. Anais do VII SEPECH (Seminário de Pesquisa em Ciências Humanas). Londrina: Eduel, 2008. p. 4

SCOTT, Joan. **Gender**: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1998.

QUIJANO, Aníbal. Bien vivir: entre el desarrollo y la des/colonialidad del poder. In. QUIJANO, Aníbal. **Des/colonialidad y bien vivir**: Un nuevo debate en América Latina. Santiago de Surco: Editorial Universitária, 2014.

A DESIGUALDADE DE GÊNERO E A CULTURA PATRIARCAL

GENDERINEQUALITYANDPATRIARCHALCULTURE

Luana Debortoli Bageston¹

Josiane Petry Faria²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os direitos humanos e a cultura patriarcal em uma perspectiva crítica, bem como discutir o desrespeito às diferenças de gênero na execução penal brasileira. Para o desenvolvimento utilizou-se do método dedutivo e a técnica bibliográfica. Neste contexto tratasse da mulher que passa a ser violadora da ordem pública e a sofrer as consequências de uma execução penal indigna.

PALAVRAS-CHAVE:Criminalidade.Cultura patriarcal. Gênero.

ABSTRACT

This article aims to analyze the human rights and the patriarchal culture in a critical perspective, as well as to discuss the disrespect to gender differences in the Brazilian penal execution. For the development, the deductive method and the bibliographic technique were used. In this dispute he dealst with the woman who becomes a violator of public order and to suffer the consequences of an unrighteous penal execution.

KEYWORDS: Crime.Patriarchalculture. Genre.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem com o objetivo demonstrar a formação e a consolidação da cultura patriarcalista trazendo a mulher como sujeito de direitos na sociedade em busca de liberdade e igualdade, abordar a violação de direitos humanos, versando sobre a negação em relação à mulher como sujeito de direitos e demonstrar a necessidade de políticas públicas para promoção dos direitos da pessoa humana e fazer uma análise crítica da lei de execução penal brasileira, tratando da criminalização do gênero feminino e assim demonstrar o desrespeito às condições de gênero no

¹ Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS; Nova Alvorada/RS/Brasil. E-mail: luanabageston@gmail.com

²Especialista em Ciência Política pela Universidade Federal de Pelotas, Mestre em Direitos Fundamentais e Relações de Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul, Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul com bolsa Prosup e PDSE Capes na Universidade de Sevilla/ES. Professora adjunta, coordenadora do projeto de extensão Projur Mulher e do projeto de pesquisa Dimensões do Poder, gênero e diversidade da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo/RS/Brasil. E-mail: jfari@upf.br

cárcere, o qual traz a cultura patriarcalista como fundamento para violação da aplicação dos direitos humanos.

1 - A INSERÇÃO DA MULHER NO ÂMBITO DO CRIME

A visão negativa em relação à mulher é algo que foi imputado por algumas religiões em períodos antigos e se manteve durante longo período da era moderna, porém no que tange a história da mulher criminosa só serão vistos os primeiros sinais por volta do século XIX, momento em que se começa a constatar a desobediência da mulher à lei, antes disso a natureza feminina permanecia aprisionada como sendo frágil e delicada o que era suficiente para desempenhar as tarefas da casa, lembrando que para que conseguisse um bom casamento era necessário que fosse virgem. Mas é evidente que a mulher já delinquia antes, porém, é somente neste período, que a delinquência feminina assume características específicas até então inexistentes nas sociedades da época.

Apesar de durante séculos, terem sido consideradas como seres inferiores, as mulheres alcançaram inúmeras conquistas e promoveram importantes mudanças sociais, mesmo havendo tanta opressão. As mulheres chegaram a ser apontadas até mesmo como menos inteligentes que os homens e por tanto menos perigosas, a sua capacidade mental e intelectual era extremamente reduzida em comparação com o homem, porém desejavam ser vistas e ouvidas, tendo assim que romper com normas e valores pré-estabelecidos por uma cultura machista e patriarcalista e com isso adentraram inclusive no mundo da criminalidade.

Nesse contexto não se reconhecia a mulher como praticante de crimes, pois como já foi dito a sociedade essencialmente machista percebia de forma que ainda percebe, a mulher como frágil e submissa. Dessa forma seria da essência da mulher a baixa propensão para cometer crimes. Porém a mulher tem ampliado nas últimas décadas sua participação no espaço social, o que pode representar umas das razões para o aumento da criminalidade feminina. Pois agora não são apenas os homens que estão além do âmbito doméstico e tem mais chances de ser levado a cometer crimes, mas também as mulheres que passam de submissas a ter propensão de cometer delitos, sendo que não se encaixam mais somente em crimes meramente passionais. Antes dos anos de 1970, os crimes praticados pelas mulheres eram os crimes passionais, por meio dos quais a figura da mulher aprisionada, se revelava em duas faces: a da rebeldia e a da delituosidade.³

A mulher passa a ser violadora da ordem pública, passando a praticar crimes assim como os homens, porém com o passar dos anos alguns crimes são tidos como exclusivos das mulheres, como é o caso do aborto e do infanticídio. A prática de tais crimes possibilita a ampla análise política e

³MURARI, Ana Paula; NOVAES, Elizabete David: **Uma reflexão teórico-sociológica acerca da inserção da mulher na criminalidade**. 2010.

social do papel da maternidade atribuído a mulher e de como a negação desta função essencial delegada ao sexo feminino repercute em nossa sociedade através da ideologia machista e da cultura jurídica patriarcalista.

No Brasil a criminalidade das mulheres está relacionada na sua maioria com a questão da pobreza, de modo geral as mulheres mais pobres são as que mais sofrem com a atuação da criminalidade sobre si. Um exemplo simples é o do aborto, embora sejam feitas inúmeras campanhas para que haja a legalização, o Brasil ainda trata como ilegal, mas isso não impede que mulheres interrompam suas gestações indesejadas, porém pelas dificuldades econômicas recorrem a clínicas clandestinas, isso quando elas mesmas não praticam o aborto sozinhas, isso tudo pela falta de condições financeiras. Sendo que mulheres com boas condições financeiras recorrem a clínicas em outros países onde o aborto já é legalizado, evitando ao menos os riscos de um aborto clandestino que pode levar até mesmo a morte da mulher.

É notável que a figura feminina surge como autora e ao mesmo tempo como vítima de crimes. Autora pelo fato de ter praticado uma conduta típica, ilícita e culpável, e vítima pelo fato de o Estado deixar de ser o garantidor dos seus direitos. É sabido que as mulheres cometem menos crimes que os homens porém, isso não significa que sejam menos punidas ou condenadas que eles, o que como já foi visto nem de longe é verdade, visto que as apenas sofrem muito mais com as violações sofridas no cárcere. Portanto mesmo considerando o aumento da criminalidade feminina, a mulher continua a cometer uma quantidade pequena de crimes quando comparada com os homens. Apesar de observarmos um aumento na criminalidade feminina, os dados mais recentes mostram que não houve uma elevação tão substancial da participação das mulheres no rol dos crimes comumente praticados pelos homens [...].⁴

Dessa forma, encontra-se desgastado o argumento de que o homem é mais propenso a praticar crimes do que a mulher cresce a percepção de que a situação prisional feminina se encontra relacionada como uma construção cultural, dentro do qual se inserem as diferenças marcadas pelo gênero.

De acordo com ESPINOZA:⁵

Houve mudanças na conduta delitiva das mulheres. Os crimes cometidos por elas não mais se encaixam nos denominados ‘delitos femininos’ – infanticídio, aborto, homicídio passional – pois se deu um incremento nos índices de condenação por crime de tráfico de entorpecentes, roubos, seqüestros, homicídios, entre outros [...] Portanto, a conduta delitiva que tem mulheres como sujeito ativo adquiriu uma conotação desvinculada da categoria de gênero para se alinhar no que pode se chamar de ‘criminalidade de pobreza.

⁴FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero.** 2014, p. 219.

⁵ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo.** São PAULO: IBCCrim, 2004, p. 126-127

Nesse tocante faz-se necessário falar sobre o crime que mais incide na prisão feminina, o tráfico de drogas, e nesse sentido, MUNARI; NOVAES⁶ afirmam que, cumpre notar que há muitos estudiosos que acreditam que o envolvimento das mulheres no tráfico de drogas é inegavelmente marcado pela presença masculina, considerada o fator propulsor da entrada feminina no contexto do crime.

Esse ponto de vista é baseado no fato de que muitas vezes as mulheres são pegas transportando drogas para seus companheiros ou familiares geralmente para dentro dos presídios, essas mulheres são recrutadas para exercerem o papel de “mulas”, ou seja, função única e exclusiva de transportar a droga, sendo que nos últimos anos o número de mulheres recrutadas para o transporte da droga aumentou consideravelmente, pois pelo fato da mulher ser vista como menos propensa a prática de crimes, é mais fácil que ela passe despercebida com a droga. Além de que o tráfico fornece a oportunidade de renda sem a exigência de uma qualificação, que é o que geralmente essas mulheres não possuem, qualificação.

2 - A INFERIORIZAÇÃO DA MULHER EM RELAÇÃO AO HOMEM – O DESRESPEITO ÀS CONDIÇÕES DE GÊNERO

A mulher no Brasil além de ser discriminada pela cor e pela classe social sofre também a discriminação específica, quanto ao seu gênero. Sendo que o próprio direito penal desfavorece e trata a mulher de forma a vulnerabilizá-la. Porém a ideia de dominação e submissão em relação às mulheres não é algo que nasce à pouco, esta vem de uma cultura patriarcalista impregnada na sociedade a qual traz a desigualdade de gênero baseada na dominação-exploração da mulher pelo homem. Para a sociedade as mulheres são naturalmente diferentes dos homens, até mesmo quanto à prática de crimes.

Nesse sentido BORGES; NETTO⁷ afirmam que:

A criminalização das mulheres é, portanto, um processo historicamente construído sobre as bases do exercício do poder político e econômico de um Estado e de um Direito fundados em bases patriarcais e machistas, onde a unidade dialética consenso-coerção é mais intensamente aplicada quanto maior for a vulnerabilidade do grupo de risco, e as mulheres encontram-se, sem dúvidas, na posição de maior vulnerabilidade no sistema coercitivo penal brasileiro.

As causas do tratamento diferenciado em relação às mulheres é visivelmente devido a questão de gênero, a própria sociedade recrimina as mulheres simplesmente por serem mulheres, ao

⁶MUNARI, Ana Paula; NOVAES, Elizabete David: **Uma reflexão teórico-sociológica acerca da inserção da mulher na criminalidade.**

⁷BORGES, Paulo César Corrêa; NETTO, Helena Henkin Coelho. **A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo.** 2013, p. 321-322.

cometerem um crime são duplamente discriminadas, primeiro por serem mulheres e terem violado os padrões já impostos historicamente a elas de serem reprodutoras, mães, esposas e essencialmente submissas, rompendo com o modelo de inferiorização no qual foram colocadas e só em um segundo momento pelo fato criminoso em si. As mães presas são duplamente prisioneiras: prisioneiras por serem mulheres e prisioneiras por serem criminosas.⁸

Na concepção da sociedade quando uma mulher comete um crime ela assume um lugar que historicamente é reservado ao homem, pois a mulher vítima da cultura patriarcalista tem até mesmo sua capacidade de cometer crimes inferiorizada. Quando comete um crime ela assume um lugar, aparentemente, reservado ao homem: o lugar de violadora da ordem estabelecida, uma agressora.⁹

Considerando que a inferiorização é praticada não somente pela sociedade, mas também pelo Estado, pois o próprio agente público é falho no que pese em razão ou omissão, pecando tanto ao criar as leis quanto ao executá-las, sendo que ao invés de garantir um tratamento igualitário à todos, sempre mantendo a reserva quanto as condições de gênero, que trazem algumas peculiaridades, este acaba por ferir inúmeros direitos, não respeitando nem que minimamente as condições das pessoas que estão sob sua responsabilidade. Pois é dever do Estado garantir igualdade aos seus cidadãos e respeitar as suas diversidades.

Porém o desrespeito quanto às condições de gênero não estão somente na sociedade e no Estado, mas também na própria na Lei de Execução Penal, que é na verdade quem deveria atuar buscando a igualdade dos indivíduos, pois a lei não menciona as mulheres, e tão pouco faz referências as necessidades em relação as condições de gênero. Em face de tal constatação, torna-se possível supor que a não referência da palavra gênero no texto das Regras pode dar a entender um não reconhecimento em relação às diferenças que existem entre homens e mulheres.¹⁰

Ainda nesse contexto VASSAL¹¹ afirma que

[...] nem mesmo as leis são capazes de, por si sós, neutralizar e combater a violência contra as mulheres. Isso porque existe uma cultura machista também na formulação das leis, como também na aplicação delas, nas sentenças, na doutrina. É preciso levantar o véu da ignorância e tentar impedir a reprodução desta cultura machista, através de reflexão e sensibilização.

Isso tudo sem falar da tamanha deficiência que assola as políticas públicas, extremamente falhas no combate a cultura machista e patriarcalista, não tratando do tema com a importância que deviria, pois, esse combate ao machismo deve ser feito desde muito cedo com as crianças, ainda nas

⁸LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma mesma história: o amor materno atrás das grades.** 2004, p. 18.

⁹FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero.** p. 220.

¹⁰FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero.** 2014, p. 220.

¹¹VASSAL, Mylène Glória Pinto. **Aproximação conceitual: gênero, direito, violência contas as mulheres e direitos humanos.** 2016, p. 105.

escolas, pois somente com muita instrução e informação é possível destruir séculos de dominação masculina.

Dessa forma, a sociedade cabe respeitar a diversidade e os diferentes modos de vida, construindo relações baseadas na solidariedade e ao Estado cabe garantir o devido respeito quanto aos direitos humano constitucionalmente já garantidos, gerando uma conscientização por meio de políticas públicas efetivas, garantindo assim uma efetiva e digna aplicação da lei penal e que com isso haja a plena justiça, abolindo as discriminações e os preconceitos que insistem a dominar tanto sociedade quanto estado, de forma a inferiorizar as mulheres.

Sendo assim deve-se lembrar que a igualdade e a não discriminação são princípios fundamentais que formam o conceito de direitos humanos, pois todos nascemos iguais em dignidade e direitos. Contudo, na desigual sociedade brasileira, o patriarcalismo ainda persiste. Isso faz com que as mulheres tenham maiores dificuldades de acessarem direitos em razão do preconceito e de um histórico de discriminação e exclusão.

3 - A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

É notória a tamanha dificuldade de defesa dos direitos humanos em relação às mulheres, os quais são restringidos tanto pelo poder coercitivo do Estado quanto pela cultura opressora inserida na sociedade. Nesse contexto não se pode esperar nada diferente em se tratando do sistema penitenciário, considerando que este tem por base a punição e opressão do indivíduo enquanto criminoso. Dessa forma, a tamanha violação de direitos existente no sistema penitenciário brasileiro e a superlotação carcerária geram efeitos preocupantes, faltam recursos para oferecer a mínima dignidade aos apenados. E quando se trata de mulheres essa violação de direitos vai ainda mais além, não há assistência médica adequada e as condições de higiene são precárias, faltam alimentos e água de qualidade. Estes presídios pensados para homens não oferecem a mínima garantia de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Assim, com a falta de presídios femininos o Estado é levado a criar os ditos presídios mistos, sem que haja uma estrutura minimamente adequada para atender as necessidades das apenadas, pois se os presídios propriamente femininos já são precários, imagine só os presídios masculinos ilusoriamente “adaptados” para as mulheres, estes só fazem nitidamente violar ainda mais direitos humanos já garantidos, assim como destaca QUEIROZ¹² no livro Presos que menstruam com a seguinte colocação:

¹²QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 74.

[...]até a estrutura dos prédios é feita para homens. Os banheiros, por exemplo, são os chamados “bois”, ou seja, buracos no chão. Imagine uma grávida se agachando num lugar destes? Num presídio com trezentos homens e dez mulheres, quem você acha que vai trabalhar e estudar? Quem vai ter horário de banho de sol? A minoria? [...].

Neste mesmo sentido LOPES¹³, afirma que “As prisões não foram pensadas para mulheres. Criadas a partir de uma racionalidade que via a agressividade como traço inerente aos homens, as prisões foram projetadas para eles e as mulheres foram “a duras penas” sendo introduzidas nesses espaços”. Nesse contexto o sistema prisional brasileiro extremamente carente de políticas públicas que atendam às necessidades carcerárias não leva em conta as diferenças em relação ao gênero e especialmente no que diz respeito às consequências negativas provocadas pela permanência no cárcere.

A mulher encarcerada na grande maioria dos casos perde até mesmo o contato com a família e uma das principais causas é a logística, pois considerando que a quantidade de presídios femininos é reduzida, na grande maioria das vezes as apenadas são levadas para penitenciárias distantes da sua localidade natal, o que dificulta ainda mais locomoção dos familiares, pois esta locomoção depende de um certo valor financeiro que na maioria dos casos as famílias não possuem. Isso sem contar o abandono pelo fato da família não aceitar que a mulher tenha cometido um crime e como forma de punição à abandonam naqueles ditos depósitos humanos.

Nesse contexto até mesmo o direito a sexualidade é violado quanto se trata das diferenças de gênero, sendo que inclusive a vida sexual das mulheres é afetada, pois a maioria das mulheres presas não recebe visita íntima, embora esta seja possível na maior parte dos presídios brasileiros, porém existem alguns fatores que dificultam este acesso, como já foi dito, a dificuldade de locomoção, dificuldade financeira e o fato de ser uma infratora, mas isso vai ainda mais além, pois são poucos homens que se dispõem a passar pela inspeção vexatória anterior à qualquer visita nas penitenciárias, isso explica o afastamento do companheiro e a quase inexistência da visita íntima nos presídios femininos. Ou seja, a mulher presa é constantemente desestimulada em sua vida sexual devido à burocratização para o acesso à visita conjugal.

Outro ponto com extrema deficiência e que comprova como o sistema carcerário não cumpre com função ressocializadora teoricamente prevista para a apenada, é a questão da saúde, não são oferecidas as mínimas condições de saúde, higiene e saneamento básico às apenadas, a desinformação das presas e a falta de acompanhamento médico e psicossocial levam a transmissão de doenças como a AIDS entre as apenadas, isso sem falar na proliferação de outras doenças mais comuns dentro dos presídios, devida às más condições dos estabelecimentos prisionais. Além das doenças psicológicas devido muitas vezes ao abandono da família e do companheiro.

¹³LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma mesma história**: o amor materno atrás das grades, p. 05.

Não existem as mínimas condições de salubridade, as celas coletivas geralmente abrigam detentas além de sua capacidade, são celas úmidas, com pouca ventilação e sem iluminação solar, as presas são obrigadas a usarem sanitários coletivos e precários, resumindo as mulheres são condicionadas a condições desumanas. É necessária uma análise profunda das dificuldades enfrentadas pelas mulheres em cumprimento de pena, que vão muito além das violações de direitos humanos próprios do sistema prisional brasileiro, atingindo questões de gênero que acabam por gerar maior discriminação e violações de seus direitos. Assim é absolutamente impossível esperar que se ressocialize um ser humano que é obrigado a viver em tais condições.

Causa perplexidade pensar que a mulher em cumprimento de pena não existe, ou não é enxergada perante as instituições que deveriam lhe amparar e perante a própria sociedade incluindo os familiares, sob outra ótica que não seja a machista e patriarcal, e que a tentativa de outra visão impossibilita o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos. Dessa forma é possível dizer que a resposta social às mulheres que cometeram crimes, que violaram as normas impostas pela sociedade machista e patriarcal tem se revelado desprezível e excludente, sobretudo por parte do Estado, ou seja, por mais que se discuta a necessidade de uma diferenciação, tudo continua como se nem ao menos necessidades específicas existissem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dito tudo isso concluísse, que quando a mulher pratica um crime está acaba por desfazer todo um papel historicamente determinado a ela, considerando ainda as falhas refletidas na legislação penal brasileira a qual não abrange as mínimas necessidades femininas, as obrigando a uma reclusão projetada para homens.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BORGES, Paulo César Corrêa; NETTO, Helena Henkin Coelho. **A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo.** 2013. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/927/917>. Acesso em 22 mar 2018.

CARBONARI, Paulo César. **Direitos humanos no Brasil 3: diagnósticos e perspectivas - a promessa é a certeza de que a luta precisa continuar.** 2012. Disponível em: http://cdhpf.org.br/wp-content/uploads/2016/12/diagnosticos_perspectivas.pdf . Acesso em: 18 abr 2018.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo.** 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Ana Alice. **Gênero, poder e empoderamento das mulheres.** 2008. Disponível em: <http://www.neim.ufba.br/site/arquivos/file/textosapoio1.PDF> . Acesso em: 08 mai 2018.

DA COSTA, Marli Marlene Moraes; DIAS, Felipe da Veiga. **Sistema punitivo e gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos.** 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo.** São PAULO: IBCCrim, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 27.ed. Petropolis: Editora Vozes, 1999.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero.** Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/22547/12510> . Acesso em: 06 de mai 2018.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Criminalidade e Violência: A inserção da mulher no mundo do crime.** Disponível em: http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2013/anais/arquivos/RE_0028_0069_01.pdf. Acesso em: 06 de mai 2018.

LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma mesma história: o amor materno atrás das grades.** 2004. Disponível em: <https://www.nea-edicoes.com/catalog/details/store/pt/book/978-3-330-73279-7/prisioneiras-de-uma-mesma-hist> . Acesso em 06 mai 2018.

MURARI, Ana Paula; NOVAES, Elizabete David: **Uma reflexão teórico-sociológica acerca da inserção da mulher na criminalidade.** 2010. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/uma-reflexao-teorico-sociologica-acerca-da-insercao-da-mulher-na-criminalidade/>Acesso em: 23 abr 2108.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.** 1.ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

VASSAL, Mylène Glória Pinto. **Aproximação conceitual: gênero, direito, violência contas as mulheres e direitos humanos.** 2016. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero_104.pdf . Acesso em: 06 mai 2018.

RETROCESSO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS: A MUDANÇA DO ARTIGO 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

REWIND IN FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CHANGE OF ARTICLE 394-A OF THE CONSOLIDATION OF LABOR LAWS

Bianca Coronetti Farenzena¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

RESUMO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) traz diversos dispositivos voltados a proteção da empregada a mulher, tal como o artigo 394-A, responsável pela relação da trabalhadora gestante com o local de trabalho insalubre. Com a reforma trabalhista tal dispositivo sofreu uma alteração permitindo o trabalho da gestante (mediante certos requisitos) no ambiente insalubre. O presente estudo visa explicar as consequências dessa modificação, bem como, se tal afronta direitos constitucionais implicando em eventual retrocesso a direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 394-A. CLT. Condições Insalúbres. Mulheres grávidas.

ABSTRACT

The Consolidation of Labor Laws (CLT) brings several provisions aimed at the protection of the female employee, such as Article 394-A, which is responsible for the relation of the pregnant worker with the unhealthy workplace. With the labor reform the article has changed allowing the pregnant woman to work (through certain requirements) in the unhealthy environment. The present study aims to explain the consequences of this modification, as well as, if this defends constitutional rights implying in eventual retrocession to fundamental right.

KEY-WORDS: Article 394-A. Unhealthy labor conditions. Labor Laws. Pregnant women.

INTRODUÇÃO

A mulher enfrenta barreiras desde sempre na luta por garantir seus direitos perante a sociedade estando envolvida na concepção de ser subordinada ao homem, devendo encarregar-se do lar, cuidar dos filhos e agradar o marido.

Com o passar dos anos essa noção começou a ficar em segundo plano e o papel da mulher adquiriu outra face: aquela que antes ficava em casa poderia começar a trabalhar como os homens.

¹ Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo, estagiária voluntária do Balcão do Trabalhador. 59054@upf.br.

² Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho (2004). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Docente de Graduação e Pós Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Coordenadora Projeto de Extensão Balcão do Trabalhador/Faculdade de Direito/UPF. E-mail: mairatonial@upf.br.

“Tal evolução teve início com a I e II Guerra Mundial, devido à necessidade das mulheres assumirem o trabalho que era desempenhado pelos homens no mercado de trabalho.”³

Apesar da inserção da presença feminina nos ambientes de trabalho, a igualdade de fato não chegou a existir. Conforme relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 2018 somente 48,5% das mulheres no mundo estão inseridas no mercado de trabalho, enquanto a porcentagem masculina é de 75%.⁴ Esse número é o reflexo e junção de problemas como a desigualdade salarial e a dificuldade do sexo feminino ocupar cargos de destaque, como de gerência.

Mediante essa situação diversas ações foram e são necessárias para auxiliar a presença e direitos da mulher nas relações trabalhistas, sendo destaque a criação de artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto Lei nº 5.452 de 1943 específicos para esse fim.

O terceiro capítulo da CLT em seus artigos 372 a 401 traz conteúdo relativo às normativas da empregada mulher, abrangendo todos os temas relativos a ela. Um deles é a gestação, questão abordada no presente artigo. Parte desses dispositivos através da Lei 13.467 foram modificados no ano de 2017, em função da reforma trabalhista, incluindo o artigo 394-A.

A modificação desse artigo altera as normativas trabalhistas referentes ao afastamento da mulher gestante do trabalho em condições insalubres, sendo necessária a reflexão e desenvolvimento do tema para entender as consequências de tal modificação.

Para tanto, a presente pesquisa visa abordar em algumas nuances a possibilidade de eventual retrocesso social na edição da respectiva alteração celetista e seus impactos sociais.

1 - A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

A história do Direito do Trabalho é uma história marcada por diversos embates em busca de melhorias de condições de trabalho. A batalha travada entre os detentores dos meios de produção e os possuidores da força de trabalho não é nova e sempre sofrendo inflexões do contexto social, econômico, político, etc...

Num primeiro momento o homem apenas valia-se de sua força de trabalho para seu próprio sustento e manutenção. Foi com o passar dos anos que a força de trabalho se tornou instrumento de produção de riquezas.

Porém, se num primeiro momento o Estado, manteve-se afastado das relações laborais, somente com o declínio do sistema feudal e ascensão da iminente revolução industrial é que viu-se

³ NOGUEIRA, David Antônio. **A evolução da mulher no mercado de trabalho**. Dissertação. Faculdade de Direito. Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis. Assis, 2010.

⁴ **Indicador de desigualdade entre homens e mulheres no trabalho parou de cair**. O Globo. 03 de mar de 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/indicador-de-desigualdade-entre-homens-mulheres-no-trabalho-parou-de-cair-22466644>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

premido a interferir nas relações laborais e iniciar seu processo de interferência nos conflitos gerados, nos idos do início do século XIX. Assim:

A transformação das manufaturas em indústrias e a Revolução Industrial do século XVIII expandiu-se o drama do trabalho do operário, labor esse prestado sem a proteção de um sistema de leis que o regulamentassem, intensificou-se a questão social. [...] A total desproteção da atividade laborativa e das condições de vida do proletariado, que colocava à disposição a sua força de trabalho para as indústrias que surgiam na Europa em substituição às manufaturas que precederam a época da máquina a vapor.⁵

Neste momento passa a legislar e proteger os menos favorecidos. Oportunidade em que reconhece a necessidade de assegurar aqueles fornecedores de mão de obra proteção mínima em face aos abusos cometidos. Nesse sentido Martinez⁶ discorre sobre a necessidade da atuação do Estado na proteção dos direitos sociais, fruto do conflito de interesses, assim “o processo construtivo do direito do trabalho e, por consequência, dos demais direitos sociais decorreu do conflito de classes”.

A mulher, que num primeiro momento não fazia parte do processo produtivo, foi obrigada a inserir-se no mercado de trabalho como necessidade de manter-se e subsistir na realidade então apresentada. Desde aqueles idos até o contexto atual a mão de obra feminina é uma constante no mercado de trabalho e conseqüentemente objeto de proteção de leis estatais .

Ocorre, no entanto, que a mulher não é um simples trabalhador. Ela é um trabalhador com particularidades e peculiaridades que lhe alçam a uma categoria diferenciada e portanto merecedora um olhar protetivo diferenciado.

Neste estudo se fará um recorte específico, cuidando-se apenas da particularidade de poder a mesma gerar outra vida e a necessária proteção do Estado não só com a gestante, mas principalmente com o nascituro.

Assim, que na esfera nacional, a história do Direito do Trabalho teve momentos marcantes e significativos no que tange a proteção dos trabalhadores. Em especial a trabalhadora mulher, cita-se a edição da Lei do Ventre Livre em 1871, que atribuiu ao nascituro à condição de pessoa livre. Logo, na sequência, em 13 de maio de 1888 a edição da Lei Aurea, que foi um marco decisivo nas relações laborais subordinadas.

Assim, na década de 30, quando Getúlio Vargas ascende ao poder e ciente das necessidades que envolviam empregados e empregadores passa a regulamentar com maior ênfase as relações laborais.

⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTR, 2006. Pag. 24.

⁶MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pag. 70.

Em 1934 a Promulgação da Constituição Federal trouxe uma série de avanços, talvez premido pela série de mudanças ocorridas no âmbito internacional e que passaram a exigir das nações uma atenção maior com as relações sociais/laborais.

E em 1943, surge por meio do Decreto-lei nº 5.452/43 surge a CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, que trouxe a mulher/ empregada, um capítulo especial no que tange a sua proteção e a proteção do nascituro. A Constituição Federal de 1988 seguiu as medidas protetivas assegurando em patamar constitucional os direitos já conquistados.

Desde aquela época até os dias atuais verifica-se uma proteção em relação a empregada mulher . Porem em 2017, com o advento da Lei 13. 467 - conhecida como "reforma Trabalhista" significativas modificações se fizeram presentes.Diga-se de passagem, reforma trabalhista esta que foi imposta ás pressas e sem ampla discussão social, como deveria ter sido necessária .

Assim, buscando contextualizar o objeto da presente reflexão, perquire-se que buscando auxiliar na relação entre empregador(a) e empregada mulher o artigo 394 da CLT prevê que mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.⁷Com o advento do processo de alteração legislativa essa premissa não foi alterada e segue sem modificação, o que é diferente no seguinte 394-A.

Anteriormente a previsão era de que a empregada gestante ou lactante fosse afastada, enquanto durasse a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. Era claro que era proibido o trabalho da mulher gestante em condições insalubres, não havendo exceções.

Nesse sentido vinha o parágrafo terceiro do mesmo artigo complementar que quando não fosse possível a gestante ou a lactante afastada exercer suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese seria considerada como gravidez de risco e ensejaria a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento. O salário seria pago pelo empregador.

Com a reforma trabalhista trazida pela Lei nº 13.467 de 2017⁸ o artigo 349-A teve sua redação alterada de forma que:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:
I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

⁷ BRASIL. **Decreto-lei no 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Brasília, maio de 1943.

⁸ BRASIL. **Lei nº 13.467. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Brasília, julho de 2017.

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do **caput** deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.⁹

Ficou assim definido que não mais era obrigatório no afastamento da mulher gestante, surgindo diversos questionamentos sobre a nova situação. Melek, juiz federal que auxiliou de maneira significativa na redação da reforma, simplificadamente explica a mudança:

Quando se tratar de insalubridade de grau máximo, o remanejamento ou afastamento é obrigatório. O INSS passa a pagar o salário da mulher que foi afastada. Para atividades insalubres em grau mínimo ou médio, a mulher poderá ser afastada a qualquer tempo, apresentando um atestado de médico de sua confiança.¹⁰

O autor é um defensor da modificação, qualificando a nova redação como “muito mais favorável que a anterior”: para ele o dispositivo possibilita a gestante e lactante trabalhar no ambiente insalubre e facilita o processo de afastamento, uma vez que o próprio médico da mulher decide a condição e a empresa apenas aceita. Outro benefício apontado por Melek é que o artigo 394-A na sua redação atual “ajuda a proteger a vitalidade do mercado de trabalho feminino”, pois haveria um maior número de contratações de mulheres.¹¹

Ocorre que a maioria dos estudos e entendimentos são contrários a esse posicionamento. Inicia-se com a óbvia contradição ao artigo 189 da CLT:

Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.¹²

Se a própria CLT estabelece que atividades insalubres expõem empregados a algo nocivo, logicamente expor a gestante é expor o feto as mesmas condições.

⁹ BRASIL. **Decreto-lei no 5.452. , de 1 de maio de 1943.** Aprova a consolidação das leis do trabalho. Brasília, maio de 1943.

¹⁰MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista! O que mudou? – Reforma Trabalhista 2017.** Curitiba, Estudo Imediato Editora, 2017. Pag. 121.

¹¹MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista! O que mudou? – Reforma Trabalhista 2017.** Pag. 122.

¹² BRASIL. Decreto-lei no 5.452.

Nesse sentido o Enunciado 50 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho de 2017 traz a completa inconstitucionalidade e inconveniência do dispositivo, uma vez que viola dignidade humana, direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, proteção integral ao nascituro e à criança e o direito social à saúde.¹³

O mesmo enunciado ressalta ainda a indisponibilidade do direito ao trabalho saudável, sendo esse um direito fundamental garantido pela Constituição Federal.¹⁴ Não há como um dispositivo que viola direitos fundamentais ser benéfico de algum modo.

Bezerra Leite também escreve nesse seguimento ressaltando a violação ao artigo 227 da Constituição Federal, visto que há falta do “dever do Estado, da Família e da Sociedade para assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais das crianças, dentre eles o direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito etc.”¹⁵

A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos apresentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 5938 em relação ao artigo 394-A da CLT. O dispositivo é tão controverso que o ministro responsável admitiu o rito abreviado para julgamento:

A autora da ação sustenta que o dispositivo estimula o trabalho insalubre das gestantes e das lactantes, uma vez que cabe a elas o ônus de justificar, por atestado médico, sua condição de vulnerabilidade. Para a entidade, a maioria das mulheres – trabalhadoras de baixa renda e de pouca escolaridade – ante a possibilidade de perda da remuneração a título de adicional de insalubridade, deixarão de procurar um médico para continuarem trabalhando em condições insalubres, comprometendo não só a sua saúde, mas, também, a saúde dos nascituros e dos recém-nascidos.¹⁶

Concorda com tal defesa a professora da FGV-Rio e PUC-Rio Juliana Bracks, expondo que “mesmo que a gestante tenha estabilidade poderá existir pressão para que apresente atestado médico” e ainda completa com a possibilidade de que “como a funcionária recebe adicional de insalubridade, poderá ser estimulada a obter um laudo para continuar a trabalhar”.¹⁷

Pustiglione em estudo publicado na renomada Revista Brasileira de Medicina do Trabalho, sobre o impacto em grávidas e lactantes em função do ambiente de trabalho insalubre, chega a uma conclusão que vai completamente contra a nova redação do artigo 394-A:

¹³ FELICIANO, Guilherme; MIZIARA, Raphael. **Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho - organizados por assunto**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

¹⁴ FELICIANO, Guilherme; MIZIARA, Raphael. **Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho - organizados por assunto**. Pag. 9.

¹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, Editora Sairava: 2018. Pag. 690.

¹⁶ **ADI contra norma que permite trabalho de grávidas ou lactantes em atividades insalubres terá rito abreviado**. Supremo Tribunal Federal (STF) – Notícias. 21 de mai de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378999>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

¹⁷ **Gestante em local insalubre – Mesmo com laudo, companhias correm risco de responsabilização**. Granadeiro Guimarães. 13 de jul de 2017. Disponível em: < <http://www.granadeiro.adv.br/clipping/noticias/2017/07/13/gestante-local-insalubre-mesmo-laudo-companhias-correm-risco-responsabilizacao>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

Havendo agente de risco de qualquer natureza — e aí entenda-se os específicos (físico, químico e biológico) e os relativos à ergonomia física e cognitiva, além do risco de acidentes, particularmente os que envolvem sangue e secreção e materiais perfurocortantes — no processo ou ambiente de trabalho da gestante ou da lactante, esta deverá ser afastada enquanto sua condição de gestante ou lactante perdurar.¹⁸

A Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo) declara que esse tipo de exposição (ambiente de trabalho insalubre) coloca em risco tanto as grávidas quanto seus fetos. Ainda será prejudicial para os próprios médicos, pois a eles “caberá a responsabilidade de conceder atestados, mesmo sem ter acesso a todas as informações que permitem avaliar o risco de determinado trabalho para uma gestante.”¹⁹

Na mesma proporção pode ocorrer a responsabilização da própria empresa que permite o trabalho em local insalubre visto que mesmo com a ideia de responsabilidade do médico a empresa continua sendo a causadora do dano. A advogada Letícia Ribeiro explica que essa mudança “não muda o princípio de que aquele que causa o dano tem o dever de indenizar.”²⁰

Percebe-se que a opinião seja da esfera jurídica ou medicinal é no sentido contrário a modificação do artigo 314-A. São diversas as evidências que mostram múltiplas consequências negativas.

Neste sentido perquire-se se tal alteração veio afrontar a Constituição Federal e a desencadear um processo de retrocesso em direitos adquiridos.

Interessante verificar que em recente pronunciamento a proproria procuradora geral da Republica Raquel Dodge manifestou-se de forma negativa a esta alteração aduzindo : "A proteção de gestantes e lactantes contra a insalubridade serve especialmente à tutela da saúde, da maternidade e dos direitos mais basilares do nascituro e do lactente"²¹

Assim, a possível detecção de um retrocesso social torna-se latente. E neste sentido, as palavras de Lênio Luiz Streck:

"Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater

¹⁸ PUSTIGLIONE, Marcelo. **Trabalhadoras gestantes e lactantes: impacto de agentes de risco ocupacional (ARO) no processo de gestação, no conceito e no lactente.** Revista Brasileira de Medicina do Trabalho. 11 de jul de 2017. Disponível em: < <http://www.rbmt.org.br/details/260/pt-BR/trabalhadoras-gestantes-e-lactantes-impacto-de-agentes-de-risco-ocupacional--aro--no-processo-de-gestacao--no-concepto-e-no-lactente>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

¹⁹ **Ginecologistas veem risco para grávidas em local insalubre.** Veja. 12 de jul de 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/ginecologistas-veem-risco-para-gravidas-em-local-insalubre/>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

²⁰ **Gestante em local insalubre – Mesmo com laudo, companhias correm risco de responsabilização.** Granadeiro Guimarães.

²¹ D'AGOSTINO, Rossane. **Raquel Dodge opina pela inconstitucionalidade de dois pontos da reforma trabalhista.** G1. 25 de dez de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/25/raquel-dodge-opina-pela-inconstitucionalidade-de-dois-pontos-da-reforma-trabalhista.ghtml>>. Acesso em 26 de dez de 2018.

alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. "22

Assimos direitos sociais devem ser preservados e protegidos de alterações legislativas que venham a desencadear um retrocesso na proteção dos menos favorecidos, e que para tanto, necessitam mais atenção por parte do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modificação proposta pela reforma trabalhista do artigo 394-A, apesar de em um entendimento minoritário ser benéfica no sentido de que empregadores podem ter menos “medo de contratar mulheres”, uma vez que não precisarão afastar necessariamente uma trabalhadora em caso de gravidez, é de fato negativa.

O artigo é um retrocesso social removendo direitos fundamentais das mulheres e do próprio feto não devendo ser considerado uma mudança positiva.

Existe impacto negativo a saúde da mulher e do feto provados pela medicina, impacto negativo gerador de violações a normas constitucionais e também na própria responsabilidade que irá gerar a médicos e a própria empresa empregadora.

Conclui-se que o ideal seria manter a redação anterior do artigo 394-A, realizando se necessário modificações relativas a parte referente a salário-maternidade do dispositivo, mas jamais alterando os direitos fundamentais da gestante e lactante.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADI contra norma que permite trabalho de grávidas ou lactantes em atividades insalubres terá rito abreviado. Supremo Tribunal Federal (STF) – Notícias. 21 de mai de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378999>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. **Decreto-lei no 5.452, de 1 de maio de 1943.** Aprova a consolidação das leis do trabalho. Brasília, maio de 1943.

BRASIL. **Lei nº 13.467. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.** Brasília, julho de 2017.

²²STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Pag. 53.

D'AGOSTINO, Rossane. **Raquel Dodge opina pela inconstitucionalidade de dois pontos da reforma trabalhista**. G1. 25 de dez de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/25/raquel-dodge-opina-pela-inconstitucionalidade-de-dois-pontos-da-reforma-trabalhista.ghhtml>>. Acesso em 26 de dez de 2018.

FELICIANO, Guilherme; MIZIARA, Raphael. **Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho - organizados por assunto**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

Ginecologistas veem risco para grávidas em local insalubre. Veja. 12 de jul de 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/ginecologistas-veem-risco-para-gravidas-em-local-insalubre/>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

Indicador de desigualdade entre homens e mulheres no trabalho parou de cair. O Globo. 03 de mar de 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/indicador-de-desigualdade-entre-homens-mulheres-no-trabalho-parou-de-cair-22466644>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. Pag. 690.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista! O que mudou? – Reforma Trabalhista 2017**. Curitiba: Estudo Imediato Editora, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTR, 2006.

NOGUEIRA, David Antônio. **A evolução da mulher no mercado de trabalho. Dissertação. Faculdade de Direito**. Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis. Assis, 2010.

PUSTIGLIONE, Marcelo. **Trabalhadoras gestantes e lactantes: impacto de agentes de risco ocupacional (ARO) no processo de gestação, no conceito e no lactente**. **Revista Brasileira de Medicina do Trabalho**. 11 de jul de 2017. Disponível em: <<http://www.rbmt.org.br/details/260/pt-BR/trabalhadoras-gestantes-e-lactantes--impacto-de-agentes-de-risco-ocupacional--aro--no-processo-de-gestacao--no-concepto-e-no-lactente>>. Acesso em 23 de dez de 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

A CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE E DA DIFERENÇA DA MULHER SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

THE CONSTRUCTION OF EQUALITY AND DIFFERENCE OF WOMEN FROM THE POINT OF VIEW OF HUMAN RIGHTS

Martha Izabel Dalla Nora¹

Jean Mauro Menuzzi²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo, por meio de pesquisas de consulta bibliográfica com base no método dedutivo, analisar a construção e a manutenção da igualdade e da diferença da mulher. O movimento feminista historicamente se faz presente nas lutas em prol da valorização da mulher, conquistando a plenitude de direitos civis e sociais, defendendo e construindo a igualdade e também preservando a diferença. A Constituição Federal destaca que todos são iguais perante a lei, porém esse princípio não é totalmente eficaz na sociedade atual, necessitou-se adequar para abranger a todos, o que abre espaço para a discussão da igualdade material. Nas palavras de Aristóteles “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” para que assim possam-se igualar e assegurar a plenitude de direito. As conquistas constitucionais e legislativas já adquiridas para as mulheres mostram o resultado da luta de séculos de movimentos feministas.

PALAVRAS CHAVES: Diferença. Direitos Humanos. Feminismo. Igualdade.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the construction and maintenance of equality and difference of women, through bibliographic research based on the deductive method. The feminist movement historically is present in the struggles for the valorization of the woman, achieving the fullness of civil and social rights, defending and building equality and also preserving difference. The Federal Constitution emphasizes that all are equal before the law, but this principle is not totally effective in today's society, it was necessary to adapt to cover all, which opens space for the discussion of material equality. In the words of Aristotle "We must treat equally and unequally the unequal, in the measure of their inequality" so that they can equal and ensure the fullness of law. The constitutional and legislative gains already made for women show the result of the centuries-long struggle of feminist movements.

KEY WORDS: Difference. Human rights. Feminism. Equality.

¹Martha Izabel Dalla Nora, Acadêmica do VIII Semestre do Curso de Direito da URI – Campus de Frederico Westphalen. e-mail: dallanmartha@gmail.com

²Jean Mauro Menuzzi, Doutorando em Direito URI/Santo Ângelo. Graduado em Filosofia, cursou teologia. Pós graduado em história e docência no Ensino Superior. Comissário de Polícia e Professor na URI- Campus de Frederico Westphalen. e-mail: menuzzi@uri.edu.br

INTRODUÇÃO

O movimento feminista historicamente tem estado presente nas lutas em prol da valorização da mulher garantindo-lhe plenitude de direitos civis, políticos e sociais, buscando o respeito à igualdade, mas também às diferenças que lhe são peculiares. Contudo, mesmo com o grande avanço já conquistadosas mulheres continuam sendo vítimas de violência, perseguição e discriminação. Dessa forma a luta das mulheres pelos seus direitos segue intensapara que nenhuma força conservadora tente restringir os direitos já conquistados.

Ao longo da história podemos acompanhar o surgimento das lutas e as batalhas que começam a ser travadas pelas mulheres na busca de direitos políticos e civis, o movimento feminista começa a surgir na Revolução Francesa, onde as mulheres tentavam se fazer ouvir buscando destruir a ideia de mulher frágil e que sua função era exclusivamente maternal. Nos séculos 18 e 19 a principal bandeira de luta, foi o direito a educação, ao voto, e ao trabalho. Já na década de 1960 a luta por igualdade no trabalho se intensificou, e hoje o movimento segue para buscar de fato a efetivação pratica alcançar mais avanços.

A centralização em fase da dominação masculina sobre a mulher foi e está sendo uma grande luta de desconstrução da sociedade patriarcal, esse pensamento de dominação do homem sobre a mulher esteve presente no coletivo deste a antiguidade onde Friedrich Engels cita em seu livro “A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”, que:

Á transição do casamento pré- monogâmico para a monogamia. Para assegurar a fidelidade da mulher e, por conseguinte a paternidade dos filhos, a mulher é entregue incondicionalmente ao poder do homem. Mesmo que ele a mate, não faz mais do que exercer um direito seu.³

Com isso adentramos para o período da historia da família patriarcal, isto é, a subordinação total da mulher ao homem, onde este mantém o sustento do lar e a mulher tem a função de procriar e cuidar da casa. Contudo começa-se em algumas *gens*, a reflexão de que; “A economia doméstica é comunista e a *gens* têm consciência de suas obrigações para com os anciãos. Todos são iguais e livres, até mesmo as mulheres [...]”.⁴

O movimento feminista surge com a intenção de acabar com o sistema patriarcal, denunciando a desigualdade entre homens e mulheres e obtendo direitos igualitários e mais humanos para as mulheres. Além de despertar nas mulheres não somente a consciência politica, mas o desejo que suas

³ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Ciro Mioranza. Escala Educacional, São Paulo, 2006, p. 58.

⁴Friedrich Engels 1884, p. 94. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**.

vidas pessoais, seus desejos e vontades aconteçam, pois até então sua existência era dominada e atingida por elementos públicos.

Importante destacar um marco na história do feminismo que foi o movimento Sufragista no século 19 que surgiu após a consumação do capitalismo e com a intensificação da industrialização tendo assim grandes alterações de ordem econômica e social, o que repercutiu nas vidas das mulheres. Após o movimento do Sufrágio as mulheres adquiriram o direito ao voto. Esse certamente foi um dos mais importantes movimentos, pois, mobilizou milhões de mulheres nos mais diversos países, e teve um caráter revolucionário onde se deu a consolidação de um posicionamento político da luta das mulheres.

1 - DESENVOLVIMENTO

No século XX com a declaração Universal dos Direitos Humanos, estes vêm, se expandindo, e propiciando um desenvolvimento internacional no que tange a proteção humanitária, garantindo uma vasta proteção aos direitos humanos. O avanço na proteção dos direitos dos homens se apresenta de forma intensa após brutais violências vista, onde se percebeu a necessidade de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Em 1948, surgiu a Declaração Universal de Direitos Humanos tendo esse viés totalmente humanitário, na qual se proclamou internacionalmente que todos são iguais, independente de sexo, raça, cor, crença, pensamento dentro outros. A partir deste surgiram muitos acordos, e pactos Internacionais que visam a proteção dos direitos nela estabelecidos.

Num primeiro passo de reconhecimento a toda a luta enfrentada pelas mulheres a Organização das Nações Unidas (ONU), declarou em 1975, o ano em questão o Ano Internacional das Mulheres, onde contribuiu de forma imensa para o fortalecimento e divulgação os movimentos feministas que se fortaleceram na busca pelos direitos e proteção das mulheres. Em batalha constante por seus direitos, as mulheres que em grande parte da história foram privadas de garantias civis e políticas, e submetidas a abusos e violências das mais variadas formas, tiveram um grande papel na ampliação e proteção dos direitos humanos. Questões como violência doméstica, sexual, direitos reprodutivos, aborto e demais direitos específicos das mulheres começaram a se apresentar em convenções internacionais fazendo parte dos debates desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Outro importante avanço na proteção da mulher se deu início no ano de 1979, onde se aderiu a Convenção de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. No âmbito Internacional registrava-se a preocupação com as mulheres seguirem sendo vítimas de discriminações

em relação ao sexo, constrangimentos, agressões, tornando-se “objeto” de posse e dominação. A convenção destacou conforme cita Guerra:⁵

A convenção veda, qualquer tipo de discriminação contra a mulher, entendendo como toda distinção, exclusão ou restrição baseadas no sexo e que tenham por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos políticos, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.⁶

Os Estados comprometeram-se de concretizar políticas públicas e ações para eliminar qualquer tipo discriminação e viabilizar oportunidade para que haja uma efetiva igualdade de condições entre homens e mulheres, valorizando a importância da mulher na sociedade e sua participação plena na vida civil, política e social, sendo que está globalmente reconhecida.

O dispositivo exposto no Artigo 5^a Da constituição Federal descreve que homens e mulheres são iguais:

Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

O princípio da igualdade que está consagrado na Constituição Federal, diz que não há qualquer distinção de nenhuma natureza, contudo o previsto torna-se restrito, pois, nem todas as pessoas estão em face de igualdade. Então o art. 5, é considerado como “norma supraconstitucional, ou seja, princípio, direito e garantia a que todas as normas devem adequar-se”.⁷

Com os avanços dos direitos fundamentais na segunda dimensão, passou-se a exigir uma atuação do Estado de forma a garantir um mínimo existencial. Não sendo mais suficiente a mera incumbência do Estado, de garantir a vida, liberdade e propriedade privada. Esses conceitos passaram a ser analisados á luz da dignidade humana com o advento da declaração dos direitos Humanos.

Assim a igualdade passou a exibir uma perceptiva material, visto que não bastava que a lei fosse igual para todos. Destaca-se que a igualdade situa-se no campo social, então, “a igualdade pressupõe a superação das desigualdades”.⁸

⁵GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: na Ordem Jurídica Internacional**. Atlas, São Paulo, 2014.

⁶GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: na Ordem Jurídica Internacional**. 2014, p. 131.

⁷MENUZZI, Jean Mauro. **Apontamentos filosófico-políticos para um direito penal contramajoritário**. Santo Ângelo, 2010 Dissertação de Mestrado em Direito- Campus de Santo Ângelo, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146924.pdf>> acesso em 10 de Agosto de 2018, p. 49-50.

⁸MENUZZI, Jean Mauro. **Apontamentos filosófico-políticos para um direito penal contramajoritário**. Acesso em 10 de Agosto de 2018. 41-42.

Dessa Forma a compreensão de igualdade se desenvolve a partir da evolução da sociedade, onde a igualdade meramente formal exemplificada no rol de direitos e garantias fundamentais, sendo o ápice do ordenamento jurídico com limites meramente formais, não é mais o suficiente para atender os então valores de igualdade, sendo assim, necessário evoluir, a qual passou a apresentar uma perceptiva material, visto que não bastava que a lei fosse igual para todos, mas era necessário que a lei tratasse os iguais de forma igual, mas tratasse também desigualmente os desiguais, na medida de suas diferenças.

A igualdade material se constitui numa noção de outros direitos fundamentais em decorrência da evolução da sociedade, o que permitiu a abertura da Constituição Federal para outras garantias que não estão expressas no rol taxativo. Como exemplifica:⁹

Para melhor compreensão, a igualdade formal tornou-se ineficiente na tarefa de garantir a emancipação de grupos historicamente discriminados, e que, na atual conjuntura, faz-se necessária a transgressão da igualdade puramente formal, perante a lei, para a igualdade material, concreta. Isto se deve à mudança das demandas, que diferentemente daquela divisão da sociedade industrial entre burgueses e proletários, agora são referentes a um corpo coletivo, “às novas identidades”. Sendo que as minorias agora são outras, como, por exemplo, negros, mulheres, homossexuais, idosos, crianças e adolescentes, deficientes físicos, e assim por diante.

Como dito, as mulheres estão no grupo de minorias, onde foi necessário, por parte do Estado a criação e desenvolvimento de políticas voltadas à valorização e proteção da mulher, como é o caso da Lei Maria da Penha (2006) e Feminicídio (2015), na qual percebe-se que ambas surgem de uma interpretação deste princípio.

A superioridade física do homem sobre a mulher, e a decorrente desigualdade histórica, dominação masculina, e conjuntamente com o sistema do patriarcado, identificou-se a necessidade de uma maior proteção em relação à mulher no direito penal, em razão dos direitos conquistados pelas lutas feministas estarem sendo atacados, como descreve María Elena Barbagelata:¹⁰

Esta desigualdade tiene impacto en la vida y en la salud de las mujeres y en sus derechos económicos, sociales y culturales. Así como sólo como la punta de un iceberg más profundo que no hace más que recordarnos que en nuestro país se están violando severamente los derechos humanos de las mujeres y se las está marginando del proceso de desarrollo humano. (p. 80)

⁹MENUZZI, Jean Mauro. **Apontamentos filosófico-políticos para um direito penal contramajoritário**. Acesso em 10 de Agosto de 2018.

¹⁰ BARBAGELATA Maria Elena, Las deudas de la democracia frente a la violencia de género. *In: VELY FLORENCIA; Género, Violência y Derechos Humanos*. Manuel Alberto Jesús Moreira; Compilado por Manuel Alberto Jesús Moreira Ediciones Cedead, Posadas, 2016, p.80.

Como as mulheres continuam sendo vítimas das mais variadas formas de violência, agressão doméstica, assédios, salários menores, crimes de feminicídio, mostrando um total desrespeito e ataque aos direitos das mulheres, se faz necessário um amparo legal, o que exigiu a criação de leis específicas para evitar qualquer discriminação e abusos que vierem a sobrepor em virtude do sexo, e garantindo assim a busca para a plenitude igualdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que os direitos foram sendo conquistados entre diversas fases de lutas, passando por inúmeras dificuldades, desafiando cada dia a sociedade, porém o movimento feminista não recuou e se manteve fortalecido e disposto a levantar suas bandeiras, buscando mais apoio na sociedade atual. Assim sendo, os Estados se comprometem pela vigência dos Pactos e tratados Internacionais estabelecidos pelos Direitos Humanos e assinados pelos países, inclusive o Brasil, garantir a democracia e a efetivação da igualdade material, uma vez que todas essas garantias foram conquistadas com diversas reivindicações e lutas para saírem da sombra do homem e se tornarem visíveis, desafiando cada dia a sociedade a evoluir. Os movimentos em prol da busca por igualdade se mantiveram firmes fortalecidos e dispostos a lutar pela plenitude de seus direitos.

Com as grandes conquistas já mencionadas, e que se garantiu maior proteção da mulher incentivando inúmeras mulheres a denunciarem os agressores, e lutar para que homens e mulheres sejam iguais e tenham mesmos direitos e deveres, onde tenham salários igualitários em mesmas funções, e que se abram novas oportunidades para as mulheres.

Reconhece-se que o movimento Feminista precisa ser amplamente reconhecido como cita Alain Touraine:

A consciência de si como sujeito é, em primeiro lugar, um protesto contra o sistema dominante. A mulher sobre a qual tantos serviços e deveres impostos se rebela e luta para salvar a consciência que ela tem de si mesma. Ela se rebela e sabe se mobilizar os direitos a educação que adquiriu, em grande parte, graças às feministas. Se realmente atribuímos importância aos movimentos de libertação das mulheres, então é necessário tratá-las como uma ação de seres livres, conscientes de responsabilidade que as mulheres têm, primeiramente em consideração a si mesmas.¹¹

As mulheres têm sido protagonistas da própria história, estão ocupando cada vez mais seu espaço que antes lhes era negado sem poder exercer a própria subjetividade, sendo reduzidas somente às funções meramente sociais.

¹¹TOURAINÉ, Alain. **O Mundo das Mulheres**. Tradução Francisco Morás. Vozes. Rio de Janeiro, 2007, p. 39-40.

Os novos êxitos nas conquistas serão através de muita ação política para dar continuidade à luta para as próximas vitórias e futuras gerações, garantindo que a onda conversadora que parecia pelo sistema não volte a retroceder direitos já conquistados.

As ações que se constituem para a implementação do direito à igualdade, se tornam ainda mais emergencial a sua adoção no Estado Democrático de Direito, visando buscar medidas compensatórias voltadas à concretização da igualdade em todas as esferas.

Portanto como já exposto é inegável que há desigualdades e injustiças sociais gigantescas e para se conquistar todas as esferas de plenitude de direitos, necessita-se acabar com essas desigualdades, e se busca isso hoje por meio do desenvolvimento de ações afirmativas, para obter o alcance da igualdade, hoje suas aplicações já mostram resultados positivos na construção da igualdade Material e na efetivação de direitos às minorias.

E além da efetivação da igualdade material e formal, deve-se discutir o direito a manutenção da diferença, onde as mulheres poderão alcançar a cidadania de forma plena e independente. E para que seja plenamente garantida a igualdade jurídica, e, necessário ainda avançar mais e será através de políticas públicas e ações afirmativas que o quadro de desigualdades entre os gêneros será dissolvido.

Assim verifica-se, que embora já se esteja buscando ações afirmativas que deem garantias às mulheres, com base no princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido na Constituição Federal e também na declaração dos direitos humanos, é necessária a efetivação da igualdade material e formal, onde deve-se discutir o direito à manutenção da diferença, como pressuposto epistemológico da identidade feminina por meio do qual as mulheres poderão alcançar a cidadania de forma plena e independente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

A organização das Nações Unidas (ONU) e a **Questão da Educação em Direitos Humanos das Mulheres**. Disponível em; <file:///C:/Users/Cliente/Desktop/URI/ONU%20mulheres.pdf>, acesso em 03 de Agosto de 2018.

BARBAGELATA Maria Elena, Las deudas de la democracia frente a la violencia de género. *In: VELY FLORENCIA; Género, Violência y Derechos Humanos*. Manuel Alberto Jesús Moreira; Compilado por Manuel Alberto Jesús Moreira Ediciones Cedead, Posadas, 2016.

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

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Ciro Mioranza. Escala Educacional, São Paulo, 2006.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: na Ordem Jurídica Internacional**. Atlas, São Paulo, 2014.

GURGEL, Telma. **Feminismo E Luta De Classe: História, Movimento E Desafios Teórico-Políticos Do Feminismo Na Contemporaneidade.** 2010. Disponível em <file:///C:/Users/Cliente/Desktop/URI/DIREITO/Feminismo%20luta%20de%20classe.pdf> acesso em 09 de Agosto de 2018.

MENUZZI, Jean Mauro. **Apontamentos filosófico-políticos para um direito penal contramajoritário.** Santo Ângelo, 2010 Dissertação de Mestrado em Direito- Campus de Santo Ângelo, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146924.pdf> acesso em 10 de Agosto de 2018.

MENUZZI, Jean Mauro. MENUZZI, Loreni Saugo. **Revista Temas Sociais em Expressão.**

PITANGUY, Jacqueline. **Os direitos humanos das mulheres.** Disponível em <file:///C:/Users/Cliente/Desktop/URI/DIREITO/artigo_mulheres_jacpit.pdf>. Acesso em 09 de Agosto de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** Livraria do Advogado, 2012.

TOURAINÉ, Alain. **O Mundo das Mulheres.** Tradução Francisco Morás. Vozes. Rio de Janeiro, 2007.

VELY FLORENCIA; **Género, Violência y Derechos Humanos.** Manuel Alberto Jesús Moreira; Compilado por Manuel Alberto Jesús Moreira; Ediciones Cedeal, Posadas, 2016.

DAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS POR ASSÉDIO SEXUAL: UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO DA MULHER NA JUSTIÇA DO TRABALHO DE CARAZINHO/RS¹

OF THE ACTIONS TO INDEMNIFY FOR SEXUAL HARASSMENT: AN ANALYSIS OF THE PROTECTION OF WOMEN IN THE LABOR COURT OF CARAZINHO / RS

Miriane Prestes Lemes²

Josiane Petry Faria³

RESUMO

O trabalho tem por objetivo geral, averiguar as ações indenizatórias por assédio sexual, com enfoque na proteção da mulher, na Justiça do Trabalho de Carazinho/RS. O tema é constituído de amplo debate e relevância, tendo em conta a problemática da prova material do fato gerador do assédio, que na maioria das vezes acontece de forma velada. Tomando como referência a Justiça do Trabalho de Carazinho/RS, por meio do método indutivo de abordagem, o estudo concentra-se na análise das ações indenizatórias por assédio sexual no trabalho, com base em situações fáticas originais e reais, que representam a situação de determinada região geográfica. A proteção da mulher no mercado de trabalho possui previsões legislativas, porém, no tocante ao assédio sexual no ambiente de trabalho, a efetivação acontece por meio das ações indenizatórias, julgadas inclusive, de maneira indireta, fundamentadas em indícios, valendo-se o magistrado de diversos métodos, como a prova pericial psicológica na vítima e no agressor, situação que ocorre na Vara do Trabalho de Carazinho/RS.

PALAVRAS-CHAVE: Ação indenizatória. Assédio sexual. Carazinho/RS. Proteção da mulher.

ABSTRACT

The main objective of this study is to investigate actions to compensate for sexual harassment, focusing on the protection of women, in the Labor Court of Carazinho / RS. The subject is constituted of ample debate and relevance, taking into account the problematic of the material proof of the fact that generates the harassment, that in most cases happens in a veiled way. Taking as reference the Labor Court of Carazinho / RS, through the inductive method of approach, the study focuses on the analysis of indemnity actions for sexual harassment at work, based on original and real factual situations, which represent the situation of geographic region. The protection of women in the labor market has legislative provisions; however, with regard to sexual harassment in the workplace, enforcement takes place through indemnity actions, even indirectly based on evidence, several methods, such as psychological expert evidence in the victim and the aggressor, a situation that occurs in the Carazinho Labor Court / RS.

KEYWORDS: Indemnity action. Sexual harassment. Carazinho / RS. Protection of women.

¹Trabalho de Conclusão da Especialização em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2018.

² Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário, advogada, bacharel em direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço eletrônico: mirianelemes@hotmail.com.

³Orientadora do trabalho e professora da Faculdade de Direito e Coordenadora do Programa de Extensão Projur Mulher e Diversidade da Universidade de Passo Fundo/RS. Pós- doutoranda pela Universidade Federal de Rio Grande/RS. Endereço eletrônico: jfaria@upf.br.

INTRODUÇÃO

Em razão das diferenças e da desigualdade de gênero, as legislações trabalhistas contemplam um maior protecionismo ao trabalho da mulher, promovendo o debate e estudos sobre possíveis mecanismos de controle.

No Brasil, a Consolidação das Leis Trabalhistas, contempla desde sua promulgação, em 1943, diferentes garantias às mulheres, com promoção da adequada inserção no mercado de trabalho, protegendo de discriminação ou, ainda, conferindo condições especiais, conforme as características próprias do gênero feminino, principalmente no tocante à maternidade.

A Constituição Federal de 1988 também prevê em seu artigo 5º que homens e mulheres são iguais perante a lei, servindo de arcabouço para a proteção da mulher, complementada também pelo artigo 7º, inciso XX, que garante de maneira específica a proteção do mercado de trabalho da mulher.

A proteção penal contra o assédio sexual no ambiente de trabalho, também se apresenta como fonte legislativa de benefício primordial à mulher, apesar de tipificada em defesa de ambos os sexos, no artigo 216-A do Código Penal (incluída pela Lei 10.224/2001).

Diante do exposto, tem-se como tema de pesquisa a verificação da situação da mulher no mercado de trabalho e o assédio sexual no ambiente laboral. Compreendendo a situação das ações indenizatórias na Justiça Especializada de Carazinho/RS e discorrendo sobre as ações indenizatórias por assédio sexual no ambiente de trabalho sob a ótica da garantia da proteção jurídica da mulher.

A metodologia de abordagem é indutiva, sendo que na metodologia de procedimento, associa-se a pesquisa bibliográfica ao estudo das ações indenizatórias trabalhistas por assédio sexual, na Justiça do Trabalho de Carazinho/RS, mediante análise qualitativa dos dados fornecidos pelo juízo, por meio de pesquisa eletrônica.

A análise das ações indenizatórias na Justiça Especializada de Carazinho/RS, delimitadas no período de 2011 à 2017, fundadas no assédio sexual no ambiente de trabalho, busca observar situações fáticas originais e reais, com base na proteção da mulher em determinada região geográfica, visando generalizar a solução do problema da produção da prova nos processos por assédio sexual no ambiente de trabalho.

1- A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

A presença da mulher no mercado de trabalho estimulou o interesse contra a discriminação ao trabalho feminino, visando um equilíbrio social e econômico.⁴As previsões legislativas de proteção,

⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 18.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 858.

visam a redução da disparidade empregatícia⁵ entre homens e mulheres, principalmente no tocante à diferença de renda.

Ocorre que, para alguns estudiosos, tais como os americanos Camille Paglia⁶ e Thomas Sowell,⁷ a igualdade de gênero (*gender gap*) apresenta fatores muito mais complexos que merecem estudo, defendendo um raciocínio menos político, porém, mais efetivo na busca da igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

Também surgiu o movimento feminista, baseado em ideias marxistas de desconstrução da família, como solução revolucionária da liberdade social. Referida corrente ainda defende a discriminação como fonte da diferença salarial entre homens e mulheres.⁸ Porém, existem outros apontamentos que merecem reconhecimento, como a possibilidade de homens e mulheres naturalmente terem desenvolvido habilidades diferentes ou escolhas diferentes quanto à carreira e instrução didática.

Um estudo da Fundação de Economia e Estatística, do governo do Rio Grande do Sul,⁹ realizado pelos economistas Guilherme Stein e Vanessa Sulzbach, que analisaram 100 mil salários, concluíram que as mulheres brasileiras ganham 20% menos que os homens, mas, porém, apenas 7% não podem ser explicados pela diferença de produtividade.

Referidos dados estatísticos se opõem a outros estudos da mesma natureza, que apontam a discriminação no mercado de trabalho, como fator determinante da disparidade de gênero. Para Thomas Sowell, a maioria dos dados estatísticos sobre a disparidade de gênero no mercado de trabalho, não considera características importantes, como educação, ocupação, experiência e carga horária. Tais elementos são responsáveis por quase todo o diferencial de ganhos entre homens e mulheres. Acreditar que “a redução dessas disparidades ao longo do tempo, ocorrerá em função de uma redução na discriminação sob pressões do governo, do movimento feminista ou de um aumento geral de esclarecimento, não passa apenas de uma falácia”.¹⁰

A capacidade de gerar um ser humano, apesar das constantes descobertas tecnológicas na área da saúde, apenas acontece dentro do ventre da mulher. Dependendo do tipo de profissão, o estado gestacional atua como fator crucial na redução da produtividade feminina, e por consequência aumenta a dificuldade na competição financeira.

⁴A disparidade empregatícia de gênero é caracterizada pelo fato de que, com a mesma qualificação acadêmica e experiência, os homens ocupam os maiores cargos de poder e também, comparando à mulheres, ganham salários maiores.
⁶PAGLIA, Camille. **Personas Sexuais: Decadência da Nefertite e Emily Dickinson**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1992.

⁷SOWELL, Thomas. **Fatos e Falácias da Economia**. São Paulo: Record, 2008.

⁸MARTINS NETO, Felipe Nery et al. **Gênero: Ferramenta de desconstrução da identidade**. São Paulo: Editora Katechesis, 2015, p. 30.

⁹FUNDAÇÃO DE ECONOMIA E ESTATÍSTICA. 2015. **Relatório sobre o mercado de trabalho no Rio Grande do Sul 2001-2013**. Disponível em: <<https://www.fee.rs.gov.br/wp-content/uploads/2015/04/20150504relatorio-sobre-o-mercado-de-trabalho-do-rio-grande-do-sul-2001-13.pdf>> Acesso em : 27/08/2018, p. 14.

¹⁰SOWELL, Thomas. **Fatos e Falácias da Economia**. 2008, p. 88.

A maternidade é uma característica natural da mulher que, muitas vezes não garante possibilidade de escolha, por se manifestar através de necessidade emocional, existencial ou de imposição social. No decorrer da história, se percebe que a parceria de gênero sempre foi economicamente necessária dentro das famílias, pois enquanto o homem provia o sustento da família, através de sua força de trabalho, a mulher se dedicava aos afazeres da casa, cuidado da prole, situação que favorecia o aumento da renda econômica familiar, eis que possibilitava ao homem mais tempo disponível ao trabalho e por consequência, mais dinheiro e mais poder.

A discriminação de gênero existe nas sociedades, principalmente nas classificadas como de pouco desenvolvimento econômico, sendo necessário o seu combate, porém, o atual método de utilização do trabalho, baseado no tempo à disposição do empregado é um fator determinante para a ocorrência de diferença salarial entre gêneros, considerando que a análise deve ser feita entre “mulheres e homens que tenham cultura, competência, experiência de trabalho e outras características relevantes semelhantes”.¹¹

Com a evolução tecnológica, o gênero feminino passou a almejar a execução de tarefas laborativas que até então eram executadas por homens, entretanto, o rendimento da mulher sofre interferência, pela falta de experiência de trabalho, falta de horas extras à disposição e pela tarefa biológica de gerar filhos, aumentando a diferença de renda entre gêneros e a discriminação da mulher no mercado de trabalho.

A diferenças de renda com base no gênero, apresenta debate constante entre as autoridades competentes, sendo inclusive motivo de estudos no Fórum Econômico Mundial, por meio do relatório *Global Gender Gap Report*,¹² que mede o índice de igualdade de gênero entre os países.

Com base na paridade de acesso à saúde, sobrevivência, educação e participação política, o relatório apresenta o posicionamento de cada país dentro do *ranking*. O último relatório, divulgado em 02 de novembro de 2017, demonstra que dos 144 países comparados, o Brasil alcança a 90ª posição, sendo saúde, sobrevivência e educação, as questões tidas de maneira paritária entre cada gênero. Porém, a participação política feminina, apresenta participação muito pequena.¹³

Na tentativa de melhora do índice de participação feminina na política brasileira, cabe citar o recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617, do Supremo Tribunal Federal, julgado em 15 de março de 2018. A decisão se mostra favorável à inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 13.165/2015, que estabelece percentual mínimo de 5% e máximo de 15% de

¹¹SOWELL, Thomas. **Fatos e Falácias da Economia**. 2008, p. 117.

¹² WOLD ECONOMIC FORUM. 2017. **The Global Gender Gap Report**. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf> Acesso em: 10/06/2018.

¹³ WOLD ECONOMIC FORUM. 2017. **The Global Gender Gap Report**. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf> Acesso em: 10/06/2018. P. 98

recurso de fundo partidário para campanhas femininas, eis que afeta os princípios democráticos e de defesa da igualdade de gênero.

Todavia, o cálculo da posição de cada país, com base apenas nos quatro citados itens do Relatório *Gender Gap*, constitui objeto de crítica por diversos especialistas, eis que não demonstram a real situação da igualdade de gênero e ainda não consideram questões peculiares de cada região. Tendo como exemplo o Brasil, algumas mulheres podem, simplesmente, optar por escolhas diferentes quanto à carreira e instrução didática. Não adentram na esfera política, por considerarem alguma realização pessoal diversa, situação que não lhes causa desigualdade ou discriminação.

2- O ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

O estudo do assédio sexual no ambiente de trabalho, exige a abordagem de questões históricas, envoltas na luta pela igualdade de gênero. Ao adentrar o chão das fábricas, durante o período da Revolução Industrial, as mulheres perceberam que não eram tratadas de maneira igualitária, passando por situações altamente desestimulantes e desrespeitosas, no desempenho de seus trabalhos.¹⁴

Juntas, as mulheres perceberam que lhes era possível a conquista de várias atividades igualitárias. Porém, em uma segunda “onda feminista”, embalados pelas ideias de Freud, Reich, Marx e Engels, que pregavam o fim da diferença de classes e extinção do pátrio poder, os ideias feministas adentraram a esfera da ideologia política.¹⁵ Consistente na capacidade de controle humano, tal politização trouxe alguns retrocessos ao gênero feminino, dentre eles a dificuldade em defender a mulher da violência física, psíquica e financeira, principalmente porque algumas correntes lutavam por uma liberdade sexual com tentativa de se igualar ao gênero masculino, esquecendo as diferenças naturais e biológicas.

A sociedade passou por grandes mudanças em busca da liberdade sexual, principalmente feminina. Como reflexo disso, houve também o experimento da libertinagem e uso desregrado da liberdade sexual, situação que interferiu negativamente na reivindicação e implementação de normas jurídicas, que proibissem o assédio sexual no ambiente de trabalho.

Sobre o temada ideologia de gênero, cabe reconhecer as palavras da socialista e feminista Heleieth Saffioti,¹⁶ que revela a importância da instituição do patriarcado sobre a utilização exacerbada da ideologia de gênero, em ações opressoras e desiguais às mulheres.

¹⁴RAGO, Margareth. Trabalho feminino e sexualidade. In: PRIORE, May Del (org.). BASSANEZI, Carla (Coord.). **Historias das Mulheres no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2007, p. 578.

¹⁵MARTINS NETO, Felipe Nery et al. **Gênero: Ferramenta de desconstrução da identidade**. São Paulo: Editora Katechesis., 2015, p. 30.

¹⁶SAFFIOTI, Heleieth. **Genero, Patriarcado, Violencia**. São Paulo: Expressão Popular, 2004, p. 136.

Por outro lado, dentro do próprio movimento feminista, outras ideias se destacaram coerentes e benéficas, agindo na real defesa dos direitos das mulheres. “No campo jurídico, Catharine Machinnon-1979, nos Estados Unidos, foi a primeira a introduzir o conceito de assédio sexual na doutrina legal e a apresenta-lo como uma forma de discriminação sexual”.¹⁷

No Brasil, mesmo que inexista uma legislação trabalhista expressa de proteção ao assédio sexual no ambiente de trabalho, que é considerado um ato de violência contra a mulher, doutrinariamente foram construídos alguns conceitos básicos sobre o tema, capazes de garantir a efetiva proteção ao gênero feminino.

Com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas, se verifica que até os dias atuais, não há nenhuma forma de proteção expressa contra o assédio sexual no ambiente de trabalho. Existe apenas a garantia da adequada inserção no mercado de trabalho e proteção contra a discriminação, conferindo condições especiais, conforme as características próprias do gênero feminino, principalmente no tocante à maternidade.

Do mesmo modo, a Constituição Federal de 1988 não promoveu expressamente, a proteção à mulher contra o assédio sexual no ambiente de trabalho. Garantiu apenas no artigo 5º, que homens e mulheres devem ser tratados de maneira igualitária perante a lei, complementando no artigo 7º, inciso XX, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos.

No Brasil, apenas no ano de 2001 houve a promulgação de uma legislação específica de proteção à mulher, no âmbito penal, que, apesar de tipificada em defesa de ambos os sexos, no artigo 216-A do Código Penal (incluído pela Lei 10224/2001), visa o zelo dos direitos femininos.

Assim, doutrinariamente, convencionou considerar que o assédio sexual se manifesta fisicamente, por palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoa contra a sua vontade, mediante constrangimento e violência da liberdade sexual.¹⁸

A figura do agressor costuma ser masculina e as vítimas predominantemente mulheres, mas, com base no artigo 216-A do Código Penal Brasileiro, pode ocorrer de maneira invertida ou entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda quanto à tipificação do delito de assédio sexual no ambiente de trabalho, Guilherme de Souza Nucci,¹⁹ acrescenta:

[...] cremos ser totalmente inadequada e inoportuna a criação do delito de assédio sexual no Brasil. Primeiramente, deve-se ressaltar que são poucos os casos noticiados de importunações graves, no cenário das relações de trabalho, que não foram devidamente solucionados, com justiça, nas esferas cível e trabalhista- ou mesmo administrativa, quando se cuidar de funcionário público. [...] Não se desconhece que o assédio sexual é uma realidade em todo o

¹⁷ ALEMANY, Carme. *In: Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 27.

¹⁸ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Método, 2016.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1048.

mundo, merecendo punição, além de ser nitidamente ilícito, antiético e imoral, mas não se trata de assunto para o direito penal.

Na legislação brasileira cível e trabalhista, a construção sobre o assédio sexual e o arbitramento da reparação pecuniária, acontece de maneira doutrinária e jurisprudencial, não existindo lei específica que regulamente o tema. Inoperante a tipificação criminal do assédio sexual no ambiente de trabalho, sendo que, mais coerente seria, a previsão legislativa que delimitasse uma punição equilibrada e igualitária aos agressores.

Os tipos de assédio sexual se bifurcam em assédio por chantagem e por intimidação, sendo que o primeiro se caracteriza pela exigência de uma conduta sexual, visando evitar prejuízos na relação de trabalho. E o segundo, acontece quando há provocações sexuais inoportunas no ambiente de trabalho, visando prejudicar, criar situação ofensiva, intimidação ou humilhação. A superioridade hierárquica não é o fator predominante do assédio sexual no ambiente de trabalho, sendo possível entre colegas, porém, considerando que o assédio sexual por chantagem sempre exige a situação de chefia como elemento caracterizador.²⁰

Sobre o assédio sexual por chantagem, esclarece Ernesto Lippmann:²¹

[...] É o pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico com promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação e/ou ameaças, ou atitudes concretas de represálias no caso de recusa, como a perda do emprego ou benefício.

Os elementos caracterizadores do assédio sexual no ambiente de trabalho estão dispostos através de assediador, do assediado, do comportamento do assediador e o não consentimento da vítima.²² O simples flerte ou paquera recíprocos não caracterizam o assédio sexual no trabalho, que deve ser rejeitado pela vítima de maneira expressa ou não, sendo que o simples silêncio do assediado não pode descaracterizar o assédio.

Há previsão doutrinária de assédio sexual, também na esfera pública e para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a proteção engloba “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.”²³

O assédio sexual está enquadrado no rol do artigo 482, alínea “b”, da CLT, no tocante à incontinência de conduta, que se refere a atos que agridam a moral sexual do empregado e geram

²⁰MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. 2017. **Assédio Sexual no Trabalho: Perguntas e Respostas**. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/238abdc3-4e2d-4d4a-a35e-b815c2b91c25/Cartilha+Assedio+Sexual+GT+G%C3%AAnero.pdf?MOD=AJPERES&CVID=|OyxSXs> . Acesso em 10 jun. 2018.

²¹LIPPMANN, Ernesto. **Assédio Sexual nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001, p. 16.

²²MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. 2017. **Assédio Sexual no Trabalho: Perguntas e Respostas**. Acesso em 10 jun. 2018.

²³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003, p. 121.

justa causa do contrato de trabalho. Conforme preceitua Rodolfo Pamplona Filho sobre incontinência de conduta:²⁴

A ideia de incontinência de conduta costuma ser associada aos desvios de comportamento sexual, desde que praticados no âmbito da empresa, cabendo no seu conceito a libertinagem e a pornografia, bem como o assédio sexual, quando exercido entre colegas de trabalho [...].

Assim, o assédio sexual está intimamente ligado ao conceito de incontinência de conduta, sendo que o ato pode ser praticado por prepostos e empregados e caracteriza responsabilidade objetiva do empregador.

Conforme artigo 933 do Código Civil, cumulado com o artigo 5º da Constituição Federal, é devido ao empregador a promoção de um ambiente de trabalho livre de qualquer tipo de discriminação ou assédio. Assim, pondera Jose Afonso Dellegrave Neto:²⁵

A responsabilidade do empregador por ato de seu empregado perante terceiro é sempre objetiva, seja pela presunção absoluta de culpa in elegendo e in vigilando (sumula 341 do STF), seja pela dicção do art. 933 do Código Civil que responsabiliza o empregador “ainda que não haja culpa por sua parte.

Cabe frisar que o assédio sexual no ambiente de trabalho é considerado também um ato discriminatório, eis que, conforme a Convenção nº 111 da OIT, toda distinção, exclusão ou preferência, fundada no sexo ou outros fatores, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade em matéria de emprego ou profissão é ato discriminatório.

3-DA JUSTIÇA DO TRABALHO DE CARAZINHO/RS

A Justiça do Trabalho de Carazinho/RS, conforme Relatório de Inspeção Correcional Ordinária, realizada em 23/08/2017, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, com base no período de 2014 à 2016, possui em média anual o ajuizamento de 1523 demandas novas, em um total de 3.508 processos em tramitação, sendo que as informações apresentadas pelo Mapeamento Global de Desempenho (MGD), demonstram que a Unidade obteve desempenho como 4º melhor na sua faixa, nos indicadores de congestionamento na fase de conhecimento, 4º melhor na sua faixa no quesito de acervo processual, 5º melhor na sua faixa na análise de vazão processual, 6º melhor na sua faixa, nos prazos médios do ajuizamento ao fim da instrução e 4º melhor na análise do ajuizamento ao arquivamento.²⁶

²⁴PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio Sexual na relação de emprego**. São Paulo: Ltr, 2001, p. 112.

²⁵DALEGRAVE NETO, José Afonso. **O assédio Sexual e Moral e sua Prova na Justiça do Trabalho**. Revista Eletrônica. P. 9 – 28. Março de 2013, p. 17.

²⁶Porém, o desempenho insatisfatório da Unidade foi verificado no congestionamento na fase de liquidação, cujo índice foi o 9º pior dentre as 50 unidades da respectiva faixa de movimentação processual.

Quanto à quantidade de processos solucionados pelos juízes que atuaram nos últimos doze meses, contados da data da inspeção, em comparação com o período anterior, foi constatado um aumento de 139 processos solucionados.²⁷

De acordo com o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:²⁸

O MGD é um sistema que apresenta, de forma sintética, o desempenho das Varas do Trabalho e Postos Avançados da 4ª Região em aspectos considerados relevantes para a prestação da atividade judiciária, segundo a interação de quatro indicadores definidos por esta Corregedoria Regional: congestionamento de tramitação processual, acervo processual, vazão processual e prazo médio de tramitação processual.

Cada um desses indicadores corresponde a um ou mais itens, que compõem as colunas da tabela principal do MGD e aos quais foram atribuídos diferentes pesos, de forma a atender às prioridades estabelecidas pela Corregedoria Regional, considerando o planejamento estratégico do TRT4. Assim, esse sistema permite que sejam obtidos dois subprodutos: o Percentual da Força de Trabalho e o Índice de Produtividade, que se encontram explanados nos itens de mesmo nome deste relatório.

O sistema de controle utilizado pela Inspeção de Correição Ordinária oferece informações precisas no tocante ao desempenho da força de trabalho de cada Vara do Trabalho, estimulando a melhora da produtividade e acesso à justiça, garantido ao trabalhador.

A estrutura funcional da Vara do Trabalho de Carazinho/RS é composta por dois magistrados, Ben-Hur Silveira Claus, juiz titular, lotado desde 12/08/1996 e Rubiane Solange Gassen Assis, juíza substituta, lotada desde 18/07/2016. A quantidade de servidores lotados e em exercício na Vara, totaliza 13 pessoas, além de contar com a atividade de 1 estagiário do Curso de Direito.

No tocante às Reclamações Trabalhistas por assédio no ambiente de trabalho, em tramitação na Vara durante o período de 2011 à 2017, foram registradas no Sistema INFOR e no Sistema PJe.

No Sistema INFOR, utilizado até o final do ano de 2014, somente se permite a pesquisa através de número de processo, nome das partes, advogado do Reclamante e Advogado da Reclamada, sendo impossível precisar a quantidade de processos por assédio sexual no ambiente de trabalho, em tramite durante tal período, considerando a pouca disponibilidade de servidores e o grande volume de trabalho na Vara, eis que a busca exige a forma manual e individualizada.

Quanto ao Sistema PJe, apesar de se tratar de sistema de maior amplitude de pesquisa por classe processual, também se permite a consulta por assunto. Ocorre que, tais informações são prestadas pelo advogado da parte Reclamante, que nem sempre se detêm ao cadastro detalhado de todos os assuntos da lide.

²⁷ Mesmo diante do aumento, a produção nessa Unidade foi inferior à produção média das varas com tramitação processual semelhante (média de 1.702,66 processos solucionados).

²⁸ TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO. 2017. **Relatório de inspeção correcional ordinária realizada na Vara do trabalho de Carazinho em 23.08.2017**. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/media/133281/01%20-%20Relat%20C3%20B3rio%20ICO%20Carazinho%20VT%202017.pdf>> Acesso em 10/06/2018, p. 04.

Mesmo assim, o juízo de Carazinho/RS efetuou a pesquisa no sistema de jurisprudência do TRT da 4ª Região, usando como referência os últimos 5 anos, com o tema “assédio”, tendo por critério o código da Vara do Trabalho de Carazinho/RS- 0561, localizando um total de 9 processos.

Ocorre que, ao proceder com o estudo de cada processo, se verificou que apenas 2 versavam sobre assédio sexual no ambiente de trabalho, outro, (1) apesar de tratar de assédio sexual no ambiente de trabalho, teve competência designada para Vara diversa, que realizou a instrução de todo o feito, não podendo ser utilizado como referência de julgamento à Comarca de Carazinho. Outros 4 processos tratavam sobre assédio moral no ambiente de trabalho e por fim, outros 2 por dano moral não envolto por assédio sexual.

Dos dois processos, em tramite por assédio sexual no ambiente de trabalho e aproveitados no presente estudo, extrai-se que na Reclamatória ajuizada no ano de 2012 e julgada procedente pelo Magistrado Ben-Hur Silveira Claus, o patamar indenizatório no valor de R\$ 10.000,00 (Dez Mil Reais) e reformado em grau de recurso, com redução para R\$ 5.000,00. O processo foi liquidado no ano de 2014, porém, segue no aguardo do julgamento de Agravo de Instrumento, ajuizado pela Reclamante.

Na reclamatória ajuizada no ano de 2013, julgada procedente pela Magistrada Rubiane Solange Gassen Assis, o patamar indenizatório alcançou o valor de R\$ 18.000,00 (Dezoito Mil Reais), que foi confirmado em grau de recurso. O processo foi liquidado e arquivado no ano de 2017.

Na instrução probatória de ambos os processos há uma peculiaridade, eis que para melhor esclarecimento dos fatos, houve a determinação pelo magistrado, de perícia psicológica na vítima e no assediador.

Sobre o tema, convém ressaltar as considerações do magistrado Ben-Hur Silveira Claus,²⁹ titular da Vara do Trabalho de Carazinho/RS:

Adotei a prática de determinar a realização de perícia psicológica, pela primeira vez, quando, ao examinar os autos de processo para prosseguimento da audiência que ocorreria naquele dia, deparei-me com a ausência de prova documental e intuí a possibilidade de que não houvesse prova oral sobre a matéria, isso porque dificilmente há testemunhas do fato controvertido nessas ações, na medida em que o autor age “aportas fechadas”. Segui essa intuição. Foi então que, pela primeira vez, determinei a realização de perícia de psicologia de ofício (CLT, art. 765), designando nova data para o prosseguimento da audiência, data na qual houve acordo; acordo favorecido pelo produtivo resultado da perícia de psicologia realizada.

Assim como nas demandas indenizatórias por acidente do trabalho, a perícia técnica psicológica em ações por assédio sexual no trabalho, contribuem de maneira técnica para o

²⁹CLAUS, Ben-Hur. **Assédio Sexual e Perícia de Psicologia**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte. V.55, n 85,p 59-74,jan/jun.,2012, p. 60.

convencimento do magistrado, que muitas vezes se percebe adstrito tão somente a responsabilização do empregador que deixa de provar que atendeu às regras legais trabalhistas.

Outra peculiaridade registrada na utilização de perícia psicológica, dentro da Vara do Trabalho de Carazinho/RS, resulta na determinação de que tanto a suposta vítima, quanto o agressor, compareçam ao procedimento de entrevista individual reservada, protegida por sigilo profissional, sob pena de presunção relativa de veracidade do alegado pela parte contrária, amparado pelo dever de verdade que obriga todas as partes dentro da demanda judicial. Para o Juiz Titular da Vara do Trabalho de Carazinho/RS, o dever de verdade em tal situação, não viola o direito à intimidade dos sujeitos envolvidos:

[...] De um lado esta o direito fundamental da vítima à efetiva investigação da conduta ilícita atribuída ao suposto assediador. De outro lado, está o direito fundamental do indigitado assediador à intimidade. A solução desse conflito é obtida pela técnica do juízo de ponderação. Sob a inspiração do princípio da proporcionalidade, examina-se à luz do valores constitucionais da República qual dos direitos fundamentais em conflito deve preponderar e em que medida, de modo que a preferência de um direito fundamental implique o menor sacrifício do outro direito fundamental em cotejo.³⁰

A violação ao direito à intimidade, se analisada conforme o contexto constitucional, quando aplicada ao dever das partes na realização da perícia psicológica em processos de assédio sexual no ambiente de trabalho, se configura. Porém, não pode ser tomada como situação fática de maior importância, uma vez que inserida na solução de uma controvérsia muito mais complexa e viral de maneira negativa ao meio social, que é o assédio sexual no ambiente de trabalho.

Considerando a responsabilidade objetiva do empregador, salutar que também contribua para a adequada realização da perícia psicológica, eis que legalmente obrigado a disponibilizar um ambiente laborativo, que esteja adequado aos parâmetros da dignidade da pessoa humana.

4- AS AÇÕES INDENIZATÓRIAS E A PROTEÇÃO JURÍDICA DA MULHER

As indenizações trabalhistas se destacam pela característica de compensação financeira, nos casos em que, pelo descumprimento da lei trabalhista, o empregador precise reparar seu empregado de maneira a anular ou reduzir um dano causado, estando atreladas às regras de responsabilidade civil e da teoria do risco. (LIMA, 1999, p.198).

A ação judicial em tal caso, visa a reparação ao trabalhador, que recebe o que lhe é devido por direito e minimiza os efeitos negativos de alguma medida tomada pelo empregador, ou por conta de determinados eventos acontecidos na empresa, que tenham natureza patrimonial ou extrapatrimonial.

³⁰ CLAUS, Ben-Hur. **Assédio Sexual e Perícia de Psicologia**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte. V.55, n 85,p 59-74,jan/jun., 2012, p. 70.

O dano extrapatrimonial é subjetivo, podendo atingir a honra, a moral, a imagem, a intimidade e sexualidade, se dividindo em moral, estético ou existencial do trabalhador.³¹

A Lei 13.467/2017 que instituiu **reforma trabalhista brasileira**, estabelece limites para **indenizações recebidas por dano extrapatrimonial no âmbito da Justiça do Trabalho**, assim, o valor máximo estipulado alcança até **50 vezes o salário da vítima, reduzindo a subjetividade do magistrado aos casos concretos**.

Nos casos de assédio sexual no ambiente de trabalho, ocorre o dano extrapatrimonial moral, agora com valor calculado com base no salário da vítima. Mas, porém, o juiz deverá levar em consideração os critérios como a intensidade do sofrimento ou da humilhação da vítima; a possibilidade de superação física ou psicológica; os reflexos pessoais e sociais; a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; as condições em que ocorreu tal ofensa; o grau de culpa do acusado; a situação social e econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa, entre outros, conforme seu arbítrio.³²

O dano moral caracteriza-se basicamente pelo abalo na vida psíquica da vítima em decorrência de um sofrimento causado injustamente, por outrem. Assevera o ilustre doutrinador Carlos Alberto Bittar,³³ que:

[...] havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.

Torna-se possível a condenação do empregador, por danos morais sofridos, desde que provado o dano e o nexo causal pelo empregado, conforme as regras do artigo 944 do Código Civil. Assim, a vítima de assédio sexual no ambiente de trabalho pode acessar o Poder Judiciário, visando a alteração do contrato de trabalho. Poderá solicitar a mudança de local ou horário de trabalho e se for a intenção, inclusive a rescisão indireta do contrato de trabalho, que serão cumuladas com a indenização por dano moral.

Com base no artigo 4º da Lei 9.029/95, quando a vítima de assédio sexual no ambiente de trabalho já estiver demitida da empresa, poderá requerer a reintegração ao trabalho, tendo em conta demissão discriminatória. A Organização Internacional do Trabalho teve papel fundamental na proteção da mulher, criada em 1919, durante a 1ª Guerra Mundial, através de uma mobilização social

³¹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Vol 3- 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

³²COSTA, Angelo Fabiano Farias da et al. **Reforma Trabalhista na visão dos Procuradores do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2018.

³³BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 1994, p. 15-16.

entre empregados, empregadores e governo, na busca da paz universal e permanente, sendo que sua atuação exige ratificação do país membro.

Dentre as principais Convenções da OIT, aplicadas no Brasil e extensivas a proteção contra o assédio sexual no ambiente de trabalho, está a Convenção número 100, que versa sobre a igualdade de remuneração entre homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor e a Convenção número 111 da OIT.

Quanto a prova do assédio sexual no ambiente de trabalho, há valorização da prova indireta, com base em indícios e circunstâncias de fato, tendo em conta a dificuldade de prova, situação que poderia beneficiar o assediador, através de sua conduta oculta.³⁴

Existe dificuldade em provar o assédio sexual, o que autoriza o magistrado a se utilizar de prova por indícios e circunstâncias de fato, permitindo a presunção e também a potencialização dos indícios. A proteção do trabalho da mulher encontra guarida legislativa, principalmente na Constituição Federal de 1988, não se admitindo violência contra a mesma, incluindo o assédio sexual, situação que possibilita uma adequada produção probatória nas ações indenizatórias por assédio sexual no ambiente de trabalho.

Comprova o equilíbrio entre a proteção da mulher e as ações indenizatórias, a garantia legal da estabilidade provisória da gestante, consagrada na Constituição Federal, artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, permitindo à gestante, estabilidade no emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Para Silvia Federici, a reprodução humana de responsabilidade feminina, que ocorre sem um pagamento em dinheiro, afasta muitas mulheres do mercado de trabalho ou lhes proporciona uma desigualdade na produção de capital. Em sua obra *Calibã e a Bruxa. Mulheres, corpo e acumulação primitiva*,³⁵ a feminista destaca:

[...] Devo acrescentar que Marx nunca poderia ter suposto que o capitalismo preparava o caminho para a libertação humana se tivesse olhado sua história do ponto de vista das mulheres. Essa história ensina que, mesmo quando os homens alcançaram certo grau de liberdade formal, as mulheres sempre foram tratadas como seres socialmente inferiores, exploradas de modo similar às formas de escravidão.[...]

Com a revolução industrial, as mulheres passaram a acreditar que trabalhar fora de casa poderia transformar sua posição desigual. Atualmente, algumas conseguem destaque, são bem valorizadas e remuneradas, mas a grande maioria foi integrada aos níveis mais baixos da organização capitalista, com baixa renda econômica, estando mais expostas ao assédio e discriminação no trabalho.

³⁴CLAUS, Ben-Hur. *Assédio Sexual e Perícia de Psicologia*. 2012.

³⁵FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa. Mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Editora Elefante, 2017, p. 27.

Considerando a localização de dois processos por assédio sexual, em tramite na Vara do Trabalho de Carazinho/RS, no período de 2011 à 2017, a quantidade se mostra pequena, podendo ser a forma de localização eletrônica dos processos um fator inadequado para a localização completa dos processos por assedio sexual em tramite na Vara. A baixa quantidade de mulheres empregadas também pode ser um fator determinante, assim como, o receio de represália, peculiar às vítimas de assédio sexual no ambiente de trabalho, situações que merecem maior estudo quando analisadas em trabalho específico e sob a ótica do princípio do acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o desenvolvimento industrial, a mulher passou a almejar pela independência social e financeira, estando cada vez mais inserida no mercado de trabalho. Em razão da diferença e desigualdade de gênero, o constituinte legal da sociedade ocidental assegura um tratamento protecionista às mulheres.

Ocorre que, as previsões legislativas de proteção, por si só, não alcançam de maneira completo a redução da disparidade empregatícia entre homens e mulheres, principalmente no tocante à diferença de renda, acesso ao poder e a coibição de atos discriminatórios.

No Brasil, a Constituição Federal e a Consolidação das Leis Trabalhistas, apresentam um regramento protecionista ao trabalho da mulher, oferecendo suporte de controle ao assédio sexual no ambiente de trabalho, além do aparo fornecido pela Organização Internacional do Trabalho, por meio das Convenções nº 110 e 111.

As ações indenizatórias, por assédio sexual no ambiente de trabalho, também representam um salutar protecionismo e estímulo aos empregadores, no sentido de preservação de um ambiente de trabalho livre de discriminação e assédio.

A averiguação das ações indenizatórias por assédio sexual, com enfoque na proteção da mulher, na Justiça do Trabalho de Carazinho/RS, oportunizou o debate tendo em conta a relevância da problemática da prova material do fato gerador do assédio, que na maioria das vezes acontece de forma velada.

Tomando como referência a Justiça do Trabalho de Carazinho/RS, por meio do método indutivo de abordagem, o estudo se concentrou na análise das ações indenizatórias por assédio sexual no trabalho, com base em situações fáticas originais e reais, refletindo a situação de determinada região geográfica.

Na análise processual se verificou que na justiça especializada em questão, se utiliza as regras doutrinarias e jurisprudências dominantes, no sentido de que existe dificuldade em provar o assédio

sexual, situação que autoriza a utilização de prova indireta, baseada em indícios e circunstâncias de fato, permitindo a presunção e também a potencialização dos indícios.

Se verificou também que, por questões de analogia às ações indenizatórias por acidente de trabalho, os magistrados usaram nos deslindes dos feitos das ações por assédio sexual, a feitura de perícia técnica psicológica. Além disso, vincularam a determinação de que, tanto a suposta vítima, quanto o agressor, comparecessem na entrevista individual reservada, sob pena de presunção relativa de veracidade do alegado pela parte contrária. Tal procedimento demonstrou zelo ao dever de verdade e ao protecionismo da mulher no mercado de trabalho.

As ações indenizatórias por assédio sexual no ambiente de trabalho, analisadas e catalogadas na Vara do Trabalho de Carazinho/RS, nos últimos seteanos, cumpriram com a tarefa de combate à discriminação e desigualdade de gênero, eis que validaram a procedência das demandas, com base em provas indiretas, mas também através da peculiar prova técnica psicológica, que oportunamente foram confirmadas em grau de recurso.

Quanto à reduzida quantidade de ações indenizatórias, catalogadas no período, possível que o método de localização eletrônica não tenha funcionado de maneira efetiva, ou onúmero de mulheres empregadas poderia ser menor na região geográfica estudada ou que, a falta de informação e sentimento de vergonha tenham influenciado no ajuizamento das demandas, porém, tais situações merecem maior estudo quando analisadas em trabalho específico e sob a ótica do princípio do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEMANY, Carme. *In: Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 1994.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, com inclusão da Lei 10.224 de 2001. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho (CLT) (1943)**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Seção 1, p. 11937-11984.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

CLAUS, Ben-Hur. **Assédio Sexual e Perícia de Psicologia**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte. V.55, n 85, p 59-74, jan/jun., 2012.

COSTA, Angelo Fabiano Farias da et al. **Reforma Trabalhista na visão dos Procuradores do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2018;

DALEGRAVE NETO, José Afonso. **O assédio Sexual e Moral e sua Prova na Justiça do Trabalho**. Revista Eletrônica. P. 9 – 28. Março de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa. Mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

FUNDAÇÃO DE ECONOMIA E ESTATÍSTICA. 2015. **Relatório sobre o mercado de trabalho no Rio Grande do Sul 2001-2013**. Disponível em: <<https://www.fee.rs.gov.br/wp-content/uploads/2015/04/20150504relatorio-sobre-o-mercado-de-trabalho-do-rio-grande-do-sul-2001-13.pdf>> Acesso em : 27/08/2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Vol 3- 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015

IBGE, Maio de 2017. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) Medidas de Subutilização da força de trabalho**. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Novos_Indicadores_Sobre_a_Forca_de_Trabalho/pnadc_201201_201801_trimestre_novos_indicadores.pdf><https://www.bing.com/search?FORM=INCOH2&PC=IC03&PTAG=ICO-8443e99854d844e5&q=IBGE%20PNAD%20continua>. Acesso em: 27 agost. 2018.

LIMA. Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio Sexual nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001.

MARTINS NETO, Felipe Nery et al. **Gênero: Ferramenta de desconstrução da identidade**. São Paulo: Editora Katechesis., 2015.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Editora Método, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. 2017. **Assédio Sexual no Trabalho: Perguntas e Respostas**. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/238abdc3-4e2d-4d4a-a35e-b815c2b91c25/Cartilha+Assedio+Sexual+GT+G%C3%AAnero.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IOyxSXs>. Acesso em: 10 jun. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 18.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAGLIA, Camille. **Personas Sexuais: Decadência da Nefertite e Emily Dickinson**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1992.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio Sexual na relação de emprego**. São Paulo: Ltr, 2001.

RAGO, Margareth. Trabalho feminino e sexualidade. In: PRIORE, May Del (org.). BASSANEZI, Carla (Coord.). **Historias das Mulheres no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2007.

SAFFIOTI, Heleieth. **Genero, Patriarcado, Violencia**. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

SOWELL, Thomas. **Fatos e Falácias da Economia**. São Paulo: Record, 2008.

TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO. 2017. **Relatório de inspeção correcional ordinária realizada na Vara do trabalho de Carazinho em 23.08.2017**. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/media/133281/01%20-%20Relat%C3%B3rio%20ICO%20Carazinho%20VT%202017.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF garante mínimo de 30% do fundo partidário destinados a campanhas para candidaturas de mulheres**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=37248>. Acesso em 27 agost. 2018.

WORLD ECONOMIC FORUM. 2017. **The Global Gender Gap Report**. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf> Acesso em: 10 jun. 2018.

O HC 143.641/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DA MULHER NO SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO

THE HC 143.641/SP OF FEDERAL SUPREME COURT AND THE PROTECTION OF WOMEN IN THE FEMALE PRISION SYSTEM

Rafaela Ferrarese¹

Josiane Petry Faria²

RESUMO

O artigo se propõe a analisar o *habeas corpus* coletivo 143.641/SP do STF, que determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as presas gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos ou de deficientes sob sua guarda. Nessa senda, questiona o cabimento do *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que analisa criticamente o HC 143.641/SP, com base no papel destinado à mulher na sociedade, sobretudo no que tange à maternidade. Dessa forma, constata-se que, em que pese o *habeas corpus* coletivo seja um instrumento apto a garantir amplo acesso à justiça, economia e celeridade processual, o HC 143.641/SP, sem desconsiderar seus benefícios, reproduz o confinamento da mulher ao espaço familiar e a questões relacionadas à maternidade.

PALAVRAS-CHAVE: Cárcere feminino. *Habeas corpus* coletivo. HC 143.641/SP. Liberdade de locomoção.

ABSTRACT

The article aims to analyze the collective *habeas corpus* 143.641/SP of the STF, which determined the replacement of pre-trial detention by house arrest to all pregnant women, who have recently give birth or mothers of children up to the age of 12 years old, or mothers of people with disabilities under their care. In this way, questions the adequacy of the collective *habeas corpus* in the brazilian legal system, at the same time as it critically analyzes the HC 143.64/SP, based on the role of women in society, especially regarding to maternity. Thus, in spite of the fact that the collective *habeas corpus* is an instrument capable of guaranteeing wide access to justice, economy and speedy procedure, the HC 143.641/SP, without disregarding its benefits, reproduces the confinement of women to the family space and issues related to maternity.

Key-words: Freedom of movement; collective *habeas corpus*; HC 143.641/SP; female prison.

¹ Acadêmica de Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, RS. E-mail: rafaela.ferrarese@gmail.com

² Pós-doutoranda no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Rio Grande. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2015) com bolsa Prosup e PDSE Capes na Universidade de Sevilla/ES (2015). Mestra em Direitos Fundamentais e Relações de Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul (2005). Especialista em Ciência Política pela Universidade Federal de Pelotas (2002). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2000). Professora do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo, PPG Direito UPF. Professora adjunto da Faculdade de Direito UPF. Vice-Presidente da Comissão da Mulher Advogada Passo Fundo/RS. Membro convidada da Comissão Estadual da Mulher Advogada. Conselheira do Conselho Municipal dos Direitos da Mulher (COMDIM). Coordenadora do projeto de extensão Projur Mulher e Diversidade. Coordenadora do grupo de pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade do PPG Direito. Linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, com ênfase em ciências criminais, gênero, relações de poder, diversidade e direitos humanos. Advogada. E-mail: jfaria@upf.br

INTRODUÇÃO

O direito à liberdade de locomoção é essencial para o exercício da maioria dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dessarte, em face de sua importância, o *habeas corpus* é o instrumento processual previsto para assegurar o referido direito fundamental. Todavia, diante de violações sistemáticas e massificadas à liberdade ambulatorial de um amplo contingente de pessoas, surge a necessidade de se adaptar o remédio constitucional, com o objetivo de conferir maior aplicabilidade ao direito.

Nessesentido, o *habeas corpus* coletivo emerge como um mecanismo apto a tutelar efetivamente os direitos fundamentais de uma coletividade, em razão de suas diversas vantagens, como, por exemplo, o amplo acesso à justiça, a celeridade e a economia processual, além da isonomia no tratamento dos jurisdicionados. Não obstante, a jurisprudência pátria possui orientação crescente no sentido de permitir a utilização do *writ* de forma coletiva, como é o caso do HC 143.641/SP, que determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as presas gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência sob sua guarda.

Nessa senda, questiona o cabimento do *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que analisa criticamente o HC 143.641/SP, com base no papel destinado à mulher na sociedade, sobretudo no que tange à maternidade. Para tanto, o tema se delimita na análise do direito à liberdade e do *habeas corpus* como instrumento de sua garantia, além da possibilidade da coletivização do *writ*, analisando-se criticamente o HC 143.641/SP e a proteção da mulher no cárcere.

Objetiva-se abordar a liberdade como direito fundamental, bem como refletir acerca do *habeas corpus* e sua consagração no ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, visa analisar o cabimento do *writ* coletivo na ordem jurídica pátria, considerando que inexistente previsão legal ou um estudo aprofundado da matéria pela doutrina.

No tocante ao HC 143.641/SP, contudo, constata-se que, apesar dos benefícios propiciados pela ordem, ao possibilitar a manutenção das relações familiares e contribuir para o desencarceramento, implicitamente reproduz uma opressão de gênero, refletindo nocivamente os espaços e desempenho de papéis destinados pela sociedade às mulheres.

1 - DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO *HABEAS CORPUS*

A liberdade de locomoção é fundamental ao exercício de muitos dos direitos previstos na ordem jurídica brasileira. Nessa senda, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XV, ao prever expressamente a tutela da liberdade ambulatorial como um direito fundamental, assevera que a locomoção no território nacional, em tempos de paz, é livre, de forma que qualquer pessoa pode, nos termos legais, entrar, permanecer ou sair do país com seus bens. Dessa forma, a Carta Magna consagrou o direito de liberdade de ir, vir e ficar de forma ampla e abrangente, compreendendo, por conseguinte, todas as suas formas de manifestação.

Nesse contexto, diante da previsão constitucional, o Estado possui o dever de assegurar o efetivo exercício da liberdade de locomoção, tendo em vista sua relevância para o gozo de diversos outros direitos. Por conseguinte, incumbe ao Poder Público não só a obrigação de abstenção, no sentido de não desrespeitar esse direito, como também o dever de atuação, por meio de prestações de caráter normativo e fático, visando sua garantia.³

Com efeito, em razão da importância do citado direito, a Carta Magna prevê o *habeas corpus* como instrumento processual previsto para proteger ou, conforme o caso, restabelecer esse direito fundamental, quando é constatada situação de violência ou coação, em razão de ilegalidade ou abuso de poder.⁴ Nesse norte, o *habeas corpus* possui íntima relação com o Estado constitucional, tendo em vista seu objetivo de tutela da liberdade de locomoção, bem como sua função de controle da atuação estatal, sendo cabível sempre que houver desobediência aos preceitos normativos referentes à liberdade.⁵

Todavia, conforme a doutrina majoritária, o *writ*, embora com raízes no velho direito romano com o *interdito de homine libero exhibendo*, originou-se com a Magna Carta de 1215 na Inglaterra, que marcou o início de uma nova época de proteção às liberdades humanas. No Brasil, o instituto foi consagrado pela primeira vez no Código Penal do Império do Brasil de 1830 e regulamentado no Código de Processo Penal de 1832. Em nível constitucional, foi previsto na Constituição de 1891, período em que, diante da ampla previsão normativa e, principalmente, em razão da influência de Ruy Barbosa, teve origem a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, pela qual se defendia a utilização do *writ* para todas as hipóteses de violações de direitos, não somente à liberdade deambulatoria.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴ CHEQUER, LÍlian Nássara Miranda. **Habeas corpus coletivo**: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada direitos individuais e coletivos. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Itaúna, Itaúna, 2014.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**.

A Carta Constitucional de 1934, por sua vez, restringiu novamente a incidência do instrumento à liberdade de locomoção, o que foi repisado pela Constituição de 1946. Outrossim, em que pese o *writ* ter sido previsto na Constituição de 1967, bem como na Emenda Constitucional n. 1 de 1969, durante, portanto, a ditadura militar, importa ressaltar que o Ato Institucional n. 5, de 1968, suspendeu o remédio heroico nos casos de crimes políticos, contra a ordem econômica e social, a segurança nacional e a economia popular. Apenas após, no transcorrer do período da redemocratização, a Emenda Constitucional n. 11 de 1979, aboliu as referidas restrições.⁶

Conforme explana Balaunde,⁷ o *habeas corpus*, que se originou na Inglaterra e no contexto da *common law*, não se confunde com o que se desenvolveu nos países latino-americanos, de tradição jurídica romano-germânica, porquanto o instituto adquiriu contornos peculiares em razão das necessidades locais e, sobretudo, em razão de suas trajetórias políticas, tendo ampla recepção e expansão, não só em nível legislativo, mas também quanto à sua efetiva utilização.

Dessarte, no Brasil, após diversas interpretações dos textos normativos em que o *habeas corpus* foi previsto, a utilização do *writ* é consolidada no ordenamento jurídico pátrio com o objetivo de proteger quem eventualmente sofra ou esteja na iminência de sofrer violência ou coação na sua liberdade deambulatoria.⁸ Todavia, a experiência constitucional brasileira demonstra que o remédio constitucional é adaptável, flexível e informal, com o fito de conferir integral proteção à liberdade de locomoção, diante de sua relevância e das diversas formas de violação ao referido direito.⁹ Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, que o *habeas corpus* é cabível sempre que alguém sofrer ou se sentir ameaçado de sofrer, seja por ilegalidade ou por abuso de poder, alguma coação ou violência em sua liberdade de ir, vir e ficar.

Assim, verifica-se que a garantia constitucional do *habeas corpus*, em razão da importância na tutela do direito à liberdade, um dos bens mais essenciais ao ser humano, tem sofrido diversas adaptações e modificações legislativas e jurisprudenciais ao longo do tempo. Todavia, a fim de assegurar a liberdade deambulatoria, diante de determinados contextos, o *habeas corpus*, assim como demonstra sua evolução histórica, depende de adaptações, a fim de atender as necessidades jurídicas e sociais contemporâneas. É nesse sentido que emerge o *habeas corpus* coletivo.

⁶ FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática do habeas corpus**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

⁷ BELAUNDE, Domingo García. El *habeas corpus* latinoamericano. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Universidad Nacional Autónoma de México, México, v. XXXV, n. 104, p. 375-407, mai. 2002.

⁸ BELAUNDE, Domingo García. **El habeas corpus latinoamericano**.

⁹ BORGES, Ademar; GOMES, Camilla; SARMENTO, Daniel. **O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira**. Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, 16 jun. 2015.

2 – DOHABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA COLETIVA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E O DIREITO A UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

A lesão ou a ameaça de lesão à liberdade de locomoção, como já explanado, possibilita a impetração de *habeas corpus* como medida a assegurar o referido direito fundamental. Ocorre que, embora muitas situações dependam de análise individual do caso concreto, em outras, relacionadas em razão de um contexto fático ou jurídico semelhante, o exame e a solução da questão podem ocorrer de forma coletiva.

Nessa senda, verifica-se que a gradativa complexificação das relações sociais possibilita, cada vez mais, que um mesmo fato danoso repercuta na esfera jurídica de uma coletividade de indivíduos, de modo a ocasionar múltiplas violações a direitos similares.¹⁰ Nesse sentido, a tutela coletiva se torna fundamental para consagrar os valores constitucionalmente firmados e, por envolver garantias constitucionais, deve ser interpretada de forma ampla, garantindo-se a maior efetividade possível aos direitos.¹¹

Logo, a tutela de direitos transindividuais, diante de métodos tradicionais de ajuizamento de tantas ações quanto forem às pretensões, pode não ser eficaz na proteção dos direitos subjetivos individuais. Dessa forma, torna-se necessário repensar os instrumentos processuais, superando-se a concepção tradicional de proteção unicamente individual, ou seja, de que apenas o titular do direito pode demandá-lo em juízo. É nesse sentido que surgem as ações coletivas, que visam à proteção de direitos que, embora pertencentes a diferentes titulares, possuem mesma causa fática ou jurídica, o que possibilita sua tutela supraindividual. Dessa forma, diante de uma violação coletiva ao direito de liberdade ambulatorial de um conjunto de indivíduos, em razão de um mesmo fato ou causa jurídica, o *habeas corpus* coletivo é uma providência que viabiliza o direito ao efetivo acesso à justiça.¹²

Conforme leciona Chequer,¹³ o *habeas corpus* coletivo pode ser conceituado como:

[...]uma ação coletiva constitucional, com natureza de garantia constitucional fundamental, de aplicabilidade imediata e de interpretação ampliativa, cabível para tutelar o direito de liberdade de locomoção em todas as suas dimensões, sejam difusas, coletivas ou situações individuais que hajam homogeneidade de questões de fato ou de direito [...].

¹⁰ BORGES, Ademar; GOMES, Camilla; SARMENTO, Daniel. **O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira.**

¹¹ CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. **Habeas corpus coletivo:** o direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summadivisio* constitucionalizada direitos individuais e coletivos.

¹² BORGES, Ademar; GOMES, Camilla; SARMENTO, Daniel. **O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira.**

¹³ CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. **Habeas corpus coletivo:** o direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summadivisio* constitucionalizada direitos individuais e coletivos.p. 88.

Sendo assim, muito embora não exista previsão normativa expressa, da análise do texto constitucional, que confere proteção integral ao direito à liberdade ambulatoria, é possível sustentar o cabimento do *habeas corpus* em favor de um grupo de pessoas, em razão da interpretação ampla e abrangente que se deve atribuir aos direitos fundamentais para uma tutela jurisdicional adequada.¹⁴

Assim, apesar de cada indivíduo poder defender seu direito individualmente, há diversas vantagens no processamento unitário da questão comum em juízo. Dentre os benefícios, estão a economia de tempo, esforços e recursos, pela reunião, em um único processo, de matérias que poderiam ser objeto de diversas ações, contribuindo para os objetivos de celeridade e eficiência da prestação jurisdicional. Além disso, promove isonomia no tratamento dos jurisdicionados, se tornando solução diante das discricionariedades encontradas no sistema de justiça brasileiro. Ainda, garante efetivo acesso à justiça, pois permite que indivíduos hipossuficientes, tanto social quanto economicamente, muitas vezes sem consciência da violação de seu direito ou do instrumento apto a cessá-la, sejam beneficiados.¹⁵

Dessarte, a tutela coletiva do direito à liberdade ambulatorial, com a impetração de *habeas corpus* coletivo, se mostra pertinente no atual contexto nacional, pois garante uma decisão uniforme, evitando o elevado número de demandas individuais sobre o mesmo tema, bem como é um instrumento célere e com grande amplitude para a efetivação das garantias fundamentais. Sendo assim, não havendo restrição no texto constitucional, embora não exista previsão legal expressa, é possível sustenta que a aplicabilidade do *habeas corpus*, como instrumento apto a garantir e proteger a liberdade deambulatoria é possível no âmbito coletivo, em razão da interpretação ampla e abrangente a que se deve dar aos direitos fundamentais.¹⁶

São nesse sentido os ensinamentos de Borges, Gomes e Sarmiento,¹⁷ os quais defendem ser:

[...] inegável, portanto, que a defesa coletiva da liberdade de ir e vir, por meio da impetração de *habeas corpus* coletivo, se insere na tendência contemporânea de coletivização da tutela de direitos, não havendo qualquer característica no referido *writ* que desautorize essa conclusão. Muito pelo contrário, a especial desproteção de grupos vulneráveis em matéria penal e a fundamentalidade do direito ao *status libertatis* apontam para a importância de reconhecimento do *habeas corpus* coletivo.

Dessa forma, se constatado que uma coletividade de pessoas sofre lesão ou ameaça de lesão ao seu direito de ir, vir ou ficar, em razão de uma mesma circunstância, é cabível impetrar *habeas*

¹⁴ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O *habeas corpus* coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 25, v. 137, 2017, p. 287-319, nov. 2017.

¹⁵ BORGES, Ademar; GOMES, Camilla; SARMENTO, Daniel. **O cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem constitucional brasileira.**

¹⁶ CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. **Habeas corpus coletivo**: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summadivisio* constitucionalizada direitos individuais e coletivos.

¹⁷ BORGES, Ademar; GOMES, Camilla; SARMENTO, Daniel. **O cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem constitucional brasileira.**p. 11.

corpus coletivo. Para exemplificar, Chequer¹⁸ leciona que se todos os presos de um presídio sofrerem com condições inadequadas, independentemente da espécie de crime ou pena a eles cominada, fazem jus ao mesmo direito de cumprimento da sanção em local adequado. Por conseguinte, se verificada situação de constrangimento ilegal ao direito de locomoção de uma coletividade de presos, é viável, nesse caso, a impetração do remédio constitucional de maneira coletiva.

Não obstante, a jurisprudência pátria possui orientação crescente acerca da importância da tutela coletiva da liberdade ambulatorial. Dessa forma, visando assegurar a máxima efetividade ao direito deambulatório, possui interpretação no sentido de permitir a utilização do *habeas corpus* de forma coletiva.

3 - O HC 143.641/SPE A PROTEÇÃO DA MULHER NO CÁRCERE FEMININO

Em recente decisão, proferida no HC 143.641/SP,¹⁹ que concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, o Supremo Tribunal Federal se manifestou de forma favorável ao cabimento do remédio constitucional de forma coletiva na ordem jurídica brasileira.

No referido julgado, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que, diante da sociedade atual, burocratizada e massificada, cada vez mais as lesões e ameaças aos direitos assumem caráter coletivo. Dessa forma, as ações coletivas surgem como, possivelmente, a única solução viável para a garantia do efetivo acesso à justiça, em especial dos mais vulneráveis social e economicamente, os quais, frequentemente, desconhecem a violação de seus direitos ou o meio apto a cessá-la.

Afirmou o Ministro, ainda, que a doutrina brasileira do *habeas corpus* demonstra que o instituto é maleável e flexível, a fim de proteger de maneira mais eficaz os direitos relacionados ao *status libertatis*. Ademais, quanto à ausência de previsão normativa expressa acerca da possibilidade de impetração do *writ* coletivo, asseverou que o STF tem admitido diversos institutos que abrangem direitos e interesses de coletividades, como, por exemplo, o mandado de injunção coletivo, o qual, inclusive, já era admitido pela Corte antes de sua expressa previsão legal. Afora isso, a defesa da necessidade de análise individual dos casos concretos, segundo o Ministro, ignora as constantes falhas estruturais de acesso à justiça presentes no país.

Outrossim, o Ministro afirmou que, em razão da importância do instrumento, deve-se conferir ao *habeas corpus* a maior amplitude possível, nos termos do princípio do acesso à justiça, previsto na CF/88 e, em especial, no artigo 25 do Pacto de São José da Costa Rica, o qual, em síntese, exige

¹⁸CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. **Habeas corpus coletivo**: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada direitos individuais e coletivos.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 143.641**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. São Paulo, fev. 2018.

que todos possuam direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo frente a atos que violem seus direitos fundamentais.

Além disso, sustentou o Relator ser conveniente o cabimento do remédio constitucional coletivo, inclusive, em razão de política judiciária, por atribuir isonomia aos jurisdicionados, bem como ser um mecanismo célere e adequado para a proteção dos direitos por ele abrangidos, contribuindo para descongestionar o acervo de processos no Judiciário.

A decisão em comento tem por base os incisos IV e V do artigo 318 do Código de Processo Penal, introduzidos pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) que possibilita a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, na hipótese de tratar-se de presa gestante ou com filho de até doze anos de idade. Dessa forma, em um primeiro momento, constata-se significativa importância trazida pela legislação, que visa atender, precipuamente, os interesses dos infantes, ao possibilitar a manutenção das relações familiares e contribuir para o desencarceramento, diante da situação calamitosa que se encontram as prisões do país.²⁰

No mérito do julgado, dentre os fundamentos da concessão da ordem e que demonstram seus diversos benefícios, está a grave deficiência estrutural das prisões, o que se agrava em relação às mulheres grávidas ou mães, não sendo esporádicos os partos nas dependências das prisões e o afastamento precoce e abrupto entre mães e filhos. Além disso, constata-se que, em razão da cultura do encarceramento existem exageradas prisões provisórias, principalmente das mulheres mais pobres e vulneráveis, sendo que a prisão domiciliar e outras medidas cautelares se mostram proporcionais e suficientes em muitos casos em que é decretada a prisão preventiva.

Afora isso, denota-se que a situação atual das penitenciárias que abrigam mulheres presas viola a dignidade humana, principalmente de gestantes e mães, que são expostas a situações degradantes, o que ocasiona prejuízos demasiados às próprias presas e a seus filhos. Assim, há um descumprimento sistemático às normas constitucionais e aos tratados internacionais quanto aos direitos das presas e de seus filhos.

Portanto, a resposta coletiva promovida pelo *writ* visa evitar soluções distintas para casos semelhantes, bem como arbitrariedades judiciais, quando a supressão de direitos é sistemática, como no caso em tela. Ademais, a decisão fundamenta-se no princípio da intranscendência da pena, uma vez que os infantes, que constitucionalmente devem possuir proteção absoluta e prioritária, acabam injustamente sofrendo as consequências da prisão de sua genitora. Sendo assim, diante das circunstâncias em que as penas são cumpridas no sistema carcerário brasileiro, a segregação da mãe e, conseqüentemente, do filho, acarretará danos irreversíveis a ambos.

²⁰ ALBUQUERQUE, Gisela Baer de; CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de. **Prisão domiciliar e os espaços destinados à mulher**: uma reflexão a partir das teorias de Nancy Fraser e Carole Pateman. In: XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Curitiba - PR. Anais... Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 141-156

Ante o exposto, o Ministro Ricardo Lewandowski, em síntese, sustenta que:

[...] quer sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos, quer sob uma ótica estritamente utilitarista, nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram.²¹

Por outro lado, a decisão, a despeito de seus diversos benefícios, reflete nocivamente os espaços e papéis destinados pela sociedade aos homens e às mulheres. A própria previsão legislativa demonstra que a sociedade, de base fundamentalmente patriarcal, considera que há naturalmente um lugar a ser ocupado pela mulher, que é o lar, em decorrência, sobretudo, da maternidade. Nesse contexto, ao se analisar a legislação posta, constata-se que o próprio Estado reconhece a naturalização dos papéis que cada gênero deve desempenhar na sociedade, de forma que é possível verificar a opressão feminina existente.²²

Sendo assim, muito embora a medida evite que mulheres fiquem encarceradas em presídios superlotados e com condições indignas – o que corresponde a um avanço – ao mesmo tempo, acaba por determinar comportamentos, de forma que o confinamento da mulher ao espaço familiar, bem como a desvalorização de suas atribuições inerentes, como as atividades domésticas e a maternidade, caracterizam uma forma de opressão.²³

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher,²⁴ ressalta que a função biológica das mulheres como mães não pode ser motivo de discriminação. Além disso, salienta que a educação dos filhos é responsabilidade tanto dos pais quanto das mães, de forma que apenas rompendo o papel tradicional imposto na sociedade aos gêneros é que se alcançará plena igualdade entre homens e mulheres. Assim, compreende-se que as responsabilidades e atribuições sociais da mulher não se resumem às atividades domésticas e relacionadas na maternidade, possuindo tanto homens quanto mulheres iguais atribuições em relação a seus filhos.

Sendo assim, verificado o cabimento do *habeas corpus* coletivo e as vantagens advindas com a concessão do HC 143.641/STF, deve-se ressaltar que a proteção no cárcere feminino não pode se voltar unicamente a questões ligadas à maternidade, de forma que há inúmeras presas em situações igualmente degradantes que também necessitam da tutela do Estado e de preocupação pela sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 143.641**. p. 29-30.

²² ALBUQUERQUE, Gisela Baer de; CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de. **Prisão domiciliar e os espaços destinados à mulher**: uma reflexão a partir das teorias de Nancy Fraser e Carole Pateman.

²³ ALBUQUERQUE, Gisela Baer de; CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de. **Prisão domiciliar e os espaços destinados à mulher**: uma reflexão a partir das teorias de Nancy Fraser e Carole Pateman.

²⁴ BRASIL. **Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

As lesões ao direito ambulatorial, em muitos casos, possuem um caráter sistemático e coletivo, com causas fáticas ou jurídicas semelhantes, de forma que surge a necessidade de se encontrar mecanismos mais abrangentes, capazes de reconduzir a liberdade à sua condição fundamental de regra, emergindo, nesse contexto, o *habeas corpus* coletivo.

O cabimento do *writ* de forma coletiva na ordem jurídica brasileira restou demonstrado diante da ampliação das tutelas coletivas e do crescente entendimento jurisprudencial nesse sentido, sobretudo diante do HC 143.641/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com ampla repercussão nacional. Suas vantagens são inúmeras, citando-se desde isonomia de tratamento, a celeridade e a economia processual –fundamentais diante do abarrotamento de demandas no judiciário –bem como a persecução das garantias fundamentais, ao garantir amplo acesso à justiça, sobretudo dos mais vulneráveis social e economicamente.

Do ostentado, diante da importância do direito à liberdade de locomoção, a pesquisa acerca da garantia constitucional do *habeas corpus*, em especial, quanto à admissibilidade e constitucionalidade do *writ* interposto de forma coletiva, se mostram relevantes no atual contexto nacional. Com efeito, demonstra-se a importância da análise e da discussão do direito à liberdade e do *habeas corpus* sob um contexto coletivo, a fim de garantir de maneira mais efetiva os direitos e interesses constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, são inegáveis os benefícios trazidos pelo HC 143.641/SP, uma vez que, diante das notórias falhas estruturais no sistema carcerário brasileiro, principalmente no que diz respeito às mulheres, possibilita o desencarceramento, diante de prisões superlotadas e com precária infraestrutura, além da manutenção das relações familiares e mais salutar desenvolvimento das crianças de mães presas. No entanto, ao mesmo tempo reproduz um estereótipo da mulher na sociedade, que se relaciona, basicamente, com a maternidade, devendo-se repensar a estrutura patriarcal da sociedade brasileira e a atribuição de papéis em razão do gênero da pessoa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, Gisela Baer de; CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de. **Prisão domiciliar e os espaços destinados à mulher**: uma reflexão a partir das teorias de Nancy Fraser e Carole Pateman. In: XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Curitiba - PR. Anais... Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 141-156. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/120638j8/2Y55k2L7x15z2Bd2.pdf>> Acesso em: 04 mar. 2018.

BELAUNDE, Domingo García. El habeas corpus latinoamericano. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Universidad Nacional Autónoma de México, México, v. XXXV, n. 104, p. 375-407,

mai. 2002. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/427/42710402.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

BORGES, Ademar; GOMES, Camilla; SARMENTO, Daniel. **O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira**. Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, 16 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 143.641**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. São Paulo, fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. **Habeas corpus coletivo: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova *summadvivisio* constitucionalizada direitos individuais e coletivos**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Itaúna, Itaúna, 2014. Disponível em: <<http://www.uit.br/mestrado/images/dissertacoes/2014/HABEAS%20CORPUS%20COLETIVO-Lilian-nassara.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática do habeas corpus**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O habeas corpus coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, ano 25, v. 137, 2017, p. 287-319, nov. 2017.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE RECONHECIMENTO CONTRA A COLONIALIDADE DO PODER

PUBLIC POLICIES OF RECOGNITION AGAINST THE COLONIALITY OF POWER

Tiago Zilli¹

RESUMO

Propondo um entendimento discursivo a partir do método hipotético-dedutivo, com fulcro nas temáticas propostas por importantes pensadores sul-americanos buscaremos demonstrar o caminho histórico que acometeu a América Latina, vinculando um fenômeno imaterial de consequências cognitivas sobre as identidades dos habitantes latinos: a colonialidade do poder. Como hipótese de resposta ao efeito da colonialidade do poder, propusemos um pensamento, baseado no estudo e conceitualização da corrente filosófica do reconhecimento, encabeçada por Axel Honneth e Charles Taylor, com sua operacionalização fática a partir das sugestões tematizadas por Nancy Fraser, com a exposição de exemplos empíricos.

PALAVRAS-CHAVE: Colonialidade. Identidade. Latino-americano. Poder. Reconhecimento.

ABSTRACT

Proposing a discursive understanding based on the hypothetical-deductive method, with a focus on the themes proposed by important South American thinkers, we will try to demonstrate the historical path that has affected Latin America, linking an immaterial phenomenon with cognitive consequences on the identities of the Latin inhabitants: coloniality of power. As a hypothesis to answer to the effect of the coloniality of power, we proposed a thought, based on the study and conceptualization of the philosophical current of the recognition, headed by Axel Honneth and Charles Taylor, with its factual operationalization from the suggestions themed by Nancy Fraser, with the exposition of empirical examples.

KEYWORDS: Coloniality. Identity. Latin American. Power. Recognition.

INTRODUÇÃO

Partindo das propostas teóricas formuladas por importantes pensadores transdisciplinares sul-americanos como: Aníbal Quijano, Walter Dignolo, Edgardo Lander, Eduardo Galeano e Raimundo Faoro, buscaremos demonstrar o caminho histórico que acometeu a América Latina, desde a chegada e o consequente domínio dos primeiros europeus até os dias atuais com a ocorrência do

¹ Mestrando em Direito pela UPF, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, acadêmico de Ciências Sociais pela UFRGS, Membro do Projeto de Pesquisa: Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais (CNPq) do Grupo Dimensões do Poder e Relações Sociais do Programa De Pós-Graduação Em Direito da UPF, Pesquisador, tiagozilli77@gmail.com; 176322@upf.br;

neocolonialismo norte americano, vinculando um fenômeno imaterial de consequências cognitivas sobre as identidades dos habitantes latinos: a colonialidade do poder.

A perpetuação de tal fenômeno, através do transpassar temporal, ocasionou positivamente de um direito constitucional colonial, que execrou os nativos de quaisquer possibilidades de titularidade sobre a terra, anulando suas legitimidades, conforme o entendimento de Bartolomé Clavero.

O exercício da colonialidade, seja pela força bruta ou através do uso do poder disciplinar, definido por Michel Foucault, acarretou no fenômeno da reificação do cidadão latino, conceituado por Georg Lukács, acarretando que tais populações não encontram um referencial identitário próprio, nos moldes aludidos por Stuart Hall, restando seu desenvolvimento intelectual e material vinculado às matrizes diversas da origem latina.

Como hipótese de resposta ao efeito da colonialidade do poder, propusemos um entendimento baseado na conceituação da corrente filosófica do reconhecimento, encabeçada por Axel Honneth e Charles Taylor, com sua operacionalização fática a partir de políticas públicas baseadas nos remédios transformativos e na implantação de um modelo de estatuto, ambos conceituados e tematizados por Nancy Fraser, com a exposição de exemplos adotados no Brasil.

1 - A COLONIALIDADE DO PODER

Anteriormente às chegadas dos primeiros conquistadores, cujo primeiro registro se dá em 1492, proliferavam-se no vasto solo americano diferentes culturas com sistemas antropológicos rudimentares, como tupi-guarani, yanomamis, tapajós, caingangues entre outros, ou mesmo sociedades organizadas e pluralmente desenvolvidas a partir da agricultura, como maias, astecas, aimarás, incas entre outros. Após a exploração e a conquista dos limites territoriais americanos, três séculos depois, todas essas populações, assim como suas distinções pessoais e coletivas, foram reduzidas à terminologia “índios”, que desqualificou suas identidades e anulou o caráter de civilização, à transmissão de seus legados.²

O processo de colonização estendeu seus métodos às populações além-mar, uma vez que, para reformulação de uma Europa medieval e decadente em um novo continente próspero e centralizador de capital material e intelectual, foram necessários a captura, o transporte e a venda de mão de obra gratuita, abundante e escrava. Desta feita, populações africanas com distintas formações geográficas e culturais, como congos, iorubas, zulus, nagôs, entre outros, foram extirpados de suas origens e locais, tendo reduzido suas pluralidades multiculturais ao termo “*negro*”.³

²QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: Lander, Edgardo (org.) A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. *Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina*. 2005. p. 116.

³QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. 2005. p. 116.

Aliando os elementos coloniais desconhecidos pelos nativos, como o ferro e o cavalo, às técnicas de prospecção e exploração de recursos naturais na mineração e na agricultura, tendo por motor a mão de obra gratuita e escrava de índios, mestiços e negros, a hegemonia europeia na Era Moderna foi sendo edificada de forma rápida e concisa, a partir do colonialismo que operava com a destinação de recursos e bens extraídos em solo americano e usufruídos nos mercados europeus.⁴

Neste ponto cabe um dado quantitativo: todo o montante de ouro e prata saqueados do Continente Americano até 1660 por espanhóis e portugueses; da Indonésia até 1780 pelos holandeses; o lucro obtido com o tráfico de escravos africanos por parte da coroa francesa durante o século XVIII; as rendas provindas do trabalho escravo nas Antilhas Britânicas, somado a meio século de saque na Índia; resultam numa soma vultuosa que supera todo o capital investido na indústria europeia no ápice da Revolução Industrial em 1800. O saque das riquezas espalhadas pelo mundo por parte do Continente Europeu promoveu uma onda de euforia e empreendedorismo, gerando a *acumulação originária* de capital que fomentou o surgimento da indústria ocidental.⁵

Raimundo Faoro⁶ expõe que o projeto colonial intentado pelos portugueses no Brasil era fomentado por um espírito de liberdade. Porém, uma liberdade desprovida de constrangimento, recheada de repressão, vinculada ao trabalho forçado e à mercê das doenças. Esta intenção era emanada com um duplo impulso: o da Coroa Portuguesa de fornecer um meio de enriquecimento às camadas excêntricas da sociedade, por meio das navegações; e o clamor popular em construir uma vida nova com uma ascensão social súbita e *honrada*.

Avançando na narrativa histórica, é disposto⁷ que o modelo de colonização intentado na América Latina não seguia os meandros adotados na América Anglo-Saxônica. Na primeira, os fins coloniais limitavam-se a consolidação das bases comerciais, a proteção dos pontos de mercado contra as investidas estrangeiras e a priorização da mercantilização exclusiva com a metrópole. Já na segunda, o modelo colonizador seguido buscava a transmigração populacional.

É possível compreender e identificar⁸ um fenômeno disposto em vórtices distintos: de um lado um etnocentrismo colonial e de outro uma classificação racial universal, que disciplina o europeu como superior em relação aos outros povos do mundo (colonizados ou não), dando poderes intelectuais para reposicionar a perspectiva histórica dos povos dominados sob a disciplina e a versão dos dominadores. Nota-se aqui a presença da colonialidade do poder, que estende seus tentáculos do

⁴QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. 2005. p. 116.

⁵MANDEL *apud* GALEANO, Eduardo H. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Sergio Faraco, Porto Alegre, RS: L&PM, 2005. P. 51.

⁶FAORO, Raimundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5ª edição, São Paulo: Globo, 2012. p. 122.

⁷FAORO, Raimundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**.p. 131.

⁸QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**.p. 111.

período colonial até os dias de hoje, incidindo nas concepções e saberes formatados na modernidade e difundidos no mundo inteiro até a metade do século XX.

A colonialidade do poder opera de maneira intelectual interdependente, valendo-se de elementos e características pontuais como a adoção de um modo de evolução contínua e direcionada, partindo de qualquer estado de natureza social rumo ao norte tido como equívoco da modernidade europeia; a generalização uniforme das diferenças humanas culturais e locais, alocando todos os indivíduos nas categorias de “*raças*” em detrimento de suas especificidades; a realocação temporal de todas as diferenças dispostas, alojando os conteúdos não europeus como ultrapassados e primitivos.

Avançando no caminhar da história, alcançamos um degrau decisivo de mudança de paradigma colonial, momento em que se opera a transposição da visão canalizada somente no eurocentrismo e alia-se a este viés colonial a perspectiva de dominação moral dos países latino-americanos por parte da nova metrópole capitalista, os Estados Unidos da América.

Esta realocação histórica do paradigma da colonialidade do poder alcança seu momento de concretude na guerra hispano-americana, por volta do ano de 1898, quando Inglaterra e Alemanha bloquearam o mar da Venezuela, como forma de pressão institucional pelo pagamento da dívida externa daquele país. Somado a este motivo a estratégia de dominação local sobre a região do canal do Panamá.⁹

De posse deste cenário histórico, o então presidente norte-americano Theodor Roosevelt, em 1904, propôs, unilateralmente, por iniciativa dos Estados Unidos, o seu “*corolário*”, no qual defendeu a aplicação dos preceitos da *Doutrina Monroe*, que suscita a máxima: “*A América para os Americanos*”, reclamando para as competências norte-americanas os monopólios de administração de sufficiências e de manutenção das democracias do Ocidente. A reformulação da *Doutrina Monroe* ditou novos patamares quanto à ideia de Ocidente, ocasionando uma mudança estratégica na concepção do mundo, lançando um novo paradigma sobre as colonialidades: a remoção exclusiva da matriz europeia e a adição do modelo norte-americano.¹⁰

2 - DIREITO DA COLONIALIDADE

O processo de colonização dos intelectos latinos operou também através de um universalismo individual dos direitos, através das matrizes liberais clássicas que convergem nas composições

⁹ MIGNOLO, Walter D., **A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade**. In: LANDER, Edgardo (org.) *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina*. 2005. p. 42

¹⁰ MIGNOLO, Walter D., **A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade**. 2005. p. 42

constitucionais¹¹. A imposição dos modelos do direito do colonizador suplanta os direitos do colonizado. Enxergar a América, nesta época, como um local desprovido de jurisdição legítima a certeza colonial europeia de superioridade cultural perante os nativos, sendo que estes indivíduos não se enquadram nas concepções jurídicas versadas no Velho Mundo, ou seja, não são sujeitos de direito, logo se enquadram à margem do mesmo.

A composição do direito aludido edifica-se sobre os preceitos da propriedade, com a finalidade específica de montar a ordem jurídica a partir de um direito individual e subjetivo, que permita, incentive e legitime a posse da terra, da natureza e do trabalho àqueles que, mesmo após as independências, teriam escopo na lei recém-formada para avaliar seus domínios sobre os demais¹². Nas palavras de Edgardo Lander¹³: “*foi, assim, necessário estabelecer uma ordem de direitos universais de todos os seres humanos como um passo para exatamente negar o direito à maioria deles*”.

Ao universalizar o direito positivo como única fonte de legitimação no período pós-colonial latino-americano, agregou-se um efeito de totalitarismo aos saberes jurídicos com o rechaço a qualquer outra fonte de regulação das sociedades nacionais recém-concebidas. O nativo, o mestiço e o negro não ocupam mais um local subordinado em relação ao colono europeu; eles simplesmente não se enquadram em nenhum local nesta nova ordem jurídica. Estão à margem da lei, logo desprovidos de proteção e obrigados a abandonar por completo sua gênese de formação cultural, a desistir de seus costumes comunitários e a integrarem-se a um cenário anômalo e estranho a estas populações, o mundo constitucional do direito¹⁴.

3 - REIFICAÇÃO DE IDENTIDADES

A escalada histórica conceitual proferida até o momento justifica-se pelo fato de dar alocação teórica a formação discursiva¹⁵ buscada: ao *reificar* as *identidades* das populações latino-americanas desde a concepção da Era Moderna, a colonialidade do poder, suprimiu os aspectos multiculturais destas populações e planificou suas individualidades identitárias em prol de um caráter de dominação material e intelectual.

¹¹ CLAVERO, Bartolomé. **Derecho indígena y cultura constitucional en América**. México: Siglo XXI, 1994. p. 25-26.

¹² CLAVERO, Bartolomé. **Derecho indígena y cultura constitucional en América**. p. 21-22.

¹³ LANDER, Edgardo, **Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos**. in LANDER, Edgardo (org.) A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. *Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina*. 2005. p. 11.

¹⁴ CLAVERO, Bartolomé. **Derecho indígena y cultura constitucional en América**. p. 27.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Tradução: Luiz Felipe BaetraNevez. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 43.

Em um primeiro momento, definimos a *reificação*¹⁶ como o processo pelo qual o homem deixa de ser portador das matrizes de comportamento ou do seu próprio processo de trabalho, para ser um componente mecânico submetido a um conjunto de leis e normas que o equiparam a um objeto.

Em um segundo plano, a *identidade*¹⁷ é compreendida como um instituto concebido no decorrer do tempo, com a contribuição de métodos inconscientes, adquiridos ao longo da existência do sujeito. Não é algo latente e inerente ao nascimento do indivíduo, é uma formação que se conjuga a partir das experiências de vida das pessoas e grupos coletivos. Entendemos que a concepção da identidade das populações esteve desde sua gênese condicionada às batutas europeias e posteriormente americanas, com o uso de uma ferramenta de poder que rege o ambiente e a sociedade: a disciplina.

Na definição de Michel Foucault¹⁸ este instrumento forjado ao longo do século XVIII, auferido como “*poder disciplinar*”, tem como intuito a regência, a segurança e a governança sobre a espécie humana em suas populações coletivas a “*prima facie*”, e em um segundo momento, sobre o indivíduo particular. O objetivo do uso deste poder consiste em manter a rotina de trabalho e de vida dos indivíduos em seu “*status quo*” inerte e constante. A materialização se manifesta nas instituições que disciplinam as massas populacionais modernas, como escolas, quartéis, hospitais, fóruns, prefeituras entre outros.

Os povos latino-americanos não dispuseram de ferramentas intelectuais, até a primeira metade do século XX, para galgarem o próprio caráter de identidade cultural coletiva, tampouco os elementos necessários para a montagem de um perfil individual latino-americano. O norte a ser buscado pelos indivíduos locais sempre esteve fincado nas prerrogativas e nas demandas de exigência externa. O modelo de indivíduo, socialmente aceitável e concebido encontra sua referência em matrizes distintas daquelas que compõem o sujeito em seu ambiente de convivência sul-americano. Desta forma¹⁹ o indivíduo latino-americano segue sendo aquilo que não é, obtendo resultados insatisfatórios na identificação das problemáticas do continente e, conseqüentemente, não tendo sucesso em suas resoluções.

Ao prefaciá-la obra magna, Eduardo Galeano²⁰ adverte, de forma sucinta e precisa, sobre o fenômeno originado nas mecânicas da colonialidade do poder que estende seus condões até os dias atuais, condicionando a realidade latino-americana:

¹⁶LUKÁCS, Gerog. **História e Consciência de Classe. Ensaio sobre dialética marxista.** Tradução Rodnei Nascimento, revisão da tradução: Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 203-204.

¹⁷HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** 10 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. p. 38.

¹⁸FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Tradução: Raquel Ramalhe. 23ª edição: Petropolis: Editora Vozes, 2000. ps. 149-154.

¹⁹QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina.** p. 118.

²⁰GALEANO, Eduardo H. **As veias abertas da América Latina.** p. 5.

Segundo a voz de quem manda, os países do sul do mundo devem acreditar na *liberdade de comércio* (embora não exista), em *honrar a dívida* (embora seja desonrosa), em *atrair investimentos* (embora sejam indignos) e em *entrar no mundo* (embora pela porta de serviço).

Ao nivelarmos com os patamares vindos do norte, auferimos aos ideais e às metas um objetivo ainda muito distante da realidade posta, sendo que Luis Alberto Warat²¹ institui os saberes que devem permear a cognição latina: “*para escutarmos a nós mesmos precisamos também aprender a escutar nossas raízes culturais indígenas e afros.*”, uma vez que depositar a expectativa da identificação social em patamares distantes das nossas possibilidades acaba por se mostrar-se como um argumento espinhoso e ao mesmo tempo uma armadilha para as identidades latinas.

4 - RECONHECIMENTO CONTRA A COLONIALIDADE DO PODER

Ao referirmos que as identidades latino-americanas sofreram um processo de *reificação* (p. 06-07) mediante as mecânicas da colonialidade do poder (fl. 02-04), buscamos auferir que o indivíduo latino-americano, portador de uma universalidade própria, foi “*coisificado*” em um ser inanimado e quantitativo.

Este panorama se edifica na contemporaneidade através do fenômeno da globalização,²² que percorre o planeta, em seus vieses sociais de abrangência, inserindo a comunidade em um novo paradigma, no qual os enormes fluxos transnacionais de capital acabam por restringir as capacidades de governança dos Estados soberanos, desencadeando um leque de efeitos, dentre os quais encontramos: o declínio da constituição de identidades coletivas; a intensificação cultural híbrida e a rápida proliferação de imagens e conceitos, fruto das campanhas publicitárias de massa.²³ Para a correção desta problemática, Nancy Fraser oferecerá uma saída teórica, porém, antes de trazê-la em voga, devemos explanar de forma analítica sobre a figura do reconhecimento.

De acordo com Fraser,²⁴ a classificação da terminologia do reconhecimento tem sua origem na filosofia hegeliana, mais precisamente na fenomenologia da consciência, na qual se sedimenta uma relação recíproca e ideal entre os sujeitos, sendo construída na subjetividade: um sujeito se torna individual ao enxergar o outro e ser reconhecido mutuamente por ele. Atualmente Axel Honneth e

²¹WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução: Vívian Alves de Assis, Julio Cesar Marcellino Jr. E Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 19.

²²FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação.** Revista Crítica de Estados Sociais. Tradução Teresa Tavares. Outubro de 2002. p. 14.

²³FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação.**p. 8.

²⁴FRASER, Nancy. **La justicia social en la era de la política de la identidad? Redistribución, reconocimiento y participación;** In FRASER, Nancy. HONNETH, Axel. Redistribución o reconocimiento?Madrid. EdicionesMorata, S.L., 2006. p. 20.

Charles Taylor encabeçam os expoentes filosóficos que propuseram um renascimento desta teoria, a fim de concebê-la como uma forma de identificar políticas voltadas para a diferença.

Aprofundando esta digressão nos valem dos saberes de Axel Honneth²⁵ para afirmar a posição conceitual da figura do reconhecimento:

“Se o sujeito pelo fato de aprender a assumir as normas sociais de ação do “outro generalizado”, deve alcançar a identidade de um membro socialmente aceito de sua coletividade, então tem todo o sentido empregar para essa relação intersubjetiva o conceito de “reconhecimento.”

Honneth²⁶ dispõe que, nas relações humanas intersubjetivas, existe a ascensão de três elementos constitutivos capazes de cimentar a reciprocidade interpessoal dos indivíduos, através de padrões de comportamento que formam o reconhecimento recíproco: o amor, o direito e a solidariedade. Estes elementos coadunam-se para formar as ferramentas de proteção intersubjetiva que garantem as condições necessárias para edificação dos pilares das liberdades interna e externa.²⁷

A figura do reconhecimento intersubjetivo como um padrão de comportamento e estabilização do convívio entre os sujeitos acometidos pela convivência social é conceituada literalmente como:²⁸ “*situação de comunicação em que ocorre o diálogo das consciências individuais*”, demonstrando que a comunicação e o diálogo são elementos primordiais para a obtenção do reconhecimento.

Ao comentar a política do reconhecimento, Charles Taylor dispõe que este fenômeno, permeado pelas relações pessoais, é uma necessidade vital do ser humano,²⁹ adquirindo uma importância intensa, modificando a interpretação da identidade individual, o qual surgiu no final do século XVIII. Buscou fornecer preceitos teóricos à distinção entre comportamentos dotados de boas intenções em detrimento daqueles caracterizados como maus,³⁰ atuando como uma nova ferramenta autêntica de denúncia contra as deformidades sociais.³¹ Concatenando os saberes de Taylor,³² a temática discutida, dispomos da seguinte passagem: “*Y el colonialismo europeo debe anularse para dar a los pueblos de lo que hoy llamamos el Tercer Mundo su oportunidad de ser ellos mismos, sin obstáculos.*”

²⁵ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 136.

²⁶ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. p. 159.

²⁷ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. p. 273-274.

²⁸ MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/intersubjetividade/>. Acesso em 28 de agosto de 2018.

²⁹ TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. Fondo de Cultura Económica. D.F., México. 2001. p. 45.

³⁰ TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”**. p. 47.

³¹ TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”**. p. 59.

³² TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”**. p. 51.

Encontrados os preceitos básicos a respeito da conceituação do reconhecimento, avançaremos, traçando um perfil cognitivo que enlaça a figura da colonialidade do poder como uma forma de injustiça cultural ou simbólica.³³

A injustiça cultural ou simbólica que se perfaz através dos padrões sociais de representação (seja na adoção de regimes democráticos de governo ou em formas totalitárias de regência); através da interpretação das disposições legais (que podem auferir direitos a demandas tecnicamente injustas) e da comunicação (que em determinados casos suprime as particularidades, dando voz uníssima às matrizes de poder dominante).³⁴

As materializações³⁵ práticas deste perfil da injustiça se concebem pela dominação cultural (sobreposição de padrões culturais alheios em detrimento da hipossuficiência das manifestações culturais próprias); o ocultamento (agregar invisibilidade às individualidades perante as práticas comunicativas, interpretativas e representacionais); e o desrespeito (que segundo Honneth³⁶ podem perfazer-se através de “*maus tratos e violação, privação de direitos e exclusão ou degradação e ofensa*”).

Como exemplo de processo concreto que promove este desrespeito, Fraser³⁷ alude ao perfil *eurocêntrico* disposto nas construções normativas que privilegiam este padrão pessoal, acabando por institucionalizar preferências aos indivíduos portadores destes traços físicos, ascensionando uma forma de racismo cultural perante as demais tipologias antropológicas.

Para fazer frente a estas formas de injustiça, soergue-se no final do século XX, a figura linguística da *luta por reconhecimento*, traduzindo-se nos conflitos permeados na era pós-socialista através das identidades de grupo (gênero, raça, posição socioeconômica, orientação sexual e etc.) suprimindo os antigos conflitos de classes.³⁸

Atualmente, as ferramentas de dominação cultural suprimem as formas de exploração do trabalho (em uma analogia com a era pré-socialista) crivando-se como a principal forma de injustiça. O remédio para esta cadeia de desigualdade encontra no reconhecimento cultural uma forma de superação da injustiça e objetivo principal da luta política.³⁹

Para contrariar os mecanismos de penetração da injustiça cultural, sintetiza-se a conceituação do reconhecimento (fl. 07-09), na qual as especificidades de determinados grupos diferenciam-se no

³³ FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justice numa era pós-socialista.** Tradução Julio Assis Simões. Cadernos de Campo, São Paulo, n. 14-/15, p. 1-382, 2006. In: S. Seidman; J. Alexander. (orgs.). 2001. *The new social theory reader*. Londres: Routledge, p. 232.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.**p. 211.

³⁷ FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justice numa era pós-socialista.**p. 235.

³⁸ FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justice numa era pós-socialista.**p. 232.

³⁹ FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justice numa era pós-socialista.** p. 232.

sentido de autoafirmação valorativa,⁴⁰ que incidirá na mudança simbólica, visando: à inclusão e à revalorização de identidades desrespeitadas ou difamadas; a valorização positiva do multiculturalismo; a reforma e revisão profunda dos mecanismos de representatividade, interpretação e comunicação de modo a “*transformar o sentido de todas as pessoas*”.⁴¹

O reconhecimento irá intentar contra padrões comportamentais individuais, sociais ou baseados em institucionalizações de padrão cultural hierarquizado que acarretem em desrespeito, não-reconhecimento e dominação cultural. Sua contrapartida edificante está na revalorização e transformação das identidades desrespeitadas, dispostas na sociedade.⁴²

Os conflitos culturais que incidem nas sociedades modernas refletem nas relações de estima que determinados grupos procuram elevar, por meio de força simbólica, os seus padrões a fim de alçar suas demandas associadas às respectivas formas de vida. Estas *lutas por reconhecimento*⁴³ tem por desfecho a forma com que sensibilizam a opinião pública ao ponto de converterem estas demandas em realidades efetivas acostadas na relação social.

Duas possíveis saídas teóricas para as problemáticas anteriormente dispostas às identidades latino-americanas, ocasionadas pela colonialidade do poder, localizam-se nos apontamentos construídos por Fraser como os “*remédios transformativos*” e/ou a adoção de um “*modelo de estatuto*”.

O primeiro apontamento buscará formas de revalorização e compensação das identidades que foram acometidas pelas injustiças culturais, preservando todos os pormenores identitários respectivos a estes grupos sociais. Os remédios transformativos buscariam formas de compensar quaisquer violações, através da modificação de todo conjunto cultural existente.⁴⁴

Como exemplo, implementado no Brasil, de uma política pública galgada no reconhecimento, formatada como remédio transformativo, buscando a correção compensatória da segregação racial, contrariando o perfil *eurocêntrico* (ps. 04/10) demonstramos a presença da temática das quotas⁴⁵ defendidas em prol de um acesso igualitário ao ensino superior.

Como segunda medida sugerida por Fraser, encontramos a sugestão da adoção de uma “*modelo de estatuto*” que não busca a segregação dos grupos sociais de acordo com suas preferências, mas o estímulo ao reconhecimento individual de cada membro social como único, sendo parceiro de pleno direito e interação. A aplicação do modelo de estatuto exige um reexame dos padrões culturais

⁴⁰ FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justice numa era pós-socialista.** p. 232

⁴¹ FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justice numa era pós-socialista.**p. 233.

⁴² FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação.**p. 12.

⁴³ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** p. 206

⁴⁴ FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justice numa era pós-socialista.**p. 237.

⁴⁵ KRISCHKE, Paulo. **Governo Lula: Políticas de reconhecimento e de redistribuição.** Cadernos de pesquisa interdisciplinar em Ciências Humanas PPGICH/UFSC. n.º 47. Florianópolis, 2003. p. 4.

institucionalizados sobre os valores culturais, mediante a posição dos atores sociais, revertendo suas subordinações ou privilégios quando constatados.⁴⁶

A montagem coisificada do indivíduo, que lhe torna invisível ou inanimado perante as formas de falso reconhecimento condizentes com a realidade social contemporânea, exige como efeito reverso a *revisão dos conceitos de reconhecimento* disponibilizados institucionalmente, na qual a identidade do grupo dominante acaba por ditar as regulações dos demais indivíduos, ignorando suas origens ou opções diversas.⁴⁷

A implementação de um “*modelo de estatuto*”, visa conceber as políticas de reconhecimento como formas contrárias aos processos de reificação (p. 05-07) dos grupos sociais, não tendo por foco a identidade do grupo, mas sim a correção ou promulgação de normas institucionais que colaborem para as temáticas de cunho relacional entre estes indivíduos e a sociedade, mediante a adoção de procedimentos democráticos galgados na interação cultural.⁴⁸

Como exemplo, no Brasil, da adoção de políticas públicas que implementaram o “*modelo de estatuto*” podemos dispor as normas promulgadas na Constituição Federal de 1988 que reconheceram no texto constitucional uma série de direitos, inclusive originários, delegados às populações indígenas. Encabeçado pelo artigo 231, *caput*, no qual está expresso o *reconhecimento*⁴⁹ à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições, além da posse das terras, cabendo a União a proteção e a fiscalização sobre o cumprimento de tais direitos.

Ademais, o texto constitucional dispõe sobre a competência da Justiça Federal para arbitrar disputas de direitos indígenas (art. 109, XI); a delegação de defesa judicial de tais populações sobre a égide do Ministério Público Federal (art. 129, V); a competência exclusiva da União para legislações respectivas às populações indígenas (art. 22, XIV); a proteção sobre as manifestações culturais (art. 215, § 1º) e o respeito às línguas e aos processos originais de aprendizagem (art. 210, § 2º).⁵⁰

Tais incrementos constitucionais ocasionaram um abandono da ideia colonial de que o indígena brasileiro seria uma categoria social passageira, condenada ao esquecimento, dependente de políticas tutelares de assistencialismo, reconhecendo os direitos inerentes à condição indigenista.⁵¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴⁶ FRASER, Nancy. *A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação*. p. 15.

⁴⁷ FRASER, Nancy. *A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação*. p. 14.

⁴⁸ FRASER, Nancy. *A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação*. p. 16.

⁴⁹ CONSEA. *Conselho Nacional de Segurança Alimentar. Presidência da República*. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2017/abril/constituicao-consagra-direito-indigena-de-manter-terras-modo-de-vida-e-tradicoes>. Acesso em 13 nov. 2018.

⁵⁰ CONSEA. *Conselho Nacional de Segurança Alimentar. Presidência da República*. Acesso em 13 nov. 2018.

⁵¹ CONSEA. *Conselho Nacional de Segurança Alimentar. Presidência da República*. Acesso em 13 nov. 2018.

As ideias e os modelos eurocêntricos e norte-americanos não encontraram em nosso solo um terreno fértil para frutificarem-se, uma vez que esses ditames são operacionalizados justamente para aumentar os revezes e as desigualdades que assolaram nosso continente.

Rebuscar nossas identidades, reconhecendo nossas deficiências morais e oferecendo nortes e expectativas próprias latino-americanas, pode despertar em nossos saberes caminhos e questionamentos realmente interessantes para a resolução das problemáticas postas sob nossos pés desde as épocas coloniais. Incluir em nossas mentalidades a ideia de olharmos uns aos outros como espelhos e nos reconhecermos como autênticos nos tornaria mais empáticos e solidários às nossas próprias resoluções.

Não auferiremos sucesso nas conclusões positivas das nossas faltas sociais, enquanto depositarmos nossas expectativas em sistemas e ideais que não foram projetados para nossas realidades. Eleger a própria realidade latino-americana como um norte a ser melhorado, partindo das nossas diversidades multiculturais erigidas no passado pré-colonial e pós-colonial, nos traz uma dimensão de força e significância enquanto população dona de matrizes históricas autênticas e gloriosas.

A redefinição e a devolução de capítulos históricos reduzidos às terminologias pejorativas e raciais como um continente habitado somente por “índios” e miscigenado por “negros” seria um ponto de alavancagem interessante a ser demonstrado. Reconhecer e ressignificar nossas ancestralidades materiais como portadoras de riqueza, dignidade e força talvez oferecesse um orgulho velado e um sentimento de motivação a cada cidadão latino-americano a respeito de suas próprias potencialidades.

O desenvolvimento buscado por nossos pares ultrapassa as fronteiras de planos de governo e implementações materiais. Trata-se de uma concepção de consciência de cada habitante local que pluralize esse entendimento, levando a cada um de seus pares estas potencialidades. Essa forma de pensar deve ser equacionada em formas de agir que contaiem novos aspirantes aos cargos de gestão social, em que estes possam verdadeiramente propor formas de reconhecer nossas demandas a partir daquilo que somos em essência: seres humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS:

CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI, 1994.

CONSEA. **Conselho Nacional de Segurança Alimentar**. Presidência da República. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2017/abril/constituicao-consagra-direito-indigena-de-manter-terras-modo-de-vida-e-tradicoes>. Acesso em Acesso em 13 nov. 2018.

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

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Tradução: Luiz Felipe BaetraNevez. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução: Raquel Ramallete. 23ª edição: Petropolis: Editora Vozes, 2000.

FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação**. Revista Crítica de Estados Sociais. Tradução Teresa Tavares. Outubro de 2002.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justice numa era pós-socialista**. Tradução Julio Assis Simões. Cadernos de Campo, São Paulo, n. 14-/15, p. 1-382, 2006. In: S. Seidman; J. Alexander. (orgs.). 2001. *The new social theory reader*. Londres: Routledge.

FRASER, Nancy. HONNETH, Axel. **Redistribución o reconocimiento?**Madrid. EdicionesMorata, S.L., 2006.

GALEANO, Eduardo H. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Sergio Faraco, Porto Alegre, RS: L&PM, 2005.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 10 ed. Rio de Janeiro: DP & A, 2005.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

KRISCHKE, Paulo. **Governo Lula: Políticas de reconhecimento e de redistribuição**. Cadernos de pesquisa interdisciplinar em Ciências Humanas PPGICH/UFSC. n.º 47. Florianópolis, 2003.

LANDER, Edgardo. **Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos** in LANDER, Edgardo (org.) A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. *Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina*. 2005.

LUKÁCS, Georg. **História e Consciência de Classe. Ensaio sobre dialética marxista**. Tradução Rodnei Nascimento, revisão da tradução: Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/intersubjetividade/>. Acesso em 28 de agosto de 2018.

MIGNOLO, Walter D. **A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade**. in LANDER, Edgardo (org.) A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. *Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina*. 2005.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. in Lander, Edgardo (org.) A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. *Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina*. 2005.

TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”**. Traducción de Mônica Utrilla de Neira. Fondo de Cultura Económica. D.F., México. 2001.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução: Vívian Alves de Assis, Julio Cesar Marcellino Jr. E Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ARTIGOS - GT 4 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

A TENSÃO ENTRE OS DIREITOS DE LIBERDADE E IGUALDADE NA DEMOCRACIA MODERNA: A CONCILIAÇÃO NOS MOVIMENTOS SOCIAIS

THE TENSION BETWEEN THE RIGHTS OF FREEDOM AND EQUALITY IN MODERN DEMOCRACY: CONCILIATION ON SOCIAL MOVEMENTS

Aline Moura da Silva Boanova¹

Marcio Renan Hamel²

RESUMO

Analisa-se neste estudo o tema democracia moderna e sua relevância reside em identificar uma alternativa para conciliar os direitos de liberdade e igualdade. O objetivo geral é demonstrar a possibilidade dos movimentos sociais, enquanto instrumentos de luta pela eficácia e a manutenção dos direitos humanos, conciliando as tradições liberais e democráticas. Os objetivos específicos são discorrer sobre as formações do Estado Liberal-burguês, destacando a liberdade e igualdade como ideais revolucionários. Ressaltar a sobreposição do Princípio democrático pela valorização da liberdade em detrimento da igualdade sob a ideologia liberal do Estado de Direito. Propor a luta pelo reconhecimento e efetivação dos direitos humanos como fator de convergência entre liberdade e igualdade, desenvolvida a partir dos movimentos sociais como forma de conciliá-los. A metodologia consiste na investigação hipotético-dedutiva, enquanto a pesquisa é bibliográfica. Com o resultado se espera contribuir para a efetivação da democracia contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Emancipação. Igualdade. Liberdade. Movimentos Sociais.

ABSTRACT

This study analyzes the theme modern democracy and your relevance lies in identifying an alternative in order to reconcile the rights of freedom and equality. The general objective is to demonstrate the possibility of social movements, as instruments of struggle for effectiveness and the maintenance of human rights, conciliating the Liberal and democratic traditions. The specific objectives are to discuss about the formations of the bourgeois-Liberal State, emphasizing freedom and equality as revolutionary ideals. Noting the overlap of the democratic principle by valuing freedom over equality under the liberal ideology of the rule of law. Propose the struggle for recognition and realization of human rights as a factor of convergence between freedom and equality, developed from the social movements as a way to reconcile them. The methodology consists of hypothetical-deductive research, while the bibliographical research. The outcome is expected to contribute to the completion of the contemporary democracy.

KEYWORDS: Democracy. Emancipation. Equality. Freedom. Social Movements.

INTRODUÇÃO

¹ Advogada – OAB/RS 107.289. Possui Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2016). Conciliadora da Justiça Federal TRF4. Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Passo Fundo (Turma 2017-1) e bolsista CAPES/PROSUC Modalidade II. E-mail: 47950@upf.br.

² Pós-Doutor em Direito pela URI Santo Ângelo/RS; Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF/RJ; professor do PPGDireito UPF; Coordenador do Projeto de Pesquisa Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais. E-mail: marcio@upf.br.

A democracia moderna é uma das formas de resistência ao poder autoritário e de justificar a autoridade partilhada entre Estado e sociedade civil. Seu nascimento como fruto da fusão entre a tradição liberal e democrática tem estado em pautas de teorias políticas das mais diversas, pois as tentativas de sobreposição entre os direitos de liberdade e igualdade são constantes. Dessa forma, a proposta é discorrer sobre a tensão entre esses direitos sugerindo uma conciliação entre eles por meio dos movimentos sociais, enquanto instrumento de luta pelo reconhecimento e efetivação dos direitos humanos.

Para desenvolvimento da pesquisa ela se divide em três seções, quais sejam: (I) O contexto Liberal-burguês de formação do Estado de Direito: notas acerca da tutela dos direitos sob os pilares da Revolução Francesa; (II) A sobreposição do Princípio democrático na formação do Estado Liberal de Direito e (III) A conciliação entre liberdade e igualdade por meio dos movimentos sociais.

Na primeira seção será abordado o contexto de formação do Estado de Direito pela Revolução Francesa (1789), sob a ideologia Liberal-burguesa sedimentada nos pilares de liberdade e igualdade, inspirados nos ideais de liberdade de Locke e de soberania popular de Rousseau. O ideal revolucionário culminou na Declaração dos Direitos do Homem e disseminou essa política ideológica para o mundo.

Na segunda seção se demonstrará a sobreposição do Princípio democrático no contexto de formação do Estado de Direito. Isso se deu por influência do pensamento liberal em valorizar a liberdade como um valor supremo em detrimento à igualdade. Nesse contexto a democracia moderna é fusão das tradições liberais e democráticas, a primeira com ênfase na liberdade e a segunda na soberania popular. Esse fato ocasiona uma tensão entre os direitos de liberdade e igualdade nos regimes democráticos.

Na terceira e última seção a atenção se volta ao fator de convergência das tradições liberal e democrática: a busca pelo reconhecimento e efetivação dos direitos humanos para a emancipação social. Então os movimentos sociais surgem como um instrumento para alcance dessas demandas sociais. Protagonizando a conciliação entre as tradições liberal e democrática, promovendo a coexistência entre liberdade e igualdade enquanto indispensáveis para a realização democrática.

1 - O CONTEXTO LIBERAL-BURGUÊS DE FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO: NOTAS ACERCA DA TUTELA DOS DIREITOS SOB OS PILARES DA REVOLUÇÃO FRANCESA

A Monarquia Absolutista foi a primeira manifestação do Estado Moderno. Sua emergência surgiu como uma solução institucional para resolver problemas de liberdade religiosa e propriedade enfrentados pela sociedade medieval em sua transição para moderna, já que:

Desde el comienzo el constitucionalismo moderno está investido del problema de la tolerancia religiosa, que con el tiempo se convertirá en la libertad religiosa; y la libertad religiosa el la madre de todas las libertades. Después, en nombre de la propiedad liberada de los vínculos medievales, se descubrirá que el mercado debe ser tutelado por las intervenciones del Estado absoluto mercantilista [...].³

O Estado Absolutista foi uma resposta aos anseios da burguesia que ascende proveniente de um Capitalismo recém-criado, ao enfraquecer o Feudalismo. Porquanto, o Absolutismo correspondia às necessidades econômicas da classe burguesa, que abriu mão do seu poder político em nome do econômico, oferecendo a soberania estatal e em troca “a monarquia favoreceu consideravelmente os interesses da burguesia nascente, mormente na área econômica. Já lhe era impossível represá-los.”⁴

Todavía, na virada do “século XVIII, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia [...]”⁵ O fim desse século é marcado pela crise da “Velha Ordem” em toda a Europa.⁶ O que se nota, de um processo iniciado no Medievo, é que “[...] se va fortaleciendo la defensa del individuo, único y solitario protagonista de la vida ética y económica frente al Estado y a la sociedad, em la medida en que éstos paralizan y obstaculizan su libertad [...]”⁷ porém os anseios sociais não mais residem em liberdades concretas,⁸ mas sim uma nova liberdade fruto de uma:

[...] concepción individualista y antropocéntrica madura desde el Humanismo hasta la Ilustración, por lo que en el Medievo se defendían las libertades concretas, como privilegio tutelados por el derecho, ahora el constitucionalismo al final de su historia debe situar al hombre como fundamento de las libertades jurídicas concretas, que en cuanto ser racional debe proceder a su emancipación, o al ideal moral de la libertad entendido como un valor universal, como la única fuerza verdaderamente creadora.⁹

³MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid, Trotta, 1998. p. 37. “Desde o início constitucionalismo moderno é investido no problema da tolerância religiosa, que acabará por se tornar a liberdade religiosa; E liberdade religiosa a mãe de todas as libertades. Então, em nome da propriedade liberada dos laços medievais, descobrir-se-á que o mercado deve ser protegido pelas intervenções do Estado absoluto mercantilista” (Tradução nossa).

⁴STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 42.

⁵STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 41.

⁶HOBSBAWM, Eric J. **A revolução francesa**. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 10.

⁷MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno, 1998. p. 36. “[...] se fortalecerá a defesa do indivíduo, protagonista único e solitário da vida ética e econômica contra o Estado e a sociedade, na medida em que eles paralisam e dificultam a sua liberdade [...]” (Tradução nossa).

⁸“Erraríamos ao pensar que o antigo regime foi um tempo de servilismo e de dependência. Nele reinava a liberdade, mas era uma espécie irregular e intermitente, sempre adquirida dentro dos limites das classes, sempre ligada à idéia [sic!] de exceção e de privilégio que quase tanto permitia desafiar a lei quanto a arbitrariedade, e quase nunca chegava a dar conta a todos os cidadãos as garantias naturais e necessárias”. TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Tradução Yvonne Jean. 2ª ed. Brasília: Editora da Unb, 1982. p. 128.

⁹MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno, 1998. p. 36. “[...] concepção individualista e antropocêntrica amadurece do Humanismo para o Iluminismo, de modo que na Idade Média foram defendidas liberdades concretas, como um privilégio protegido por lei, agora constitucionalismo no final de sua história deve colocar o O homem como fundamento das liberdades legais concretas, que tanto quanto ser racional deve prosiguer a sua emancipação, ou ao ideal moral da liberdade compreendido como um valor universal, como a única força verdadeiramente criativa” (Tradução nossa).

Entretanto, com vistas à monarquia absolutista francesa no fim do século XVIII se nota um descontentamento por parte da burguesia (Terceiro Estado) e da classe camponesa em relação ao modelo e uma crescente ideia de desconstituir o Antigo Regime. De tal modo, tem início a “[...] secularización [descentralización] de la política [...]”¹⁰, com o “[...] Renacimiento aparece, en clave literaria, el mito republicano y el ideal de Estado mixto, entendido como Estado perfecto [...]”¹¹. O que acontece é a incidência de alguns princípios iusnaturalistas, combinada a “[...] la revolución democrática de la segunda mitad del setecientos que, culminando el proceso de secularización, no fundamenta la legitimidad del poder en el derecho divino del rey, ni en la tradición, sino en el consenso racional de los ciudadanos”¹².

Naturalmente, esse processo “[...] se liga de manera a algunas corrientes contractualistas, por un lado, y por otro, a la revolución liberal”¹³. Entre elas se destaca *O Contrato Social* de Rousseau, destacando valores de liberdade e igualdade. Segundo o pensador “toda dependência particular é igualmente força tirada ao corpo do Estado, a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela”¹⁴ e, ao legitimar a soberania e o poder estatais à vontade geral ele vai ao encontro das ideias que impulsionam o Estado de Direito. No sentido rousseauiano essa vontade deve ser vista como um só corpo, uma vez que

[...] têm uma só vontade que se refere à conservação comum e ao bem-estar geral. Então todos os móveis do Estado são vigorosos e simples, suas máximas são claras e luminosas, não existem interesses confusos e contraditórios, o bem comum mostra-se por toda parte como evidência e não exige senão com senso para ser percebido.¹⁵

Os aspectos que unem esse ideal à Revolução Liberal também estão ligados à liberdade, uma vez que seu “objetivo no fue dar una legitimación distinta al poder, sino cambiar su modo de ejercicio para garantizar a los ciudadanos concretas libertades políticas, sociales y civiles para permitir a los

¹⁰ MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno, 1998. p. 34. “[...] secularização [descentralização] da política [...]” (Tradução nossa).

¹¹ MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno, 1998. p. 35. “[...] O Renascimento aparece, na chave literária, o mito republicano e o ideal do Estado misto, compreendido como o Estado perfeito [...]” (Tradução nossa).

¹² MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno, 1998. p. 25. “[...] A Revolução Democrática da segunda metade do 700 que, culminando no processo de secularização, não fundamenta a legitimidade do poder no direito divino do rei, nem na tradição, mas no consenso racional dos cidadãos” (Tradução nossa).

¹³ MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno, 1998. p. 25. “[...] está ligada de forma a algumas correntes contratualistas, por um lado, e, por outro, à revolução liberal” (Tradução nossa).

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Antônio de Pádua 3ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996 (Clássicos). p. 62.

¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, 1996. p. 125.

individuos em libre desarrollo”.¹⁶ Este contexto teve forte influência de Locke sobre os ideais revolucionários.

Locke idealizou valores que vão além da “defesa da liberdade e tolerância religiosas, é a formulação primária e mais completa do Estado Liberal.”¹⁷ Esse modelo nasceu “limitado pelos direitos naturais fundamentais – vida e propriedade – que são conservados pelos indivíduos quando da criação do Estado, o qual também é restringido”¹⁸ dentro dos limites estabelecidos, pois “o poder estatal é essencialmente um poder delimitado. O erro do soberano não será a fraqueza, mas o excesso. E, em consequência, para isso, admite o direito de resistência”.¹⁹

Em Locke a soberania estatal ainda sofre o “controle do Executivo pelo Legislativo e o controle do governo pela sociedade (cernes do pensamento liberal)”.²⁰ A Revolução se apoiou na doutrina de Locke tendo em vista a sua crítica ao despotismo e na defesa da resistência à soberania sem limites. Também pelo fato de que a causa revolucionária francesa carecia de “[...] tradições autonomistas, de instituições representativas e até de direito consuetudinário capazes de guiá-los, os teóricos franceses tiveram de colocar os chamados direitos naturais como corpo da doutrina racional [...]”²¹ para dar fundamento à causa e contraditar a tradição política do Estado Civil.

Além dessas exterioridades, a burguesia e as novas forças populares experimentavam fatores que contribuíram para a Revolução Francesa, tais como:

[...] existência de classes privilegiadas, isentas de pagamentos de impostos, em particular a Igreja e a nobreza; [...] a existência de enorme organismo oficial inteiramente inútil ao comerciante e ao camponês, classes desinteressadas pela por glória nacional ou triunfos de guerreiros; [...] e a censura atuante sobre a iniciativa individual, seja no caso de estabelecer-se novo negócio, de lançar nova idéia [sic!], de expor-se novo descobrimento ou método científico; seja no caso de cultuar-se qualquer dogma religioso desconsiderado do ponto de vista oficial.²²

A combinação das “demandas das novas forças sociais-populares com as exigências da burguesia enriquecida pelas atividades comerciais nas cidades forneceu o caldo de cultura para os acontecimentos que viriam a seguir”.²³ Uma série de episódios marcaram a França em 1789 resultando na queda da Bastilha, maior símbolo da Revolução Francesa.

¹⁶ MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno, 1998. p. 25-26. “Objetivo não era dar uma legitimação diferente ao poder, mas para mudar a sua forma de exercício para garantir cidadãos concretos políticas, sociais e civis liberdades para permitir que os indivíduos tenham um desenvolvimento livre” (Tradução nossa).

¹⁷STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 30.

¹⁸STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 30.

¹⁹STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 30.

²⁰STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 30.

²¹ CROSSMAN, R.H.S. **Biografia do Estado Moderno**. Tradução Evaldo Amaro Vieira. Editora Ciências Humanas, São Paulo, 1980. p. 81.

²²CROSSMAN, R.H.S. **Biografia do Estado Moderno**, 1980. p. 80-81.

²³STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 42.

A Revolução Francesa lutou por ideais de consagração e reconhecimento dos direitos à liberdade, igualdade e fraternidade como naturais do homem. Foi um divisor de águas que marcou o início de um novo período político representado por duas datas que se tornaram emblemáticas para o movimento: “[...] 4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios assinala o fim do regime feudal [e] 26 de agosto [1789], quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem”.²⁴

A Declaração teve como núcleo doutrinário seus três primeiros artigos, onde o “[...] primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois [...] do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação”.²⁵

A Declaração²⁶ tratou de vários aspectos que envolvem os quatro direitos naturais, inclusive a propriedade. Dentre os tópicos de maior relevância se destacam alguns, como o fato de assinalar “[...] a ‘vontade geral’ como titular do poder legislativo (art. 6º), de nítida derivação rousseauísta”.²⁷ Sob a doutrina dos quatro direitos naturais o artigo 2º os “define como ‘imprescritíveis’, querendo com isso dizer que — à diferença dos direitos surgidos historicamente e reconhecidos pelas leis civis — não foram perdidos nem mesmo pelos povos que não os exerceram[...]”.²⁸

A imprescritibilidade dos direitos naturais foi posta como uma forma de contrariar a linguagem política tradicional de dominação, pois essa determina que a “[...] *potestas* vem antes da *libertas*, no sentido de que a esfera da liberdade reservada aos indivíduos é concedida [...] pelos detentores do poder. Em termos hobbesianos, a *lex* [...] vem antes do *ius*”.²⁹ Esse pensamento nos remete à analogia do rei ao pai e dos súditos aos filhos que “[...] ainda não alcançaram a idade da razão e não podem regular por si mesmos suas ações”.³⁰

Os revolucionários se firmam nos direitos naturais anteriores aos civis para negar a submissão hierárquica do homem à uma autoridade superior. Com isso, de certa forma, negam a história no próprio processo constituinte.³¹ É preciso ter em mente que negar a história a respeito da hierarquia,

²⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 49.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 43.

²⁶ “Com efeito, a declaração de 26 de agosto fora precedida, alguns anos antes, pelas declarações de direitos, pelos *Bill of Rights*, de algumas colônias norte-americanas em luta contra a metrópole. A comparação entre as duas revoluções e as respectivas enunciações de direitos é um tema ritual, que compreende tanto um juízo de fato sobre a relação entre os dois eventos, quanto um juízo de valor sobre a superioridade moral e política de um em relação ao outro”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 49.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 49.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 49.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 49.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 49.

³¹ “Una visión de la constitución sin pasado, ya que nace de una fractura, y sin futuro, mejor, con un futuro todo concentrado o contraído en la aceleración representada por el acto constituyente, no puede sino descuidar o combatir la historia como factor constituyente. La historia relevante es solamente al del futuro y no es más que un gran campo de posibilidades, una alfombra despejada que los constituyentes imaginaban tener frente a sí mismos para realizar sus propias previsiones.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Traducción Miguel Carbonell. Madrid: Editorial

que na sua origem foi a paterna, serve para dar lastro às “[...] palavras que abrem solenemente a declaração: ‘Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos’”.³² Essa afirmação revela um conteúdo idealista, uma vez que:

Na realidade, os homens não nascem nem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político — o poder sobre os homens chamado de *imperium* — procede de cima para baixo e não vice-versa.³³

Ao estabelecer em seu “[...] art. 2º, onde se enunciam os quatro direitos naturais que o homem possui originariamente, e se afirma textualmente que ‘a finalidade de toda associação política é a conservação’ desses direitos,”³⁴ a Declaração faz uma inversão da concepção histórica sobre a relação entre indivíduo e sociedade, adota uma concepção individualista afirmando que “primeiro vem o indivíduo, não o indivíduo para a sociedade”.³⁵

A inversão construída pela concepção individualista deu origem à “[...] democracia moderna [...] que deve ser corretamente definida não como o faziam os antigos, isto é, como o ‘poder do povo’, e sim como o poder dos indivíduos [...]”.³⁶ Desse modo, se atribui a cada indivíduo o “[...] direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade”.³⁷

A Revolução Francesa foi a “revolução política que se operou à maneira de uma revolução religiosa [...] não somente expande-se para longe, mas, também lá, penetra através da pregação e da propaganda”,³⁸ pois teve grande influência político-ideológica para o mundo. Talvez seu legado seja a busca da humanidade pela liberdade, pois após ela, já [...] vimos diversas vezes a paixão da liberdade extinguir-se, renascer, extinguir-se novamente e renascer outra vez; assim o fará ainda por muito tempo, sempre inexperiente e mal regulada, fácil de desanimar, assustar e vencer, superficial e passageira.³⁹

Trotta, 2005. p. 55. “Uma visão da Constituição sem passado, uma vez que nasce de uma quebra, e sem futuro, melhor, com um futuro todo concentrado ou contraído na aceleração representada pelo ato constituinte, só pode negligenciar ou combater a história como um fator constituinte. A história relevante é apenas para o futuro e não é nada mais do que um grande campo de possibilidades, um tapete claro que os eleitores imaginavam ter na frente de si para fazer suas próprias previsões” (Tradução nossa).

³²BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 49.

³³BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 51.

³⁴BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 51.

³⁵BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 51.

³⁶BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 51.

³⁷BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 51.

³⁸TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**, 1982. p. 59.

³⁹TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**, 1982. p. 188.

Os ideais revolucionários de liberdade e igualdade se fundiram fazendo emergir o Estado de Direito, que, sob a configuração liberal, deu mais ênfase à liberdade, em detrimento da igualdade ocasionando uma sobreposição do Princípio democrático.

2 - A SOBREPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NA FORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO

Os ideais revolucionários franceses forneceram o “vocábulo e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo”.⁴⁰ O desenvolvimento dos direitos “deve ser posto em confronto dialético com a realidade estatal, a fim de que possamos conhecer-lhe o conteúdo histórico e os diferentes matizes ideológicos de que se há revestido”.⁴¹ A formação do Estado de Direito demonstra a superioridade do direito à liberdade sobre os demais, uma vez que basilar na concepção estatal. Na visão liberal⁴² o “[...] Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como maior inimigo da liberdade”.⁴³

Nesse contexto nasce o Estado de Direito, o primeiro regime jurídico-político da sociedade, guardião das liberdades individuais, sob a ideológica liberal “com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna liberdade contra o despotismo na área continental europeia”.⁴⁴ No pensamento liberal o Estado de Direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais⁴⁵ que são considerados “constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio ‘invioláveis’”.⁴⁶

A clássica separação dos poderes foi o principal mecanismo de limitação da soberania estatal na primeira fase do constitucionalismo burguês. O Estado de Direito francês erguido sob a “filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que decompondo a

⁴⁰HOBBSAWM, Eric J. **A revolução francesa**. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 9.

⁴¹BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 39.

⁴² “No interregno temporal dos anos 1800, liberal era uma estrutura institucional com funcionamento garantido, sejam Parlamentos, sejam ‘novas’ liberdades. É por isso que o liberalismo, por largo tempo, se associa à ideia [sic!] de ‘poder monárquico limitado e num bom grau de liberdade civil e religiosa’, o que gerou uma compreensão protoliberal de estado mínimo, atuando apenas para garantir a paz e a segurança”.STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 44.

⁴³BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1980. p. 40.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1980. p. 41.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, 1988. p. 19.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, 1988. p. 19.

soberania na pluralidade de poderes salvaria a liberdade,⁴⁷ pois era uma técnica acauteladora dos direitos do indivíduo perante o organismo estatal.

A lógica liberal de Estado mínimo é “a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, verdadeiros direitos positivos.”⁴⁸ Partindo disso buscou a proteção aos direitos fundamentais, como o “[...] direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado [...] deve respeitar.”⁴⁹ Essa proteção foi pautada pela sistemática da relação com o Estado, ou seja, “não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte de outros.”⁵⁰

Um dos objetivos de Locke em *Two Treatises of Government – Of Civil-Government*⁵¹ é demonstrar que o “poder civil, nascido para garantir a liberdade e a propriedade dos indivíduos que se associam com propósito de se autogovernar é distinto do governo paterno e mais ainda do patronal”.⁵² Desse processo se observou o que a doutrina moderna chamou de formação de direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos individuais e civis, ou seja, a:

[...] evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos.⁵³

Entretanto, a primeira versão do Estado Liberal de Direito forjado a partir do “positivismo constitucional [que] pretendia ser particularmente rigoroso em sus aspiraciones: havia querido ser [...] una ‘futurología’ que cierra las puertas del futuro”⁵⁴ se transforma em uma das contradições do Estado Moderno, pois a burguesia, com seus princípios de direito natural:

Nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do grupo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político, da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.⁵⁵

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1980. p. 45.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, 1988. p. 11.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, 1988. p. 11.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, 1988. p. 11.

⁵¹ LOCKE, John. **Two Treatises Of Government – Of Civil-Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

⁵² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 1988. p. 22.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2012. p. 31.

⁵⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**, 2005. p. 36. “positivismo constitucional [que] fingiu ser particularmente rigoroso em suas aspirações: querendo ser [...] um ' futurologia ' que fecha as portas do futuro” (Tradução nossa).

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1980. p. 42.

A primeira fase do constitucionalismo burguês-liberal é marcada pelo formalismo idealista de concretização dos princípios liberais, exigindo que a história tome um novo rumo, fazendo com que a “[...] liberdade do Homem perante o Estado [...] [avance] para a idéia [sic!] democrática da participação total e indiscriminada [...] na formação da vontade estatal”.⁵⁶ Essa é a sobreposição do Princípio democrático que inaugura a fase do Estado Liberal-democrático de Direito nos fins do século XIX.⁵⁷

O Estado Liberal-democrático nasce de outra contradição da tradição revolucionária francesa entre liberdade e igualdade, pois ao adotar a igualdade como um dos quatro direitos naturais se alia à doutrina de Rousseau combinada com a limitação da soberania de Montesquieu para blindar a liberdade. A contradição reside no fato das duas vertentes divergirem na concepção de igualdade quando combinada ao elemento de soberania estatal.

Para Rousseau a soberania emerge como dogma da doutrina absoluta de “soberania popular, com características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade que se coaduna tão bem com o pensamento monista de poder, mas colide com o pluralismo de Montesquieu”.⁵⁸ Para Rousseau a igualdade ocorre quando os indivíduos transferem momentaneamente seus direitos naturais para o Estado que lhes devolve como direitos civis; no processo não há diferenças entre a vontade individual, o que confere uma igualdade aos indivíduos, ao transformarem esse pensamento em vontade geral consagram a sua soberania, um poder monista. Daí se origina o embate homérico entre liberdade e igualdade no Estado Liberal-democrático, pois:

[...] el viejo principio democrático de que <el poder debe ser ejercido por el pueblo> vuelve a emerger, pero esta vez en un marco simbólico configurado por el discurso liberal, con su enérgico énfasis en el valor de la libertad individual y los derechos humanos.⁵⁹

Com isso fica demonstrada a fusão da tradição democrática com a tradição liberal, que combinou valores nucleares do liberalismo, tais como: liberdade individual, direitos humanos, império da lei, com valores nucleares da tradição democrática: igualdade, soberania popular e identidade entre governos.

⁵⁶BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1980. p. 43.

⁵⁷ O que se pode divisar deste esboço é que o liberalismo significou uma limitação da autoridade, bem como uma divisão da autoridade, sendo que o governo popular se formula a partir do sufrágio e da representação restritos a cidadãos prósperos, embora esta situação tenha se transformado já em fins do séc. XIX, quando a representação e o sufrágio se universalizam (primeiro com o voto masculino independente de renda). STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 44.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1980. p. 53.

⁵⁹ MOUFFE, Chantal. **La Paradoja democrática: El peligro del consenso en política contemporánea**, Argentina: Gedisa, 2000. p.20 “O antigo princípio democrático que o poder deve ser exercido pelo povo emerge, mas desta vez em um quadro simbólico criado pelo discurso liberal, com a sua ênfase energética no valor da liberdade individual e dos direitos humanos” (Tradução nossa).

Embora tenha ocorrido a fusão histórica antes descrita, a tendência dominante da democracia contemporânea consiste em identificar a democracia “[...] de una forma que la identifica casi exclusivamente con el Rechtsstaat y la defensa de los derechos humanos, dejando a un lado el elemento de soberanía popular, que es juzgado obsoleto”.⁶⁰ Nesse ponto se configura a tensão entre as tradições, gerando um perigoso déficit de soberania e legitimação para as instituições democráticas. Bobbio considera que as tradições democrática e liberal foram gradualmente se combinando e são conciliáveis ao dizer que os “direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático [...], em seguida o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade.”⁶¹

A junção da tradição liberal à democrática fez surgir a positivação dos direitos políticos de participação, e a complementação dos direitos de primeira dimensão, tais como “direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando de tal sorte, a íntima correlação de direitos fundamentais e a democracia, [...] também o direito de igualdade formal (perante a lei) [...]”.⁶² Assim estava completa a gama de “liberdades civis [...], liberdade pessoal [e a] [...] liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista”.⁶³

Nesse sentido a convergência das tradições levou à positivação do plexo de direitos observados nos regimes democráticos modernos. A luta pela efetivação desses direitos, por meio dos movimentos sociais, também tem sido um ponto de ligação da sociedade.

3 – A CONCILIAÇÃO ENTRE LIBERDADE E IGUALDADE POR MEIO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Partindo da premissa de que a democracia moderna é fusão das tradições liberais e democráticas, a primeira com ênfase na liberdade e a segunda na soberania popular, surge a necessidade de um fator de justificação que promova a coexistência das duas vertentes. A teoria política democrática precisa abandonar a busca estéril de sobreposição ou dominação entre os ideais liberais e democráticos. Ao contrário disso, deve promover uma deliberação entre interpretações conflitivas de valores constitutivos da democracia contemporânea, compreendendo sua autêntica força.

Ver a democracia por essa perspectiva abre muitas possibilidades, como impedir o desenvolvimento da lógica perfeita de liberdade e igualdade e desenvolver a forma pluralista de

⁶⁰ MOUFFE, Chantal. **La Paradoja democrática**: El peligro del consenso en política contemporánea, 2000. p. 20 “De una forma que a identifique quase exclusivamente com o Rechtsstaat e defesa dos direitos humanos, deixando de lado o elemento da soberania popular, que é considerado obsoleto” (Tradução nossa).

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, 1988. p. 44.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2012. p. 31.

⁶³ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 49.

coexistência humana, os direitos podem existir e ser exercitados, principalmente a igualdade e a liberdade. A forma contrária de compreensão da política liberal democrática é o que impede o enfoque racionalista, que em vez de reconhecer essa tensão, trata de eliminá-la.

[...] exige la aceptación de que el conflicto y la división son inherentes a la política y de que no hay ningún lugar en el que pueda alcanzarse definitivamente una reconciliación en el sentido de una plena actualización de la unidad del <pueblo>.⁶⁴

Os movimentos sociais surgem então como elemento democrático de lutas por reconhecimento e pela efetivação dos direitos humanos. A realização democrática na esfera social é a efetivação dos direitos enquanto mecanismos de emancipação. Uma forma concreta de realização do ideal emancipatório é o fortalecimento dos espaços políticos com os movimentos sociais, que visam justamente o combate às desigualdades e exclusões, ocasionadas pelo pensamento hegemônico. Também uma forma de resistência ao poder e à dominação impostos pelo consenso excludente muito presente nos regimes democráticos.

Rubio⁶⁵ aborda a dicotomia dos direitos humanos como um processo histórico de lutas e a sua universalização, questionando se a última é uma ideia legítima ou uma falsa concepção de dignidade universal. Isso se dá por conta de algumas contradições e paradoxos que tanto podem considerar a universalização dos direitos humanos um produto de uma única cultura moderna capitalista ou uma garantia de espaços de lutas proporcionando a emancipação e libertação multicultural. De modo que os direitos humanos vistos somente de:

[...] sus dimensiones instituidas, burocráticas, formales, abstractas y normativas, inviabilizan, ignoran o no afectan a las situaciones estructurales de desigualdad y dominación que quedan inamovibles históricamente, a pesar de que existan normas e instituciones junto a reflexiones teóricas sobre ellas que puedan, formalmente, reconocer las demandas de esos grupos excluidos.⁶⁶

O autor aponta um abismo entre a teoria e a prática no discurso universalista. Ao falar de dois “pontos cegos” do universalismo que poderiam ensejar uma falsa ideia de dignidade, o autor aponta primeiramente a dimensão colonizadora e imperial de imposição dos padrões patriarcais e conservadores capitalistas dos países centrais aos periféricos, evidenciando a tensão norte-sul.

⁶⁴ MOUFFE, Chantal. **La Paradoja democrática: El peligro del consenso em política contemporânea**, 2000. p.32 “Exige a aceitação de que o conflito e a divisão são inerentes à política e que não há lugar onde possa ser conseguido uma reconciliação definitiva no sentido de uma atualização completa da unidade do povo” (Tradução nossa)

⁶⁵RUBIO, David Sánchez. **Derechos humanos, no colonialidad, y otras luchas por la dignidade**: una mirada parcial e situada. Revista de Investigaciones Jurídicas. n. 39, México, 2015, p. 775-802.

⁶⁶ RUBIO, David Sánchez. **Derechos humanos, no colonialidad, y otras luchas por la dignidade**: una mirada parcial e situada, 2015.p. 791 “Os direitos humanos observados apenas a partir de suas dimensões instituídas, burocráticas, formais, abstratas e normativas, inviabilizam, ignoram ou não afetam as situações estruturais de desigualdade e dominação que são historicamente imóveis, apesar que existem regras e instituições, juntamente com reflexões teóricas sobre eles que podem reconhecer formalmente as demandas dos grupos excluídos”.

Ressalta ainda que de formas hegemônica e abstrata o universalismo, sem considerar as diferenças, atua ocasionando exclusão e desigualdades.

Surge assim “la necesidad de historiarlos, de situarlos en sus procesos de lucha, sus realidades contextuales y particulares, con sus actores, sus acciones, los medios utilizados, las espiritualidades institucionales y no institucionales.”⁶⁷ Rubio aponta uma concepção que vai além dos direitos humanos, uma luta contra-hegemônica que proporciona um encontro intercultural de alteridade e não busca a hegemonia, mas sim o respeito às diferenças. Também ressalta que os direitos humanos figuram como uma das formas de luta pela dignidade humana, porém não a única, pois a resistência por meio de lutas conduz a uma transformação social para o reconhecimento e emancipação, pois

Derechos Humanos y los universalismos de las luchas de resistencias hay que entenderlos como expresiones situacionales que nacen y se desarrollan desde el comportamiento humano y el testimonio de la gente, no desde los discursos y las teorías, que son una parte mínima de la experiencia.⁶⁸

Tomando por base o caráter social que deve estar presente nos debates acerca da liberdade e emancipação Axel Honneth na obra *Luta por reconhecimento*,⁶⁹ faz uma análise da sociedade aproximando seus estudos de aplicações empíricas, marcado pelo pensamento pós-metafísico.

Honneth objetiva a emancipação por meio da intersubjetividade visando o desenvolvimento do indivíduo, apontando a vida social como um conflito insolúvel por reconhecimento. Mais que isso o conflito é o propulsor da mudança social ocasionado por meio da luta por reconhecimento e efetivação dos direitos.

Honneth se propõe a formular uma fenomenologia empírica reconstruindo o conteúdo do amor, do direito e da solidariedade como três padrões de reconhecimento, dando-lhes uma “[...] justificação que vá além do que foi dito até o momento [...]”⁷⁰, pois, irá “[...] definir de forma mais adequada as experiências sociais sob cuja pressão a asseverada luta por reconhecimento deve se originar no processo histórico”⁷¹. Abordando os padrões de reconhecimento sob o aspecto intersubjetivo, analisa a integração dos sujeitos e estabelece uma lógica entre os conflitos e as

⁶⁷ RUBIO, David Sánchez. **Derechos humanos, no colonialidad, y otras luchas por la dignidade**: una mirada parcial e situada, 2015.p. 792 “A necessidade de historia-los, situá-los em seus processos de luta, suas realidades contextuais e particular, com seus atores, suas ações, os meios utilizados, a espiritualidade institucional e não-institucional”.

⁶⁸ RUBIO, David Sánchez. **Derechos humanos, no colonialidad, y otras luchas por la dignidade**: una mirada parcial e situada, 2015. p. 802 “Os direitos humanos e os universalismos das lutas de resistência devem ser compreendidos como expressões situacionais que nascem e se desenvolvem do comportamento humano e do testemunho das pessoas, não de discursos e teorias, que são uma parte mínima da experiência”.

⁶⁹HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009.

⁷⁰ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais, 2009. p. 156.

⁷¹HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais, 2009. p. 157.

mudanças sociais, além de atribuir ao reconhecimento uma ferramenta de compreensão social e formação da eticidade.⁷²

Em ensaio publicado no ano de 2013, sob o título de *O eu no nós*, Honneth parte da convicção de que “a formação do eu do sujeito se realiza por meio da gradual internalização de um comportamento social reativo, que tem o caráter do reconhecimento intersubjetivo”.⁷³

Nesse sentido, a teoria do reconhecimento social de Honneth se apresenta interessante para contextos de negação de reconhecimento, considerando que a linguagem tradicional do direito é individualista, “na medida em que conceitualiza relações que asseguram direitos como uma questão de poderes específicos que podem ser distribuídos entre indivíduos como se fossem propriedades individuais”.⁷⁴

Em outra perspectiva, mas apontando para a mesma direção, Boaventura de Sousa Santos, dispõe que os debates na esfera social devem buscar equilíbrio entre subjetividade e cidadania, conjugando o pessoal com o coletivo para a transformação da sociedade civil em sociedade política.⁷⁵ E também com o objetivo de dar à sociedade política autoridade partilhada com o Estado para tomar as decisões. Nesse campo os movimentos sociais buscam uma compatibilização entre o pessoal e o coletivo, um embrião da sociedade política.

As lutas de grupos sociais não devem buscar a igualdade como ideia de homogeneidade, mas sim o respeito recíproco às diferenças, fortalecendo os espaços políticos e aumentando a participação social. Na sua Teoria Social Boaventura propõe

[...] incluir uma nova *teoria da democracia* que permita reconstruir o conceito de cidadania, uma nova *teoria da subjectividade* [sic!] que permita reconstruir o conceito de sujeito e uma nova *teoria da emancipação* que não seja mais que o efeito teórico das duas primeiras teorias na transformação da prática social levada a cabo pelo *campo social da emancipação*.⁷⁶

Boaventura fala ainda sobre o conceito de cidadania, porém, um dos desafios para a liberdade de escolha e participação dos indivíduos na política é a construção desse conceito, pois não é possível a luta por ideais que se desconhece.

⁷²HAMEL, M. R.; BOANOVA, A. M. S. A Tese do Reconhecimento Social em Honneth e Taylor: Aproximações e Distanciamentos a partir da Filosofia de Hegel. In: **Anais I Congresso Internacional De Jurisdição Constitucional, Democracia E Relações Sociais - I Mostra De Trabalhos Jurídicos Científicos**, 2017, Passo Fundo: Editora UPF, 2017. V.1. p.1030 – 1044. p. 1035.

⁷³ HONNETH, Axel. **O eu no nós**: reconhecimento como força motriz de grupos. Sociologias. Porto Alegre, ano 15, nº.33, mai./ago. 2013, p.62.

⁷⁴ ANDERSON, Joel; HONNETH, Axel. Autonomia, vulnerabilidade, reconhecimento e justiça. **Cadernos de filosofia alemã** (USP), nº.17, jan/jun.2011, p.81-112. p.100.

⁷⁵SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade – 7ª ed. - São Paulo: Cortez, 2000. p.268-269.

⁷⁶SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade, 2000. p. 270.

Darcísio Corrêa acentua que a cidadania deve ser “a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos ao ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo como valor-fonte a plenitude da vida”.⁷⁷

Dessa forma, o desafio dos movimentos sociais e da luta pela eficácia e conservação dos direitos humanos é criar uma ideia de pertencimento do indivíduo no meio político em que vive, respeitando sua subjetividade, mas inserindo conceito de cidadania. Sobretudo, como um meio de coexistência e conciliação entre a democracia e a liberdade, fomentando os debates e tornando possível a emancipação social na plenitude da realização democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação do Estado de Direito sob os ideais revolucionários franceses de 1789 calcados na liberdade e na igualdade, sob a ideologia liberal fez com que houvesse um enfraquecimento do Princípio democrático, pois no Estado Liberal-burguês o valor máximo consagrado é a liberdade em detrimento da igualdade. Além desses dois pilares, a Revolução Francesa lutou por ideais de consagração e reconhecimento do direito à fraternidade como naturais do homem. Foi um divisor de águas que marcou o início de um novo período político para o mundo, consolidado na Declaração dos Direitos do Homem.

A democracia moderna é fusão das tradições liberais e democráticas, a primeira com ênfase na liberdade e a segunda na soberania popular. Disso decorre a tensão entre liberdade e igualdade nos regimes democráticos contemporâneo. O fator de justificação para coexistência das duas vertentes é a luta pelo reconhecimento e efetivação dos direitos humanos.

A teoria política democrática precisa abandonar a busca estéril de sobreposição ou dominação entre os ideais liberais e democráticos. Ao contrário disso, deve promover uma deliberação entre interpretações conflitivas de valores constitutivos da democracia contemporânea, compreendendo sua autêntica força. A democracia vista por essa perspectiva abre muitas possibilidades, como impedir o desenvolvimento da lógica perfeita de liberdade e igualdade e desenvolver a forma pluralista de coexistência humana, os direitos podem existir e ser exercitados, principalmente a igualdade e a liberdade.

Ao propor os movimentos sociais como um mecanismo de lutas por reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais, objetivando a emancipação social, se está a falar de um instrumento de conciliação entre a tradição liberal e democrática. Possibilitando a coexistência entre liberdade e igualdade, sem sobreposição, em um fator comum, a realização dos direitos humanos.

⁷⁷CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2002, p. 217.

Além disso ocorre o fortalecimento desses dois ideais, indispensáveis para a realização da democracia plena.

Em que pese existir a carência de um sentimento de pertencimento político nos cidadãos e a falta de um ideal de cidadania a ser perseguido, enfraquecendo a democracia, politizar a sociedade civil e proporcionar espaços para os movimentos sociais são o cerne do pensamento democrático.

Os movimentos sociais são instrumentos democráticos para combater a desigualdade, a exclusão e o preconceito, que por sua vez, são barreiras para conquistar a cidadania, um dos maiores valores democráticos. Então o que se deve buscar não é uma sociedade hegemônica, marcada pelo consenso, mas sim a liberdade com respeito às diferenças. Além disso, todos devem ter possibilidade de oferecer resistência e lutar pelo reconhecimento e pela efetivação dos seus direitos, consagrando a igualdade. A formação de um consenso democrático, com a ausência de lutas e conflitos sociais, pode se encaminhar para uma forma autoritária de dominação, onde os grupos com menor representação permanecerão excluídos.

Isso somente será possível com o engajamento da sociedade e não somente como uma tarefa do Estado, fortalecendo a cidadania e politizando os espaços. O fortalecimento social criará condições para que os indivíduos conquistem a emancipação por meio das lutas, se valendo dos direitos de liberdade e igualdade, enquanto pilares do Estado de Direito. Essa é a forma plena de realização democrática.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDERSON, Joel; HONNETH, Axel. Autonomia, vulnerabilidade, reconhecimento e justiça. **Cadernos de filosofia alemã** (USP), n°.17, jan/jun.2011, p.81-112.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2002.

CROSSMAN, R.H.S. **Biografia do Estado Moderno**. Tradução Evaldo Amaro Vieira. Editora Ciências Humanas, São Paulo, 1980.

HAMEL, M. R.; BOANOVA, A. M. S. A Tese do Reconhecimento Social em Honneth e Taylor: Aproximações e Distanciamentos a partir da Filosofia de Hegel. *In: Anais I Congresso Internacional De Jurisdição Constitucional, Democracia E Relações Sociais - I Mostra De Trabalhos Jurídicos Científicos*, 2017, Passo Fundo: Editora UPF, 2017. V.1. p.1030 – 1044.

- HOBBSAWM, Eric J. **A revolução francesa**. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009.
- HONNETH, Axel. **O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos**. Sociologias. Porto Alegre, ano 15, nº.33, mai./ago. 2013, p.56-80.
- LOCKE, John. **Two Treatises Of Government – Of Civil-Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid, Trotta, 1998.
- MOUFFE, Chantal. **La Paradoja democrática: el peligro del consenso em política contemporânea**. Argentina: Gedisa, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Antônio de Pádua 3ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996 (Clássicos).
- RUBIO, David Sánchez. **Derechos humanos, no colonialidad, y otras luchas por la dignidade: una mirada parcial e situada**. Revista de Investigaciones Jurídicas. N 39, México, 2015, p. 775-802.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 8ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Tradução Yvonne Jean. 2ª ed. Brasília: Editora da Unb, 1982.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Traducción Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO BRASILEIRO E
GERENCIALISMO: A DICOTOMIA ENTRE A TRIBUTAÇÃO E AS IMUNIDADES NO
CUSTEIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**CONSTITUTIONALISATION OF THE STATE DEMOCRATIC AND
MANAGERIALISM: THE DICHOTOMY BETWEEN THE TAXATION AND
IMMUNITIES IN THE FUNDING OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

Aline Moura da Silva Boanova¹

Edmar Viane Marques Daudt²

RESUMO

Analisa-se neste estudo a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil. Sua relevância reside em justificar a limitação ao poder de tributar do Estado presente nas imunidades tributárias às organizações da sociedade civil, em especial, instituições educacionais e de assistência social. O objetivo geral é demonstrar que as imunidades tributárias são um incentivo à participação dessas organizações na promoção de justiça social. São seus objetivos específicos discorrer sobre a lógica da Constituição Federal de 1988 na efetivação de direitos fundamentais. Expor o gerencialismo objetivando a eficiência com ênfase na autoridade partilhada entre Estado e sociedade sob o regime democrático participativo. Por fim justificar as imunidades tributárias como um meio indireto de promover a justiça social. A metodologia consiste em utilizar o método hipotético-dedutivo, a pesquisa será bibliográfica utilizando livros, meios eletrônicos. Com o resultado se espera contribuir para o entendimento dos meios de atuação estatal na busca da eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Direitos Fundamentais. Estado. Imunidades. Tributação.

ABSTRACT

This study analyzed the effectiveness of fundamental rights theme in Brazil. Its relevance lies in justifying the limitation on the taxing power of the State in tax immunities to civil society organizations, in particular, educational institutions and social services. The general objective is to demonstrate that the tax immunities are an incentive to participation of these organizations in promoting social justice. Are your specific goals speak about the logic of the Federal Constitution of 1988 on implementation of fundamental rights. Expose the Managerialism objectifying efficiency with emphasis on shared authority between the State and society under the participatory democratic regime. Finally justify tax immunities as an indirect means of promoting social justice. The methodology is to use the hypothetico-deductive, bibliographic search using books, electronic media. The outcome is expected to contribute to the understanding of the means of State action in the pursuit of efficiency.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Immunities. State. Taxation. The Federal Constitution.

¹ Advogada – OAB/RS 107.289. Possui Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2016). Conciliadora da Justiça Federal TRF4. Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Passo Fundo (Turma 2017-1) e bolsista CAPES/PROSUC Modalidade II. E-mail: 47950@upf.br.

² Professor Titular III de Direito Tributário e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Procurador do Estado. E-mail: daudt@upf.br.

INTRODUÇÃO

As décadas de 1980 e 1990 imprimiram grandes transformações no cenário brasileiro. Sobretudo na esfera estatal. A implantação do regime democrático, consolidado na Constituição Federal de 1988, alterou a lógica do agir público para a efetivação dos direitos fundamentais. O ajuste político e administrativo se deu pelo processo iniciado com a Reforma gerencial em 1995, incorporando princípios da iniciativa privada na espacialidade pública como um norte de eficiência. Esses dois paradigmas alteraram as relações entre Estado e sociedade. A partir deles a legitimação do poder estatal se dá pela realização democrática fundamentada na autoridade partilhada entre gestão pública e sociedade civil para a consecução dos fins do Estado. Surgem alternativas inovadoras para que a sociedade civil protagonize a efetivação dos próprios direitos. Nesse caso, o papel do Estado se altera assumindo uma nova postura de incentivador das organizações sociais no cumprimento de finalidades públicas.

Dessa forma, a proposta é discorrer sobre a dicotomia do Estado preponderantemente fiscal, como é o brasileiro, lançar mão de imunidades tributárias para a efetivação de direitos fundamentais. Se pretende demonstrar que tal situação encontra fundamento na promoção de justiça social por meio das organizações civis.

Para melhor desenvolvimento a pesquisa se divide em três seções, quais sejam: (I) A constitucionalização democrática (1988) do Estado brasileiro: a lógica de efetivação de direitos fundamentais e seu custeio público; (II) A Reforma gerencial brasileira (1995): a eficiência na efetivação dos direitos fundamentais e (III) As imunidades tributárias das instituições de educação e de assistência social como meio de promover justiça social.

Contudo, se espera contribuir para o desenvolvimento da esfera pública quanto à efetivação dos direitos fundamentais de forma democrática, conciliando Estado e sociedade civil em esforços conjuntos para promover justiça social.

1 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA (1988) DO ESTADO BRASILEIRO: A LÓGICA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU CUSTEIO PÚBLICO

Historicamente o surgimento do Estado Democrático de Direito se deu como uma conquista da Revolução Francesa (1789). Essa reação “política que se operou à maneira de uma revolução religiosa [...] não somente expande-se para longe, mas, também lá, penetra através da pregação e da propaganda”.³ Os ideais revolucionários franceses de liberdade, igualdade e fraternidade forneceram

³TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Traduzido por Yvonne Jean. 2ª Ed. Brasília: Editora da Unb, 1982. p. 59.

o “vocábulo e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo”.⁴As bases da democracia moderna ocorreram da fusão entre a tradição democrática com a tradição liberal. A primeira combinando valores do liberalismo, tais como: liberdade individual, direitos humanos, império da lei, com valores nucleares da segunda: igualdade, soberania popular e identidade entre governos.

Bobbio considera que as tradições democrática e liberal foram gradualmente se combinando e são conciliáveis ao dizer que os “direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático [...], em seguida o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade.”⁵

A junção da tradição liberal à democrática fez surgir a positivação dos direitos políticos de participação, e a complementação dos direitos de primeira dimensão, tais como “direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando de tal sorte, a íntima correlação de direitos fundamentais e a democracia, [...] também o direito de igualdade formal (perante a lei) [...]”.⁶ Assim estava completa a gama de “liberdades civis [...], liberdade pessoal [e a] [...] liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista”.⁷Nesse sentido a convergência das tradições levou à positivação do plexo de direitos observados nos regimes democráticos modernos.

O nascimento do Estado de Direito, o primeiro regime jurídico-político da sociedade, guardião das liberdades individuais, se desenvolve sob a ideologia liberal “com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna liberdade contra o despotismo na área continental europeia”.⁸ No pensamento liberal o Estado de Direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais⁹ que são considerados “constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio ‘invioláveis’”.¹⁰

Todavia, no início do século XX com a “industrialização, o progresso econômico e a democratização [...] [houve] uma alteração substancial no modelo liberal de Estado limitado, com a incorporação dos aspectos de ‘justiça social’”.¹¹Tais fatores deram causa à ascensão do *Welfare*

⁴HOBBSAWM, Eric J. **A Revolução Francesa**. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 9.

⁵BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 44.

⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31.

⁷STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 8ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49.

⁸BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1980. p. 41.

⁹BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, 1988. p. 19.

¹⁰BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, 1988. p. 19.

¹¹STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 45.

State, quebrando a reduzida esfera pública Liberal assumindo demandas sociais para redução da desigualdade e com o encargo de garantir a estabilidade econômica. A oposição dos dois modelos dá origem a clássica distinção dos direitos subjetivos em negativos ou positivos relacionados ao tipo de prestação estatal para com a sociedade.

Dessa forma, primeiramente, o Estado de Direito criado no contexto Liberal-burguês privilegiou os direitos “individuais tradicionais, que consistem em liberdades.”¹² Entretanto, o *Welfare State* consagra também os chamados direitos sociais. Ambos estão presentes no Estado de Direito. Enquanto os primeiros “exigem [...] obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos”,¹³ os segundos “só podem ser realizados se for imposto a outros um certo número de obrigações positivas”.¹⁴ Esses modelos estatais influenciaram os regimes políticos de todo mundo.

No Brasil a constitucionalização democrática de 1988 foi um marco político-jurídico que incorporou como elementos estruturantes e bases de legitimidade do ordenamento os direitos fundamentais¹⁵ e a democracia. O Estado Democrático de Direito ocasionou uma profunda transformação no contexto brasileiro, sobretudo na administração pública que passou a incorporar na “dogmática administrativista vetores axiológicos da Lei Maior, propiciando uma releitura de seus institutos, categorias operativas e formas organizacionais.”¹⁶

A gestão pública foi levada à uma nova compreensão acerca da própria atuação rompendo com resquícios, por vezes equivocados, herdados da tradição revolucionária francesa, sobre supremacia e autoridade. Passando a:

(i) incrementar o grau de responsividade dos administradores públicos às aspirações e demandas da sociedade, mediante adoção de procedimentos mais transparentes e participativos; (ii) respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais dos administrados, por meio de mecanismos que assegurem o devido processo legal e de políticas públicas a eles vinculadas; (iii) submeter a atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados tanto em parâmetros jurídicos como em termos de resultados práticos.¹⁷

¹² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 14.

¹³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2004. p. 14.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 2004. p. 15.

¹⁵ “[...] una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea, a reservar la denominación ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.” LUÑO, Antônio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995. p. 31. “Uma certa tendência, não absoluta como o texto da Convenção Europeia, para reservar o nome ‘direitos fundamentais’ para designar os direitos humanos foram a nível interno, enquanto a fórmula de ‘direitos humanos’ é o mais usual a nível das declarações e convenções internacionais” (Tradução nossa).

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador**, 2016, p. 38.

A promulgação da Constituição Federal brasileira se resumiu em uma gama de direitos que desconsiderou a divisão ideológica clássica de oposição dos direitos subjetivos em relação ao Estado. Em um único instrumento consagrou direitos fundamentais positivos e negativos, historicamente subordinados a diferentes modelos estatais, quanto ao caráter prestacional do Estado. A Lei Maior consagrou os direitos subjetivos dispostos em dimensões, quais sejam: primeira dimensão: os direitos individuais e políticos (liberdade de expressão e participação política); segunda dimensão: os direitos sociais, culturais e econômicos (direito à prestação assistencial de saúde); e terceira dimensão: os chamados direitos de solidariedade ou da fraternidade (direitos de titularidade coletiva ao meio ambiente saudável e ao desenvolvimento),¹⁸ tornando-os fundamentais envoltos pela democracia moderna.

O debate acerca dos direitos fundamentais na contemporaneidade diz respeito diretamente à questão de sua efetividade, nas palavras de Norberto Bobbio “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”¹⁹ A preocupação de Bobbio se justifica pelo conteúdo programático e do caráter de proteção violatória do texto constitucional, que resulta em uma discrepância entre a teoria e a prática social. Segundo Marcelo Neves em sua obra *A Constitucionalização Simbólica*:

O objetivo da legislação simbólica pode ser [...] fortalecer a confiança do cidadão no respeito ao governo ou, de um modo geral, no Estado. Neste caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança no sistema jurídico-político. O legislador muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas.²⁰

A incorporação de um princípio-direito fundamental ao ordenamento jurídico cria uma vinculação do compromisso de efetivar aquele preceito fundamental. À essa vinculação podemos dar o nome de garantias constitucionais, conforme Canotilho, “as **garantias** traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade,”²¹ pois:

[...] un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones fundamentales [...] Al ensamblamiento de un haz de posiciones en un derecho fundamental corresponde entonces la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental. [...] El titular de derechos fundamentales deberá tener un derecho a las acciones del Estado que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad asegurado por disposiciones iusfundamentales.²²

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2012. p. 46.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 2004. p. 24.

²⁰ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 2 Ed. São Paulo: Martins Fortes, 2007. p.36.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003. p. 396. (grifo do autor)

²² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 241-242. “Um direito fundamental como um todo é um conjunto de posições fundamentais. [...] A junção de um conjunto de

GregorioPeces-Barba²³ estabelece três perspectivas para análise da questão da efetividade dos direitos fundamentais, a primeira que relaciona legitimidade e validade, a segunda faz uma relação entre legalidade, vigência ou possibilidade de positivação, e a última é reconhecida como a realidade social dos direitos, ou seja, analisa o ambiente social necessário para sua efetivação de fato.²⁴ Na contemporaneidade a questão da efetivação dos direitos fundamentais está muito mais ligada à terceira perspectiva, ou seja, a análise da realidade social também evolui a capacidade econômica do Estado.

Sunstein e Holmes, autores da obra *The Cost of Rights: Why Liberty Dependson Taxes*, defendem que todos os direitos são positivos, mesmo os tipicamente individuais considerados negativos, pois em diferentes graus e intensidade exigirão uma prestação estatal. Por consequência, qualquer atuação estatal demanda custos. Assim, apontam que ao não efetivar qualquer direito ocorre uma violação da liberdade. A proteção da liberdade somente pode ser efetivada pela atividade fiscal do Estado, que nada mais é que uma forma comunitária de cooperação institucionalizada. Nesse sentido Sunstein e Holmes invertem a lógica individual para propor uma teorização do Estado na implementação de políticas públicas

Ratherthanreflecting a blindworshipofmarketoutcomes, thatistosay, the studyof the costofrightsismeanttoencouragethoughtfulpublicpolicy. It isalso a kindofcommunitarianorcollectivisttheme, thoughwithdeep roots in the liberal politicaltradition.²⁵

Ao afirmar isso os autores ligam a inefetividade da atuação estatal à ausência de recursos. Então na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captadas junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.²⁶

posições em um fundamental direito então é o destacamento de um conjunto de regras de um fundamental direito disponível. [...] Titular de direitos, tem direito a ações de estado que são indispensáveis para a proteção do âmbito da liberdade garantido por disposições jusfundamentais”. (Tradução nossa).

²³PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III. 1995.

²⁴ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo GregorioPeces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 189-209. p. 196.

²⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Dependson Taxes**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p.224. “Ao invés de refletir uma adoração cega dos resultados do mercado, quer dizer, o estudo do custo dos direitos pretende incentivar o pensamento de políticas públicas. É também um tipo de tema comunitário ou coletivista, embora com raízes profundas na tradição política liberal” (Tradução nossa).

²⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Dependson Taxes**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p.20.

A crença na ausência de custos para os direitos chamados negativos pela doutrina clássica permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima dos direitos individuais em detrimento dos chamados sociais, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos custam, absolutamente equivocado, demonstrando a opção ideológica encoberta pela ignorância.²⁷

Dessa forma, não se deve falar em diminuição de direitos ou de suas garantias, mas sim em redimensionamento da extensão da proteção devotada aos direitos, tendo como parâmetro as condições econômicas de dada sociedade. A aferição dos custos permite trazer maior qualidade às escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos.²⁸ Dessa forma

a consciência de que os direitos custam implica *ipso facto* a conscientização de que as pessoas somente possuem direitos na medida em que um Estado responsabilmente recolha recursos junto aos cidadãos responsáveis para custeá-los, mostrando ser incorreta a tese atomista de que os direitos inculcam a irresponsabilidade para com os deveres sociais²⁹

Todavia, "of course it does not follow that rights must be tossed along with everything else into a gigantic cost-benefit machine created and operated by economists,"³⁰ em vez disso, o Estado deve buscar escolhas e alternativas inteligentes para o agir público.

No Brasil a tributação com finalidade arrecadatória é a principal forma de financiar a grande maioria dos custos atrelados às prestações estatais para com a sociedade, portanto indispensável ao funcionamento da máquina estatal. O resultado disso é uma alta carga tributária e uma prestação pública ineficiente, essa realidade dominou a espacialidade pública até meados da década de 1990. Após a implantação da reforma gerencial o país se volta para a eficiência embasada no resultado das escolhas públicas. A principal medida do gerencialismo foi delimitar a atuação estatal, transferindo para a iniciativa privada as atividades não essenciais do Estado.

Após trinta anos de gerencialismo esse paradigma ainda é um processo em andamento, buscando meios de aperfeiçoar a relação Estado/sociedade por meio da autoridade partilhada na efetivação dos direitos fundamentais.

2 – A REFORMA GERENCIAL BRASILEIRA (1995): A EFICIÊNCIA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

²⁷ GALDINI, Flávio. O Custo dos Direitos. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar 2002. p. 139-222. p. 189.

²⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Dependson Taxes**, 1999. p.28.

²⁹ GALDINI, Flávio. **O Custo dos Direitos**. 2002. p. 139-222. p. 200.

³⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Dependson Taxes**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p.102. "Naturalmente não se deve seguir que direitos devem ser atirados com todo o resto em uma gigantesca máquina de custo-benefício, criado e operado por economistas" (Tradução nossa).

A reforma gerencial implementada no Brasil em meados década de 1990³¹ foi uma tentativa de superação da crise interna, iniciada em escalas mundiais em 1970, a primeira crise mundial do petróleo, mais que um ajuste administrativo, ela foi uma reforma do próprio Estado. Esse processo se somou à constitucionalização democrática do país e por consequência à transformação da visão administrativista³² quanto sua posição no Estado Democrático.

Ao implementar a reforma gerencial no país se pretendia encontrar alternativas para que o Estado pudesse cumprir seus objetivos, proporcionando a “liberdade, a riqueza ou o bem-estar econômico, a justiça social e a proteção da natureza, [...] mais a segurança ou a ordem pública.”³³ Dessa forma o ajuste passa a ser “instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia,”³⁴ mais que isso, a administração pautada pela “eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada”³⁵ seria um fator de legitimação democrática do Estado de Direito na efetivação dos direitos fundamentais.

Bresser-Pereira à frente do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) recebe a incumbência do governo Fernando Henrique de elaborar o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995). Para isso foi buscar inspiração no *New Public Management*.³⁶ Esse paradigma protagonizou os ajustes nos governos do republicano Reagan (1981-1989) nos EUA e da conservadora Thatcher (1979-1990) no Reino Unido, que, aliados na Guerra Fria e contrários ao antigo consenso pró *Welfare State*, aderiram às reformas alterando seus regimes políticos estatais. O *Reaganomics* e o *Thatcherismo* tiveram em comum as reduções do gasto público, da regulação da economia, o controle da oferta de moeda e, sobretudo o *Rolling back the state*, ou seja, a desestatização em massa.

³¹ As causas que deram origem à reforma gerencial se alteram conforme a perspectiva, conforme Irene Nohara ela foi inserida no sistema brasileiro como uma forma de cumprimento do “Receituário Neoliberal”. Já Bresser-Pereira apresentou o gerencialismo como alternativa ao esvaziamento da burocracia e à crise econômica da década de 1980, porém em 2017 afirma que a reforma gerencial foi uma tentativa de salvar o “Estado Social brasileiro”. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 19-25; BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **Regular os reguladores**. 2018. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=7230>>. Acesso em 10 ago. 2018. p. 152.

³² “O tratamento constitucional da Administração Pública é algo relativamente recente, tendo se iniciado, de maneira ainda muito concisa, com a Constituição italiana, de 1947, e a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Tais precedentes foram substancialmente ampliados com a promulgação da Constituição de Portugal, em 1976, e da Espanha, em 1978. A influência das nações ibéricas foi certamente decisiva para que a Constituição brasileira de 1988 reservasse capítulo próprio para a Administração Pública, enunciando de maneira expressa os seus princípios setoriais e descendo a minúcias, nem sempre desejáveis, acerca de aspectos pontuais do regime jurídico-administrativo a ser seguido no País” BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador**, 2016, p.44.

³³ BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**. In: Revista de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro 51(1):147-156, jan. - fev. 2017. p. 148-149.

³⁴ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, 1995. p. 6.

³⁵ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 7.

³⁶ Movimento implementado nas duas últimas décadas do século XX nos países centrais, especialmente Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia, com o objetivo de tornar os burocráticos Estados Sociais mais eficientes BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **O Modelo Estrutural de Gerência Pública**. In: Revista de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. v. 42, mar-abr, 2008. p. 112-116.

O *New Public Management* teve por base a transferência de princípios do setor privado para a gestão pública, tais como “hands-on, professional management; explicit standards and measures of performance; managing by results, and value for money [...] the three Es of Economy, Efficiency and Effectiveness”.³⁷ Seu foco era nos resultados e não mais somente no procedimento como na tradição da burocracia weberiana. Conforme Christopher Pollitt

[...] the NPM [New Public Management] is a two level phenomenon: at the higher level it is a general theory or doctrine that the public sector can be improved by the importation of business concepts, techniques and values, while at the more mundane level it is a bundle of specific concepts and practices, including: • Greater emphasis on ‘performance’, especially through the measurement of outputs • A preference for lean, flat, small, specialized (disaggregated) organizational forms over large, multi-functional forms • A widespread substitution of contracts for hierarchical relations as the principal coordinating device • A widespread injection of market-type mechanisms including competitive tendering, public sector league tables and performance-related pay • An emphasis on treating service users as ‘customers’ and on the application of generic quality improvement techniques [...].³⁸

A reforma gerencial brasileira de 1995 apresentou como norte os princípios basilares do *New Public Management* incidindo em dois aspectos do Estado: na gestão e na estrutura. Seu escopo foi tornar o aparelho estatal, os serviços e os investimentos públicos mais fortes e eficientes, objetivando uma melhora na qualidade. A adoção da administração por resultados avalia os serviços e as políticas públicas com menor atenção ao processo (administração por supervisão e auditoria dos processos) e mais ênfase à competição administrativa por excelência entre departamentos que exercem funções semelhantes, e ao controle mais amplo possível dos trabalhos pela sociedade.³⁹

Gustavo Binenbojm menciona o processo de *economicização* da atuação estatal por meio do qual o “discurso da ciência econômica [...] tem penetrado e se apropriado da ação do Estado, pretendendo subjugar-lo a suas categorias, seu método de trabalho e seus fins.”⁴⁰ Todavia, a eficiência não é um conceito específico do setor privado, pois a especialidade pública já a perseguia muito antes das reformas iniciadas pelo mundo entre as décadas 1980 e 1990.

³⁷KJAER, Anne Mette. **Governance**. Cambridge, Polity Press, 2011. p. 25. [...] hands-on (mãos na massa; pró-atividade), gestão profissional; explícitas medidas de desempenho; gestão de resultados, e valor para o dinheiro[...] os três “Es” de economia, eficiência e eficácia” (Tradução nossa).

³⁸POLLITT, Christopher. The New Public Management: An Overview of Its Current Status. In: **Administratie si Management Public**. nº 8. București. Editura ASE. 2007. Disponível em < <https://www.ceeol.com/search/journal-detail?id=534>>. Acesso em: 02 dez. 2018. p. 110. “O NPM [*New Public Management*] é um fenômeno de dois níveis: no nível mais alto, é uma teoria geral ou doutrina que o setor público pode ser melhorado pela importação de conceitos de negócios, técnicas e valores, enquanto ao nível mais mundano Trata-se de um conjunto de conceitos e práticas específicos, incluindo: • maior ênfase no ‘desempenho’, especialmente através da medição de saídas • uma preferência por formas organizacionais magras, planas, pequenas, especializadas (desagregadas) sobre grandes, formas multifuncionais • uma substituição generalizada de contratos para as relações hierárquicas como o principal dispositivo de coordenação • uma injeção generalizada de mecanismos de tipo de mercado, incluindo concurso, mesas do setor público e remuneração relacionada com o desempenho • ênfase no tratamento de usuários de serviços como ‘clientes’ e na aplicação de técnicas genéricas de melhoria de qualidade [...]” (Tradução nossa).

³⁹BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **Regular os reguladores**. 2018. [s.p].

⁴⁰BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador**, 2016. p. 32.

A boa administração pública ou “bom andamento” é um instituto com raízes no Direito Administrativo Italiano, expresso constitucionalmente no artigo 97, dispondo que “os gabinetes públicos são organizados conforme disposição da lei, de modo a que sejam assegurados o *bom andamento* e imparcialidade da administração.”⁴¹ Nas palavras de Falzone, o fim da boa administração é atender os particulares visando a coletividade, pois o “si pone come uno di quegli interessi che non sono particolari ad um dato individuo, mas comuni alla generalità e sono quindi di questo posseduti in quanto parte di questa, come mera frazione dell’interesse coletivo”.⁴²

No universo que compõe a boa administração pública italiana a eficiência é uma pequena parte do todo, representando apenas a face administrativa e economicista,⁴³ avaliando o resultado, em uma relação de custo-benefício, como um melhor emprego dos recursos disponíveis.⁴⁴ Conforme acentua Spasiano,

In altri termini, il buon andamento, per la rilevanza organizzatoria che riveste, è principio giuridico sostanziale quale espressione típica di ‘efficienza pubblica’, ossia necessita di doverosa ed effettiva tutela di tutti gli interessi affidati alla considerazione di ciascun livello di governo.⁴⁵

As manifestações acerca da eficiência no ordenamento brasileiro, anteriores à reforma gerencial, tinham a mesma conotação do Direito Italiano, por exemplo, o Decreto-Lei n. 200/1967, no seu artigo 26, inciso III.⁴⁶ Por isso a estranheza⁴⁷ do emprego do termo eficiência ao ser incorporado como uma inovação trazida pelo gerencialismo.

Com efeito, a eficiência já estava presente na administração pública brasileira antes da reforma de 1995, entretanto, sem a mesma abrangência de sua inclusão no ordenamento como princípio constitucional pela Emenda nº 19/98.⁴⁸ As dimensões reformistas demonstraram que o gerencialismo

⁴¹ ITALIA. **Costituzione Italiana Edizione in LinguaPortoghese**. Tradução Paula Queiroz. Roma, SenatodellaRepubblica, 2018. p. 43 (grifo nosso).

⁴²FALZONE, Guido. **Il DoverediBuonaAmministrazione**. Milão: A. Giuffrè, 1953. p. 147. “Se classifica como um daqueles interesses que não são específicos para informações individuais, mas comum para o geral e, por conseguinte, isso realizam-se como parte desta, como uma mera fração de interesse coletivo” (Tradução nossa).

⁴³GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 100.

⁴⁴ VERGOTTINI, Giuseppe de. **DirittoCostituzionale**. 4ª Ed. Pádua: CEDAM, 2004. p. 544.

⁴⁵ SPASIANO, Mario. **Il Principio diBuonAndamento: dalmetagiuridicoalla logica delrisultato in senso giuridico**. Itália: ReportAnnuale, 2011. p. 7. “Em outras palavras, o bom desempenho, pela relevância organizacional, é princípio jurídico substancial que quer dizer eficiência ‘pública’, ou seja, necessidade de proteção adequada e eficaz dos interesses confiados ao considerar cada nível de governo” (Tradução nossa).

⁴⁶ Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: [...] III - A eficiência administrativa. BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre [sic!] a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm > Acesso em: 28 jan. 2019.

⁴⁷ O “princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo, já superiormente tratado, de há muito, no Direito Italiano: o princípio da ‘boa administração.’” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** 14ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002. p. 92.

⁴⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**

não pretendia ser somente um ajuste administrativo, mas sim, uma reforma do Estado. Nesse sentido a ideia nuclear foi mais do que fazer uma vinculação da eficiência à administração, mas sim, ligá-la ao:

Princípio da eficiência do Estado como vetor geral do sistema constitucional. Dessa forma, tão importante quanto a relação com os demais princípios da administração pública, que não é só externa, mas intrínseca, é a submissão do princípio da eficiência aos princípios estruturantes do sistema constitucional, entre os quais se destaca o Princípio do Estado Social e Democrático de Direito.⁴⁹

A eficiência impõe ao Estado, por meio da administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, desburocratizada e sempre em busca da qualidade.⁵⁰ É nessa acepção que a reforma do Estado brasileiro se soma ao processo de constitucionalização democrática de 1988, provocando profundas transformações de cunhos político-jurídicas, econômicas e institucionais,⁵¹ abrindo os caminhos para a governança.⁵²

Contudo, o fim maior do Estado Democrático de Direito brasileiro é a efetivação dos direitos fundamentais de forma eficiente, como um fator de legitimação do seu poder. Todavia, essa lógica encontra barreiras relacionadas ao custeio desse objetivo, dificultando a realização desse fim.

3 – AS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS DAS INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO MEIO DE PROMOVER JUSTIÇA SOCIAL

No contexto brasileiro, a Constituição cidadã é um plexo de direitos individuais, políticos e sociais, que se efetivam e se aperfeiçoam baseados na autoridade partilhada entre Estado e sociedade civil, na melhor forma de realização democrática. De forma complementar, o gerencialismo vem buscando estabelecer mecanismos para superar as barreiras que comprometem a atuação estatal eficiente, entre eles a descentralização, a desregulamentação e a delimitação das funções estatais. O recorte proposto é justamente a delimitação das funções do Estado, ocorrida pela transferência das

de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 28 jan. 2019

⁴⁹GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência**, 2002. p. 89-90.

⁵⁰MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa – Emenda Constitucional nº 19/98**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

⁵¹BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador**, 2016.

⁵²"[...] governance is defined as the manner in which power is exercised in the management of a county's economic and social resources for development. WORLD BANK. **Governance and Development**. Washington: The World Bank, 1992. Disponível em: <[http:// documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governancedevelopment](http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governancedevelopment) >. Acesso em: 02 dez. 2018. p. VII "[...] a governança é definida como a maneira pela qual o poder é exercido na gestão dos recursos econômicos e sociais de um país para o desenvolvimento" (Tradução nossa).

atividades não essenciais para a iniciativa privada, ou seja, para o mercado e para a sociedade. Para a proposta se investiga o terceiro setor,⁵³ que mobilizando a sociedade civil, absorve parcelas de responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais, assumindo um espaço público não-estatal, realizando serviços não exclusivos do Estado, mas que compõem importantes direitos sociais garantidos constitucionalmente para promover justiça social.

De forma geral a delimitação das funções do Estado, não se tratou da redução do seu tamanho, mas sim na redefinição de suas atividades. A área de abrangência institucional foi dividida em três esferas de atuação: a) atividades exclusivas do Estado (núcleo estratégico, agências executivas ou reguladoras); b) os serviços não exclusivos do Estado (são os sociais e científicos, dadas as externalidades e os direitos humanos envolvidos, mais do que justificam, exigem forte financiamento do Estado); e c) a produção de bens e serviços para o mercado.

Para cada área corresponde uma forma de propriedade, dividida em estatal, e privada e pública não-estatal. A novidade surge na última modalidade, pois são “atividades que o mercado não pode garantir de forma adequada através do preço e do lucro. Logo, não devem ser privadas.”⁵⁴ É propriedade “pública, no sentido de que se deve dedicar ao interesse público, que deve ser de todos e para todos, que não visa ao lucro; “não-estatal” porque não é parte do aparelho do Estado.”⁵⁵ Esse tipo de propriedade ficou ao encargo do terceiro setor. Os serviços não-exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado foram transferidos para a iniciativa privada por meio da *publicização* (público não-estatal) e da privatização (privado) respectivamente, os primeiros destinados ao terceiro setor e os segundos ao mercado.

A decisão do Estado em transferir os serviços não exclusivos visava aumentar a participação e controle sociais na esfera pública, além de consolidar a autoridade partilhada entre Estado/sociedade civil na efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, a intenção era aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor.⁵⁶ Já quanto à produção de bens e serviços para o mercado, os objetivos eram dar continuidade ao processo de privatização, reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios naturais privatizados (as agências reguladoras), implantar contratos de gestão nas empresas que não puderam ser privatizadas, transformando-as em agências executivas.⁵⁷

A sociedade civil, organizada como terceiro setor entre o Estado e o mercado, surge como uma alternativa para a efetivação do direito fundamentais, pois é uma importante instância mediadora

⁵³O terceiro setor se refere à uma “expressão norte-americana (*third sector*), que designa o conjunto de entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos, que desenvolve atividades de relevância pública” NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, 2017. p. 667.

⁵⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do estado patrimonial ao gerencial. In Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, p. 222-259, 2001, p. 25.

⁵⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 25.

⁵⁶ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 47.

⁵⁷ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 47.

de interesses entre o público e o privado. Essa metodologia recebeu o nome *publicização* no gerencialismo e tornou as entidades que nela atuam públicas não estatais, “públicas, não porque pertençam ao Estado, mas porque exercem serviço público e administram o patrimônio público, sob o controle por parte do poder público e sem finalidade lucrativa.”⁵⁸

O terceiro setor tem como marco regulatório a Lei nº 13.019/2014, que consiste em parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil,⁵⁹ em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.⁶⁰

A atuação da sociedade civil organizada para realização de finalidades públicas é um importante instrumento de realização democrática, suprimindo lacunas do Poder público nessa tarefa. Para isso o Estado deve fornecer incentivos, protegendo tais iniciativas, fornecendo condições de desenvolvimento para essas atividades.

Uma das condições oferecidas pelo Estado é justamente a imposição de limitações⁶¹ ao seu poder de tributar quanto a instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviço das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos e que atendam às exigências legais.⁶² Outra forma é imunidade sobre as contribuições para o financiamento da seguridade social. O Estado, por meio da obediência às normas imunitórias, abre mão de parte de sua arrecadação para realizar atividades que geram benefícios à sociedade, estando voltadas à redução de desigualdades, carências e injustiças.⁶³

As imunidades configuram as “mais importantes limitações constitucionais ao poder de tributar,”⁶⁴ pois elas convergem com valores muitos caros à ordem democrática constitucional em que é dever do Estado preservá-las. É exatamente por este motivo que Edgar Neves da Silva assevera que: “não se deve considerar a imunidade como um benefício, um favor fiscal, uma renúncia à

⁵⁸DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 173.

⁵⁹ Nessa circunstância as organizações da sociedade civil podem ser entidades privadas sem fins lucrativos, as sociedades cooperativas ou as organizações religiosas, desde que preencham os requisitos do marco regulatório BRASIL, Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

⁶⁰BRASIL. **Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm#art88> Acesso em: 28 jan. 2019.

⁶¹ Constituição Federal, Artigo 150, inciso VI, parte final da alínea “c” e Artigo 195, parágrafo 7º.

⁶² Para que seja configurada a imunidade tributária, as instituições educacionais e de assistência social, sem fins lucrativos, devem atender aos requisitos previstos no Artigo 9º combinado com o Artigo 14, ambos do Código Tributário Nacional – CTN. BRASIL. **Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁶³ CARRAZZA, Roque Antonio. **A Imunidade Tributária das Fundações de Direito Privado, sem fins lucrativos: arts. 150, VI, c; 150 § 4º, e 195, § 7º da Constituição Federal**. Brasília: Rossetto, 2006, p. 27.

⁶⁴ BARRETO, Aires, BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades Tributárias: limitações constitucionais ao Poder de Tributar**, São Paulo: Dialética, 1999, p. 9

competência tributária, mas sim uma forma de resguardar e garantir os valores da comunidade e do indivíduo.”⁶⁵

Dessa forma as organizações sociais realizam atividades de auxílio ao Estado na consecução das finalidades públicas, como a proteção do mínimo existencial, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a garantia do desenvolvimento nacional. Neste sentido,

o que o art. 150, VI, “c”, quer é a colaboração destas entidades – particulares por natureza – com o Estado. Quer a Constituição não só incentivar pessoas privadas a que criem instituições de educação e assistência suprindo as deficiências da ação estatal, aperfeiçoando-a ou melhorando-a, como ainda visa a assegurar que essas entidades existam desembaraçadamente, inclusive quanto a encargos tributários.⁶⁶

Ao lado da função arrecadatória do Estado com a finalidade de custear a promoção dos direitos fundamentais também está a função de promover justiça social, esse é o fundamento para a imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social. É nesse ponto que a reforma gerencial cria condições para a atuação eficiente do Estado quanto à efetivação dos direitos fundamentais. Isso se dá ao proporcionar que a sociedade civil se organize e também seja responsável pela garantia de seus direitos na plena realização do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exposição desenvolvida acerca do tema efetivação dos direitos fundamentais levou às seguintes constatações:

- 1) O Estado de Direito se formou a partir dos ideais revolucionários franceses de liberdade, igualdade e fraternidade, todavia o pensamento liberal foi preponderante, considerando a liberdade individual como valor supremo, condicionando os demais direitos;
- 2) A democracia moderna foi desenvolvida da fusão entre a tradição liberal e a tradição democrática. A primeira privilegia valores como: liberdade individual, direitos humanos, império da lei. Já a segunda tem como valores nucleares: igualdade, soberania popular e identidade entre governos.
- 3) As transformações sociais e econômicas do início do século XX romperam com a esfera Liberal e introduziram a justiça social entre os objetivos estatais. A ascensão do *Welfare State* coroou a implementação de direitos sociais, além das garantias individuais. A partir disso a

⁶⁵ SILVA, Edgar Neves da. Imunidade e Isenção. In: *Curso de Direito Tributário*, Ives Gandra Martins (coord.), São Paulo: Saraiva, 2001, p. 208.

⁶⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29ªEd. São Paulo, Malheiros, 2013. p. 889.

- teoria constitucional passou a dividir os direitos subjetivos em negativos e positivos. Segundo a oposição clássica os primeiros são abstenções e os segundos exigem prestações estatais;
- 4) A transição democrática brasileira consolidada da Constituição Federal de 1988 exigiu uma nova postura do poder público, que, sob sua vigência, encontra fundamento na efetivação dos direitos fundamentais e na realização democrática;
 - 5) A Constituição Federal brasileira não assumiu pureza ideológica, consagrando direitos individuais, políticos e sociais, envoltos no regime democrático. Entretanto, o financiamento desses objetivos implica em um alto gasto público. Segundo a teoria de Holmes e Sustain todos os direitos subjetivos são positivos, pois todos demandam uma atuação estatal. Tornando-se descabida a concepção de que os direitos, classicamente denominados, negativos não demandariam custos para o Estado. Dessa forma a atividade fiscal do poder estatal é essencial para o financiamento das finalidades públicas;
 - 6) A reforma gerencial brasileira de 1995 foi implantada com objetivos mais profundos que o imediato, ou seja, superação da crise fiscal de 1980. Ela foi proposta como uma reforma de Estado. Objetivou a atuação pública eficiente, atingindo dimensões administrativas, políticas, econômicas e sociais;
 - 7) O gerencialismo tratou de delimitar as atividades do Estado, transferindo as funções não essenciais para a iniciativa privada, compreendida entre mercado e sociedade. Para isso utilizou a divisão de propriedades definidas em pública, privada e pública não-estatal. As primeiras continuaram sob a execução estatal, as segundas foram privatizadas para o mercado e as terceiras *publicizadas* para as organizações sociais. Esse fato alterou o papel preponderante do Estado em executar as atividades, passando a regulá-las, sempre visando a eficiência.
 - 8) No recorte proposto, a delimitação das funções estatais gerou o protagonismo das organizações civis para cumprir as finalidades públicas, em uma autoridade partilhada com o Estado. O estudo foi direcionado especificamente visando as atividades das instituições educacionais e de assistência social. Essas organizações, regulamentadas pela Lei 13.019/2014, desempenham uma relevante função de efetivação de direitos sociais, constitucionalmente garantidos;
 - 9) Pelo ajuste gerencialista, em conformidade com a Lei Maior, cabe ao poder público garantir as condições necessárias para incentivar e manter as atividades das organizações civis. Nesse sentido, as imunidades tributárias especificadas na Constituição Federal no Artigos 150, inciso VI, parte final da alínea “c” e 195, parágrafo 7º são formas de contemplar esse encargo social partilhado com o Estado;

- 10) No contexto se propôs encontrar o fundamento da dicotomia do Estado em limitar seu poder de tributar, por meio das imunidades, diante de sua função preponderantemente fiscal, como principal fonte de custeio das finalidades públicas e cumprimento dos mandamentos constitucionais;
- 11) Contudo, se ponderou a lógica constitucional que legitima o poder estatal por meio da efetivação dos direitos fundamentais e da realização democrática. Posteriormente, se avaliou os ajustes gerenciais ao transferir para as organizações civis a execução de alguns direitos sociais, no caso, a educação e o assistencialismo social. Por último, se conclui que as imunidades tributárias, das quais gozam as instituições educacionais e de assistência social, encontram fundamento na justiça social enquanto fim maior do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARRETO, Aires, BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades Tributárias: limitações constitucionais ao Poder de Tributar**, São Paulo: Dialética, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre [sic!] a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm#art88> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, 1995.

BRASIL. **Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do estado patrimonial ao gerencial. *In* Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, p. 222-259, 2001.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **Regular os reguladores**. 2018. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=7230>>. Acesso em 10 ago. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**. *In*: Revista de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro 51(1):147-156, jan. - feb. 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **O Modelo Estrutural de Gerência Pública**. *In*: Revista de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. v. 42, mar-abr, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. **A Imunidade Tributária das Fundações de Direito Privado, sem fins lucrativos: arts. 150, VI, c; 150 § 4º, e 195, § 7º da Constituição Federal**. Brasília: Rossetto, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FALZONE, Guido. **Il Doveri di Buona Amministrazione**. Milão: A. Giuffrè, 1953.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência**. São Paulo: Dialética, 2002.

GALDINI, Flávio. O custo dos direitos. *In*: **Legitimação dos Direitos Humanos**. Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar 2002. p. 139-222.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In*: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 189-209.

HOBSBAWM, Eric J. **A Revolução Francesa**. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

ITALIA. **Costituzione Italiana Edizione in Lingua Portoghese**. Tradução Paula Queiroz. Roma, SenatodellaRepubblica, 2018.

KJAER, Anne Mette. **Governance**. Cambridge, Polity Press, 2011.

- LUÑO, Antônio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid:Tecnos, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** 14ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa – Emenda Constitucional nº 19/98**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ªEd. São Paulo: Martins Fortes, 2007.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III. 1995.
- POLLITT, Christopher. The New Public Management: An Overview of Its Current Status. In: **Administratie si Management Public**. nº 8. București. Editura ASE. 2007. Disponível em <<https://www.ceeol.com/search/journal-detail?id=534>>. Acesso em: 02 dez. 2018.
- SILVA, Edgar Neves da. Imunidade e Isenção. *In: Curso de Direito Tributário*, Ives Gandra Martins (coord.), São Paulo: Saraiva, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª. Ed., rev., atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SPASIANO, Mario. **Il Principio di Buon Andamento: dalmeta giuridico alla logica del risultato in senso giuridico**. Italia: ReportAnnuale, 2011
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 8ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Traduzido por Yvonne Jean. 2ª Ed. Brasília: Editora da Unb, 1982.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale**. 4ª Ed. Pádua: CEDAM, 2004.
- WORLD BANK. **Governance and Development**. Washington: The World Bank, 1992. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governancedevelopment>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

**ANÁLISE DO RISCO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO RE 574.706 NO CONTEXTO
DO INTERESSE SOCIAL, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA
SEGURANÇA JURÍDICA¹**

**ANALYSIS OF THE RISK OF MODULATION OF EFFECTS IN SR 574,706 IN THE
CONTEXT OF SOCIAL INTEREST, PROTECTION OF CONFIDENCE AND LEGAL
CERTAINTY**

Anderson Weber²

Letícia Abati Zanotto³

RESUMO

Pelo presente estudo, Inicia-se a pesquisa utilizando-se como método científico de abordagem o hermenêutico, e como método de procedimento, o bibliográfico, os quais buscam desenvolver o tema através da análise do risco de modulação de efeitos no RE 574.706/PR. A presente pesquisa tem como objetivo, ao final, concluir se os fundamentos arguidos em se de embargos declaratórios opostos pela PGFN encontram fundamento para o deferimento de modulação de efeitos da decisão do Plenário do STF que determinou a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições sociais PIS e COFINS.

PALAVRAS-CHAVE: Embargos declaratórios.Exclusão de ICMS.Risco de modulação.

ABSTRACT

For the present study, the research is started using as a scientific method of approach the hermeneutic, and as method of procedure, the bibliographic, which seek to develop the theme through the analysis of the risk of modulation of effects in RE 574.706 / PR. The purpose of the present research is to conclude that the grounds defended in case of declaratory embargoes opposed by the PGFN find grounds for the approval of modulation of effects of the decision of the Plenary of the STF that determined the exclusion of ICMS from the basis of calculation of contributions PIS and COFINS.

KEYWORDS: Declaratory embargoes.Exclusion of ICMS.Modulation risk.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o risco de modulação dos efeitos da decisão no RE 574.706. Com a tese fixada pelo STF no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS, e posteriormente com os embargos declaratórios opostos pela PGFN, faz-se necessário verificar quais são os fatores determinantes para Corte ao julgar o recurso e decidir sobre

¹ Artigo submetido à banca avaliadora do II Congresso Interacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais e II Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos – PPG Direito – Faculdade de Direito – UPF.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: andersonzweber@gmail.com.

³ Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora PROBIC/FAPERGS integrante do projeto de pesquisa Relações de Poder e o Poder Municipal no Estado Brasileiro. E-mail: 152562@upf.br.

o pedido de modulação. Desse modo, este estudo tem por objetivo verificar a presença do interesse social no pedido de modulação dos efeitos e analisar o princípio da proteção da confiança como elemento de manifestação da segurança jurídica.

Com o fim de analisar o tema proposto, é realizada exposição dos argumentos lançados pelos Ministros no julgamento do RE 574.706, de modo a relevar os motivos que fundamentaram a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a posição do STF. Na sequência, o exame dos fundamentos que embasaram o pedido de modulação dos efeitos no recurso da PGFN, pois a problemática nasce com esta insurgência.

Por conseguinte, o interesse social tomará grande destaque, isso porque, inicialmente, o Direito Constitucional contemporâneo transmite o dever de todos os poderes públicos zelar pelo espírito da Constituição, compreendendo, assim, princípios constitucionais como a boa-fé, a proteção da confiança, a moralidade administrativa, a legalidade, a segurança jurídica, e outros princípios não menos importantes do Estado Democrático de Direito.⁴⁵

Esse dever de cumprir o Direito também estende-se as disposições infraconstitucionais,⁶ como é o caso do art. 926 do CPC: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. E no mesmo contexto, o art. 927, §3º do mesmo diploma processual dispõe que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Pretende-se, ainda, no campo dos princípios da proteção da confiança e da irretroatividade da lei analisar se estes manifestam-se como elementos da segurança jurídica, fundamento, lançado pela PGFN para requerer a modulação dos efeitos da decisão do STF, uma vez que a Súmula 654 da Corte expressa a irretroatividade da lei como direito e garantia fundamental, aquela prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Com efeito, mencionados princípios também poderão apresentar-se como limitações do poder de tributar.

As considerações finais residem na verificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se ocorreu modificação do entendimento em prejuízo das Fazendas Públicas.

⁴CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

⁵ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁶NERY JÚNOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

1 - A POSIÇÃO DO STF SOBRE EXCLUSÃO DO ICMS DO PIS E DA COFINS - RE 574.706/PR

Ao julgar o RE 574/706/PR (Tema 69), no mês de março de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), deve ser excluído da base de cálculo das contribuições sociais PIS e COFINS, onde o valor das contribuições são incorporados ao preço dos produtos finais.⁷

Os ministros entenderam que o ICMS não está inserido no conceito de faturamento ou receita bruta da atividade mercantil e, com efeito, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não podendo, assim, integrar a base de cálculo de contribuições que são destinadas ao financiamento da seguridade social.⁸

Para o Plenário do STF, a definição de faturamento já encontrava-se sedimentada em diversos julgamentos da Corte, como por exemplo, já fora tratada em julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, que abaixo transcreve-se algumas passagens:⁹

[...] “faturamento não pode soar o mesmo que receita, nem confundidas ou identificadas com as operações (fatos) ‘por cujas realizações se manifestam essas grandezas numéricas’.

[...] Como se vê sem grande esforço, o substantivo receita designa aí o gênero, compreensivo das características ou propriedades de certa classe, abrangente de todos os valores que, recebidos da pessoa jurídica, se lhe incorporam à esfera patrimonial. Todo valor percebido pela pessoa jurídica, a qualquer título, será, nos termos da norma, receita (gênero). Mas nem toda receita será operacional, porque pode havê-la não operacional. Segundo o disposto no art. 187 da Lei nº 6.404/76, distinguem-se, pelo menos, as seguintes modalidades de receita: i) receita bruta das vendas e serviços; ii) receita líquida das vendas e serviços; iii) receitas gerais e administrativas (operacionais); iv) receitas não operacionais.

[...] De modo que o conceito legal de faturamento coincide com a modalidade de receita discriminada no inc. I do art. 187 da Lei das Sociedades por Ações, ou seja, é ‘receita bruta de vendas e de serviços’. Donde, a conclusão imediata de que, no juízo da lei contemporânea ao início de vigência da atual Constituição da República, embora todo faturamento seja receita, nem toda receita é faturamento. Esta distinção não é nova na Corte. A acomodação prática do conceito legal do termo faturamento, estampado na Constituição, às exigências históricas da evolução da atividade empresarial, para, dentro dos limites da resistência semântica do vocábulo, denotar o produto das vendas de mercadorias e de serviços, já foi reconhecida nesta Corte, no julgamento do RE 150.764. (...) Este mesmo preciso conceito do significante faturamento, como receita bruta proveniente de venda de mercadorias e de serviços, foi, aliás, fixado e adotado no julgamento da ADC 1. (...).

Por não constar nenhum pleito quanto a modulação dos efeitos da decisão, a Ministra Cármen Lúcia assentou que, por ausência de pedido expresso nos autos, não se vota sobre modulação, mas

⁷ Supremo Tribunal Federal. **RE 574.706**, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁸ Supremo Tribunal Federal. **RE 574.706**, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁹ Supremo Tribunal Federal. **RE 574.706**, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

que tal matéria poderia ser enfrentada em julgamento de embargos de declaração, devidamente acompanhado de elementos para análise do pedido.¹⁰

Logo, a PGFN, inconformada com a decisão prolatada pelo Plenário do STF, opôs embargos declaratórios ao acórdão alegando a existência de (a) erro material, no que se refere a interpretação do art. 187 da Lei n.º 6.404/76; (b) omissão, por constatar falta de análise da similitude existente entre o caso e o julgamento dos RE's 212.209/RS e 582.461/SP; (c) contradição, face as interpretações doutrinárias utilizadas; e (d) obscuridade, por existência de fundamentos diversos e falta de clareza.¹¹

Postulou, ao final, a modulação de efeitos para que a decisão proferida passe a produzir efeitos após o julgamento dos embargos e resolução de todas as questões pendentes, tudo diante do impacto e abrangência que a matéria julgada ocasionará no orçamento público.¹²

Para tanto, a PGFN, no pedido de modulação de efeitos da decisão arguiu que a decisão do Plenário viola a segurança jurídica do Estado frente a injustificada surpresa da exclusão de recolhimento de tributo; a violação da confiança jurídica depositada na norma jurídica; e a presença de interesse social pela continuação de arrecadação de receitas para manutenção de serviço público de grande importância social.¹³

2 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – MODULAÇÃO DE EFEITOS

Mauro Capelletti ponderou,¹⁴ em análise ao controle judicial das decisões legislativas no Direito Constitucional contemporâneo, que presente o aspecto mais sedutor, audaz e, de certa forma, mais problemático do fenômeno, pois “[...] está, de fato, justamente aqui, neste encontro os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz”.

De igual forma, porque presente o efeito declaratório nas sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato/concentrado e no controle concreto/difuso de

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. **RE 574.706**, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

¹¹ Supremo Tribunal Federal. **RE 574.706**, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

¹² Supremo Tribunal Federal. **RE 574.706**, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

¹³ Supremo Tribunal Federal. **RE 574.706**, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984. p. 26.

constitucionalidade,¹⁵ pelo efeito declaratório revelar-se na sentença que reconhece a constitucionalidade da norma.

No controle de constitucionalidade, se procedente a ação, a norma é declarada compatível com a Constituição, e, conseqüentemente, válida. Do mesmo modo, mas com efeito inverso, ocorre na sentença que reconhece a inconstitucionalidade, que também possui atributo declaratório, pois o vício da inconstitucionalidade ocasiona a nulidade da norma.¹⁶

Em suma, o caráter declaratório das decisões proferidas no controle, segundo Sacha Calmon, e assentado na Constituição Federal, promove o efeito da eficácia *ex tunc*, atributo das sentenças classificadas como declaratórias. Por consequência, esta espécie de provimento judicial lança efeitos aos fatos sucedidos no passado,¹⁷ e alcança também os fatos futuros.¹⁸

Sobre o tema, plausivelmente, Teori Zavascki pontua-o da seguinte forma:¹⁹

‘A Corte’ explicou o Ministro Brossard, ‘verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é um diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab intio não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso efeito *ex tunc*.

Até meados de 1999, a questão não encontrava-se positivada, todavia, o STF não deixou de proferir decisões, sendo que em várias oportunidades atribuiu efeitos modulatórios conforme a Constituição e demais dispositivos infraconstitucionais.

Com o advento da Lei 9.868/1999,²⁰ o direito brasileiro recebeu um modelo diferenciado para o exercício do controle de constitucionalidade nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. O art. 27 da referida legislação deu maior enfoque ao tema quando dispôs que:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 80.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 48-49.

¹⁷ Fator que deu causa a pedido de modulação de efeitos no RE 574.706/PR.

¹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 84.

¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 48-49.

²⁰ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, Teori Zavascki:²¹

Mutatis Mutandis, é justamente esse o quadro suposto pelo art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.99, o de um manifesto conflito entre valores constitucionais de mesma hierarquia: de um lado, a nulidade do ato; de outro, o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Tendo de dirimi-lo, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera ser mais relevante na situação em causa, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formados, com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula. Isso é julgar, não legislar. O legislador criou normas para disciplinar situações futuras. O Supremo, ao aplicar o art. 27 da Lei 9.868/99, 10.11.1999, faz juízo de valor sobre fatos já passados.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro passou a permitir um modelo diferenciado do praticado antes da entrada em vigor da legislação citada, visto que, com a Lei 9.868/99 passou-se a declara a nulidade parcial de dispositivos inconstitucionais, e não a totalidade da lei.

3 - ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA DEFERIMENTO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS

Para que a PGFN tenha seu pedido de modulação de efeitos deferido, é imprescindível que os seus argumentos sejam passíveis de aplicação no caso analisado pela Corte no RE 574.706/PR, sendo que, ainda, a análise de alteração da jurisprudência dominante do STF é fator relevante para o pedido.

Para caracterização da segurança jurídica no em tela, o elemento da confiança também deve se fazer presente, uma vez que apresenta-se como elemento de manifestação de segurança jurídica. Com efeito, para que a norma declarada inconstitucional mereça proteção da segurança jurídica, é necessário apurar se a norma declarada inconstitucional é digna de confiança,²² o que não verifica-se presente no caso.

Visto que, como mencionado inicialmente, o fundamento da inconstitucionalidade atribuído à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS se deu diante da equivocada aplicação do conceito de faturamento, e a forma como este estava sendo atribuído sobre as contribuições sociais.

Ademais, como assentado por DERZI,²³ o fundamento do princípio da proteção da confiança e da irretroatividade é encontrado na base dos princípios e direitos fundamentais individuais, e que não é permitido ao estado reivindicá-las, competindo exclusivamente ao particular.

No que tange a presença de interesse social para modulação de efeitos da decisão, de igual forma não se verifica presente, uma vez que não há uma delimitação precisa que possa identificar este argumento como fator determinante de modulação de efeitos

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 50.

²² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo; Malheiros, 2011. p. 536.

²³ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações ao poder de tributar**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 85.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do estudo apresentado, consubstanciado na avaliação do risco de modulação de efeitos no RE 574.706/PR, sob o enfoque das razões da proteção da confiança, da segurança jurídica e do interesse social, é possível apresentar uma resposta ao tema, se presente ou não o risco de deferimento de efeitos modulatórios da decisão do STF.

Para tanto, foi necessária a abordagem de uma soma de fatores, na qual começou com breve explanação dos argumentos lançados pelo Plenário do STF no acórdão de declarou inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais PIS e COFINS.

Num segundo momento, sob uma análise mais técnica, abordou-se o controle de constitucionalidade, o qual permite compreender que a modulação de efeitos é decorrente do caráter declarativo da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, ao passo que acarreta o efeito *ex tunc* as decisões, permitindo-se então, a depender do caso em análise, restringir total ou parcialmente os efeitos da decisão.

Por conseguinte, tratou-se da fundamentação utilizada pela PGFN no pedido de modulação: (i) proteção da confiança do Estado; (ii) da segurança jurídica; e do (iii) interesse social. Todos, necessários para análise do pedido pela Corte.

Assim, após todos os fundamentos expostos, foi possível concluir que os elementos arguidos pela PGFN nos embargos declaratórios não estão presentes no caso em análise, uma vez que mostraram-se desprovidos de comprovação maior para representar eventual grave risco que a não modulação dos efeitos da decisão do Plenário do STF no RE 574.706 poderá ocasionar nas receitas pública.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. **Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* p. 446-463. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica:** entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo; Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: **proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações ao poder de tributar**. São Paulo: Noeses, 2009.

NERY JÚNOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Supremo Tribunal Federal. **Notícias. RE 574.706/PR**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338378>. Acesso em 20 dez. 2018.

Supremo Tribunal Federal. **RE 574.706**, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Supremo Tribunal Federal. **Súmula 654**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 15 nov. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

A POSSIBILIDADE DA DEMOCRACIA TRANSNACIONAL COMO VALOR CIVILIZATÓRIO E SUA CONSTRUÇÃO POLÍTICO JURÍDICA

THE POSSIBILITY OF TRANSNATIONAL DEMOCRACY AS A CIVILIZING VALUE AND ITS LEGAL POLITICAL CONSTRUCTION

Francine Cansi¹

Paulo Márcio Cruz²

RESUMO

Pretende-se pesquisar a forma pela qual deve dar sentido e responder ao déficit democrático que resulta da governança global, através do direito internacional. As normas jurídicas que regulam as condições da vida social, econômica e política não são mais o produto exclusivo de processos democráticos, considerando, por exemplo, o papel regulador do direito internacional dos direitos humanos, na qual, cada vez mais afirma o direito de determinar a situação normativa dos cidadãos dos estados democráticos, sem, ao que parece, qualquer conexão significativa com a ideia de legitimidade democrática. Seguindo o paradigma liberal, entende-se que os estados-nação e uma sociedade mais ampla tendem a assumir que uma maior participação da sociedade civil e de seus atores interessados na governança global, baseado na justiça equânime, ajuda a aumentar sua legitimidade.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Democracia. Sociedade. Transnacionalidade.

ABSTRACT

It is intended to investigate the way in which it should give meaning and to respond to the democratic deficit that results from global governance, through international law. The legal norms that regulate the conditions of social, economic and political life are no longer the exclusive product of democratic processes, considering, for example, the regulatory role of international human rights law, in which it increasingly affirms the right to determine the normative situation of citizens of democratic states, without, it seems, any significant connection with the idea of democratic legitimacy. Following the liberal paradigm, it is understood that nation-states and a broader society tend to assume that a greater participation of civil society and its actors interested in global governance, based on equitable justice, helps to increase its legitimacy.

KEYWORDS: Citizenship. Democracy. Society. Transnationality.

INTRODUÇÃO

¹Doutoranda em Ciência Jurídica Univali/UPF em Dupla Titulação com o Doutorado (IUACA), Alicante/ Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(Unisc/RS). Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) Universidade de Passo Fundo- UPF/RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Processual Civil. Docente de Graduação e Pós-Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Professora colaboradora do Projeto de Extensão Balcão do Trabalhador. (francinecansi@upf.br).

²Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo- UPF/RS. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália, Delaware, EUA. (pcruz@univali.br).

As constituições dos estados territoriais dependem necessariamente de um *demos* comum, ou em outros contextos, são usadas como ferramentas de paz internacional e, ao mesmo tempo, buscam criar um *nomos* compartilhado que pode constituir uma política capaz de executar funções além das fronteiras. Mas, embora a soberania nacional permaneça legitimamente enraizada nas decisões democráticas e na vontade popular daqueles que vivem em uma entidade territorial pré-definida, a constituição nacional fornece a base última de legitimidade legal para governança e assim define e limita a força interna do direito internacional.

Contudo, os sistemas de 'lei' global, propriamente dito, são estabelecidos onde os participantes e observadores codificam obrigações normativas em termos da divisão binária legal / ilegal, com alguma forma de infraestrutura legal, e, para julgar conformidade.

Logo, o déficit democrático que resulta da globalização e da fragmentação das funções de governança, surgiu na literatura sobre a democratização da governança global que pode em linhas gerais,³ ser descritas em argumentos que localizam a prática da democracia dentro do quadro westfaliano, e que exigem afirmação da importância da soberania para proteger a democracia interna; ou o estabelecimento de um estado democrático (federal) global; ou o estabelecimento de um pacto de paz entre estados democráticos.⁴

Argumentos a favor das formas compensatórias de democratização em nível global, principalmente por meio da aplicação do princípio parlamentar da democracia às organizações internacionais;⁵ ou o aprimoramento de sua responsabilidade perante as pessoas afetadas por suas atividades regulatórias.

Os contextos que procuram submeter às condições amorfas referidas como "globalização" às restrições disciplinares da democracia, aplicando o princípio do direito democrático cosmopolita às comunidades políticas fragmentadas do destino; permite que os discursos globais dominantes sejam desafiados, proporcionando papel maior para organizações não-governamentais internacionais e outros atores da sociedade civil.

Diante disso, pretende-se pesquisar por meio da revisão bibliográfica a forma pela qual deve dar sentido e responder ao déficit democrático que resulta da governança global, através do direito internacional.

1 - DEMOCRACIA TRANSNACIONAL

³MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio. **Possibilidades para a transnacionalidade democrática**. Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul, nº 44, p. 3-26, jul/dez., 2010.

⁴NEVES, Marcelo. **(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. Lua Nova, São Paulo, vol. 93, p. 201-233, 2014.

⁵NEVES, Marcelo. **(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. Lua Nova, São Paulo, vol. 93, p. 201-233, 2014.

A presença de uma sociedade civil internacional que vê o mundo como um horizonte participativo tornar-se um fato que as classes políticas internacionais têm que levar em conta. Deste ponto de vista, o debate insere-sena qualidade deliberativa dos atores da sociedade civil global, que poderá contribuir para o surgimento de uma esfera pública global necessária para a definição de governança democrática global.

1.1 - A soberania territorial no direito internacional

A justificativa para o fortalecimento da soberania, para uma confederação de estados democráticos, ou a replicação de instituições estatais em nível global não reconhecem e acomodam a natureza existente da governança global, que opera sem fronteiras jurisdicionais claramente definidas ou estrutura constitucional abrangente.⁶ A respeito do direito e a globalização, destaca sobre "governança global" que investiga a transformação da lei em face da erosão do poder estatal e da descentralização das atividades econômicas transfronteiriças, Boaventura de Sousa Santos e César A. Rodríguez Garavito, escrevem:

La perspectiva de la gobernanza nos trae a la memoria las preocupaciones de los pragmatistas sociales y de los realistas jurídicos estadounidenses acerca de la ingeniería social que inspiró la primera generación de académicos y practicantes del movimiento «derecho y desarrollo» en los años sesenta. Por otro lado, los académicos de la hegemonía, a su vez, se apoyan en una rica tradición de teoría social crítica del derecho, que incluiría autores como Marx en el pasado o Bourdieu y Foucault en el presente, para mostrar la contribución del derecho a la resistencia y también la persistencia de la dominación al interior y más allá de las fronteras nacionales. Pero como se explicará después, al destacar el momento de la hegemonía dejan a un lado el de la contra hegemonía, que al menos desde Gramsci ha venido ocupando el centro de la teoría social crítica.⁷

Para serem reguladores ativos, é necessário demonstrar para as sociedades democráticas, a inclusão dos interesses e perspectivas daqueles sujeitos ao regime, mecanismos institucionalizados para assegurar a representação de diversidade de perspectivas nos procedimentos legislativos; tomada de decisão após deliberações fundamentadas; adoção de regulamentos compatíveis com as normas internacionais de direitos humanos.⁸

A legitimidade democrática para o direito na era moderna depende de uma comunidade internacional de estados democráticos (deliberativos) para as atividades reguladoras globais de atores não estatais; e a aceitação de cada sistema jurídico (autônomo) de que deveria estruturar suas relações

⁶CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a democracia**. Miolo Revista, vol. 15, p. 44-99, 2009.

⁷SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodríguez (eds). **El derecho y la globalización desde abajo-Hacia una legalidad cosmopolita**. Rubi (Barcelona): Anthropos, 2007, p. 11.

⁸MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

NEVES, Marcelo. **(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. Lua Nova, São Paulo, vol. 93, p. 201-233, 2014.

com outros sistemas legais por referência à ideia de autoridade democrática, levando em conta as lições do construtivismo e da escolha racional. O desafio é encontrar o pluralismo aplicável para a democracia, partindo-se da proposição de que “democracia” seja um valor civilizatório.⁹

Quanto aos fundamentos voltados às sociedades democráticas, Gomes e Mazzuoli,¹⁰ sugerem que o direito internacional interage com o direito constitucional democrático e territorial, descrevendo a reciprocidade de direitos individuais, destinada a permitir o reconhecimento de outras normas internacionais dentro dos sistemas constitucionais, proporcionando garantias adequadas de atender às necessidades e padrões de um País.

[...] la «brecha regulatoria» de la economía global se deriva de la divergencia entre el derecho y los actuales procesos económicos. Semejante divergencia es el resultado de las diferentes escalas o niveles en los cuales operan las actividades económicas globales y las legislaciones estatales nacionales, y de las dificultades que los Estados-nación afrontan cuando desean aplicar su lógica reguladora jerárquica a las industrias cuyos sistemas de producción globalizados se cimientan en una combinación del mercado con una lógica organizativa de funcionamiento en redes.¹¹

Deste modo, ainda que se queira recorrer aos padrões clássicos de soberania, é imprescindível destacar que a própria atuação do Estado quando condescende ao direito internacional traduz-se na manifestação da sua atividade soberana. Desta feita, a elaboração - e a adesão - de tratados internacionais pode ser vista como “a sua plena manifestação, pois a celebração de um tratado é precisamente um dos mais importantes exercícios de soberania por parte do Estado”.¹²

Disso infere-se que a eventual alegação de competência específica dos Estados ou mesmo de violação da sagrada soberania estatal no campo da proteção dos direitos humanos encontra-se terminantemente ultrapassada. Tudo isso porque a soberania já não pode sustenta-se como um conceito que se oponha as modificações que a nova ordem internacional, diante das formas de solidariedade, humanidade e dos direitos do homem nos diferentes Estados, bem como a experiência de universalização e mundialização dos direitos humanos propõem e se constitui em atributo inalienável de todos os povos inaugurando seu direito imprescritível à autodeterminação e, pertencendo ao substrato social e não ao Estado.¹³

A este propósito Hildebrando Accioly particulariza as capacidades estatais que conceberiam expressões da soberania interna e externa, compondo que a soberania interna compreende os direitos:

⁹DONNELLY, Jack. **The social construction of international human rights**. Relaciones Internacionales, n.17, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.relacionesinternacionales.info/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

¹⁰GOMES, Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹¹SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodríguez (eds). **El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita**. 2007, p. 12.

¹²RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fávio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77-78.

¹³FURLAN, Fernando de Magalhães. **Integração e soberania: o Brasil e o Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 79.

De organização política, desde que não sejam ofendidos os direitos de outros Estados; formular as próprias leis e aplicá-las a nacionais e estrangeiros; de jurisdição, submetendo à ação dos próprios tribunais as pessoas e coisas que se achem no seu território, estabelecer a sua organização judiciária [...]. A soberania externa compreende vários direitos, entre os quais se salientam: o de ajustar tratados ou convenções, o de legação ou de representação, o de fazer a guerra e a paz, o de igualdade e o de respeito mútuo. Por outro lado, destaca-se que a transformação radical no conceito de soberania para o momento em que a humanidade conheceu a declaração dos direitos humanos. No cenário internacional de proteção, os Estados perdem a discricionariedade de internamente, a seu alvedrio e a seu talante, fazer ou deixar de fazer o que bem lhes convier.¹⁴

Por outro lado, Accioly,¹⁵ estabelece que um conceito mais condizente com a realidade contemporânea é aquele que abarca a cooperação internacional dos Estados em benefício de finalidades comuns, na qual o direito internacional tenta restringir o comportamento hegemônico abusivo por determinados estados, cujas ressalvas são semelhantes às da constituição, nas quais buscam independentemente da reciprocidade, disseminar normas e ações que posterguem os direitos humanos. Tais posturas implicam em justificações e desafios normativos diferentes.

Como explicam Steiner, Alston e Goodman,¹⁶ a consubstancialidade entre o Estado e o direito internacional é construída sobre a noção de estado, baseado no princípio central da soberania, mas o compromisso com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta das Nações Unidas, a Declaração e Programa de Ação de Viena e outros instrumentos internacionais de direitos humanos sobrepõem a territorialidade.

É uma realidade político-jurídica que se evidencia no fato de que não se podem evocar os direitos soberanos para explicar qualquer descumprimento de acordos internacionais em matéria de direitos humanos. O reconhecimento das obrigações *erga omnes* por todos os sujeitos do Direito Internacional busca garantir o interesse público internacional, cujas obrigações, se traduzem na relação de todos os Estados vinculados pela norma e, não bilateralmente em relação a cada Estado. Assim, essas obrigações encontram-se vinculadas a respeito em relação a todos os outros Estados sujeitos à norma que a estabelece.¹⁷

Portanto, a soberania, em seu conceito contemporâneo, é balizada pelo direito, sendo que na esfera internacional, tal direito é o próprio direito internacional, e no que concerne este estudo, a construção político-jurídica como valor civilizatório em uma democracia transnacional.

1.2 - A Democracia Transnacional como construção político-jurídica

¹⁴ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 105.

¹⁵ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁶ STEINER, Henry J; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International human rights in context: law, politics, morals**. 3. Ed. New York: Oxford University Press, 2007.

¹⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito internacional público – conceitos e fontes**. Lisboa: Lex, 1998, p. 136-138.

Nas últimas décadas, tem havido uma onda de interesse interdisciplinar na investigação das transformações sociais relativas a um conjunto complexo sobre o transnacionalismo. No início do século XXI, o Estado se transformou em social, após a insurgência da globalização, ou mundialização e transnacionalização, como leciona Lenio Streck,¹⁸ o Estado de Direito majora à juridicidade liberal um “teor social”, unificando a limitação de sua atuação como mecanismos de alcance da paz social pela solidariedade.

Denota-se, portanto, que os Estados Democráticos efetivam-se no processo de democratização, inclusive no sistema internacional, como menciona Norberto Bobbio,¹⁹ o qual complementa que, “todas as fórmulas ideais, também pertencem não à esfera do ser, mas à esfera do dever ser”. A ideia central dessa abordagem é que, em vez de tratar a democracia como um conjunto idealizado de instituições que precisam ser induzidas para além do Estado, é preciso pensar sobre os princípios fundamentais que a democracia exige sob as condições existentes.

Esses valores podem incluir inclusão, igualdade, controle popular, transparência, responsabilidade, deliberação ou qualquer outra coisa. Esses valores devem ser buscados em diferentes locais institucionais por vários atores em um processo em andamento. Não exige nenhum ponto final específico para trabalhar.

Nesse pensamento, De Búrca²⁰ identifica igualdade política, participação e representação como valores-chave, pela busca de responsabilidade, deliberação e contestação em diferentes espaços, em que as ordens jurídicas globais realmente permitam que esses valores venham à tona. Ulrich Beck²¹ ensina que a validade para a democracia transnacional encontra-se nas estruturas e formas de vida política necessária para a criação de governança mais democrática, do nível local ao global, impulsionando a “democracia cosmopolita”, que leva à incidência de direitos políticos e sociais distintos.

Notadamente, a dimensão política sobre estruturas de governança global, formas de intervenção internacional ou uma sociedade civil global emergente e uma dimensão sociológica ou cultural que não podem ser garantidos dentro dos limites territoriais dos estados-nação, mas devem “afirmarem-se em nível global”, como termo de cooperação e da adesão formal a uma comunidade

¹⁸STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁹BOBBIO. Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução: NOGUEIRA, Marco Aurélio. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 13.

²⁰DE BÚRCA, Grainne. **Developing democracy beyond the state**. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, n. 2, p. 101–158, 2008. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cjtl46&div=13&id=&page=>>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

²¹BECK. Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus: Antworten auf Globalisierung*.

política com direitos civis, políticos e sociais igualitários. A ideia básica envolve direitos individuais universais e a noção de que cada pessoa é "um cidadão do mundo".²²

A transnacionalidade insere-se sob as condições da globalização, todas as nações, estados e civilizações que interagindo ativamente umas com as outras, com regras e normas de funcionamento dos sistemas econômicos e políticos estão se tornando mais próximas, mas qualquer civilização valoriza altamente os fundamentos culturais dos quais sua própria identidade depende.²³

De fato, a interação é realizada não por algumas civilizações abstratas, mas por pessoas que carregam diferentes valores culturais e civilizacionais. No entanto, as motivações ideacionais junto com o enquadramento cultural e civilizacional de ações não apenas de indivíduos, mas também de comunidades muito maiores de pessoas como nações ou estados frequentemente assumem um significado tão particular que podem agir, sem exagero, no papel do bem.

O grande desafio para o século XXI, como destaca Paulo Cruz,²⁴ será a constituição de uma Sociedade Democrática transnacional, respeitadora das diferentes concepções humanas, fundamentada na paz, na preservação da vida, na justiça social e no acesso de todos ao bem-estar. Para que isso possa se concretizar é necessária uma disposição para tentar novas formas e meios para fundar alguns novos alicerces.

O primeiro deles diz respeito à evolução da democracia, sem restrições entre os indivíduos e grupos de uma sociedade,²⁵ cujo processo de transição passaria de democracia representativa para a democracia participativa.²⁶ Porém, em uma sociedade fundada em desigualdades sociais e econômicas, não é possível propor participação sem distribuição riqueza. Nesse sentido, como forma de justiça a ser aplicada à globalização baseia-se no conceito de que o desenvolvimento social produz a equidade e, em uma perspectiva econômica é aquela que decorre da distribuição justa da riqueza.²⁷

A mobilidade de bens, serviços e seres humanos envolve um repensar do conceito de política, bem como uma reconfiguração não apenas teórica da governança em uma escala supranacional e subnacional. A abordagem participativa da democracia pressupõe uma substancial separação entre contradições sociais e tradução política, assumindo assim uma formação das identidades e interesses como um processo político exógeno.²⁸

²²VAZ, Domingos Martins; REIS, Liliana. **Das cidades-estado às cidades-globais: o papel das cidades na governança global.** JANUS.NET e-journal of International Relations, Lisboa /Portugal, v. 8, n. 2, Nov.2017-Abr. 2018.

²³BOUTELIGIER, Sofie. **Cities, networks, and global environmental governance: spaces of innovation places of leadership.** New York: Routledge, 2013. 240 p.

²⁴CRUZ, Paulo Márcio. SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno. In: CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI.** Itajaí: Universidade do vale do Itajaí, 2011.

²⁵HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechtes und des demokratischen Rechtsstaats,** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

²⁶CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a democracia.** 2009.

²⁷VAZ, Domingos Martins; REIS, Liliana. **Das cidades-estado às cidades-globais: o papel das cidades na governança global.** Nov.2017-Abr. 2018.

²⁸CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a democracia.** 2009.

A participação também tem a função de delinear as características de uma sociedade participativa capaz de promover a dignidade da pessoa humana num contexto orientado para o bem comum que se assente nos princípios da solidariedade, concebida como ação coletiva pelo bem comum. Partindo dessa premissa, emerge a concepção da democracia participativa por Paulo Cruz e José Sirvent:²⁹

A deliberação participativa só pode ser alcançada em um ambiente de igualdade, inclusão e transparência nas arenas físicas de discussão e deliberação em que todos aqueles potencialmente interessados podem racionalmente argumentar suas preferências em vista do bem comum, em que um ordenamento público de governança transnacional não é uma utopia nos moldes de outras propostas. A utopia dela derivada – uma ordem transnacional que ultrapasse o Estado Constitucional Moderno – é, igualmente formal.³⁰

E, o projeto de desenvolvimento democrático dentro e além dos estados pressupõe a existência de instituições globais que dão aos indivíduos o status de “Habitantes do mundo” como parte de uma concepção pós-nacional de cidadania. Como argumenta Bouteligier,³¹ o fenômeno da Transnacionalidade fará emergir novas posturas consolidando outras identificações culturais, promovendo e assegurando paz e vida qualitativa, não baseada, apenas, em critérios econômicos.

As raízes dessa visão remontam a Rousseau, cuja concepção de que a participação de cada cidadão na tomada de decisões políticas é de vital importância para o funcionamento do Estado, lançou as bases para as teorias sobre democracia participativa. Os teóricos modernos sobre democracia participativa não querem limitar a participação à tomada de decisão política, mas enfatizam que a participação deve abranger áreas como o local de trabalho e as comunidades locais.³²³³

Os democratas participativos acreditam que a participação tem várias funções na democracia. A primeira é a função educativa: os cidadãos podem aumentar suas habilidades cívicas e se tornar mais competentes se participarem da tomada de decisões públicas. Uma segunda função da democracia participativa é a função integrativa.³⁴³⁵

²⁹CRUZ, Paulo Márcio. SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno. 2011.

³⁰CRUZ, Paulo Márcio. SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno. 2011, p. 55.

³¹BOUTELIGIER, Sofie. **Cities, networks, and global environmental governance: spaces of innovation places of leadership.** 2013. 240 p.

³²DEMAJOROVIC, Jaques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa.** São Paulo: EditoraSenac, 2003.

³³STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

³⁴PATEMAN, C. **Participação e teoria democrática.** Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

³⁵ALVES, Fernando, SOUZA, Matheus. **Democracia participativa: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular.** Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28. p. 107-124, 2018.

A participação contribui para que os cidadãos se sintam cidadãos públicos, parte de sua comunidade. Como consequência, eles também podem se sentir mais responsáveis pessoalmente por decisões públicas. E em terceiro lugar, a democracia participativa contribui para uma maior legitimidade das decisões. Como argumentou Rousseau, a participação desempenha um papel importante na produção de regras aceitáveis para todos.³⁶

Denota-se, portanto, a transnacionalidade oferta a mudança social, econômica e política e, ao mesmo tempo, impõe uma reflexão sobre a Democracia e seus fundamentos, bem como seu exercício e seus limites.³⁷ Notadamente, para se estabelecer novos modos de vida e de governança que possibilite o interesse e o desenvolvimento comum, deve-se compreender a importância da ação política diante da globalização, estendendo a politização a serviço dos cidadãos e estruturas de governança com alicerce em novas formas de Democracia, baseada na responsabilidade e consciência dos cidadãos, sob pena de retrocesso.

1.3 - Cidadania transnacional: possibilidades dos novos tempos

A transnacionalidade propõe, em função da sua própria nomenclatura, um debate sobre o processo de transição entre o plano internacional – entre nações – para transnacional – para além das nações em torno de questões com base em um diálogo político, econômico, social e jurídico, que é travado para além das fronteiras nacionais. A partir destas reflexões, no cotejo entre a liberdade, autonomia e participação nos rumos políticos do Estado, Perez Luño considera que:

[...] a união entre cidadania e nacionalidade não se deu de modo pacífico: Estado liberal e Estado-nacional possuem conceitos distintos e contrapostos de nação. O nacionalismo leva a uma exaltação de características específicas identitárias nacionais, postuladas como uma ideologia ou cosmovisão política, o que é incompatível com o liberalismo.³⁸

Em uma sociedade pluralista, os cidadãos possuem a pretensão de regular a sua convivência conforme os princípios que venham encontrar aceitação de todos. Dessa forma, encontrando igual proteção, status, estabilidade e condições sociais, políticas e econômicas enquanto cidadãos, ou membros de uma comunidade.³⁹

³⁶ ALVES, Fernando, SOUZA, Matheus. **Democracia participativa**: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. 2018.

³⁷ FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho**. Artigo ofertado pelo autor no Seminário de Engenharia Transnacional e Sustentabilidade, no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Área de concentração: Fundamentos do Direito Positivo. Linha de pesquisa: Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade da Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI, em 24 e 25 de setembro de 2012.

³⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica**. 8ª ed., 3ª ed. en Mergablum, Sevilla, 2002, p. 195.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechtes und des demokratischen Rechtsstaats. 1992.

Assim como muitas alterações colaboraram para a formação do panorama da sociedade atual, o papel do cidadão também se transformou. Embora as pertinências do cidadão permaneçam fortemente ligadas a seu vínculo com o Estado, novos pontos de vista necessitam ser considerados.⁴⁰

Nesta perspectiva, para discorrer sobre a Cidadania Transnacional é imperioso abstrair os interesses pessoais do cidadão, atrelados com os direitos civis e políticos. É preciso proferir novas condições para que este novo modelo de Cidadania seja conformado levando em consideração o vínculo antropológico comum aos seres humanos.

É possível abrangente a existência de uma mudança de pensamento em relação ao vínculo humanitário que precisa ser fortalecido, diante daquilo que Adela Cortina denomina como “cidadãos do mundo”.⁴¹ Para Pérez Luño:

O reconhecimento da fragilidade política e legal do Estado através dos fenômenos de 'supra-Estado' (subordinação do Estado às organizações internacionais) e de 'infra-estado' (assunção de competências político-legais por entidades menores que o Estado), convida a admitir esse uso linguístico multilateral da ideia de cidadania.⁴²

Essa nova função a ser cumprida pelo cidadão do mundo expande os valores cívicos a serem consolidados, oportunizando a participação no panorama plural, à medida que colabora, ainda, para a instauração da identidade individual do sujeito. Além disso, ter direito a participar dos destinos da sociedade constitui ter o direito à democracia.⁴³ Contudo, uma cidadania plena, da forma como está proposta nesta pesquisa, precisa ser capaz de tolerar, respeitar ou integrar as diferentes culturas, proporcionando a inclusão dos membros da sociedade e não elemento que acirra o que é diferenciado.⁴⁴

Acidania se concentra em participação pelo bem coletivo; já não se refere apenas ao conjunto de civis e direitos políticos, mas também concebe a democratização como um lugar de extensão dos principais direitos sociais, relacionados a instituições assistenciais. Destarte, há o entendimento de que os Estados estão se adequando a essa realidade, perdendo parte de sua soberania, ao mesmo tempo, levando os indivíduos a aceitarem as condições impostas pelas regras da globalização.⁴⁵

⁴⁰ ALVES, Fernando, SOUZA, Matheus. **Democracia participativa**: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. 2018.

⁴¹ CORTINA, Adela. **Ciudadanos Del mundo**: hacia una teoría de La ciudadanía. Alianza Editorial. Madrid, 2001. Ou Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo: Loyola, 2005.

⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica**. 8ª ed., 3ª ed. en Mergablum, Sevilla, 2002, p. 181.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 2000.

⁴⁴ ALVES, Fernando, SOUZA, Matheus. **Democracia participativa**: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. 2018.

⁴⁵ BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito internacional público – conceitos e fontes**. 1998.

O que interessa aqui é como renovar um discurso sobre democracia e cidadania em uma era de evidente politização devido a alguns fenômenos sobre os quais não podemos morar agora, mas que literatura identificou no processo de transnacionalização gradual das redes sociais e relações políticas e na radicalização do processo de financeirização e a despolitização paralela da economia.

O termo “cidadania” é muitas vezes sobreposto à “nacionalidade”, ainda que os dois conceitos estão relacionados, embora analiticamente distintos. Sobre o técnico-legal ponto de vista, eles refletem duas estruturas diferentes: O conceito de “cidadania” tem sido largamente confinado a uma dimensão doméstica até agora, enquanto a questão da “Nacionalidade” é frequentemente abordada no direito internacional. Cidadania, como um marco teórico conceito, descreve a relação entre um indivíduo e uma comunidade, uma vez que representa “coesão” em um mundo sujeito a uma “fragmentação” radical.⁴⁶

Deste ponto de vista, para ser ainda eficaz, a cidadania deve ser desprendida da dimensão interna para a qual historicamente tem sido vinculado. Embora esteja relacionado ao conceito de comunidade filiação, está essencialmente ligada à capacidade, concedida aos indivíduos, de influenciar um sistema de poder, participando assim do processo de tomada de decisão.

Mas governança é hoje realizada através de um conjunto de processos que, como resultado da globalização, e ocorrem independentemente do tamanho dos estados nacionais e são influenciados por vários atores sociais (públicos e privados) dentro dos quais existem indivíduos que, embora não gozem do estatuto de cidadãos num determinado território, são capazes de agir e influenciar seu governo.⁴⁷

Em tal ambiente, os cidadãos dentro de um estado ver a sua capacidade de controlar a comunidade política em que eles viver radicalmente reduzido. A cidadania nacional, portanto, passa por uma crise impondo uma reflexão sobre a necessidade de uma cooperação transnacional (ou pós-nacional) reconfiguração do mesmo conceito, ligado a um repensar de governança democrática. Estaria em curso, por conseguinte, a constituição de uma narrativa hegemônica sobre a globalização, composta por processos de cima para baixo, na aceção de que as instituições conferem os processos a pessoas e/ou grupos de pessoas.⁴⁸

Em certo sentido, a ideia de uma cidadania pós-nacional é já presente em algumas tentativas de construir segundo o modelo da União Europeia, de acordo com uma lógica de “Democracia participativa transfronteiriça”.⁴⁹ Na tentativa mais interessante de conceituar esse novo curso é

⁴⁶VAZ, Domingos Martins; REIS, Liliana. **Das cidades-estado às cidades-globais: o papel das cidades na governança global.** Nov.2017-Abr. 2018.

⁴⁷CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a democracia.** 2009.

⁴⁸VAZ, Domingos Martins; REIS, Liliana. **Das cidades-estado às cidades-globais: o papel das cidades na governança global.** Nov.2017-Abr. 2018.

⁴⁹VAZ, Domingos Martins; REIS, Liliana. **Das cidades-estado às cidades-globais: o papel das cidades na governança global.** Nov.2017-Abr. 2018.

fornecida por estudiosos que, a partir de David Held, propõem a construção de uma democracia cosmopolita. Destarte, o modelo a se convencionou em um plano político-jurídico, a partir da participação coletiva.

Tem-se que a deliberação democrática, especialmente em sua variante participativa, pode ser uma ferramenta útil contra os riscos da degeneração oligárquica das instituições da democracia liberal, uma vez que é capaz de integrar a lógica da representação e lógica da participação contenciosa, é ao nível do governo local que mostra sua real eficácia, expondo o aspecto essencial da direção política da os processos de globalização.⁵⁰

Ajunção a ser resolvida é o da governança por uma democracia global, já que, até o momento, não existe autoridade oficial que controle as ações no sistema mundial, mas também existem vários atores não oficiais que afetam suas operações e políticas. Nesse sentido, pode ser interessante pensar sobre o modelo cosmopolita democracia proposta por David Held. A descoberta dos riscos inerentes aos processos de transnacionalização da política e da economia leva a pensar sistematicamente sobre os significados e modelos da democracia.⁵¹

A globalização realmente limita a capacidade dos estados de tomar decisões vinculantes sobre importantes questões políticas e econômicas, que são deixadas na maior parte ao livre, e de alguma forma descontrolada, a ação de atores politicamente não-responsáveis. Isto exige uma redefinição dos padrões democráticos em escala global.⁵²

Porém, a transnacionalidade abre espaço para os discursos e práticas de igualdade porque favorece a relação entre o direito nacional e o direito internacional – e todas as instituições que o produzem, interpretam e forçam sua aplicação. O fato de que os indivíduos devem gozar de direitos e deveres iguais implica a partilha de uma estrutura única de ação que lhes permita prosseguir um projeto individual e coletivo. Um duplo processo de reforma do Estado e a reorganização da sociedade civil seria necessária para atingir este objetivo.⁵³

Um processo duplo de democratização em torno do princípio da democracia auto-governo que pode ser operacionalizado em todo o mundo através da construção de um estábulo relações entre redes de Estados e redes da sociedade civil, que podem ser fazer referência aos centros institucionais de autoridade.⁵⁴ Com base nessa mesma lógica, pela transnacionalidade os direitos do cidadão não

⁵⁰O'DONNELL, Guilherme. **Democracia, agência e Estado: teoria com intenção comparativa**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

⁵¹HELD, David. The transformation of political community: Rethinking democracy in the context of the globalization. In: ARCHIBUGI, D.; HELD, D.; KPHLER, M. (Eds.). **Re-imagining the political community: studies in cosmopolitan democracy**. Califórnia: Stanford University Press. 1998.

⁵²CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a democracia**. 2009.

⁵³BOUTELIGIER, Sofie. **Cities, networks, and global environmental governance: spaces of innovation places of leadership**. 2013. 240 p.

⁵⁴CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

podem mais negar a existência à vida na comunidade política, de que “cada um seja respeitado em sua dignidade humana como sujeito de direitos iguais”.⁵⁵

Dada a necessidade de equilibrar o impacto mais profundo nas sociedades com maior legitimidade, as instituições de governança global, emergindo da integração dentro de estruturas e novos filtros institucionais para que os atores da sociedade civil se adaptem a novas circunstâncias.⁵⁶

E, embora incorporados na sociedade civil global, é possível promover a inovação política e um amplo arquipélago de ativismo em termos de sua conceituação, formas organizacionais, comunicação, habilidades políticas e projetos concretos, fomentando princípios fundamentais que, apesar de terem se originado em um contexto cultural específico, pode ser compartilhado por atores culturalmente diversos. Estes princípios incluem tipicamente igualdade, justiça, paz, direitos humanos, autonomia e proteção ambiental, juntamente com o pluralismo de valores que servem como fonte de credibilidade para a transnacionalidade.⁵⁷

Contudo, para promover uma mudança, é necessária uma representação legítima em contraste com a situação nos assuntos internacionais, oferecendo uma resposta a representação de um interesse geral em vez de representar um eleitorado específico.⁵⁸ Assim, nota-se que o debate não se detém apenas ao surgimento de uma sociedade civil global, mas a uma internacionalização global, que são compostos por elementos internacionais para o bem comum.

Além disso, destaca-se que o desenvolvimento das sociedades civis não é apenas desigual, mas também multifacetado e diversificado; e pode não ser facilmente replicado através das fronteiras nacionais, regionais e culturais. Do mesmo modo, o alto grau de pluralismo de valores e visões políticas no domínio civil, e particularmente a tensão entre as abordagens universalistas, por vezes, é vista como uma barreira quase intransponível para um mercado genuinamente global.⁵⁹

Contudo, na visão de Marçal e Freitas,⁶⁰ um produto da hegemonia (principalmente ocidental) no mundo da sociedade civil, quando esta postura é adotada, costuma avançar para uma atitude tolerante de ouvir como, a mais favorável forma de facilitar os encontros culturais e políticos numa base genuinamente igualitária.

Quanto ao fortalecimento da legitimidade em nível internacional, a contribuição da sociedade civil tem sido cada vez mais reconhecida. Este resultado é de fato melhor alcançado quando a

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechtes und des demokratischen Rechtsstaats. 1992, p. 35.

⁵⁶ O'DONNELL, Guillermo. **Democracia, agência e Estado**: teoria com intenção comparativa. 2011.

⁵⁷ RUZ, Paulo Márcio. SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno. 2011.

⁵⁸ VAZ, Domingos Martins; REIS, Liliana. **Das cidades-estado às cidades-globais**: o papel das cidades na governança global. Nov. 2017-Abr. 2018.

⁵⁹ MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio. **Possibilidades para a transnacionalidade democrática**. jul/dez., 2010.

⁶⁰ MARÇAL, Julia Dambrós; FREITAS, Riva Sobrado de. **O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos**. Unoesc Internacional Legal, Chapecó, vol. 2, nº 1, p. 215-230, 2013.

autonomia da sociedade civil é preservada e um canal eficaz de comunicação das reivindicações políticas de base é estabelecido através desses atores.⁶¹

Para a noção de ordem jurídica, como fruto do interesse coletivo, trata-se de uma completa harmonia entre os integrantes da coletividade; e essa ordem: [...] poderia contar com a obediência voluntária de todos seus sujeitos, sendo ela completamente ‘justa’.⁶²O envolvimento empírico com a ética ressalta que o julgamento moral requer avaliação não apenas de princípios, mas também de consequências. Para responder à pergunta “o que fazer”, precisamos perguntar não apenas “o que é certo”, mas também “o que pode funcionar” para produzir resultados consistentes com nossos princípios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legitimidade da Democracia Transnacional como valor civilizatório e sua construção político jurídica para o direito na era moderna depende das seguintes condições (ideais): uma comunidade internacional de estados democráticos (deliberativos) para as atividades reguladoras globais de atores não estatais; e a aceitação por cada sistema jurídico (autônomo) de que deveria estruturar suas relações com outros sistemas legais por referência à ideia de autoridade democrática, levando em conta as lições do construtivismo e da escolha racional.

A democracia transnacional ainda é uma proposta sem capacidade de aplicação plena. Ela é mais um conceito e um valor de civilização transnacional do que propriamente uma possibilidade jurídica no âmbito transnacional. O que se pode tratar é de transdemocracia, ou seja, criar um processo de democracia transnacional para a republicanização da globalização.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, Fernando, SOUZA, Matheus. **Democracia participativa**: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28. p. 107-124, 2018.

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. **Human rights declaration the ASEAN**. Phnom Penh, Cambodia: ASEAN Statement & Communiqués, 19 November 2012. Disponível em: <<https://asean.org/asean-human-rights-declaration/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁶¹MARÇAL, Julia Dambrós; FREITAS, Riva Sobrado de. **O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos**. p. 215-230, 2013.

⁶²KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *General theory of Law and state*. P. 267.

- BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito internacional público – conceitos e fontes**. Lisboa: Lex, 1998.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: Wasistglobalisierung? Irrtümer des globalismus: antworten auf globalisierung.
- BOUTELIGIER, Sofie. **Cities, networks, and global environmental governance: spaces of innovation places of leadership**. New York: Routledge, 2013. 240 p.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução: NOGUEIA, Marco Aurélio. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CORTINA, Adela. **Ciudadanos Del mundo: hacia una teoria de La ciudadanía**. Alianza Editorial. Madrid, 2001. Ou Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo: Loyola, 2005.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Repensar a democracia**. Miolo Revista, vol. 15, p. 44-99, 2009.
- CRUZ, Paulo Márcio. SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno. In: CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí, 2011.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.
- DE BÚRCA, Grainne. **Developing democracy beyond the state**. Columbia Journal of Transnational Law, v. 46, n. 2, p. 101–158, 2008. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cjtl46&div=13&id=&page=>>. Acesso em: 12 dez. 2018.
- DEMAJOROVIC, Jaques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa**. São Paulo: Editora Senac, 2003.
- DONNELLY, Jack. **The social construction of international human rights**. Relaciones Internacionales, n.17, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.relacionesinternacionales.info/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.
- FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho**. Artigo ofertado pelo autor no Seminário de Engenharia Transnacional e Sustentabilidade, no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Área de concentração: Fundamentos do Direito Positivo. Linha de pesquisa: Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade da Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI, em 24 e 25 de setembro de 2012.
- FURLAN, Fernando de Magalhães. **Integração e soberania: o Brasil e o Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- GOMES, Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechtes und des demokratischen Rechtsstaats**, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HELD, David. The transformation of political community: Rethinking democracy in the context of the globalization. In: ARCHIBUGI, D.; HELD, D.; KPHLER, M. (Eds.). **Re-imagining the political community**: studies in cosmopolitan democracy. Califórnia: Stanford University Press. 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: General theory of law and state.

MARÇAL, Julia Dambrós; FREITAS, Riva Sobrado de. **O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos**. Unoesc Internacional Legal, Chapecó, vol. 2, nº 1, p. 215-230, 2013.

MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio. **Possibilidades para a transnacionalidade democrática**. Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul, nº 44, p. 3-26, jul/dez., 2010.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **O direito internacional e as normas de jus cogens**: uma questão filosófica. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. FIDES, Natal. v. 3. n. 1. Jan./jun. 2012.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

NEVES, Marcelo. **(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. Lua Nova, São Paulo, vol. 93, p. 201-233, 2014.

O'DONNELL, Guilherme. **Democracia, agência e Estado**: teoria com intenção comparativa. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

PATEMAN, C. **Participação e teoria democrática**. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica**. 8ª ed., 3ª ed. en Mergablum, Sevilla, 2002, p. 195.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fávio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César A. Rodríguez (eds). **El derecho y la globalización desde abajo- Hacia una legalidad cosmopolita**. Rubi (Barcelona): Anthropos, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002.

STEINER, Henry J; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International human rights in context: law, politics, morals**. 3. Ed. New York: Oxford University Press, 2007. p. 295.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. VII. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 416 p.

VAZ, Domingos Martins; REIS, Liliana. **Das cidades-estado às cidades-globais: o papel das cidades na governança global.** JANUS.NET e-journal of International Relations, Lisboa /Portugal, v. 8,n. 2, Nov.2017-Abr. 2018.

A COMPREENSÃO DEMOCRÁTICA A PARTIR DA TEORIA DA JUSTIÇA DE AXEL HONNETH

DEMOCRATIC UNDERSTANDING BASED ON AXEL HONNETH'S THEORY OF JUSTICE

Laura Dalmolin Vanzin¹

Marcio Renan Hamel²

RESUMO

A presente pesquisa aborda a compreensão de democracia presente na teoria da justiça de Axel Honneth. Para percorrer tal caminho, o texto está dividido em duas partes, sendo a primeira uma exposição acerca da ideia de reconhecimento e de justiça e, a segunda, sobre a própria democracia. Ao final, a conclusão aponta para o fato de que a ideia de democracia não adota um regime político democrático, mas múltiplas esferas determinantes para a criação de condições de implantação de uma consciência voltada ao agir democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Justiça. Reconhecimento.

ABSTRACT

This research approaches the understanding of democracy present in Axel Honneth's theory of justice. To follow this path, the text is divided into two parts, the first being an exposition about the idea of recognition and justice, and the second about democracy itself. In the end, the conclusion points to the fact that the idea of democracy does not adopt a democratic political regime, but multiple determining spheres for creation of the implantation conditions for an awareness directed to democratic act.

KEY-WORDS: Democracy. Justice. Recognition.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa apresenta uma análise da filosofia social e política de Axel Honneth, de forma específica, quanto à maneira pela qual se pode compreender a ideia de democracia a partir de sua teoria da justiça. Para viabilizar tal objetivo a presente investigação se ampara na obra *Luta por reconhecimento* e, de maneira principal, em *O direito da liberdade*, sendo este trabalho que apresenta uma reformulação em sua teoria da justiça, além de literatura secundária.

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito. Aluna pesquisadora do Projeto de Pesquisa Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais. Bolsista PIBIC CNPq. E-mail: 173232@upf.br.

² Pós-Doutor em Direito pela URI/Santo Ângelo-RS. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Uff-RJ. Professor do PPGDireito e da Faculdade de Direito UPF. Coordenador do Projeto de Pesquisa Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais. E-mail: marcio@upf.br.

Pode-se dizer que o tema democracia é caro à teoria crítica, tendo em vista que nem Adorno, tampouco Horkheimer, trataram diretamente da questão democrática, ainda que preocupados com a ideia marxiana de emancipação social. Coube a Habermas fazer a mea-culpa em relação a participação popular e apresentar uma defesa consistente tanto da democracia quanto do direito em *Direito e democracia*, no ano de 1992. Desde então, a democracia passa a uma reconciliação com a teoria crítica assim como o direito, merecendo agora lugar de destaque nesta produção intelectual significativa do século XX.

Habermas apresentou novas digressões em vários escritos posteriores à *Direito e democracia*, tais como *A inclusão do outro*, *Era das transições*, *Diagnósticos do tempo*, *O ocidente dividido*; sendo que em todos os textos defende uma visão positiva e procedimental da democracia, com espaço para a participação popular de forma direta e com poder de vincular a administração do Estado aos interesses populares.

Por um lado, Habermas enquanto herdeiro direto de Adorno acaba superando-o ao apresentar uma teoria discursiva do direito e da moral, ao passo que Honneth, herdeiro direto do próprio Habermas, apresentou uma teoria do reconhecimento, a qual de maneira sistemática pode ser vislumbrada em *Luta por reconhecimento*, onde também o direito aparece como uma das esferas de reconhecimento, mas também, recentemente, apresentou uma teoria da justiça em *O direito da liberdade*, onde a discussão democrática ganhou melhor contorno.

1 - RECONHECIMENTO E TEORIA DA JUSTIÇA

Em sua teoria do reconhecimento, Honneth compreende existir no âmbito da vida social uma espécie de infraestrutura normativa ancorada em expectativas de reconhecimento recíproco, entendendo, também, que o reconhecimento é um fato intrínseco ao ser humano. Em *Luta por reconhecimento*, o autor trabalha a tese de uma “luta por reconstrução da identidade”, a qual é entendida como uma “luta por reconhecimento”. Dentro desse quadro, Honneth apresenta uma ética do reconhecimento amparada em três padrões de reconhecimento intersubjetivo, quais sejam; amor, direito e solidariedade.

Neste contexto, o direito tem um aspecto importante quanto ao reconhecimento jurídico dos indivíduos, porém, tal forma de reconhecimento não se basta sozinha necessitando das outras formas para lograr êxito social. Passados quase vinte anos da publicação de *Luta por reconhecimento*, Honneth traz a público uma nova e exaustiva obra, *O direito da liberdade*.

Por óbvio, considerando o quadro contemporâneo da filosofia social e política, Honneth busca apresentar um projeto alternativo ao direito liberal, sem abdicar de uma teoria da sociedade, tal qual procede Habermas em *Direito e democracia*. Da mesma forma que na teoria de seu orientador

(Habermas) se encontra uma teoria da justiça aliada a uma teoria crítica da sociedade, também em Honneth as intenções normativas de uma teoria da justiça estão junto à teoria da sociedade, traduzindo-se em uma reconstrução normativa da atual eticidade denominada de pós-tradicional e pós-metafísica, entendendo-se como:

O processo pelo qual se procura implantar as intenções normativas de uma teoria da justiça mediante a teoria da sociedade, já que valores justificados de modo imanente são, de maneira direta, tomados como fio condutor da elaboração e classificação do material empírico.³

Por meio de uma reconstrução histórico-normativa, Honneth analisa as teorias liberais de justiça que comumente conceituam a democracia fixada aos elementos normativos para a garantia da segurança jurídica e autonomia individual (liberdade negativa); a justiça pautada na distribuição de bens para efetivar os direitos normativamente garantidos e o Estado democrático de direito como a única entidade habilitada a concretizar os princípios da justiça; avalia o afastamento dessas teorias com a práxis política e o problema de centralizar o Estado como ente incumbido de efetivar a justiça. Segundo Campello:

Trata-se de reconstruir criticamente as concepções de liberdade negativa e reflexiva a partir dos limites do vínculo pretendido entre teoria da justiça e teoria social, como vista a fundamentar o conceito de “liberdade social” – discutido fundamentalmente a partir de Hegel, Durkheim e Parsons.⁴

De maneira diferente de Habermas,⁵ Honneth desenvolve uma teoria da justiça firmada na concepção de autonomia relacional, que só pode ser conquistada por meio de relações intersubjetivas de reconhecimento, ou seja, quando indivíduos percebem na relação com outros que seus objetivos, habilidades e necessidades são dignos de valor; o Estado, no panorama da autonomia relacional, passa a ter sua função complementada pelas relações constituídas nas diversas esferas de ação.

O problema que persiste em relação à forma pela qual se entende as teorias da justiça, e aqui leia-se o liberalismo e o comunitarismo, reside no fato de que a compreensão dos esquemas oficiais com modelos distributivos e situação original não respondem a uma teoria da justiça social. Para Honneth, o indivíduo somente alcança a liberdade de autodeterminação quando aprende, em situações de reconhecimento recíproco, a compreender suas necessidades, convicções e habilidades, como algo a ser perseguido na esfera pública de sua vida.⁶

³ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 24.

⁴ CAMPELLO, Felipe. Do reconhecimento à liberdade social: sobre o “direito da liberdade” de Axel Honneth. **Cadernos e ética e filosofia política** (USP), v.2, 2014, p.191.

⁵ Habermas desenvolve a tese segundo a qual em sociedades modernas cidadãos e cidadãos alcançam a autonomia individual no momento em que participam de processos democráticos de formação da opinião e de vontade. HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt am Main. Shurkamp Verlag, 1992, p. 109-237.

⁶ HONNETH, Axel. **A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo**. *Civitas*, v.9, n.3, 2009, p. 360.

A diferença central dessa nova teoria da justiça com as anteriormente citadas reside no núcleo material da justiça, que passa de um modelo distributivo para relacional intersubjetivo: justo, portanto, se torna organizar a sociedade para que os princípios morais pré-estabelecidos conjuntamente possam ser concretizados no seio das relações intersubjetivas de reconhecimento. Como as relações sociais são historicamente estabelecidas, não se tem a possibilidade de deliberar, mesmo que ficticiamente, a matéria das nossas intenções, pois os princípios morais já estão institucionalizados, assim, os princípios de justiça inseridos nessas relações não podem ser espontaneamente criados, mas identificados e reconstruídos, visto que atuam como condição para a validade das mesmas.

Por meio dessa reconstrução, torna-se possível identificar princípios centrais de reconhecimento, que perpassam todas as relações, no seio dos quais os indivíduos alcançariam a autonomia individual ao participarem de processos democráticos de formação da opinião e vontade, além das demais esferas de reconhecimento recíproco, para definirem em conjunto os princípios da justiça social. Honneth intenta uma teoria formada por relações de reconhecimento, historicamente sempre já dadas, onde o indivíduo deve se contentar com a perspectiva da tomada de conhecimento e aceitação.⁷

2 - SOBRE A DEMOCRACIA

Honneth, essencialmente em sua obra *O direito da liberdade*, se propôs a reconstruir os princípios morais institucionalizados no seio das relações sociais indispensáveis à reprodução desses valores socialmente legitimados, que se entende por “reconstrução normativa”.⁸ Através da análise da teoria social, o autor intenta conceber uma noção de democracia ligada à sua teoria de justiça, que abarca a construção histórica de múltiplas esferas que suscitam a vivência democrática, tida como campo da liberdade social; para tanto, utiliza principalmente os estudos de John Dewey e Émile Durkheim.

Ao buscar a realização das liberdades sociais e de uma eticidade democrática, tem-se como núcleo a esfera política da deliberação e da formação da vontade pública como núcleo, tal ambiente não envolve somente o Estado, mas qualquer instituição que possibilite relações recíprocas e livres para que necessidades, habilidades e objetivos possam ser satisfeitos. A terceira esfera atingida pela reconstrução normativa e uma das fontes da liberdade social é a vida pública democrática (posterior às relações pessoais e econômicas), campo onde os indivíduos podem elencar coletivamente seus

⁷ HONNETH, Axel. **A textura da justiça; sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo.** *Civitas*, v.9, n.3, 2009, p. 361.

⁸ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade.** Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 24.

objetivos, debater suas convicções e construir seus interesses, os quais constituirão princípios legitimados pela legislação em conformidade com o Estado Democrático de Direito, campo das relações político-jurídicas.

Para o entendimento dominante, é através da instituição social chamada Estado que os indivíduos garantem os mais elevados níveis de liberdade social, pois é no seu seio que podem deliberar conjuntamente os interesses que mais desejam concretizar. No entanto, para que haja a formação da vontade democrática⁹ é necessário que os princípios liberais de autonomia e liberdade sejam afastados das relações sociais, visto que se não forem pautadas no reconhecimento recíproco, as condições de liberdade social não se realizarão nos demais campos de ação e, assim, carecerão de elementos para a garantia da participação livre e ilimitada no processo. Desse modo, a construção conjunta da vontade democrática deve estar amplamente estendida nos diversos ramos da vida social, sendo que a esfera da vida pública só concretiza seus próprios princípios de justiça após intensas lutas por liberdade e inclusão no seio das relações pessoais e econômicas.

Na Europa Ocidental, uma vida pública democrática só surgiu após a metade do século XIX;¹⁰ mesmo sob a influência dos princípios liberais, a ideia de uma esfera popular livre das deliberações e do poder abusivo do Estado, para que nele se possa construir opiniões políticas através do intercâmbio de falas e ideias, é resultado do movimento burguês contra a nobreza. Assim, durante o século XVIII, passa a surgir uma vida pública no sentido de união das vontades dos cidadãos em oposição ao ordenamento estatal do período; através da defesa do direito à liberdade, homens abastados passam a deliberar questões de interesse mútuo: é o surgimento de uma esfera de relações sociais entre o campo das famílias e o Estado. Esse espaço de discussão passa a criar o novo princípio de que toda atividade estatal sobre a comunidade política deverá ser compatível com as manifestações públicas da vontade popular; para que pudesse ser institucionalizado, foram necessárias diversas transformações sociais, políticas, econômicas e jurídicas, assim, criava-se uma esfera pública na qual questionava-se a legitimidade do poder existente, enfrentava-se as necessidades extremas e se fortalecia a identidade dos participantes, essencial ao desenvolvimento da autonomia coletiva.

Com a conquista dos direitos políticos criava-se um instrumento normativo baseado em relações mútuas; simultaneamente formaram-se condições comunicativas e discursivas às quais os indivíduos, em público, podiam se apropriar para decidir quais princípios de justiça deviam ser realizados, institucionalizando no interior dos recentes Estados democráticos uma concepção de liberdade não individualista, intersubjetiva, através de opiniões construídas em conjunto para elencar os princípios que os governantes, segundo os objetivos e necessidades sociais, deviam seguir; nesse sentido, “os direitos políticos, e mesmo o direito de voto num âmbito individual, não se dirigia ao

⁹Vide HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 468.

¹⁰ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 502.

indivíduo como indivíduo, mas ao cidadão como membro de uma comunidade de direito democrática”.¹¹ Todo esse processo de concessão e legitimação de direitos fundamentais pode ser entendido “como uma preparação da via institucional para uma terceira esfera de liberdade social”.¹²

A evolução da esfera pública ocorreu através da modificação e abrangência dos espaços de discussão política, criação de centros culturais e desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, com a função primordial de transmitir informações que servissem de base para a construção da opinião pública e a manutenção do processo de formação da vontade democrática; esse intercâmbio público de opiniões serve tanto para aumentar a capacidade de tratamento dos problemas sociais, como para efetivar os papéis recíprocos que visam concretizar os próprios interesses políticos individuais.

Sob a definição de Durkheim

Toda ação de governo é, antes de tudo, o resultado de um esforço cognitivo [...] e se assenta na observação e no controle para solucionar problemas sociais de maneira inteligente; nesse sentido o Estado é [...] o “órgão [especializado] do pensamento social”.¹³

Tal processo intelectual só será facilitado e abrangente quando os agentes identificarem claramente os problemas sociais, que só pode ocorrer através de instrumentos que estabeleçam a comunicação entre o governo e a população, sendo que quanto mais pessoas tiverem acesso à essas ferramentas e puderem expor suas preocupações e interesses, bem como mais reflexivas forem as informações a ponto de se transformarem em decisões comuns sobre assuntos gerais, mais inteligentes serão as soluções adotadas pelo Estado para resolver os problemas sociais.

Somente a partir desse limiar, no qual as instituições públicas da “deliberação” e da “ponderação” estejam socialmente institucionalizadas, é que Durkheim fala em “vida pública democrática”; ela é a garantia epistemológica de que em sociedades complexas, com divisão de trabalho, a ação política tenha capacidade de resolver os problemas de forma racional [...].¹⁴

Nesse sentido, para John Dewey “a democracia é a forma de governo superior porque faz uso da inteligência de todos os sujeitos implicados na superação reflexiva dos problemas da sociedade”,¹⁵ a defende, pois, a formação conjunta e democrática da vontade pública é elemento essencial para a auto realização individual. A vida pública democrática serve de base para o desenvolvimento de condições para uma vivência igualitária decorrente da construção de uma ideia conjunta dos objetivos e interesses comunitários que devem ser perseguidos pela ação política; para tanto, incita o

¹¹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 496.

¹² HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 497.

¹³ DURKHEIM, 1999, p. 155 apud HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 513.

¹⁴ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 514.

¹⁵ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 519.

intercâmbio de opiniões livre de coerção, a garantia de liberdades de opinião e participação política, bem como a disposição de elementos e condições de comunicação que possibilitem a livre expressão de pensamentos. Somente quando os indivíduos perceberem quais das consequências de suas ações conjuntas são dignas de serem aplicadas e almejadas para a totalidade da sociedade é que, de fato, se constitui uma vontade democrática; sobre isso.

Sobre os estudos de John Dewey e seus mestres, pode-se extrair a definição de “liberdade social na esfera civil da vida pública”,¹⁶ alcançada quando os processos intersubjetivos e não-coercitivos de comunicação atendem sua função de informar os acontecimentos sociais de modo a induzir os cidadãos a buscarem pela solução dos problemas conjuntamente, sendo que os membros da sociedade, em posição de igualdade de direitos e liberdades, se encontrariam aptos a deliberar entre si, cooperando para o progresso da comunidade em que vivem.

A inclusão fática dos cidadãos nos processos democráticos de formação da vontade depende de vários elementos que foram efetivados pouco a pouco para a aplicação do princípio da soberania popular. Honneth, baseado nesses estudos, elenca as atuais condições para o “exercício igualitário da liberdade social na vida pública democrática”:¹⁷ é necessário que haja garantias jurídicas positivadas; a existência de espaços de comunicação geral que superem as divisões de classe e permitam o intercâmbio livre de ideias; um sistema de meios de informação de massa que interpretem os problemas sociais e os transmitam ao público, assegurando a capacidade da formação da opinião pública através da informação imparcial; disposição popular para a criação de espaços de debate, pois para que os indivíduos alcancem a liberdade de uma autolegislação democrática é necessário que os debates sejam publicizados, difundidos nas vivências cotidianas através da realização voluntária de reuniões presenciais; e a existência de uma cultura política que incite o princípio de solidariedade, fundamental para a manutenção da vida pública, denominada por Durkheim como “moral cidadã”.¹⁸

Para que as deliberações públicas sejam reconhecidas, o modelo de Estado adotado deve estar comprometido a implementar o resultado da liberdade social exercida pelos cidadãos que chegam a um entendimento recíproco, ou seja, deve-se realizar pelo Estado democrático o resultado da opinião e vontade públicas através da via representativa, dependente de uma vida pública ativa que satisfaça às exigências normativas do Estado.

O Estado Moderno, a partir dessas noções, passa a ser entendido como um órgão reflexivo ou uma rede de esferas políticas em que os cidadãos que discutem e negociam entre si, mediados pelos partidos políticos, buscam transformar essas ideias em práticas as quais servem como solução moral

¹⁶ DEWEY, p. 155 apud HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 525.

¹⁷ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 555.

¹⁸ DURKHEIM, 1999, lições 4 a 7, apud HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 508.

e material aos problemas sociais. O Estado Democrático de Direito se ancora sobre a formação democrática da vontade comunicativa dos seus cidadãos, que serve de guia para analisar se os órgãos estatais cumprem suas tarefas; plano que já produz efeitos de legitimação.

Com o intuito de considerar o Estado moderno, em razão de suas condições de legitimação, um “órgão” ou uma corporação encarregada da implementação prática de resoluções democraticamente negociadas, temos um instrumento que nos possibilita determinar as oportunidades de realizar a liberdade social na esfera da atividade de Estado.¹⁹

Essa esfera política da formação da vontade popular tem certa prioridade em relação às outras duas esferas, porque, junto com o Estado Democrático de Direito, constitui o âmbito mais institucionalizado das relações sociais, único revestido de poder para utilizar das discussões e interesses públicos para estabelecer seus resultados a todos com o suporte de normas jurídicas; é o Estado que tem poder legítimo para transformar as demandas sociais em garantias jurídicas. Ademais, é nessa esfera se constituir um local de “autotematização reflexiva”,²⁰ isto é, somente no campo político-democrático as relações intersubjetivas são definidas pela troca de opiniões e ideias, o que constitui um processo reflexivo em si. Diferentemente das outras esferas relacionais, a liberdade social adquirida na participação da vida pública, meio no qual nos complementamos reciprocamente como cidadãos que debatem politicamente, não depende de um complexo institucional relacional baseado em necessidades naturais ou interesses vitais, mas de uma ânsia individual em colocar os objetivos particulares em segundo plano sob o bem-estar da comunidade e, de modo cooperativo, trabalhar em conjunto visando a melhoria das condições sociais de vida (princípio da solidariedade).

As possibilidades de inclusão dos cidadãos no processo democrático de uma sociedade, gozando todos os cidadãos os mesmos direitos, aumentam à medida em que nas outras esferas relacionais são realizados princípios de liberdade social, de modo que as teorias acerca da democracia deliberativa devem suceder condições justas nas outras duas esferas. Nesse sentido, a noção de eticidade democrática entende esse fenômeno quando considera democracia o conjunto de prática dos princípios de liberdade institucionalizados nas diferentes esferas relacionais; em todas as áreas devem estar presentes relações de reciprocidade, resultantes da atribuição de papéis aos membros. O processo de formação democrática só vai ser inclusivo, isto é, atingir todos os cidadãos, quando se entender a importância da luta por liberdade nas outras esferas, requisito para a liberdade social na esfera política. Nesse mesmo viés,

¹⁹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 586-587.

²⁰ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 633.

O sistema social da eticidade democrática constitui uma complexa rede de dependências recíprocas, na qual a realização da liberdade numa esfera de ação depende que que nas outras esferas também sejam realizados os princípios de liberdade fundamentais em cada caso [...].²¹

Assim, o processo democrático só atinge seu fim quanto à liberdade quando induz e fortalece as pretensões por liberdade social nas outras esferas, pois quanto mais próspera a realização da liberdade social naqueles âmbitos, mais incluídos, conscientes e despidos de coerções estarão os membros para participar do processo de formação da vontade democrática. As normas implícitas, resultantes do princípio institucionalizado da liberdade social, dentro do processo democrático fazem com que os indivíduos discutam e se preocupem com vários problemas, entre eles os que concebem as relações pessoais e sociais do trabalho; sem esse elemento, a liberdade resultante da formação democrática da vontade não seria possível e o processo democrático estaria comprometido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após proceder a análise às teorias de justiça tradicionais, vinculadas aos ideais liberais de liberdade e percebendo o distanciamento da filosofia política com o agir político, Honneth atua na reconstrução desses conceitos filosóficos que, ao buscar diagnosticar quais possivelmente tenham dado ensejo à separação, erige sua própria teoria de justiça, essencial à definição da democracia sob sua ótica. Percebe-se, com o exame das obras, que sua ideia de democracia se desvincula da adoção de um regime político democrático, mas envolve múltiplas esferas determinantes para a criação de condições que dão fomento a implantação duma consciência voltada ao agir democrático.

O processo de formação da vontade democrática está ancorado na construção histórica de um espaço comunicativo democrático (campo da liberdade social), onde a discussão e o intercâmbio de opiniões e ideias estejam sempre presentes; ademais, para a legitimação de um “nós” da vida pública democrática é visível a importância do desenvolvimento das tecnologias de mídia para a difusão dos debates, a participação em atividades civis, a generalização de direitos políticos, a existência de espaços de comunicação que ultrapassem as barreiras de classes e da constituição de um alicerce cultural que enseje o princípio da solidariedade e o interesse popular pelos assuntos públicos.

A vontade geral tem o poder de legitimar as ações políticas do Estado, inserido num conjunto de relações democráticas e afastado da centralidade de ente efetivador dos princípios de justiça, compreendido como o órgão responsável por refletir o pensamento social e comprometido a implementar o “resultado da liberdade social exercida pelos cidadãos que chegam a um

²¹ HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 632.

reconhecimento recíproco”²²; é uma rede de instâncias políticas na qual os cidadãos buscam transformar suas ponderações em soluções morais e materiais aos problemas sociais. A reconstrução normativa das esferas sociais e instituições relacionais de liberdade social, tanto individual como comunicativa, resultou na explanação do processo de formação da vontade democrática das sociedades ocidentais que, através da autolegislação decorrente, espera-se também uma difusão das possibilidades de liberdade nas outras esferas de ação. Nesse contexto, o direito somente teria a função de positivar os avanços alcançadas por meio da luta social pela efetivação da liberdade social nos três campos de ação relacional.

Assim, extraímos que a democracia é um conjunto de atividades estatais e não-estatais, assegurada por uma rede complexa de reconhecimento recíproco nas três esferas de ação, que viabilizam a realização da liberdade social e, por conseguinte, de uma vivência participativa e interessada. Portanto, a reconstrução normativa procedida pela teoria da justiça deve ter como objeto todas as relações intersubjetivas que ensejam o desenvolvimento da autonomia e dos processos democráticos, para que os sujeitos reciprocamente se reconheçam como seres iguais e livres.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CAMPELLO, Filipe. **O Hegel de Honneth**. *Pólemos*, Brasília, v.3, n.6, 2014, p.97-122.

CAMPELLO, Felipe. Do reconhecimento à liberdade social: sobre o “direito da liberdade” de Axel Honneth. **Cadernos e ética e filosofia política** (USP), v.2, p.186-197, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Shurkamp, 1992.

HONNETH, Axel. **A textura da justiça**: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. *Civitas*, v.9, n.3, 2009, p.345-368.

HONNETH. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009.

²² HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 583.

A PRESTAÇÃO DE SECURITY FOR COSTS NA JURISDIÇÃO ARBITRAL BRASILEIRA

THE CONCESSION OF SECURITY FOR COSTS IN THE BRAZILIAN ARBITRAL JURISDICTION

Letícia Abati Zanotto¹

Anderson Weber²

RESUMO

Esta pesquisa busca a análise do instituto do *Security for Costs* e sua utilização na jurisdição arbitral brasileira. Tem por objetivo dispor sobre o conceito de *Security for Costs*, requisitos e aplicabilidade da medida aos procedimentos arbitrais em que se opta pela observância da legislação brasileira. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo. A fim de alcançar o proposto, primeiramente é realizado a disposição do que é a arbitragem. Na sequência, abordou-se a medida de *Security for Costs*. Por fim, investigou-se acerca da aplicação da medida na jurisdição arbitral brasileira, concluindo pela aplicabilidade do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Jurisdição brasileira. Security for costs.

ABSTRACT

This research seeks the analysis of the Institute of Security for Costs and its application in the Brazilian arbitral jurisdiction. Its purpose is to provide the concept of security for costs, requirements and applicability of the measure to arbitration procedures in which the parts choose for the Brazilian legislation. The hypothetical-deductive method was used. In order to achieve the proposed, the disposition of what is arbitration is made first. Following was the explanation of Security for Costs measure. Finally, it was investigated the application of the measure in the Brazilian arbitral jurisdiction, concluding on the applicability of the institute.

KEYWORDS: Arbitration. Brazilian jurisdiction. Security for costs.

INTRODUÇÃO

Com o maior incentivo aos meios alternativos de resolução de controvérsias como a conciliação, a mediação e a arbitragem que possuem por objetivo comum a maior celeridade na apreciação e resolução das demandas, além de reduzir o volume de processos tramitando no judiciário, apresenta-se a necessidade de se disponibilizar maior conhecimento e informações acerca de seu funcionamento.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora PROBIC/FAPERGS integrante do projeto de pesquisa Relações de Poder e o Poder Municipal no Estado Brasileiro. E-mail: 152562@upf.br.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: andersonzweber@gmail.com.

Assim sendo, este trabalho tem o intuito de explorar a o tema da arbitragem com foco específico em uma das medidas que podem ser requeridas pelas partes e aplicadas pelo tribunal, o *Security for Costs*.

Trata-se de uma garantia de que a parte terá recursos para pagar às custas do procedimento arbitral caso não obtenha sucesso na demanda. Dessa forma pretende-se investigar sua promoção na jurisdição arbitral brasileira uma vez que é um instituto com maior aplicação e previsão na *Common Law*.

O trabalho inicia com a introdução sobre a jurisdição arbitral e versando brevemente sobre seu funcionamento. Logo após, é apresentado o *Security for Costse* como funciona sua aplicação no âmbito internacional com a exposição das principais previsões encontradas em legislação e no regulamento dos tribunais, além da proposta de requisitos universais para aplicação pelos árbitros. Por fim, analisa-se a Lei de Arbitragem e os regulamentos das principais câmeras arbitrais do país em busca de previsões a respeito da medida, e como sua aplicação pode ser realizada pelo país.

1 - A JURISDIÇÃO ARBITRAL

A arbitragem é meio de solução de controvérsias e tem regulamentação expressa na Lei nº 9.307/96, onde determina que poderão se submeter a arbitragem os litígios que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis envolvendo maiores e capazes (artigo 1º). Inclusive, a partir das modificações realizadas pela Lei nº 13.129/15 se permite que entes da administração pública direta ou indireta possam também se utilizar da via arbitral (§1º, art.2º).

É uma alternativa ao meio judicial de submissão dos litígios ea opção pela jurisdição arbitral não significa a exclusão do poder do estado, nem de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição presente no art. 5º, inciso XXXV³ da Constituição federal, pois é uma faculdade das partes, sendo o acesso à justiça ampliado e não reduzido.⁴

Esse acesso se dá por meio da manifestação autonomia da vontade e da consensualidade entre as partes que representam os pilares da arbitragem.⁵ É comumente escolhida como modalidade para dirimir os conflitos entre empresas e sua manifestação é demonstrada através da pactuação de uma convenção de arbitragem, que compreende a cláusula compromissória e/ou o compromisso arbitral.

³“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito[...]”. BRASIL. **Constituição federal da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 dez. 2018.

⁴ ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (orgs.). **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

⁵CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 1, p.21-31, jan./abr. 2004.

A cláusula compromissória é a cláusula inserida no contrato pelas partes no momento do fechamento do negócio quando não há litígio entre as partes. Nela irá constar a opção pelo uso da arbitragem em eventuais conflitos, também poderão ser escolhidos a câmara arbitral e a legislação aplicável ao procedimento. Quando há a presença desta cláusula, uma parte não pode decidir simplesmente submeter ao judiciário a demanda desrespeitando o pactuado. O próprio CPC prevê a convenção como matéria de defesa e vedação da resolução de mérito do processo, para que se respeite o que foi escolhido em comum acordo entre as partes.

A arbitragem poderá ser instaurada também na forma do compromisso arbitral, que pode ser utilizado no caso da cláusula compromissória se apresentar vaga ou quando não se tem a cláusula e se está diante de um conflito que as partes desejem resolver utilizando a arbitragem. O compromisso deve ser firmado entre as partes de acordo com o art. 6º da Lei de Arbitragem contendo as regras aplicáveis ao procedimento.⁶

Já a sentença decorrente do processo arbitral não possui a necessidade de ser homologada pelo Poder Judiciário, como acontece com acordos realizados fora do judiciário, pois com a Lei 9.307/96 a natureza jurisdicional da arbitragem teria sido reconhecida principalmente por meio dos artigos 18 e 31⁷ que dispõe respectivamente que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” e “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.⁸

Isso posto, se tem que “a arbitragem se apresenta, assim, como o meio cada vez mais adequado para a solução de divergências, atendendo aos anseios do mercado, a saber: segurança jurídica, previsibilidade das decisões e uma justiça ágil”⁹. Desse modo, para que o processo seja proveitoso em sua totalidade é necessário que as partes e os operadores de direito conheçam os recursos aplicáveis ao procedimento. Em seguida, se destaca o *Security for Costs*.

2 - SECURITY FOR COSTS

⁶ RANZOLIN, Ricardo. O procedimento arbitral. In: MOTTA JR., Aldemar, et al.(orgs). **Manual da arbitragem para advogados**. Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁷ ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **A cláusula compromissória arbitral: uma perspectiva comparada do direito canadense e do direito brasileiro**. Tese de doutorado em direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

⁸ BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁹ MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A cláusula compromissória no direito societário. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coords.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.133.

Também conhecido por *advanceoncosts* é aplicado comumente nas arbitragens internacionais e especialmente em países que adotam o sistema da *CommonLaw*, como uma garantia ou antecipação do pagamento dos custos do procedimento arbitral quando uma das partes envolvidas apresenta insuficiência financeira. Funciona como um resguardo à parte contrária no caso da parte sucumbente não tenha capacidade de pagar os custos sucumbenciais.¹⁰

Integra as questões preliminares do procedimento, uma vez que não tem ligação com o mérito da causa. Não obstante este recurso possa ser utilizado por ambas as partes no processo, é de grande utilidade para a parte requerida. Isso se dá em razão de sua posição no procedimento, pois a parte requerente tem a chance de realizar análise da situação financeira da requerida antes do início do procedimento, enquanto a requerida não possui a mesma oportunidade e a medida acaba fornecendo essa segurança já no começo do procedimento.¹¹

Trata-se de medida de caráter cautelar, porém, na esfera internacional nem todos os países permitem que o árbitro tenha o poder de concessão de tutelas de urgência, reservando este poder apenas ao Estado encontrando-se cerca de três posicionamentos diferentes no sentido de permitir com competência concorrente estatal, não reconhecer este poder e permitir que as partes escolham se desejam ou não conceder.¹²

É um instituto que tem aplicação em grande parte dos casos a partir da previsão de medidas de urgência como no caso da Lei modelo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional) sobre Arbitragem Comercial Internacional em seu art. 26, da *International Chamber of Commerce (ICC)* no art. 28, *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)* no art. 23, *International Centre for Dispute Resolution (ICDR)* no art. 24 e o *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* no art. 47.

No entanto, possui previsão específica no interior de documentos como o *English Arbitration Act 1996*, seção 38 (3)¹³ e regulamentos como a *London Court of International Arbitration (LCIA)* no art. 25.2,¹⁴ o *Singapore International Arbitration*

¹⁰ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem comercial internacional e acesso à justiça: o novo paradigma do *thirdpartyfunding***. Tese de doutorado em direito das relações econômicas internacionais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014. p.190.

¹¹ KARRER, Pierre A.; DESAX, Marcus. Security for costs in international arbitration: why, when, and what if...in: BRINER, Robert (ed.). **Law of international business and dispute settlement in the 21st century**. Colony: Carl Heymanns, 2001. p.349-353.

¹² COSTA, Marcos Gomes da. **Tutela de urgência e processo arbitral**. Dissertação de mestrado em direito defendida em 10 de junho de 2013 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

¹³ “**Section 38 General powers exercisable by the tribunal. (3) The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration.**”. **Seção 38 Poderes gerais exercíveis pelo tribunal. (3) O tribunal pode ordenar que um reclamante providencie caução para as custas da arbitragem (tradução livre) THE NATIONAL ARCHIVES. Arbitration Act 1996**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/38>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

¹⁴ “25.2 *The Arbitral Tribunal shall have the power upon the application of a party, after giving all other parties a reasonable opportunity to respond to such application, to order any claiming or cross-claiming party to provide or procure security for Legal Costs and Arbitration Costs by way of deposit or bank guarantee or in any other manner and upon such terms as the Arbitral Tribunal considers appropriate in the circumstances. Such terms may include the*

Centre(SIAC) na regra 27(j),¹⁵ no Hong Kong International Arbitration Centre(HKIAK) no art.24¹⁶ tendo a partir de 2018, previsão também no *Vienna International Arbitral Centre* (VIAC) nos arts. 33 (6) e (7).¹⁷

Todavia, a aplicação do instituto, tanto nos casos de previsão expressa como na sua aplicação indireta por meio da previsão de medidas de urgência tendem a apresentar lacunas quanto aos requisitos necessários para que esta medida seja concedida pelo tribunal. Pensando nisso, o *Chartered Institute of Arbitrators* em 2015 publicou o documento intitulado *International Arbitration Practice Guideline: Applications for Security for Costs*.

Nele segundo sua introdução, constam as melhores práticas em relação à aplicação do security for costs. Versa sobre as situações enfrentadas na arbitragem quanto a falta de fundos para o pagamento das custas e propõe aos árbitros, além de outras considerações que lhe sejam relevantes, a atenção a 3 aspectos das demandas para a sua concessão:

- i) As chances de sucesso da(s) demanda(s) (artigo 2); ii) A capacidade da parte de satisfazer uma decisão contrária de custas e a disponibilidade de bens da parte para a execução da

provision by that other party of a cross-indemnity, itself secured in such manner as the Arbitral Tribunal considers appropriate, for any costs and losses incurred by such claimant or cross-claimant in complying with the Arbitral Tribunal's order. Any amount payable under such cross-indemnity and any consequential relief may be decided by the Arbitral Tribunal by one or more awards in the arbitration. In the event that a claiming or cross-claiming party does not comply with any order to provide security, the Arbitral Tribunal may stay that party's claims or cross-claims or dismiss them by an award." 25.2 O Tribunal de Arbitragem terá o poder sobre a aplicação de uma parte, depois de dar a todas as outras partes uma oportunidade razoável para responder a tal solicitação, ordenar a qualquer parte reclamante ou reclamado que forneça ou obtenha segurança para Custos Legais e Custos de Arbitragem por forma de depósito ou garantia bancária ou de qualquer outra forma e em termos como o Tribunal Arbitral considere apropriado nas circunstâncias. Tais termos podem incluir a provisão por aquela outra parte de uma indenização cruzada, ela mesma garantida da maneira que o Tribunal Arbitral julgar apropriado, por quaisquer custos e perdas incorridos por tal reclamante ou reclamado em cumprimento à ordem do Tribunal de Arbitragem. Qualquer quantia pagável sob tal indenização cruzada e qualquer liberação resultante podem ser decididos pelo Tribunal de Arbitragem por uma ou mais decisões. No caso de uma parte reclamante ou reclamada não cumprir com qualquer ordem para fornecer segurança, o Tribunal Arbitral poderá suspender as reclamações ou reivindicações cruzadas da parte ou dispensá-las por decisão (tradução livre). LCIA. **LCIA arbitration rules (2014)**. Disponível em: <http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2025>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁵ "Rule 27: Additional Powers of the Tribunal j. order any party to provide security for legal or other costs in any manner the Tribunal thinks fit". 27. Poderes Adicionais do Tribunal j. determinar à parte que forneça garantias ao pagamento dos custos legais ou demais custos da forma que o Tribunal entender cabível (tradução livre). SIAC. **SIAC rules 2016**. Disponível em: <<http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>>. Acesso em: 14 dez. de 2018.

¹⁶ "Article 24 – Security for Costs The arbitral tribunal may make an order requiring a party to provide security for the costs of the arbitration" Artigo 24- caução para as custas- o tribunal arbitral poderá requerer a uma parte que providencie a caução para as custas da arbitragem (tradução livre). HKIAC. **Administered arbitration rules 2018**. Disponível em: <http://hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/HKIAC%20Rules%20-26%20Sept%202018.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2018.

¹⁷ Artigo 33 (6) O tribunal arbitral pode, a pedido do demandado, ordenar ao demandante que preste uma caução para garantir o pagamento dos custos se o demandado demonstrar que, com um grau de probabilidade suficiente, o recebimento de um potencial pedido de custas está em risco. Ao decidir sobre um pedido prestação de caução para garantia de custos, o tribunal arbitral deverá dar a todas as partes a oportunidade de apresentar seus pontos de vista. (7) Se uma das partes não cumprir uma ordem do tribunal arbitral para prestar caução para garantia de custas, o tribunal arbitral poderá, mediante requerimento, suspender total ou parcialmente, ou encerrar, o processo (Artigo 34, parágrafo 2.4). VIAC. **Regulamento de arbitragem e mediação**. Disponível em: <http://www.viac.eu/images/documents/Vienna_Rules_2018/Vienna_Rules_2018_Portuguese_20180911_VIAC.pdf>. Acesso em 20 dez. 2018.

decisão (artigo 3) e iii) Se é justo diante das circunstâncias que se requeira a parte que providencie a caução para as custas da parte contrária (artigo 4) (tradução livre)¹⁸.

No corpo do documento esses aspectos são comentados individualmente com maior profundidade. Essas *guidelines* propostas tem grande importância e maior chance de aplicabilidade uma vez que são consideradas uma *soft law* arbitral, isto é, são orientações quanto a prática de um ato processual aplicáveis nas lacunas proporcionadas pela legislação nacional e tratados tendo como condição para a sua utilização a vontade das partes ou aplicação pelos árbitros.¹⁹ Assim, a falta de previsão, a exemplo da legislação brasileira, ou ausência/insuficiência de requisitos podem ser supridos por sua aplicação nos procedimentos.

3 - PRESTAÇÃO DE *SECURITY FOR COSTS* NO ÂMBITO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA

Conforme referido no capítulo anterior, o *Security for costs* em âmbito internacional tem previsão expressa em regulamentos de câmaras estrangeiras e até mesmo documento dedicado apenas a aplicação da medida. Porém, quando se trata da escolha pela legislação brasileira para o procedimento a Lei de arbitragem não traz previsão da concessão de garantia para as custas do procedimento arbitral, apenas assegura aos árbitros o poder de conceder medidas cautelares ou de urgência, de acordo com os arts 22-a e 22-b.²⁰

Esse poder não era concedido aos árbitros antes da Lei de Arbitragem, pois o Código de Processo Civil de 1973, revogado pela Lei nº 13.015/2015, trazia em seus artigos 1.086 e 1.087,²¹ revogados pela Lei de Arbitragem, vedação ao decreto de medidas cautelares e coercitivas pelo

¹⁸i) *the prospects of success of the claim(s) and defence(s) (Article 2); ii) the claimant's ability to satisfy an adverse costs award and the availability of the claimant's assets for enforcement of an adverse costs award (Article 3); and iii) whether it is fair in all of the circumstances to require one party to provide security for the other party's costs (Article 4).* CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. **Application for Security for Costs.** Disponível em: <<https://www.ciarb.org/resources/guidelines-ethics/>>. Acesso em: 11 nov. 2018. p. 3.

¹⁹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft law e produção de provas na arbitragem internacional.** São Paulo: Atlas, 2014.

²⁰ “Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão. Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros”. BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

²¹ “Art. 1.086. O juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia. Mas lhe é defeso: I - empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros; II - decretar medidas cautelares. Art. 1.087. Quando for necessária a aplicação das medidas mencionadas nos números I e II do artigo antecedente, o juízo arbitral as solicitará à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo”. BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1072>. Acesso em: 25 dez. 2018.

árbitro. No entanto, naquela época a doutrina já defendia que o árbitro poderia conceder tutelas de urgência.²² Nesse sentido, Carmona²³ afirma que o árbitro poderia decretar medidas cautelares, porém, não possuía poder de coerção e que o legislador teria se equivocado na redação.

Importante salientar que antes de recorrer à Lei de Arbitragem, é necessário que se busque aplicar disposições no regulamento da câmara arbitral a qual o procedimento foi submetido, pois, embora em muitos casos a estrutura dos regulamentos seja semelhante, pode haver diferenciação do procedimento aplicado. Assim, esta pesquisa tomou por base o ranking 2018 de melhores câmaras de arbitragem brasileiras elaborado pela agência *LeadersLeague*,²⁴ analisou-se os regulamentos das 13 câmaras que o integram: CAM-CCBC- Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá; CAMARB- Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial Brasil; Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP; *International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*; Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM-Brasil; CBMA- Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem; Câmara Fundação Getúlio Vargas de Mediação e Arbitragem; ARBITAC- Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná; CAESP- Conselho Arbitral do Estado de São Paulo; CAM- Câmara de Arbitragem do Mercado BM & FBOVESP; CAMERS- Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do CIERGS; CAMFIEP- Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP e Câmara de Mediação de Arbitragem do IASP.

Após a realização de pesquisa nos regulamentos da arbitragem das câmaras mencionadas em busca de disposições acerca do *Security for Costs*, constatou-se que não há previsão do instituto em nenhum dos regulamentos. Ainda, as previsões sobre a divisão e o momento do pagamento das custas variam conforme a câmara.

Porém, mesmo não havendo disposições acerca da garantia das custas processuais, a natureza desta medida é cautelar já que visa proteger e preservar a utilidade e a efetividade de um provimento futuro,²⁵ ou seja, que em eventual sentença favorável à parte solicitante, esta possa receber os valores devidos.

Tanto a grande maioria dos regulamentos tem previsão, quanto a Lei de Arbitragem permitem a concessão pelos árbitros de tutelas cautelares, contudo, seus artigos não possuem requisitos para a sua aplicação. É necessário que se tenham parâmetros em se tratando de uma medida excepcional que demanda a análise do caso concreto para a sua concessão.²⁶

²² COSTA, Marcos Gomes da. **Tutela de urgência e processo arbitral**. Dissertação de mestrado em direito defendida em 10 de junho de 2013 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

²³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁴ LEADERS LEAGUE. **Arbitration Centers - Brazil - 2018**. Disponível em: <Rankingshttps://www.leadersleague.com/en/rankings/arbitration-centers-brazil-2018-rankings-1>. Acesso em: 12 dez. 2018.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** - Vol. I. 59.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

De forma a solucionar esta lacuna sobre os parâmetros aplicáveis ao procedimento, é possível que os árbitros levem em consideração as guidelines da CIARB uma vez que o documento é uma soft law arbitral e serve para auxiliar os árbitros devido à falta de previsão nos ordenamentos ou se utilizem da legislação processual civil.

Sabe-se que que o Código de Processo Civil não é fonte subsidiária da Lei nº 9.037/1996 até pela ausência de disposição a respeito, mas isso não se traduz em uma vedação da utilização do CPC na arbitragem, é o que conclui Leonardo de Faria Beraldo em um de seus artigos²⁷ “podemos afirmar que a lei processual não é fonte supletiva ou subsidiária da Lei de Arbitragem, entretanto, as regras de natureza processual do novo Código de Processo Civil, na medida do possível, devem ser aplicadas ao processo arbitral”. Sustenta ainda, que como não há previsão sobre os requisitos das medidas de urgência na Lei de Arbitragem, os árbitros e advogados já se utilizam dos presentes no CPC.

Portanto, nesse caso é facultado ao árbitro de analisar o pedido da caução considerando como parâmetros tanto as *guidelines* criadas especificamente para a aplicação do instituto (a) a possibilidade de sucesso na demanda principal; b) a possibilidade da parte cumprir uma condenação de custas; c) a razoabilidade da medida diante das circunstâncias do caso concreto), quanto os preceitos do art. 300 do CPC²⁸ onde “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo [...]” para que se decida acerca da concessão do pedido de caução direcionado às custas do procedimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da presente pesquisa foi possível o desenvolvimento das seguintes conclusões acerca da temática em estudo:

I. A jurisdição arbitral é um meio que pode ser empregado para a solução de litígios que possui os mesmos efeitos produzidos pelos processos desenvolvidos no judiciário;

II. Para a instauração do tribunal arbitral, há a necessidade da presença de uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral firmado entre as partes, pois a autonomia da vontade é elemento base da arbitragem;

²⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. O impacto do novo código de processo civil na arbitragem. **Revista de Arbitragem e mediação**, v.49, p. 1-14. abri./jun. 2016. p.13.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2018.

III. *O Security for costs* é uma das medidas que podem ser utilizadas na arbitragem e faz parte das preliminares do procedimento, pois objetiva assegurar o recebimento das custas a parte que lograr êxito na demanda;

IV. Algumas câmaras arbitrais internacionais possuem em seu regulamento previsão expressa do instituto, porém, em sua maioria ele é utilizado através da aplicação das medidas de urgência previstas nos regulamentos. Para solucionar essa questão em 2015 a CIARB formulou com base nas práticas existentes, *guidelines* para a aplicação do *Security for Costs*. Estas configuram-se como *soft law* arbitral e podem ser utilizadas pelos árbitros como apoio nos procedimentos onde a medida for cabível;

V. Ao se procurar previsão brasileira sobre o caucionamento das custas do processo arbitral na legislação e nos regulamentos das câmaras selecionadas, não foram encontradas disposições a respeito, porém, se tem na maioria dos regulamentos e na Lei de arbitragem a previsão das medidas de urgência, mas essas ainda possuem deficiência quando o assunto é a delimitação dos requisitos avaliados;

VI. Por conseguinte, é possível a aplicação da medida quando se trata de procedimentos submetidos a legislação brasileira. Para tanto, se pode combinar as disposições sobre medidas de urgência presentes nos regulamentos e na Lei de Arbitragem com os requisitos presentes no Código de Processo Civil em seu art. 300 que se assemelham a 2 dos 3 requisitos estabelecidos nas *guidelines*, também aplicáveis se o árbitro ou as partes assim desejarem.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **A cláusula compromissória arbitral: uma perspectiva comparada do direito canadense e do direito brasileiro**. Tese de doutorado em direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (orgs.). **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERALDO, Leonardo de Faria. O impacto do novo código de processo civil na arbitragem. **Revista de Arbitragem e mediação**, v.49, p. 1-14. abri./jun. 2016. p.13.

BRASIL. **Constituição federal da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1072>. Acesso em: 25 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo :**um comentário à Lei nº 9.307/96.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 1, p.21-31, jan./abr. 2004.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem comercial internacional e acesso à justiça: o novo paradigma do *thirdpartyfunding*.** Tese de doutorado em direito das relações econômicas internacionais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.p.190.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. **Application for Security for Costs.** Disponível em: <<https://www.ciarb.org/resources/guidelines-ethics/>>. Acesso em: 11 nov. 2018. p. 3.

COSTA, Marcos Gomes da. **Tutela de urgência e processo arbitral**,dissertação de mestrado em direito defendida em 10 de junho de 2013 naFaculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

HKIAC. **Administeredarbitrationrules 2018.** Disponível em: <http://hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/HKIAC%20Rules%20-26%20Sept%202018.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2018.

KARRER, Pierre A.; DESAX, Marcus. Security for costs in international arbitration: why, when, and what if...in: BRINER, Robert(ed.). **Law of international business and dispute settlement in the 21st century.**Colony: Carl Heymanns, 2001. p.349-353.

LCIA. **LCIA arbitrationrules (2014).** Disponível em: <http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2025>. Acesso em: 20 dez. 2018.

LEADERS LEAGUE. **Arbitration Centers - Brazil - 2018.** Disponível em: <<Rankingshttps://www.leadersleague.com/en/rankings/arbitration-centers-brazil-2018-rankings-1>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. Acláusula compromissória no direito societário. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coods.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANZOLIN, Ricardo. O procedimento arbitral. In: MOTTA JR., Aldemar ,et al.(orgs). **Manual da arbitragem para advogados.** Disponível em: <<http://www.precisaconsultoria.com.br/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

SIAC. **SIAC rules 2016**. Disponível em: <<http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>>. Acesso em: 14 dez. de 2018.

THE NATIONAL ARCHIVES. **Arbitration Act 1996**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/38>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** - Vol. I. 59.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIAC. **Regulamento de arbitragem e mediação**. Disponível em: <http://www.viac.eu/images/documents/Vienna_Rules_2018/Vienna_Rules_2018_Portuguese_20180911_VIAC.pdf>. Acesso em 20 dez. 2018.

DESAFIOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA SOCIEDADE DE RISCO

CHALLENGES OF NEOCONSTITUTIONALISM IN THE RISK SOCIETY

Marcelo Gonçalves¹

RESUMO

Os desafios do neoconstitucionalismo são muitos na complexidade da contemporaneidade. O presente estudo almeja, através do método fenomenológico, compreender a atualidade e situar os desafios do neoconstitucionalismo, por meio de análise de obras e artigos vinculados ao tema. A primeira seção será feita o estudo da globalização e sua influência na sociedade contemporânea, tendo como base a proposta de Giddens, e seus reflexos na economia e nos Estados. A segunda seção será dedicada ao estudo da sociedade de risco, como paradigma de leitura da modernidade, através do estudo de Ulrich Beck. Ao fim, na terceira seção, será proposta uma solução para o neoconstitucionalismo, frente aos desafios criados pelas promessas não cumpridas na modernidade. As Constituições devem ser capazes de adaptação à complexidade da contemporaneidade baseada na sociedade de risco, a fim de gerar um cenário de mais certeza para as gerações futuras, com a tutela de interesses intergeracionais.

PALAVRAS-CHAVE: Contemporaneidade. Direito dúctil. Globalização; neoconstitucionalismo; sociedade de risco.

ABSTRACT

The challenges of neoconstitutionalism are too many in the complexity of contemporaneity. The present study aims, through the phenomenological method, to understand the current situation and to situate the challenges of neoconstitutionalism, through an analysis of works and articles related to the theme. The first section will be the study of globalization and its influence in contemporary society, based on the proposal of Giddens, and its reflexes in the economy and in the States. The second section will be devoted to the study of risk society, as a paradigm from modernity, based in Ulrich Beck. Finally, in the third section, a solution will be proposed for neoconstitutionalism, facing the challenges created by unfulfilled promises in modernity. The Constitutions must be able to adapt to the complexity of contemporary risk society, in order to create a scenario of more certainty for future generations, with the protection of intergenerational interests.

KEYWORDS: Contemporaneity; ductile law; globalizations; neoconstitutionalism; risk society.

INTRODUÇÃO

A leitura da modernidade não pode ser feita sobre um único ângulo. A modernidade é reflexiva, como afirma Giddens e Beck, e não pode ser reduzida a um único conceito. As mazelas sociais estão presentes em quase todo mundo. Todavia, outros problemas vieram junto com o progresso, como a sustentabilidade contra a voracidade do poder econômico, e a ganância de certos estratos sociais; a

¹ Advogado, inscrito na OAB/RS sob o nº 103.166. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UPF. Especialista em Advocacia Criminal pela UPF. Mestrando em Direito pelo PPGDireito UPF. E-mail: marcelogon.adv@gmail.com.

globalização e a destruição de fronteiras, algumas vezes com boas intenções, outras vezes com o único propósito de explorar; uma crise de valores, criando uma sociedade focada no consumo, o que irá repercutir em todo o padrão adotado pelo mercado.

Dentro desse contexto estão inseridas várias Constituições de diversos Estados Nação. Cada Constituição lida com os problemas de seu povo, a sua maneira. Entretanto, é possível perceber certa padronização em algumas tutelas constitucionais, como por exemplo, o resguardo dos direitos humanos, a proteção ambiental, a estrutura da máquina estatal baseada no Princípio da Legalidade, entre outros elementos.

O objetivo do estudo, através do método fenomenológico, é identificar os efeitos da globalização na sociedade de risco, os desafios, e como eles serão enfrentados pelo neoconstitucionalismo. O método de abordagem é o bibliográfico, através da análise de obras e artigos pertinentes à temática.

A primeira seção será dedicada ao estudo dos efeitos na globalização na modernidade. Será situada a crise da contemporaneidade, através da leitura proposta por Anthony Giddens (1938), e uma análise do aspecto perverso da globalização. A segunda seção fará a proposta da sociedade de risco, conforme dito por Ulrich Beck (1994-2015). A leitura é consequencialista, no caso, porquanto através do fenômeno da globalização e da revolução industrial, Beck sugere uma sociedade focada no risco. Assim sendo, a segunda seção será voltada à fixação de um paradigma, dentre tantos, de leitura da contemporaneidade.

A terceira seção será concentrada no neoconstitucionalismo, e a identificação da crise, conforme Luigi Ferrajoli (1940-). Um aspecto muito importante é a influência do Poder Econômico na formação da vontade política, que é, em parte, o elemento criador da crise.

Por fim, será feita uma leitura de Zagrebelski (1943-), a partir de sua proposta de direito dúctil, como uma possível alternativa para o neoconstitucionalismo enfrentar as crises que vieram com a modernidade.

1 - OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

A contemporaneidade é um período intrigante. A modernidade admite várias leituras e concepções, partindo de inúmeras premissas. Os olhos não estão mais voltados para o passado, mas para o presente e o futuro. Existe, atualmente, uma crise de valores, de prioridades e de medidas que devem ser adotadas para a redução das mazelas sociais.

Anthony Giddens² afirma que o mundo está em descontrole, diante dos novos riscos criados pelas inovações tecnológicas e a globalização. Essa última, segundo o autor:³

[...] pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A *transformação local* é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço. [...].

Com efeito, a globalização oferece uma nova carga dinâmica à compreensão da sociedade. Hoje a leitura crítica da contemporaneidade não admite limites regionais. Cada decisão tomada em um lado do mundo gerará consequências no outro hemisfério. Assim, Giddens⁴ reitera:

A globalização não é portanto um processo singular, mas um conjunto complexo de processos. E estes operam de uma maneira contraditória ou antagônica. A maioria das pessoas pensa que a globalização está simplesmente “retirando” poder ou influência de comunidades locais e nações para transferi-lo a arena global. E realmente esta é uma de suas consequências. As nações perdem de fato parte do poder econômico que antes possuíam. Contudo, ela também tem o efeito oposto. A globalização não somente puxa para cima, mas também empurra para baixo, criando novas pressões por autonomia local. (2007, p. 23).

Dentro dessa complexidade está situada a sociedade contemporânea. Hoje inexistente a possibilidade da compreensão do singular sem olhar para o todo. Uma marca da modernidade, estigmatizada pela globalização, é a incerteza. Nesse sentido, Zygmunt Bauman:⁵

[...] O significado mais profundo transmitido pela ideia de globalização é o caráter indeterminado, indisciplinado de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretoras, de um gabinete administrativo. [...].

Assim, é possível entender que o papel do Estado é alterado pela globalização, no sentido de que ele não tem mais o poder, ou a vontade de manter uma união sólida e inabalável com a nação⁶. A modernidade, através da assimilação do fenômeno da globalização reduz as dimensões do espaço e do tempo. Atualmente, o tempo é desprezado, podendo a comunicação ser instantânea; o lugar assume

²GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. 6ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 14.

³ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 60.

⁴ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. 2007, p. 23.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Traduzido por Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 67.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Traduzido por Carlos Alberto Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 34.

contornos fantasmagóricos, não interessando mais as fronteiras, “[...] isto é, os locais são completamente penetrados e moldados em termos de influências sociais bem distantes deles.”⁷

O Poder Econômico, frente ao Poder Estatal, é a grande mazela trazida pela globalização. Em tempos anteriores, o Estado Absoluto é plenipotente, hoje é constantemente coagido pelo Poder Econômico, que acaba por fragilizar as instituições. Silva⁸ identifica as consequências da globalização em relação aos Estados, que sofreram com a redução de sua força, até pelo fato da redução das fronteiras, e a exploração, visto que não experimentarem do fruto do *welfare state*:

Os Estados foram então fragilizados com sua redução, afastando-se do seu dever providente, sem nunca terem experimentado o *welfare state*, que permitiu certo equilíbrio e justiça social nos países centrais depois da Segunda Guerra. Com menor presença do Estado de seu papel assistencial, nos países em que ocorreu a experiência do *welfare state*, houve enormes fissuras na organização social, fazendo com que a população sentisse o choque e o abandono de modo que esses países assumiriam algumas características que pareciam típicas de países periféricos.

Beck,⁹ identifica o caráter reflexivo da modernidade, que é caracterizado pela desincorporação e reincorporação das formas sociais e industriais por uma nova e distinta modernidade. Logo, a modernidade reflexiva pode ser compreendida como algo que sempre é representado como consequência de uma antiga compreensão, absorvida por um novo contexto.

Essa constatação é importante porque Giddens¹⁰ aprimora o conceito e faz um contraponto. O autor afirma que o período pré-moderno tinha uma compreensão distinta de “fronteira”, encarando como “divisa”, na forma de uma barreira geográfica. Todavia, segundo Giddens:¹¹

Um aspecto da natureza dialética da globalização é o "empurra-e-puxa" entre tendências voltadas à centralização, inerente à reflexividade do sistema de estados por um lado e a soberania de estados específicos por outro. Assim, a ação planejada entre países a respeito de algumas coisas diminui a soberania individual das nações envolvidas, embora ao combinar seu poder de outras maneiras, ela aumenta sua influência dentro do sistema de estados.

O consumo assume um papel relevante na expansão globalizante/neoliberal, pois o processo instigou a população mundial ao consumismo desenfreado, o que tornou as pessoas reféns de estereótipos e padrões de mercado, levando ao surgimento de um processo estigmatizante e

⁷ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 1991, p. 22.

⁸ SILVA, Denival Francisco da. **A pós-modernidade: dos sonhos aos pesadelos a um novo sonhar**. In: Revista Justiça do Direito da Universidade de Passo Fundo, v. 29, n. 3, p. 443-462, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/index>>. Acesso em 09 de agosto de 2018, p. 453.

⁹ BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash. Traduzido por Magda Lopes. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 13.

¹⁰ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 1991, p. 68.

¹¹ BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. 2012, p. 68.

excludente por razões sociais e econômicas.¹² A crise de valores da sociedade de consumo é evidente, pois o foco voltou-se ao ter, e não mais ao ser.

O mundo passa, então, a ser submetido a uma nova dinâmica. O mercado deixa de se concentrar nos produtores, e volta-se somente para o consumo. Segundo Bauman,¹³ a cultura consumista é marcada pela pressão constante de ser algo diferente, todavia, o próprio mercado vai alterando as necessidades de cada época e nicho social, criando uma cultura de intensa reciclagem de produtos que representam a mesma coisa. Assim, o Estado assistencial se volta para a exploração dos consumidores, ao invés da exploração de mão-de-obra:

Se o Estado assistencial hoje vê seus recursos minguarem, cai aos pedaços ou é desmantelado de forma deliberada, é porque as fontes de lucros do capitalismo se deslocaram ou foram deslocadas da exploração de mão de obra operária para a exploração dos consumidores. E também porque os pobres, despojados dos recursos necessários para responder às seduções dos mercados de consumo, precisam de dinheiro – não dos tipos de serviços oferecidos pelo Estado assistencial – para se tornarem úteis segundo a concepção capitalista de “utilidade”.¹⁴

O capitalismo e a globalização trouxeram uma revolução à modernidade. Hoje as sociedades são plurais, as diferenças não são tão perceptíveis, há um conflito constante entre a universalização e a manutenção da individualidade. Em meio a todo esse caos, tenta-se encontrar um pouco de racionalidade e de redução de incertezas.

2 - O RISCO COMO PARADIGMA DA CONTEMPORANEIDADE

O capitalismo e a globalização são fenômenos contemporâneos que estão entrelaçados. O apetite do poder econômico gera um cenário de extrema complexidade e incertezas. Desse turbilhão de decisões, bem pensadas, ou nem tanto, exsurge o paradigma do risco, na sociedade contemporânea.

A própria democracia é uma fábrica de incertezas.¹⁵ Isso porque, a democracia permite que aconteçam ajustes constantes nos alinhamentos do poder. Por isso, que François Ost¹⁶ irá rotular o futuro como período de requestionamento, realizando que a sociedade de risco assumiria o papel do Estado providência. Beck,¹⁷ afirma que a sociedade de risco é marcada pela ausência da possibilidade de imputar externamente as situações de perigo; isso significa dizer que a sociedade moderna é

¹² SILVA, Denival Francisco da. **A pós-modernidade: dos sonhos aos pesadelos a um novo sonhar**. Acesso em 09 de agosto de 2018, p. 453.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 128.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com Citladi Rovirosa-Madrado**. Traduzido por Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 39.

¹⁵ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Éditions Odile Jacob, Instituto Piaget: 1999, p. 332.

¹⁶ OST, François. **O tempo do direito**. 1999.

¹⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 275.

estigmatizada pela capacidade de geração dos próprios riscos que está obrigada a conter, *a posteriori*, visto que o risco é fruto da decisão.¹⁸ O paradoxo sedutor da teoria é esse: toda vez que se cria um mecanismo de redução de incertezas, o sujeito é obrigado a tomar uma decisão, porém essa decisão jamais será imune a risco; assim, toma-se a decisão para cessar o risco, mas o risco surge dessa própria decisão.

Por essa razão que Ost¹⁹ fala em questionamento, como futuro do direito; visto que surge uma época de tentativa de ruptura com velhos conceitos, e a assunção de novas ideias e preocupações. Nesse aspecto, a leitura de Giddens²⁰ sobre a modernidade é pertinente:

La modernidad es una cultura del riesgo. Esto significa que la vida social moderna es de suyo más arriesgada que la de sociedades precedentes; para mucha gente, desde luego, no es el caso. Más bien, el concepto de riesgo es fundamental para el modo en que los actores se especializan y los especialistas técnicos organizan el mundo social. Bajo las condiciones de la modernidad, el futuro es esbozado en el presente por medio de la organización reflexiva de los ambientes de conocimiento. [...] La evaluación de los riesgos invita a la precisión, y también a la cuantificación, pero su propia naturaleza es imperfecta. Dado el carácter móvil de las instituciones modernas, unido a la naturaleza mutable u frecuentemente controvertida de los temas abstractos, un buen número de criterios fijos de riesgo, de hecho, hacen gala numerosos impoderables.

Assim, o risco, a partir da concepção de controle é um conceito pós-revolução industrial, quando a sociedade começa a conhecer e temer o futuro²¹ ao mesmo tempo em que inicia um processo de colonização dele. Com efeito, o grande anseio do homem moderno é assumir o controle sobre seu futuro.

Segundo Beck,²² a sociedade definida como industrial negava totalmente o risco; a negação do risco é o fertilizante dele. Após, acontece a segunda fase, em que se assume a consciência sobre o risco. Assim, Beck,²³ afirma que a mudança acontece no sentido de que quem produz o risco, atualmente, não são os mesmos que sofrem as consequências, logo, eles não podem impedir a ocorrência de catástrofes. As classes dominantes geram riscos (desastres ambientais; crises financeiras; entre outros), cujas consequências não serão absorvidas com elas. Dessa forma, surge um cenário de total irresponsabilidade.

¹⁸ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. Traduzido por Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 114.

¹⁹ OST, François. **O tempo do direito**. 1999.

²⁰ GIDDENS, Anthony. Modernidad y autoidentidad. In: BERIAIN, Josetxo. **Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, Contingencia y riesgo**. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996. P. 36-37.

²¹ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Politico-Criminais sob o Paradigma da Sociedade Mundial de Risco. In: **Revista Liberdades**, nº 05, setembro-dezembro de 2010. IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

²² BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. 2003, p. 149.

²³ BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. 2003, p. 121.

Assim, com a revolução tecnológica, o processo de autocompreensão da humanidade e o foco no progresso transformam a contemporaneidade em um mar de incertezas, o que faz com que a sociedade seja crítica de seu próprio desenvolvimento.²⁴

Em países periféricos, como na América Latina, o discurso do risco foi utilizado de forma paradoxal, a fim de justificar a redução ao Estado Mínimo.²⁵ É passível de ser concluído que, em países em que as promessas da modernidade não foram cumpridas, os efeitos dos riscos são mais acentuados. A partir da ideia de Ost,²⁶ o declínio do Estado providência eleva a quantidade de riscos, surgindo, paradoxalmente, uma demanda de intervenção de estatal, em razão do estímulo à ausência do Estado.

O risco é um fruto da modernidade. As decisões geram incertezas que geram os riscos que precisam ser controlados por alguma espécie de sistema. O futuro é marcado pela dúvida, logo, o papel das legislações e das constituições passa a ser uma tentativa de prever e antecipar o risco, e garantir a responsabilidade intergeracional.

3 - O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NA SOCIEDADE DE RISCO

O Estado providência é superado pela sociedade de risco, conforme afirma Ost. Beck sugere, como conclusão de sua pesquisa, que acontece uma inversão da lógica da sociedade industrial. Anthony Giddens menciona um período de reflexividade, com muitas incertezas. A ordem contemporânea está em profunda mudança e conturbação, restando a indagação sobre qual será o futuro da Constituição.²⁷

Nesse sentido, Edson Vieira da Silva Filho²⁸ contextualiza o processo de mudança da atualidade:

Do que poderíamos chamar de “era da incerteza” passamos à busca de um porto seguro, e com a pretensão de previsibilidade e segurança nas construções científicas ganham força o pensamento positivista que traz no empirismo e na metodologia seu *standard* de confiança, afastando naturalmente tudo aquilo que se lhe afigurava especulativo e de difícil generalização, uma vez que o mundo deveria ser enquadrado em categorias de índole

²⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. P. 31.

²⁵ SARAIVA, Bruno Cozza. NETO, Francisco Quintanilha Verás. Sociedade de risco, neoconservadorismo e constitucionalismo socioambiental como paradigmas emergentes de análise do Cenário de globalização neoliberal. *In: Temas atuais de direito ambiental, ecologia política e direitos humanos*. Rio Grande, RS : Ed. da FURG, 2013. P. 36.

²⁶ OST, François. **O tempo do direito**. 1999, p. 341.

²⁷ SILVEIRA, Anarita Araujo da. Constitucionalismo e Constituição: o caminho de um novo paradigma constitucional. *In: Direito fundamentais: conhecer para exercer, constitucionalismo contemporâneo*. Organizado por Clovis Gorczewski e Jorge Renato dos Reis. Porto Alegre: Norton Editor, 2007. P. 116.

²⁸ SILVA FILHO, Edson Vieira da. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. *In: Revista Justiça do Direito* da Universidade de Passo Fundo, v. 24, n. 1, p. 9-60. 2010. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/index>. Acesso em 16 de agosto de 2018, p. 16.

objetivas e impessoais. Do Medievalo, além de reconhecer as desigualdades e os interesses estamentais consubstanciados em um direito produzido para legitimar a hierarquia estabelecida entre clero, nobreza e campesinato, passamos ao esgotamento do feudalismo superado pelo capitalismo como novo modelo de desenvolvimento econômico e social.

O conceito de constituição vem se alterando com o passar dos anos, diante das mudanças trazidas pela contemporaneidade. Existe um cenário de crise da teoria do direito, que demanda uma nova leitura interpretativa do sistema jurídico, que gera uma total nova compreensão de vários conceitos.

O paradigma contemporâneo adotado é o neoconstitucionalismo, que segundo Pozzolo,²⁹ tem como objetivo a análise dos modernos sistemas constitucionais e democráticos de ocidente. Segundo a autora,³⁰ a leitura do neoconstitucionalismo superaria a perspectiva metodológica positivista-empirista, e:

De este modo, la Constitución evidenciaría su especificidad respecto al resto del Derecho positivo poniéndose en el vértice del ordenamiento jurídico no solo y no tanto por su posición jerárquica, sino sobre todo por su valor moral, que parecería el único capaz de dar unidad a un sistema que habría perdido su sistematicidad interna a causa de la “pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley de las otras fuentes del Derecho”.

Dessa maneira, a Constituição deve estar preocupada com uma dimensão garantidora dos direitos, com a pretensão de criação da constitucionalização da sociedade global, na forma como sugerido por Douglas Elmauer.³¹ A constatação é de um cenário de crise de paradigmas que é percebido na modernidade, criando um vazio epistemológico,³² até pelo uso tredestinado no neoconstitucionalismo.

Neoconstitucionalismo é uma espécie de redimensionamento na práxis político-jurídica, em que se almeja limitar o Poder Estatal, e gerar e garantir o exercício da cidadania. Com efeito, o neoconstitucionalismo, sob a perspectiva teórica, tenta compensar os déficits de cidadania, segundo Comanducci:

El neoconstitucionalismo, como teoría del Derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de es proceso que ha comportado un modificación de los grandes sistema jurídicos contemporáneos respecto a los existente antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución <invasora>, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la

²⁹POZZOLO, Suzanna. **Un consitucionalismo ambiguo**. CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Editora Trotta S.A., Madrid, 2006.

³⁰POZZOLO, Suzanna. **Un consitucionalismo ambiguo**. 2006, p. 199.

³¹ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. In. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.2, N.2. Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. Maio/Agosto, 2016.

³²SILVA FILHO, Edson Vieira da. **Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global**. Acesso em 16 de agosto de 2018

Constitución de principios y regla, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que esta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.³³

Comefeito, não pode ser ignorado que as demandas da sociedade de risco são oponíveis às Constituições contemporâneas, dentro desse cenário metamórfico. Assim, a perspectiva sobre Constituição, adotada no trabalho, é a proposta por Sobrinho e Paulo Alves:³⁴

A constituição, por isso, deve ser vista como uma estrutura evolutiva, que possibilita construções altamente seletivas, viabilizando o deslocamento da observação fundada estritamente no passado para uma observação de futuro, ou, relembrando Ost, traduz a possibilidade de, simultaneamente, construir, destruir e reconstruir o passado normativo, ligando-o dessa maneira ao futuro. Entretanto, essa construção de futuro possibilitada pela Constituição apenas é possível quando operacionalizada no interior das organizações. São os procedimentos que estabelecem os limites às possibilidades oferecidas pela Carta Maior e as condições para seu deslocamento e fixação de novos limites.

Países latino-americanos, que possui um déficit de cidadania e de efetividade dos direitos humanos, demandam instâncias garantidoras de direitos humanos a longo prazo. Todavia, a dimensão protetora dos direitos humanos é constantemente violentada, principalmente, pelo papel do Poder Econômico. Como explanado nas duas primeiras seções do trabalho, a globalização trouxe um novo paradigma liberal para as relações econômicas (trabalho x consumo) e, enquanto países sofrem para respeitar as soberanias, e da mesma forma ser respeitados, o Poder Econômico não encontra limitações de fronteiras.

Ugo Mattei,³⁵ lucidamente identifica o papel do Poder Econômico, representado pelas corporações multinacionais, como determinante dos rumos políticos de um país, assumindo a função que deveria pertencer somente, ao Poder Político.

Hodiernamente, é visível que o Poder Econômico macula o Poder Político, visto que grandes corporações se colocam acima da própria soberania estatal. O papel do capitalismo, como denuncia Bauman,³⁶ passa a ser parasitário. O capitalismo se torna um parasita da sociedade, que suga os nutrientes dela, mas ela não consegue viver sem ele. A intervenção Estatal da economia deve

³³ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Editora Trotta S.A., Madrid, 2006. P. 83.

³⁴ SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. ALVES, Paulo Roberto Ramos. Constituição, risco e a observação do futuro jurídico. *In: Constituição e política na atualidade*. Organizado por Hugo Thamir Rodrigues e Liton Lanes Pilau Sobrinho. Porto Alegre: s.e., 2010, p. 55.

³⁵ MATTEI, Ugo. MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes um manifiesto**. Traduzido por Gerardo Pisarello. Editorial Trotta, 2011, p. 32-33.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos**. Traduzido por Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 12.

acontecer, apenas, quando foi conveniente. Dessa forma, demandas de risco econômico são remetidas à Constituição. Por exemplo, deve ser possível a flexibilização das garantias trabalhistas, para que o risco financeiro da relação de emprego seja mitigado; a legislação ambiental não deve ser rigorosa, visto que o custo do desenvolvimento sustentável é muito alto. Ademais, o Estado deve estar pronto para que o diretor de uma multinacional cometa um erro, porquanto o Estado deverá socorrer essa multinacional, diante da ameaça de demissões em massa, e altos índices de desemprego.

Luigi Ferrajoli,³⁷ ao falar das crises do Constitucionalismo contemporâneo, refere os problemas em torno do patrimonialismo político:

[...] Más que a la lesión del clásico principio de la separación de los poderes públicos, y en particular de la independencia del poder judicial, intentada con reiteración en Italia, me refiero a la progresiva desaparición de una separación todavía más importante, que forma parte del constitucionalismo profundo del Estado moderno: la separación entre esfera pública e esfera privada, o sea, entre poderes políticos y poderes económicos. El cauce de esta confusión de podre lo forma los conflictos de intereses generados por la estrecha alianza entre poderes públicos y poderes económicos privados y por la sustancial subordinación de los primeros a los segundos. Bajo este aspecto de los conflictos de intereses, en las formas de la corrupción o del intercambio político con los *lobbies* corporativos y, sobre todo, con los medios de comunicación son hoy fenómenos endémicos en todos los ordenamientos democráticos, en los que resulta cada vez más fuerte la relación entre dinero, información y política: dinero para hacer política e información, información para hacer dinero y política, política para hacer dinero e información, según un círculo vicioso que se resuelve en el creciente condicionamiento anti- o extra-representativo de la acción de gobierno.

Ferrajoli,³⁸ portanto, vai além da simples influência corrupta do Poder Econômico, afirmando que a influência dele macula o próprio equilíbrio entre os poderes. Na realidade, o poder econômico vai muito além do controle do poder, alcançando o controle da própria opinião pública:

En efecto, hay dos modos, no alternativos sino convergentes, de destruir la opinión pública, ambos promovidos por los regímenes autoritario pero actualmente en uso de los sistemas democráticos, gracias al control de los medios de comunicación. El primer método es el de la transformación, de la mentira y la propaganda, sobre todo televisiva: la difusión de noticias falsas, la omisión o minimización de noticias verdaderas, la exaltación del jefe, la difamación de los opositores, el embotamiento de las conciencias y de las inteligencias con espectáculos estúpidos y vulgares. La segunda forma de disolución de la opinión pública es la que se sigue de la despolitización, esto es, de la pérdida del sentido cívico y las virtudes políticas. En efecto, sentido cívico y virtudes políticas se basan, esencialmente, en la identificación de las razones de la política del compromiso político con la persecución y el cuidado de los que se considera son los intereses públicos generales. Se puede tener opiniones políticas de derecha o de izquierda, conservadoras o progresistas e incluso liberales o antiliberales. Lo que hace de ellas una opinión <pública> o <política> es el hecho de que estén informadas, o, en todo caso, de que quieran informarse en los intereses públicos.³⁹

³⁷FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional**. Traduzido por Prefecto Andrés Ibáñez. Editora Mínima Trotta: Madrid, 2011, p. 52-53.

³⁸FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional**. 2011.

³⁹FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional**. 2011, p. 73-74.

O autor sugere, como solução, para a realidade italiana (que pode ser considerada similar à brasileira), um rígido controle entre a separação dos interesses públicos e privados, através da regulamentação sobre a mídia, ultrapassando a simples concepção de controle de poder. Para manipulação da opinião pública, a solução proposta não é muito clara, mas também parte do paradigma do Estado Regulador.

Todavia, a questão do risco leva a Constituição a uma nova realidade. Segundo Douglas Elmanuer⁴⁰ “A sociedade mundial encontrando de si um novo desafio: a dificuldade de validar os direitos fundamentais nos âmbitos estatais, extra-estatais, internacionais, locais e privados (regimes privados e corporações transnacionais”.

Para Vitale,⁴¹ é possível existir uma “resistência constitucional” a um Poder que não seja legitimamente estabelecido, como o Poder Econômico, através do Poder Político, que respeitará cargas éticas e culturais no exercício desses poderes. Como efeito, a solução parece ser um constitucionalismo adaptável, um Constitucionalismo “líquido”. Nesse sentido, Nuria Beloso Martin,⁴² faz uma relação dos tempos líquidos, com a proposta de Direito Dúctil de Zagrebelsky:

[...] Los *tiempos líquidos* requieren un *derecho dúctil*. Por ello, necesitamos reconocer (o incluso dotar) una intensa carga axiológica al ordenamiento u que la axiología pluralista se exprese a través de una deontología pluralista (principios, normas derrotables – es decir, la propiedad de contener un conjunto de excepciones no enumerables exhaustivamente *ex ante*). Sin embargo, esa deontología flexible de la Constitución, derivada de su axiología pluralista, presenta dos aspectos considerados indeseables por algunos autores. El primero, la aplicación de principios confiere más poder a los jueces, porque requiere de su concurso en mayor medida, es decir, un cierto judicialismo ético. El segundo, las normas generales se ven desplegadas por cierto casuismo, es decir, una tendencia al particularismo jurídico.

Com efeito, Zagrebelsky⁴³ defende que, em sociedades altamente complexas e plurais, é necessário o estabelecimento de um direito constitucional maleável, adaptável, capaz de atender as demandas da modernidade. A possibilidade de adaptação pode ser a forma de o Constitucionalismo contemporâneo sobreviver à sociedade de risco, bem como, atender as demandas sociais criadas pelas promessas não cumpridas da modernidade.

Isso no sentido de que a Constituição assumiria um papel de redutora das incertezas do futuro, mitigando a influência do Poder Econômico, e controlando os riscos. O que não pode acontecer é o sujeito de direitos (qualquer pessoa humana) ser fragilizado diante dos riscos oriundos do simples passar do tempo, causado por Poderes invisíveis e até incompreensíveis.

⁴⁰ ELMAUER, Douglas. **Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno**. 2016, p. 25.

⁴¹ VITALE, Ermanno. **Defenderse del Poder. Por una resistencia constitucional**. Traduzido por Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Editorial Trotta, 2012, p. 64.

⁴² MARTIN, Nuria Beloso. El Neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad. In: **Revista da Faculdade de Direito** – UFPR. P. 145-178. Curitiba, Vol. 59, n. 1, 2014, p. 166.

⁴³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 13.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O porto seguro da modernidade pode ser as Constituições. Se o anseio da moderna e complexa sociedade de risco é a colonização do futuro, as Constituições podem assumir o papel de redutoras da incerteza. A rigidez constitucional trará segurança, e a adaptabilidade às sociedades plurais representará o poder de encara as incertezas do futuro.

As cartas constitucionais podem ser um acordo de intenções de uma comunidade, que represente o que esse povo quer para seu futuro. Todavia, dentro de um cenário de tantas dúvidas, as cartas rígidas podem não ser suficientes para controlar o movimento em frente.

A sociedade contemporânea é marcada por crises atuais, problemas evidentes que estão diante dos olhos e demandam soluções. A desigualdade social deve diminuir em passadas largas, a moralidade dos Poder Públicos deve voltar a prevalecer, os processos legislativos devem ser puros e voltados ao bem comum, e não contaminados por interesses privados. A crise de legitimidade dos poderes deve acabar.

O Poder Econômico é um grande vilão da atualidade. Os interesses são sempre privados, e parece um golpe de sorte quando o esse interesse converge com o interesse público. Ao mesmo tempo, a sociedade é refém do Poder Econômico, pois é dele que vem o emprego e a renda, a comida, o lazer, o transporte, todas as necessidades da vida. Parece que o Poder Econômico invencível por esse caráter mimético com as pessoas.

As Constituições, portanto, devem ser adaptáveis e complexas, como a sociedade que as legitimam. Imaginar uma realidade estática e permanente é um erro que não pode ser cometido. O Poder Econômico, a globalização, o risco, entre outros fenômenos, não podem ser domados, mas apenas controlados. É impossível antever o dia de amanhã, todavia, a Constituição deve estar pronta para garantir a todos que no futuro haverá Estado, alimentos, saúde, transporte, segurança, meio ambiente equilibrado, prática sustentáveis.

O futuro doneoconstitucionalismo pode ser visto como um pacto de garantia que existirá um mundo para as próximas gerações, que deverá estar sempre legitimado pela participação de todos os indivíduos no processo político, e pautados na ética.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Traduzido por Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vechi**. Traduzido por Carlos Alberto Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com Citladi Roviroso-Madrazo**. Traduzido por Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos**. Traduzido por Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo/ Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. Traduzido por Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash. Traduzido por Magda Lopes. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.
- COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Editora Trotta S.A., Madrid, 2006.
- ELMAUER, Douglas. **Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno**. In: **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.2, N.2. Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. Maio/Agosto, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional**. Traduzido por Prefecto Andrés Ibáñez. Editora Minima Trotta: Madrid, 2011.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidad y autoidentidade**. In: BERIAIN, Josetxo. **Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, Contingencia y riesgo**. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996.
- GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. 6ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MARTIN, Nuria Belloso. **El Neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad**. In: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. P. 145-178. Curitiba, Vol. 59, n. 1, 2014.

MATTEI, Ugo. MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes um manifesto**. Traduzido por Gerardo Pisarello. Editorial Trotta, 2011.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Éditions Odile Jacob, Instituto Piaget: 1999.

POZZOLO, Suzanna. **Un consitucionalismo ambiguo**. CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Editora Trotta S.A., Madrid, 2006.

SARAIVA, Bruno Cozza. NETO, Francisco Quintanilha Verás. **Sociedade de risco, neoconservadorismo e constitucionalismo socioambiental como paradigmas emergentes de análise do Cenário de globalização neoliberal**. In: **Temas atuais de direito ambiental, ecologia política e direitos humanos**. Rio Grande, RS : Ed. da FURG, 2013.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Politico-Criminais sob o Paradigma da Sociedade Mundial de Risco. In: **Revista Liberdades**, nº 05, setembro-dezembro de 2010. IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. **Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global**. In: *Revista Justiça do Direito da Universidade de Passo Fundo*, v. 24, n. 1, p. 9-60. 2010. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/index>>. Acesso em 16 de agosto de 2018.

SILVA, Denival Francisco da. A pós-modernidade: dos sonhos aos pesadelos a um novo sonhar. In: **Revista Justiça do Direito da Universidade de Passo Fundo**, v. 29, n. 3, p. 443-462, set./dez. 2015. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/index>. Acesso em 09 de agosto de 2018.

SILVEIRA, Anarita Araujo da. Constitucionalismo e Constituição: o caminho de um novo paradigma constitucional. In: **Direito fundamentais: conhecer para exercer, constitucionalismo contemporâneo**. Organizado por Clovis Gorczewski e Jorge Renato dos Reis. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. ALVES, Paulo Roberto Ramos. Constituição, risco e a observação do futuro jurídico. In: **Constituição e política na atualidade**. Organizado por Hugo Thamir Rodrigues e Liton Lanes Pilau Sobrinho. Porto Alegre: s.e., 2010.

VITALE, Ermanno. **Defenders del Poder. Por una resistencia constitucional**. Traduzido por Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Editorial Trotta, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ESTADO, DIREITO E PSICANÁLISE

ESTADO, DERECHO Y PSICOANÁLISIS

Michelle Ângela Zanatta¹
Joana Silvia Mattia Debastiani²

RESUMO

O presente artigo busca apresentar a visão da psicanálise sobre o Estado. Para isto, inicialmente, traz-se algumas definições da palavra Estado. Em seguida, aborda-se sobre Estado e Direito. Ao final, apresenta-se o Estado sob a ótica da Psicanálise. Constatou-se que a figura do pai primevo é transferida ao Estado, sendo este compreendido negativamente, como uma instituição coercitiva e repressora dos instintos pulsionais. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo. Quanto ao procedimento, aplicou-se a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Estado. Psicanálise.

ABSTRACT

The present article seeks to present the vision of psychoanalysis on the State. For this, initially, it is brought some definitions of the word State. Then, it is about State and Law. In the end, the State is presented from the standpoint of Psychoanalysis. It was found that the figure of the primeval father is transferred to the State, which is understood negatively, as a coercive and repressive institution of the instincts instincts. The method of approach used was the hypothetico-deductive one. As for the procedure, the bibliographic research was applied.

KEYWORDS: Law. State. Psychoanalysis.

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é apresentar a visão da psicanálise sobre o Estado, ou seja, como a psicanálise compreende o Estado. Para tanto, inicialmente, traz-se algumas definições da palavra Estado. Termo de concepções variáveis e sem um conceito definitivo.

Em seguida, discorre-se sobre Estado e Direito. Analisa-se o Estado sob o viés jurídico, tendo em vista a prioridade que se dá ao elemento jurídico já que os demais elementos materiais que se conjugam no Estado só são compreendidos como seus componentes após sua integração numa ordem jurídica.³

¹Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Universidade de Passo Fundo (UPF), Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: mazanatta@yahoo.com.br

²Mestranda no Programa de Pós-Graduação da UPF, linha de pesquisa Relações sociais e dimensões do poder. Bolsista CAPES. E-mail: 172029@upf.br

³DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

O fechamento deste artigo pretende colocar em evidência a percepção da Psicanálise acerca do Estado. Assim, utiliza-se do mito da horda primeva para explicar a acepção de Estado para a Psicanálise.

1 - DEFININDO ESTADO

No mundo moderno, o homem desde que nasce e durante toda a existência, faz parte, simultânea ou sucessivamente, de diversas instituições ou sociedades, constituídas por indivíduos unidos pelo parentesco, por interesses materiais ou por desígnios espirituais. Elas objetivam assegurar o desenvolvimento das aptidões físicas, morais e intelectuais de seus membros, e para isso lhes impõem determinadas normas, sancionadas pelo costume, a moral ou a lei.⁴

De acordo com Azambuja,⁵ a família é a sociedade natural por excelência, a qual alimenta, protege e educa seus filhos. As sociedades de natureza religiosa, a escola, a universidade, são outras tantas instituições em que o ser humano ingressa; depois de adulto, passa ainda a fazer parte de outras organizações, algumas criadas por ele próprio, com fins econômicos, profissionais ou simplesmente morais: empresas comerciais, institutos científicos, sindicatos, clubes etc. O conjunto desses grupos sociais forma a sociedade propriamente dita. Mas, ainda tomando neste sentido geral, a extensão e a compreensão do termo sociedade variam, podendo incluir os grupos sociais de uma cidade, de um país ou de todos os países, sendo, neste caso, a sociedade humana, a humanidade.

Além das sociedades citadas, há uma sociedade, mais vasta do que a família, mas menos extensa do que as igrejas e a humanidade, mas que tem, no entanto, uma proeminência sobre as outras instituições que decorre da obrigatoriedade dos vínculos com que envolve o indivíduo; é a sociedade política, o Estado.⁶

Para Azambuja,⁷ o Estado é uma sociedade, pois se constitui essencialmente de um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um mesmo fim. E se denomina sociedade política, uma vez que, tendo sua organização determinada por normas de Direito positivo, constitui-se hierarquizada na forma de governantes e governados e com uma finalidade própria, o bem público.

Azambuja⁸ acrescenta que é difícil definir Estado, devido à complexidade de tal fato social. Ademais, o termo Estado, no sentido em que hoje é empregado, é relativamente novo. Os gregos, cujos Estados não ultrapassavam os limites da cidade, usavam o termo *polis*, cidade, e daí decorre

⁴AZAMBUJA, Darcy. **A teoria geral do Estado**. São Paulo: Editora Globo, 2008.

⁵AZAMBUJA, Darcy. **A teoria geral do Estado**. 2008.

⁶AZAMBUJA, Darcy. **A teoria geral do Estado**. 2008.

⁷AZAMBUJA, Darcy. **A teoria geral do Estado**. 2008.

⁸AZAMBUJA, Darcy. **A teoria geral do Estado**. 2008.

politica, a arte ou ciência de governar a cidade. Os romanos, com o mesmo sentido, tinham *civitas* e *respublica*. Em latim, *status* não possuía a significação que hoje é dada, e sim a de situação, condição. Empregavam os romanos frequentemente a expressão *statusreipublicae*, para designar a situação, a ordem permanente da coisa pública, dos negócios do Estado.

A palavra Estado provém do latim *status* que significa “estar firme”. Tal sentido estabeleceu-se no Direito Romano que preconizava o exercício pleno dos direitos para aquele que detinha o *status familiae*, o *status liberatis* e o *status civitatis*. Quem usufruía da condição (*status*) de chefe de família e não-dependente, homem livre (não escravo) e não estrangeiro era o verdadeiro cidadão.

Ao termo, então, aos poucos, foi agregado o sentido de situação permanente de convivência garantida por uma sociedade política. Com isso, pode-se dizer que do século XVI em diante, o termo em estudo foi sendo aderido pela terminologia política dos povos ocidentais, sendo utilizado no francês como *État*, no alemão, *Staat*, em italiano *Stato* e Estado no espanhol e em português.

De acordo com Bobbio,⁹ a acepção corrente de Estado consolida-se com *O Príncipe* (1513), de Maquiavel, em virtude de seu prestígio e difusão. Firmou-se o entendimento de unidade política ou poder organizado sobre um povo num território, referência que, até então, era feita pelas expressões reino, república e império. *Status*, até Maquiavel, tinha um significado predominante de situação social, mesmo que já fosse utilizado, por alguns, numa alusão à organização política. No entanto, foi com Maquiavel que houve a alteração do sentido hegemônico.

Azambuja¹⁰ esclarece que:

[...] muito posteriormente, na linguagem política e documentos públicos, o termo Estado se referia de preferência às três grandes classes que formavam a população dos países europeus, a nobreza, o clero e o povo, os Estados, como eram abreviadamente designados. Reino e República eram as palavras que traduziam a ideia de organização política, não tendo República qualquer relação com a forma de governo, em oposição a Monarquia.

Em contrapartida, Bobbio¹¹ questiona se por acaso realmente existiu alguma sociedade política que pode ser chamada de Estado antes dos grandes Estados territoriais com os quais se começou a história do Estado moderno. E observa que o dilema de saber se sempre existiu Estado ou se é possível ter existido nestes termos apenas a partir de certa época, depende unicamente da definição de Estado da qual se parta, qual seja: se de um conceito mais amplo ou mais restrito.

Bobbio¹² destaca que no estudo do Estado o que mais mudou foi a relação entre Estado e a própria sociedade.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997 e 2005.

¹⁰ AZAMBUJA, Darcy. **A teoria geral do Estado**. 2008, p.28.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. 2005.

¹² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. 2005, p. 61-62.

Durante séculos a organização política foi o objeto por excelência de toda reflexão sobre a vida social do homem, sobre o homem como animal social, como *politikónzoon*, onde em *politikón* estava compreendido sem diferenciação o hodierno dúplice sentido de social e político. Com isto não se quer dizer que o pensamento antigo não tenha relevado a existência de formas associativas humanas diferentes do Estado, mas a família foi considerada por Aristóteles como primeira forma embrionária e imperfeita da polis e o seu tratamento foi colocado no início da política [...] Com a emancipação da sociedade civil-burguesa, no sentido marxiano, ou da sociedade industrial, no sentido saint-simoniano, do Estado, inverte-se a relação entre instituições políticas e sociedade. Pouco a pouco a sociedade nas suas várias articulações torna-se o todo, do qual o Estado, considerado restritivamente como o aparato coativo com o qual um setor da sociedade exerce o poder sobre o outro, é degradado à parte. Se o curso da humanidade desenrolou-se até então das sociedades menores (como a família) ao Estado, agora finalmente – de um lado com a descoberta das leis econômicas que permitem ao homem uma convivência harmoniosa com uma necessidade mínima de aparato coativo e portanto de poder político, de outro com o desenvolvimento da organização industrial mantida pelos cientistas e pelos próprios industriais que de agora em diante renunciarão à espada de César – passará a se desenrolar através de um processo inverso que vai do Estado opressivo à sociedade libertada.

Já na visão de Hobbes, o Estado surge como uma restrição que o homem impõe sobre si mesmo como forma de cessar o Estado de guerra de todos contra todos. Existe uma incompatibilidade estrutural entre o que ele chama de leis da natureza (justiça, equidade, piedade etc.) e as paixões naturais dos homens, só sendo possível o controle dessas paixões naturais através da coerção do Estado.¹³

Com a apresentação de tantos conceitos, percebe-se a dificuldade em encontrar um único conceito de Estado que satisfaça a todas as correntes doutrinárias, tendo em vista a natureza complexa do mesmo, que possibilita sua abordagem sob diversos pontos de vista, dando origem a inúmeras definições.

Ademais, não é pretensão deste artigo conceituar Estado, afinal, a sua definição é mutável, visto que seu conceito está ligado a determinadas variáveis, como o período histórico que é utilizado na pesquisa, a perspectiva adotada pelo autor e, sobretudo sua posição ideológica.

Contudo, a análise da grande variedade de concepções revela duas orientações fundamentais, quais sejam, a que enfatiza um elemento concreto, ligado à noção de força, e a que realça a natureza jurídica, tomando como ponto de partida a noção de ordem.¹⁴

Os conceitos que se ligam mais à noção de força - e que bem poderiam ser classificados como políticos - não excluem a preocupação com o enquadramento jurídico, mas vislumbram o Estado, antes de tudo, como força que se põe a si própria e que busca disciplina jurídica. É neste sentido que a seguir apresenta-se a percepção jurídica do Estado.

¹³ RÊGO, João. Poder, Estado e sociedade em Hobbes e Freud: reflexões sobre Leviatã e o mal-estar na civilização. In: **Cadernos de Estudos Sociais**, v. 11, n. 2, 2011.

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2007.

2 - ESTADO E DIREITO

Pretende-se neste subtítulo analisar o Estado sob o viés jurídico. Dallari¹⁵ entende que as teorias jurídicas não ignoram a presença da força no Estado, e nem que este, por suas finalidades, consiste em uma sociedade política, no entanto, dão prioridade ao elemento jurídico, evidenciando que todos os demais elementos materiais que se conjugam no Estado só são compreendidos como seus componentes após sua integração numa ordem jurídica.

A preocupação com a fixação de uma noção jurídica de Estado surge no século XIX, na Alemanha, quando Jellinek atribui ao Estado a noção de corporação territorial dotada de um poder de mando originário. Já Kelsen delimita o Estado a uma ordem coativa normativa da conduta humana, concebendo exteriores a ele todos os fatores não-jurídicos.¹⁶

De acordo com Dallari,¹⁷ a noção de Estado, para ser completa, até pode dar ênfase maior ao fator jurídico, mas não deve ignorar os fatores não-jurídicos indispensáveis à sua caracterização, razão pela qual se pode conceber o Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.

Esta definição possui o mérito de apontar os elementos essenciais do Estado, não descuidando de sua politicidade, que é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um delimitado povo em determinado território, que funciona como limitador espacial da ação jurídica e política do Estado.¹⁸

São aceitos, de forma geral, três elementos constituintes do Estado: população (incluindo os conceitos de povo e nação), território e poder. Trata-se de uma definição formal e de cunho didático, “um conceito jurídico por excelência, elaborado por legistas e universalmente aceito pelos escritores de direito público”.¹⁹ A soberania é trazida por alguns autores como quarto elemento constituinte do Estado.

A população consiste no elemento humano do Estado, também compreendida nas expressões povo e nação. O povo “torna-se o limite de validade pessoal do direito do Estado, no sentido de que as próprias normas jurídicas valem apenas, salvo casos excepcionais, para determinados sujeitos que, deste modo, passam a constituir os cidadãos do Estado”.²⁰

O conceito de nação aponta para os aspectos simbólicos da população; “é muita coisa mais do que povo, é uma comunidade de consciências, unidas por um sentimento complexo, indefinível o

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2007.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2007.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2007.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2007.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. 1997, p.94.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. 1997, p.94.

poderosíssimo: o patriotismo”, sugere Azambuja,²¹ que já sintetizara: “Povo é uma entidade jurídica; nação é uma entidade moral no sentido rigoroso da palavra”.

O território consiste no limite de validade espacial do direito do Estado, “no sentido de que as normas jurídicas emanadas do poder soberano valem apenas dentro de determinadas fronteiras”;²² é a base física do Estado, sua porção globo terrestre, incluindo, dentro dos limites reconhecidos, todos os recursos naturais ali existentes.

De forma geral, o território compõe-se pelo solo, subsolo, espaço aéreo, embaixadas, navios e aviões de uso comercial ou civil e o espaço marítimo (200 milhas da costa para dentro do mar). Sem território não há Estado, mesmo que exista uma nação.

“O território é o país propriamente dito, e portanto país não se confunde com povo nem nação, e não é sinônimo de Estado, do qual constitui apenas um elemento”.²³ Tendo um povo e um território definido, para uma sociedade política se constituir enquanto Estado, ainda se faz necessário o poder que capacita e garante a tomada de decisões autônomas e “[...] emanar os comandos correspondentes, vinculatórios para todos aqueles que vivem naquele território e efetivamente cumpridos pela grande maioria dos destinatários na maior parte dos casos em que a obediência é requisitada”.²⁴

Em outras palavras, Hur²⁵ coloca que o Estado os limites de seu território e a identidade da nação. Suas leis definem o que é certo e o que é errado, o que é moral e imoral, que condutas devem ser aceitas e quais devem ser reprovadas. Portanto, em tal processo de dicotomização, há a divisão de poderes, entre quem tem poder e quem não o tem, quem domina e quem é dominado, quem pode ou não se expressar.

A essência da sociedade, então, compreende a percepção do próximo e a comunicabilidade com ele. Nas sociedades políticas, soma-se a isto o objetivo comum. Para a realização desse fim específico, o Estado regula sua ação por meio do direito positivo, que pode ser despoticamente estabelecido nos regimes autocráticos ou democraticamente nos regimes de liberdade.

Costumeira ou escrita, ou mista, “uma ordem jurídica é inerente a toda sociedade política”.²⁶ Para Azambuja,²⁷ a tríade citada (povo, território e poder), seja elemento ou condição, “são fatos, inerentes, inseparáveis do Estado”.

²¹ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 2008, p.31.

²² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. 1997, p.94.

²³ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. p.38.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. 1997, p.95.

²⁵ HUR, Domenico Uhng. Psicanálise e política: Considerações sobre o Estado. In: **Revista gestão & políticas públicas**, v. 1, n. 1, 2011.

²⁶ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 2008, p.28.

²⁷ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 2008, p.27.

Na lição de Schiera,²⁸ o Estado não é um conceito universal. Entretanto, tem a função de descrever a forma de organização política da Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou início do século XIX. Nas palavras do autor:

O elemento central de diferenciação consiste, sem dúvida, na progressiva centralização do poder segundo uma instância sempre mais ampla, que termina por compreender o âmbito completo das relações políticas. Deste processo, fundado por sua vez sobre a concomitante afirmação do princípio da territorialidade da obrigação política e sobre a progressiva aquisição da impessoalidade do comando político, através da evolução do conceito de *officium*, nascem os traços essenciais de uma nova forma de organização política: precisamente o Estado Moderno.

3 - O ESTADO PARA A PSICANÁLISE

Em *Totem e Tabu*, Freud (1912) define como a causa da formação social primitiva, a ultrapassagem do poder do pai primevo, tirano e possuidor de todas as mulheres, pelos filhos. Após sobrepujar o pai, os filhos descobrem que uma combinação de forças pode ser mais forte que o indivíduo isolado. Em momento posterior, os filhos ao notar que cada um deles queria tomar o lugar do pai, decidem por estabelecer aquelas que se tornaram as primeiras regras da civilização primitiva. Instituem um totem que passa a representar a figura do pai – que fora assassinado pelos filhos - impedindo, dessa forma, que algum dos filhos venha a lutar novamente para conquistar a posição do pai. Ainda, regulam a relação com as mulheres, obrigando cada um dos irmãos a buscar a sua companheira em outra tribo.²⁹ Para Hur,³⁰ os momentos elencados acabaram por implicar numa renúncia mútua ao poder, à agressividade e à sexualidade desenfreada.

Para Hur,³¹ em decorrência do narrado, houve uma grande transformação na organização política, já que na horda primeva havia um poder centralizado, baseado nos desejos do pai e, com sua morte, deu-se a repartição de tal poder entre os irmãos/filhos e a criação de interditos e leis comuns, de um próprio *nomos* (conjunto de leis, regras) criado coletivamente e que mantinha a coexistência do coletivo, o advento de outra forma de gestão da vida em relação ao modelo anterior.

Pode-se dizer que o que ocorreu foi a transição do Estado de natureza para a constituição do Estado civilizatório, em que se inaugurou uma gestão de irmãos, horizontalizada, estabeleceram-se práticas instituintes e originou-se o próprio *nomos* em um exercício de autonomia coletiva.³²

Desta forma, cada membro teve que renunciar ao seu desejo de possuir a mãe e as irmãs (fêmeas do agrupamento) e do ideal de ocupar o lugar do pai assassinado. Tal pacto foi consolidado

²⁸ SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. v. 1. Brasília: Ed. UnB/SãoPaulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p.426.

²⁹RÊGO, João. **Cadernos de Estudos Sociais**. 2011.

³⁰HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011.

³¹HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011.

³²HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011.

no momento do banquete totêmico, em que foram simbolizadas a criação e a incorporação de um conjunto de leis.³³

Este ritual constituiu um contrato narcísico para o coletivo, no sentido de uma distribuição dos lugares sociais e na criação de mecanismos psicossociais que diminuiriam a incidência de conflitos e rupturas, atribuindo posições e papéis aos elementos no grupo.³⁴

Kaës³⁵ infere que, para a constituição do laço social, ocorreram alianças inconscientes, que implicaram em recalques e denegações no espaço partilhado da intersubjetividade e que possibilitaram o viver em conjunto. Então, para manter o conjunto e a violência controlada foram necessários dispositivos de rememoração da violência fundadora: o ritual da refeição totêmica, para que ela não fosse esquecida e novamente reproduzida, e de instituições sociais que mantivessem os interditos iniciais, tais como a proibição do incesto, a de matar o animal sagrado e o irmão. Em relação ao ritual, Freud³⁶ afirma: “A refeição totêmica, que é talvez o mais antigo festival da humanidade, seria assim uma repetição e uma comemoração desse ato memorável e criminoso, que foi o começo de tantas coisas: da organização social, das restrições morais e da religião”.

Frente ao exposto, depreende-se que a figura do pai primevo foi transferida ao Estado, tendo sido este apreendido negativamente, ou seja, como uma instituição coercitiva e repressora, constituindo-se como um aparelho de violência no imaginário social.³⁷

Hur³⁸ constatou, a partir de seus estudos, que a visão psicanalítica da formação do Estado e das relações políticas no social está profundamente referenciada num modelo familiarista, em que se toma a série familiar como modelo determinante às outras séries sociais.

Então, na Psicanálise, o modelo familiar sobrecodifica os outros processos sociais, em que se associa a figura de um chefe à figura do pai, ou de um subordinado à figura do filho; ou seja, há a formatação do funcionamento dos conjuntos sociais ao funcionamento do conjunto familiar [...].

Ademais, como um pai ou até mesmo na função de um superego, o Estado traz uma série de restrições ao sujeito, totaliza suas condutas e monopoliza para si todo o poder e a violência:

O Estado proíbe ao indivíduo a prática do mal, não porque deseja aboli-la, mas porque deseja monopolizá-la, tal como o sal e o fumo. Um Estado beligerante permite-se todos os malefícios, todos os atos de violência que desgraçariam o indivíduo. [...] O Estado exige o grau máximo de obediência e de sacrifício de seus cidadãos; ao mesmo tempo, porém, trata-os como crianças, mediante um excesso de sigilo e uma censura quanto a notícias e

³³HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011.

³⁴HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011.

³⁵ KAËS, René. **Espaços psíquicos comuns e partilhados: Transmissão e negatividade**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

³⁶ FREUD, Sigmund. Totem e tabu. In: **Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Vol. XIII. Rio de Janeiro: Imago, 1976 (1913), p.170.

³⁷HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011.

³⁸HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011.

expressões de opinião, que deixa os espíritos daqueles, cujos intelectos ele assim suprime, sem defesa contra toda mudança desfavorável dos eventos e todo boato sinistro. Exime-se das garantias e tratados que o vinculavam a outros Estados, e confessa desavergonhadamente sua própria rapacidade e sede de poder, que o cidadão tem então de sancionar em nome do patriotismo.³⁹

A partir da visão psicanalítica, entende-se que o Estado apresenta-se como grande aparelho interditor das satisfações pulsionais dos sujeitos, não dando vazão a seus desejos e sim a vontade de seus governantes. Hur⁴⁰ considera um engano compreender o Estado como expressão de uma política democrática, já que se aproxima mais de um instrumento que serve para a dominação de um grupo sobre outros.

Nessa perspectiva, a violência é monopolizada pelo Estado e é transformada em violência legal. Dessa forma, o Estado não representa o povo tal como o discurso é propagado, domina-o. Não se preocupa com a satisfação dos sujeitos que representa, mas sim com a obediência deles na missão de ordenação social.⁴¹

Enriquez⁴² vai ainda mais longe, quando afirma que o funcionamento do Estado moderno remete ao funcionamento anterior da horda primeva, na qual o pai primevo tem sua encarnação mais poderosa e violenta no Estado, em que absorve tudo e é produtor de exclusões:

O Estado é a instituição que permite à pulsão de morte se desenvolver completamente; finalmente, o Estado (enquanto supressor da sociedade primitiva, sociedade guerreira) não protege contra a guerra de todos contratados, como acreditava Hobbes, mas exatamente o contrário, apesar da aparência indulgente que ele assume em tempos de paz. Ao se anunciar como o sustentáculo da sociedade pacífica, o Estado se institui como único corpo do desejo e da expressão da verdade. A consequência de tal afirmativa é bem conhecida: ser o único, colocando-se no lugar da verdade, só pode conduzir a humanidade a seu fim. Como já havíamos dito em outro trabalho: 'O crescimento do Estado, e sua cristalização, é a generalização da castração e da morte'.⁴³

De acordo com Enriquez⁴⁴ a violência do Estado para com seus governados tomará corpo sob a máscara das instituições, que regularão a sociedade. Por outro lado, por mais que a Psicanálise critique a faceta opressora do Estado, entende que é esta instituição que provê leis, sendo referência às ações dos sujeitos e da sociedade como um todo, cumprindo o papel do que Kaës⁴⁵ chama de apoio psíquico. De outra forma, partindo dos pressupostos teóricos de Freud,⁴⁶ pode-se colocar o governante, o gestor do Estado, na posição do ideal de Eu do sujeito.

³⁹ FREUD, Sigmund. Conferências introdutórias sobre psicanálise. In: *Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Vols. XV e XVI, Rio de Janeiro: Imago, 1976 (1915), p. 289.

⁴⁰ HUR, Domenico Uhng. *Revista gestão & políticas pública*. 2011.

⁴¹ HUR, Domenico Uhng. *Revista gestão & políticas pública*. 2011.

⁴² ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado: Psicanálise do vínculo social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

⁴³ ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado*. 1990, p.143.

⁴⁴ ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado*. 1990

⁴⁵ KAËS, René. *Espaços psíquicos comuns e partilhados*. 2005.

⁴⁶ FREUD, Sigmund. Psicologia de grupo e análise de ego. In: *Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Imago, 1976 (1921).

Ensina Hur⁴⁷ que:

Ao colocar um gestor externo, ou o pai, no ideal de Eu, coloca-se um objeto externo em uma instância psíquica, o que implica na internalização da castração e da lei, na internalização das interdições externas sociais em uma instância interditora interna, ou seja, implica na constituição de um superego que constantemente atualizaria o sujeito de sua castração e dos limites vividos, corroborando com a renúncia instintual e a conservação das instituições sociais.

Dessa forma, com as colocações de que o Estado é o Estado da horda e portador de toda sua violência, é que Hur⁴⁸ compreende que o Estado ocupa o lugar de um aparelho de violência no imaginário social, um aparelho que deve ser temido, obedecido e, se possível, dominado, sob o risco da expulsão e do assassinato, da mesma forma que o mito do pai primevo na horda primeva. O Estado como Estado da horda simboliza a repetição da violência e do(s) assassinato(s), se tornando temido e sendo visto pelo seu lado mais coercitivo, mais negativo e destrutivo.

Entretanto, Hur⁴⁹ salienta que ver o Estado como um aparelho de violência temível no imaginário social também pode aumentar o desejo de conquistá-lo e dominá-lo. Isto ocorre porque tomar o poder Estado significa o mesmo que incorporar esse poder. Deste modo, para neutralizar tal aparelho de violência, deve-se conquista-lo, por isto que nas revoluções há o anseio de erradicar tal mal, na tentativa de tomar e incorporar seu poder.

Hur⁵⁰ finaliza considerando que:

[...] a contribuição da psicanálise em relação à apreensão do Estado é criar um regime de enunciados que vislumbra tal instituição enquanto um aparelho de violência, física ou simbólica, em que se atualiza a violência do pai primevo sobre o coletivo social: há a revivescência do pai primevo na figura do Estado, ou seja, a dominação emanando de um pólo sobre o coletivo.

Nessa perspectiva, entende-se o Estado como um aparelho de interdição, de repressão e de dominação; mais preocupado em satisfazer seus interesses, ao invés da satisfação dos indivíduos e da sociedade.

Neste sentido, Rêgo⁵¹ propugna que o poder político, na visão freudiana, teria traços de uma herança, constituída das experiências arcaicas das sociedades primitivas, onde a figura paterna atuava como polo central do poder. Os líderes, políticos ou religiosos, incorporam com maior ou menor intensidade, traços significantes deste pai simbólico, fantasmático, que marca sua presença perene no imaginário da humanidade. Assim, em Freud, a formação social encontra seu núcleo gerador nas relações intrafamiliares, origem mais remota da organização social do homem.

⁴⁷HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011, p.127.

⁴⁸HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011.

⁴⁹HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011.

⁵⁰HUR, Domenico Uhng. **Revista gestão & políticas pública**. 2011, p.129.

⁵¹RÊGO, João. **Cadernos de Estudos Sociais**. 2011.

É neste viés que Oliveira⁵² afirma que o incesto e o parricídio são as bases de todas as proibições culturais, com a Lei fundando não só a estrutura psíquica do sujeito, mas também as condições para que este possa se inserir na sociedade e para que o ordenamento jurídico alcance valor de autoridade. Portanto, “do totem às leis estatais uma eternidade histórica e antropológica não dissolveu o vínculo comum que as sustentam, é dizer, a Lei do Pai”.⁵³

Ademais, o Estado é desenvolvido pelo homem em forma de instituição para facilitar a obediência do próprio homem que tende a aceitar a imposição de um poder superior ao seu, personificado no plano das ideias intangíveis. Por ser intangível, é também inalcançável. No dizer de Georges,⁵⁴ “os homens inventam o Estado para não obedecer aos homens”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem desde que nasce e durante toda sua vida faz parte das mais diversas instituições constituídas por indivíduos com objetivos comuns. Tais instituições buscam o desenvolvimento de seus membros, regulando-os por meio de normas. Pode-se dizer, então, que o homem faz parte do Estado e vice-versa.

Neste sentido, buscou-se investigar qual é a representação do Estado para a psicanálise, ou seja, já que o Estado constitui a vida dos indivíduos, permeia a sua existência, interessante compreender como o Estado é percebido pela ciência que estuda o Eu.

O Estado é visto pela psicanálise como o pai, a figura paterna, tendo sido apreendido negativamente, como uma instituição coercitiva e repressora. É também compreendido na função de um superego, já que o Estado traz diversas restrições ao sujeito.

Ainda, a visão psicanalítica compreende o Estado como um grande aparelho interditor das satisfações pulsionais dos sujeitos, não dando vazão a seus desejos e sim a vontade de seus governantes. Ademais, o Estado permite o desenvolvimento da pulsão de morte.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZAMBUJA, Darcy. **A teoria geral do Estado**. São Paulo: Editora Globo, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1985.

⁵²OLIVEIRA, Assis da Costa. Estado, Direito e Sujeito: Contribuições Da Psicanálise Freud-Lacaniana. In: **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 10, p. 206-234, 2012.

⁵³OLIVEIRA, Assis da Costa. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**.2012, p.213.

⁵⁴GEORGES, Burdeau. **O estado**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.XI.

- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997 e 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ENRIQUEZ, Eugène. **Da horda ao Estado**: Psicanálise do vínculo social. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.
- FREUD, Sigmund. Psicologia de grupo e análise de ego. *In*: **Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Imago, 1976 (1921).
- FREUD, Sigmund. Conferências introdutórias sobre psicanálise. *In*: **Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Vols. XV e XVI, Rio de Janeiro: Imago, 1976 (1915).
- FREUD, Sigmund. Totem e tabu. *In*: **Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Vol. XIII. Rio de Janeiro: Imago, 1976 (1913).
- GEORGES, Burdeau. **O estado**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HUR, Domenico Uhng. Psicanálise e política: Considerações sobre o Estado. *In*: **Revista gestão & políticas públicas**, v. 1, n. 1, 2011.
- KAËS, René. **Espaços psíquicos comuns e partilhados**: Transmissão e negatividade. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.
- OLIVEIRA, Assis da Costa. Estado, Direito e Sujeito: Contribuições Da Psicanálise Freudolacanianiana. *In*: **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 10, p. 206-234, 2012.
- RÊGO, João. Poder, Estado e sociedade em Hobbes e Freud: reflexões sobre Leviatã e o mal-estar na civilização. *In*: **Cadernos de Estudos Sociais**, v. 11, n. 2, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado e o Direito na transição pós-moderna**. 1990.
- SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. *In*: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. v. 1. Brasília: Ed. UnB/SãoPaulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

**O SISTEMA RECURSAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO JUSTO:
A REGULAÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**THE RECURSAL SYSTEM IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE FAIR
PROCESS: THE REGULATION OF THE INSTRUMENT GRIEVANCE**

Nadya Regina Gusella Tonial¹

Jovana De Cezaro²

RESUMO

O presente estudo visa analisar a sistemática do agravo de instrumento instituída pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015 à luz do princípio da efetividade. Objetiva-se compreender os recursos cíveis, em especial a regulação do agravo do instrumento e a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC. Para tanto, utilizam-se os métodos documental e dialético para investigar o que a doutrina e a jurisprudência argumentam, por meio de quatro diferentes posições sobre o assunto. Disso constata-se que a corrente que melhor compreende o sentido da norma é a que defende a interpretação extensiva da taxatividade do artigo 1.015 do CPC. Por esse pensamento, com base em comparações, o agravo de instrumento pode ser interposto a outras situações não previstas no mencionado artigo. Assim, verifica-se que a interpretação extensiva é a capaz de concretizar a efetividade e trazer um resultado útil ao processo.

PALAVRAS-CHAVE: Agravo de Instrumento. Efetividade. Sistema recursal. Processo justo. Taxatividade extensiva.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the systematics of the instrument aggravated by the Code of Civil Procedure (CPC) of 2015 in light of the principle of effectiveness. The objective is to understand the civil remedies, in particular the regulation of the grievance of the instrument and the nature of the role of article 1.015 of the CPC. For that, the documentary and dialectical methods are used to investigate what doctrine and jurisprudence argue, through four different positions on the subject. From this it can be seen that the stream that understands the meaning of the norm is the one that defends the extensive interpretation of the rate of the article 1.015 of the CPC. By this thinking, based on comparisons, the grievance of an instrument can be brought to other situations not provided for in that article. Thus, it is verified that the extensive interpretation is the one able to concretize the effectiveness and bring a useful result to the process.

KEYWORDS: Instrument aggravated. Effectiveness. Recursal system. Fair process. Extensive taxactivity.

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. E-mail: nadyatonial@gmail.com.

² Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. E-mail: jovanadc@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente estudo constitui-se na análise da atual sistemática do agravo de instrumento positivada no artigo 1.015, da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil (CPC), mormente para investigar se as alterações trazidas pela novel legislação são capazes de simplificar o trâmite processual e concretizar o princípio da efetividade processual.

Para tanto, tem-se um duplo propósito: compreender a sistemática recursal instituída pelo CPC de 2015, em especial, o atual regime do agravo de instrumento e a aplicação do instituto da preclusão. Ainda, verificar a natureza do rol do artigo 1.015 da codificação processual civil, apresentando as diferentes e contraditórias interpretações dadas pela doutrina e pela jurisprudência, à luz do princípio da efetividade.

Diante do antagonismo existente sobre a matéria, pesquisa-se a posição que melhor fundamenta a natureza da lista das decisões interlocutórias elencadas o artigo 1.015 do CPC, levando em conta que o Estado tem como atribuição principal a realização do bem comum. Nesse viés, vislumbra-se o poder-dever do Judiciário de prestar a jurisdição e a incumbência de realizar a paz social aos litígios que lhe são apresentados, revelando a clara conexão entre “o sistema do processo e o modo de vida da sociedade”.³

Com isso, destaca-se a relevância do tema, visto que os recursos, em especial o agravo de instrumento, possuem nítida ligação com a necessidade de uma efetiva prestação jurisdicional, que, por muitas vezes, não se concretiza e a parte não alcança o resultado útil decorrente do processo. Portanto, importante refletir sobre o assunto e buscar respostas com fundamento nas garantias constitucionais processuais e no princípio da efetividade.

1 - A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E O PROCESSO JUSTO

O processo civil, no Estado Democrático de Direito, tem seu fundamento na Constituição Federal, que estabelece as garantias processuais, dentre elas destacam-se o acesso à justiça, a duração razoável do processo e o devido processo legal, do qual decorre o princípio da efetividade.

O processo representa uma forma de resolução de conflitos que o Estado coloca à disposição das partes, para que busquem a prestação jurisdicional. Nesse viés, observa-se que, ao mesmo tempo, ele contribui para a atuação do direito objetivo, elimina litígios e promove a pacificação social.

Percebe-se que o processo é o meio que instrumentaliza o acesso à justiça. Segundo Cappelletti e Garth o acesso à justiça é de difícil definição, contudo serve para determinar duas

³DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 98.

finalidades do sistema jurídico, ou seja: o acesso ao Poder Judiciário sem distinções, o que revela que o “sistema deve ser igualmente acessível a todos”; e o acesso a uma ordem jurídica justa, “para produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.⁴

Explica Dinamarco que “o escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”.⁵Essa pacificação social representa o escopo social do processo, ou seja, por meio da prestação jurisdicional “o Estado busca produzir na sociedade uma sensação geral de paz social.” Portanto, “legislação e função jurisdicional caminham nesse mesmo sentido.”⁶

Com isso, o processo deve ser um “instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social”, visto que envolve os valores da segurança, efetividade, justiça e paz social.⁷ Nessa senda, a prestação jurisdicional deve ser entregue às partes revestida de segurança jurídica, mediante a obediência das garantias constitucionais do processo, bem como da qualidade de ser efetiva. Essa efetividade envolve as características de que o processo apresente um resultado útil, nos moldes justos e em tempo hábil.

A efetividade do processo “constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.⁸

Para Picó I Junoy a efetividade do processo possui um conteúdo complexo e envolve “elderecho de acceso a losTribunales; elderecho a obtener una sentencia fundada em derecho congruente; elderecho a laefectividad de lasresolucionesjudiciales; y elderecho al recurso legalmente previsto.”⁹

O processo efetivo é aquele que observa o “equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”¹⁰O processo efetivo propicia resultados úteis e visíveis fora dos autos, visto que reconhece ou não o direito alegado como ameaçado o lesado pela parte autora.

Logo, a efetividade deve ser compreendida junto com a instrumentalidade, no seu âmbito positivo, em que o Estado-juiz não se exime do dever de prestar a jurisdição somente proferindo uma sentença, mas deve trazer uma resposta efetiva, ou seja, justiça ao caso concreto, pacificar o litígio.

⁴CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p.8.

⁵ DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil**. p. 98.

⁶ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 28.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 330.

⁹ JUNOY, Joan Picó I. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997. p. 40.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. p. 49.

Nesse sentido, o processo não é somente um conjunto de normas que disciplinam os atos processuais, mas sim uma possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa, que traga resultados úteis às partes. No aspecto negativo, constata-se que o processo não é um fim em si mesmo, mas tão somente um meio de obter uma sentença justa.¹¹

Nessa senda, a moderna processualística defende que o Estado, por meio dos magistrados, tem o “compromisso de realizar processos *justos e équos* e terminar o processo com a oferta de uma efetividade substancial aos litigantes”. Assim, dentro da ideia de efetividade das decisões judiciais, a prestação jurisdicional deve garantir a igualdade material entre as partes, por meio de um resultado que seja justo e útil.¹²

Portanto, “a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça [...]”. E a justiça no plano do processo “significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa[...])”¹³, ou seja, o processo justo é aquele que segue os ditames do devido processo legal, enquanto o processo efetivo retrata uma solução justa que decorre da correta aplicação da lei diante do caso concreto apresentado, e promove a resolução do conflito.

As noções de efetividade e processo justo ganham relevância quando se referem aos recursos, no sentido de agilizar a prestação jurisdicional e trazer um resultado útil. Então, para manter o sistema processual em consonância com a realidade social, o legislador inovou e elaborou uma nova codificação processual civil, com importantes alterações no âmbito dos recursos, mormente em relação ao agravo de instrumento.

2 - O SISTEMA RECURSAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

É da natureza do ser humano mostrar inconformidade com as situações que não lhe são favoráveis. Assim, no sistema processual, decorrente do devido processo legal, existe a figura dos recursos, como meio de garantir uma revisão judicial, em regra, por outros órgãos jurisdicionais, buscando a satisfação da parte sucumbente.

O conceito de recurso não está definido expressamente no CPC, mas, nas palavras de Nery Junior “a palavra *recurso* é proveniente do latim (*recursus, us*), e dá à ideia de repetição de um

¹¹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 65.

¹²DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil**. p. 28.

¹³ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e processo de conhecimento**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%283%29%20-formatado.pdf>>. Acesso 12.nov.2018.

caminho já utilizado”.¹⁴ Medina e Wambier complementam o pensamento de Nery Junior conceituando os recursos como,

[...] meios de impugnação às decisões judiciais previstos em Lei, que podem ser manejados pelas partes, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, com o intuito de viabilizar, dentro de uma mesma relação jurídico-processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.¹⁵

Sendo assim, o recurso é um meio de controle que o Estado coloca à disposição das partes, com o fim de ensejar o reexame das decisões judiciais previstas em lei, tendo em vista a falibilidade humana e jurídica, as quais podem trazer sérios prejuízos ao processo.¹⁶

O sistema recursal se utiliza do sincretismo processual e é operado voluntariamente, subordinando-se a pressupostos específicos, a fim de ser admitido. Os recursos são criados por lei e somente cabem dos atos do juiz,¹⁷ quais sejam a sentença e as decisões interlocutórias, não abarcando os despachos de mero expediente, os quais buscam somente dar andamento ao processo.¹⁸

A parte recursal cível é formada por nove recursos que se encontram positivados no artigo 994 do CPC, sendo eles: a apelação, o agravo de instrumento, o agravo interno, os embargos de declaração, o recurso ordinário, o recurso especial, o recurso extraordinário, o agravo em recurso especial ou extraordinário e os embargos de divergência. Os mesmos estão elencados em cinquenta e um artigos, isto é, do artigo 994 até o 1.044, todos do mencionado Código.

Além dos recursos cíveis previstos no CPC existem, também, as ações autônomas de impugnação, que dão origem a um novo processo, e os sucedâneos recursais, que são considerados como uma categoria residual, ou seja, o que não for recurso e nem impugnação das decisões judiciais será sucedâneo recursal.¹⁹

Quanto à classificação,²⁰ os recursos podem ser compreendidos de várias formas. Quanto à marcha processual: podem ser de efeito suspensivo, quando ocorre um impedimento que obsta o início da execução; ou não suspensivo, permitindo desde já a execução. No que se refere à extensão

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.198.

¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.34.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v.3. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 941-942.

¹⁷ O artigo 203 do CPC define os pronunciamentos do juiz. Destaca-se que não se sujeitam a recurso os atos das partes, serventários da justiça ou Ministério Público.

¹⁸ Dispõe o artigo 1.001 do CPC: “Dos despachos não cabe recurso”. Observa-se que os despachos não se sujeitam a recurso em face de não trazerem prejuízo às partes.

¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**- v. 3, 13 ed. Bahia: JusPODIVM, 2016. p. 89.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v.3. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 939-943.

do reexame da matéria podem ser totais, quando se postula a reforma de todo dispositivo; ou parciais, quando o inconformismo é restrito a uma parte.²¹

No que tange ao juízo que se encarrega do julgamento podem ser devolutivos, quando analisados por um juízo hierarquicamente superior; não devolutivos quando decididos pelo mesmo órgão; ou mistos quando podem ser analisados por qualquer dos dois.²² Relativamente aos motivos do recurso, podem ser de fundamentação livre, não se vinculando a matérias indicadas em lei; ou de fundamentação vinculada, admissíveis somente quando se encaixam nas hipóteses legais previstas.²³

Com relação ao fim ensejado pelo recorrente, o recurso pode ser de reforma, a qual busca a modificação da lide; de invalidação que pretende anular a decisão; ou de esclarecimento que busca clareza, retirar uma contradição ou suprir alguma omissão.²⁴

É necessário observar alguns requisitos necessários, para que o recurso possa ser analisado em seu mérito, quais sejam os pressupostos de admissibilidade, sendo eles divididos em objetivos e subjetivos.

Os pressupostos objetivos tratam da tempestividade; da decisão recorrível, sendo necessário que o pronunciamento judicial comporte recurso; da singularidade do recurso, em que, em regra, não pode ser interposto mais de um recurso contra uma decisão; da adequação do recurso, ou seja, para cada espécie de decisão existe um recurso próprio; do preparo, pagamento de custas para interposição do recurso; da motivação em que ocorre a apresentação da razão da inconformidade e a indicação do que deve ser modificado; e a forma prescrita em lei. Na falta de algum dos requisitos o recurso não será conhecido.²⁵

Já com relação aos pressupostos subjetivos, os mesmos abordam a legitimidade, ou seja, quais as pessoas que podem recorrer; o cabimento, devendo o recurso estar previsto em lei; o interesse, em regra, só tem aquele que sofreu uma sucumbência no processo e inexistência de fatos modificativos ou extintivos do poder de recorrer, existindo fato modificativo ou extintivo do poder de recorrer não será admitido o recurso.²⁶

Ainda, o sistema recursal, assim como todo sistema jurídico, deve observar os princípios fundamentais do processo e ainda os princípios próprios dos recursos. Os mesmos funcionam como norteadores e são normas jurídicas carregadas de peso e valores,²⁷ devendo ser

²¹ Artigo 1.002 do Código de Processo Civil de 2015: “A decisão pode ser impugnada no todo ou em parte”.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 944-945.

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 97-98.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 943-944.

²⁵ MÂNICA, Eliseu. **Recursos cíveis na perspectiva do novo CPC: e outras formas de controle e impugnação dos atos judiciais**. São Paulo: Gregory, 2014. p. 47-50.

²⁶ MÂNICA, Eliseu. **Recursos cíveis na perspectiva do novo CPC: e outras formas de controle e impugnação dos atos judiciais**. p. 45-46.

²⁷ Assevera Alexy que[...] los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de

interpretadas e utilizadas como razão para decidir de forma efetiva e justa, a fim de não trazer prejuízo às partes.

Como princípios fundamentais do sistema recursal, destacam-se: o duplo grau de jurisdição, que decorre do devido processo legal e permite a revisão do recurso para que não haja erros; a taxatividade que disciplina que somente são recursos aqueles previstos em lei;²⁸ a unirrrecorribilidade, em que, em regra, somente pode ser interposto um recurso para cada ato.²⁹

Também a fungibilidade, quando um recurso pode ser aceito por outro, desde que não haja erro grosseiro ou de má fé; a motivação, a qual impõe a fundamentação do ato de recorrer; a voluntariedade, sendo que o recurso pode ser interposto pela parte, pelo terceiro prejudicado ou pelo Ministério Público, não podendo ser interposto de ofício; a consumação, devendo o recurso estar completo desde sua interposição; e a reformatio in pejus, a qual não admite que haja mudança no sentido de prejudicar a parte recorrida.³⁰

Destarte menciona-se a considerável importância que os princípios têm como alicerce de um sistema, servindo como base para a correta compreensão, aplicabilidade e mecanismo de integração. Dessa forma torna-se indispensável o seu conhecimento e sua aplicação, a fim de trazer segurança e harmonia na relação jurídica.³¹

Também, faz-se necessário frisar que existem alguns efeitos que os recursos podem produzir no âmbito jurídico. Dentre eles destacam-se o devolutivo, o suspensivo, o substitutivo, o obstativo, o regressivo, o expansivo e o translativo. Os dois principais são o devolutivo e o suspensivo.³²

O efeito devolutivo abre oportunidade para que outra autoridade judiciária reaprecie a questão que já foi decidida, ou seja, efeito devolutivo se manifesta quando se entrega para uma parte superior decidir. Já o efeito suspensivo impede a imediata execução da decisão.

Cada recurso tem sua utilidade, forma de interposição e regramento descrito, o sistema é completo e atende a necessidade de revisão das decisões.

Destaca-se, que o sistema recursal sofreu grande impacto com a vigência do CPC de 2015, que aboliu alguns recursos e recepcionou outros novos, ou até mesmo reformulou-os, para que propiciassem um processo mais efetivo, econômico e célere.

sucumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.” ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002. p. 86.

²⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 956-960.

²⁹DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 110.

³⁰MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. p. 70.

³¹BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21-25.

³²KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 85-92.

Todavia, a interpretação das normas recursais do CPC de 2015, em especial, no que tange ao agravo de instrumento é motivo de diversas interpretações por parte da doutrina e da jurisprudência. A fim de compreender essas contradições é necessário interpretar e integrar os dispositivos legais, para alcançar o fim maior do processo que é a pacificação social.

3 - O AGRAVO DE INSTRUMENTO E A RECORRIBILIDADE IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS: A NATUREZA DO ROL DO ARTIGO 1.015

O vocábulo agravo deriva do verbo em latim *aggravare* e significa uma ofensa. O significado da palavra agravo sofreu alterações no decorrer do tempo, ou seja, inicialmente, o agravo era um ato do juiz que prejudicava a parte; hoje essa denominação é usada para designar o recurso judicial contra uma presumida injustiça, tornando-se o recurso com que se busca amenizar o prejuízo.³³

No atual sistema recursal são conhecidas três espécies de agravo: o agravo interno, elencado no inciso III, do artigo 994 e regrado pelo artigo 1.021 do CPC, que é cabível contra decisão proferida pelo relator, presidente ou vice-presidente do tribunal, contra qualquer decisão monocrática.³⁴

Os agravos em recurso especial ou extraordinário elencados no inciso VIII, do artigo 994 e disciplinados no artigo 1.042 do CPC, que são cabíveis para permitir que os recursos especiais ou extraordinários, que tenham sido inadmitidos pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal de origem, sigam ao Tribunal superior.³⁵

O agravo de instrumento, recurso elencado no inciso II, do artigo 994 e regulamentado pelos artigos 1.015 a 1.020 do CPC que constitui um recurso cabível nas decisões interlocutórias de primeiro grau, ou seja, dos atos do juiz de natureza decisória que não se enquadrem como sentença nos termos do §2º do artigo 203 do CPC.

O agravo de instrumento surgiu, ainda que timidamente com as Ordenações Afonsinas, mas adquiriu características definitivas somente nas Ordenações Manuelinas. Contudo, no decorrer do tempo, o agravo de instrumento sofreu inúmeras alterações em sua aplicação. O CPC de 1939 indicava um rol taxativo de decisões interlocutórias que poderiam ser agravadas. Sendo assim, não era qualquer decisão interlocutória que poderia ser agravada, mas somente aquelas que estavam taxativamente previstas na codificação. Dessa forma, não consagrou a livre recorribilidade das interlocutórias.³⁶

³³WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 33-38.

³⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 530-531.

³⁵OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 2 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 311-315.

³⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. p. 36-38.

A codificação de 1973, diferentemente do CPC de 1939, passou a admitir o agravo de instrumento contra toda e qualquer decisão interlocutória, optando pela ampla recorribilidade imediata.

Atualmente, o agravo de instrumento deve ser interposto no prazo de quinze dias, por meio de petição escrita dirigida ao tribunal que irá examiná-lo. Na petição deverá conter a indicação das partes, a exposição do fato e do direito, as razões do pedido, além da indicação do nome e endereço dos advogados.

Em regra, o recurso limita-se ao efeito devolutivo, no entanto, também pode ser postulado efeito suspensivo, quando solicitado perante a fundamentação de dano grave ou de difícil reparação.

Assim, o CPC de 2015 retroagiu ao sistema processual de 1939 e criou um rol de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento. Com isso, as decisões interlocutórias passíveis de agravo sujeitam-se a preclusão, já as outras não sofrem, ou seja, ocorre a recorribilidade não imediata, em sede de preliminar de apelação ou em contrarrazões.

Diante dessa realidade, indaga-se: qual é a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC? À luz das garantias constitucionais, como deve ser interpretado? A doutrina apresenta quatro correntes.

A primeira corrente é defendida por Nery Junior e Nery, quesustentam que somente as decisões interlocutórias previstas no rol do artigo 1.105 do CPC são recorríveis, visto que a lista legal é taxativa e não permite interpretação analógica ou extensiva.

As decisões interlocutórias não previstas no rol são irrecorríveis por agravo de instrumento, mas não ocorre a preclusão, momento que poderão ser impugnadas nas razões ou contrarrazões de apelação. Já no que se refere às decisões interlocutórias previstas no rol do artigo, ocorre à preclusão. Sendo assim, se a parte não impugnar com o recurso de agravo de instrumento, perde o direito de impugnar nas razões ou contrarrazões de apelação.

Conforme Nery Junior e Nery “a opção incorreta do legislador não levou em conta a experiência negativa que esse tipo de previsão (agravo casuístico e hipóteses taxativas) trouxe ao processo civil brasileiro com o CPC/1939”.³⁷ Segundo Gajardoni (et al), “o ideal subjacente à lista dos casos de agravo de instrumento foi a diminuição na utilização de tal via recursal, com o pretendido desafogo ao Poder Judiciário”.³⁸ Porém, a taxatividade daquele rol despertou inúmeras discussões diante da dificuldade da lei de esgotar todas as situações agraváveis.

A segunda corrente, sustentada por William Santos Ferreira, defende que o referido rol é somente exemplificativo, assinalando que todas as decisões interlocutórias são recorríveis via agravo

³⁷NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 2233.

³⁸GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. **Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015**. v.3, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 844.

de instrumento. A consequência desse modelo, adotado também no CPC de 1973, foi o abarrotamento do sistema judiciário, que se sobrecarregou.³⁹

A doutrina majoritária se posicionou no sentido de que somente o rol do artigo 1.015 do CPC é insuficiente, pois deixa de abordar inúmeras questões que, se analisadas em preliminar de apelação ou em contrarrazões, trariam grave prejuízo as partes.

A terceira posição sustenta que existe uma taxatividade, porém cabe interpretação extensiva. Segundo Didier Junior e Cunha, “a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos”.⁴⁰

Ainda, a interpretação extensiva “amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra” e “opera por comparações e isonomações, não por encaixes e subsunções”.⁴¹ Não se pode confundir com a interpretação extensiva, que importa ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente do indicado.

Um quarto pensamento é esposado pela ministra Nancy Andriahi, relatora dos Recursos Especiais números 1696396/MT e 1704520/MT, ambos repetitivos. Sustenta a julgadora que, com fundamento na efetividade do processo, existe no artigo 1.015 do CPC uma taxatividade mitigada. A tese proposta pela ministra consiste em agravar decisões interlocutórias que envolvem questões urgentes, com prejuízo irremediável à parte e que não estejam elencadas no rol do artigo 1.015 do CPC.⁴²

Dessa forma possibilita a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias não inclusas na lista legal do citado artigo. Vale ressaltar que essa recorribilidade sempre opera em caráter excepcional, em que se torna infrutífera a discussão em preliminar de apelação ou em contrarrazões.

Recentemente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento dos Recursos Especiais números 1696396/MT e 1704520/MT, decidiu chancelando a posição da ministra Nancy Andriahi, ou seja, pela taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do CPC.

O resultado do julgamento se deu por maioria de votos, mais especificamente, por sete votos a cinco, demonstrando, dessa forma, a divergência existente no que se refere à natureza do rol do

³⁹ FERREIRA, William Santos. **Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias**. In Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 194-197.

⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3, 13 ed. Bahia: JusPODIVM, 2016, p. 209.

⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. p. 209-211.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.704.520/MT** Relatora Ministra Nancy Andriahi. Disponível em ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&formato=PDF. Acesso 19 dez. 2018.

agravo de instrumento. Acompanharam o entendimento da relatora os ministros Jorge Mussi, Luís Felipe Salomão, Napoleão Nunes Maia Filho, Felix Fischer, Benedito Gonçalves e Raul Araújo.⁴³

A divergência foi levantada pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, defendendo a taxatividade do rol do artigo 1.015. Seu entendimento foi acompanhado pelos ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.⁴⁴

Nancy Andrighi, defendendo sua posição, citou como exemplo o caso de uma decisão que nega segredo de justiça. Argumentou a ministra do STJ:

Se por ventura o requerimento do segredo for indeferido, ter-se-ia pela letra do artigo uma decisão irrecorrível que somente seria contestada em preliminar de apelação, quando seria inútil, pois todos os detalhes da intimidade do jurisdicionado teriam sido devassados pela publicidade.⁴⁵

Outro exemplo semelhante é o da competência. Não é admissível que um processo tramite em juízo incompetente e somente ao final, em preliminar de apelação ou em contrarrazões, possa ser arguida a incompetência e remetido o feito ao juízo competente a fim de ser julgado novamente.⁴⁶

Quanto à preclusão, a ministra afirma que, se admitida a possibilidade de impugnar decisões interlocutórias urgentes, não elencadas no artigo 1.015 do CPC e a parte não se fizer, não haverá de se falar nela. Porém, com a dada decisão, aborda-se a possibilidade de insegurança jurídica quanto a esse instituto.

Com a decisão dos dois recursos repetitivos, questiona-se como será feita a análise da urgência e, ainda, a possibilidade errônea de interposição de sucessivos recursos de agravo de instrumento contra toda e qualquer decisão interlocutória, por parte dos advogados, pelo temor de ocorrer a preclusão.

O legislativo ao prever o rol taxativo fez uma escolha, certamente voltada a reduzir a interposição do recurso de agravo de instrumento. Já o Judiciário, em sua decisão, revogou o rol do agravo de instrumento, levantando assim a questão do ativismo judicial.⁴⁷

Com relação ao agravo de instrumento percebe-se na doutrina e na jurisprudência, mesmo com a decisão dos recursos especiais mencionados, que se mantém a controvérsia quanto a natureza do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.704.520/MT.**

⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.704.520/MT.**

⁴⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.704.520/MT.**

⁴⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.704.520/MT.**

⁴⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. Et al. O ativismo do ativismo do ativismo: STJ e revogação judicial do art. 1015 do CPC. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/ativismo-ativismo-stj-revogacao-judicial-art-1015-cpc-05122018?fbclid=IwAR1688Liz-SsektaWnrWRhhkeX-itKhBS53us-LZF9xf9Zlu-7QbjV67a6w>>. Acesso em 11 de dezembro de 2018.

Verifica-se que o processo justo é aquele que segue as diretrizes do devido processo legal instituído na Constituição Federal. Nesse viés, exsurge a importância do sistema recursal, que permite às partes postular a revisão dos pronunciamentos do juiz. Contudo, não é qualquer decisão que pode ser recorrida, mas somente as sentenças e decisões interlocutórias. Ainda, revela-se necessária a observância dos pressupostos objetivos e subjetivos, para a interposição de recurso.

Dentre os recursos, destaca-se o agravo de instrumento, que sofreu, ao longo dos anos, diversas alterações em sua sistemática, principalmente no que tange ao seu cabimento. Nessa linha, o CPC adotou um rol de decisões interlocutórias passíveis de agravo de instrumento, dando origem a uma discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza dessa lista.

Essa discordância sobre a taxatividade ou não dos casos elencados no artigo 1.015 do CPC foi recentemente decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais números 1696396/MT e 1704520/MT. Por maioria apertada a Corte decidiu pela taxatividade mitigada, o que revela que a questão ainda não está pacificada, havendo um longo caminho a ser trilhado a fim de se buscara interpretação que melhor concretize a prestação jurisdicional e o equilíbrio das relações sociais.

Concluindo, constata-se que para evitar os sucessivos recursos que paralisam a marcha processual, que trazem morosidade ao processo e dificultam a concretização da efetividade processual, a interpretação que melhor aplica a norma do artigo 1.015 do CPC é a taxatividade extensiva, visto que elimina o apego exacerbado ao texto legal e com isso promove a concretização do princípio da efetividade processual conjugado ao processo justo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e processo de conhecimento**. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%283%29%20-formatado.pdf> Acesso 12.nov.2018.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 de dezembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.704.520 – MT** Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&formato=PDF . Acesso 19 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1696396/MT.** Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702262874>>. Acesso 19 dez 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil-** v. 3, 13 ed. Bahia: JusPODIVM, 2016.

DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA, William Santos. **Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias.** In Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. **Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015.** v.3, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

JUNOY, Joan Picó I. **Las garantías constitucionales del proceso.** Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015:** em conformidade com a Lei 13.256/2016. Salvador: JusPODIVM, 2016

MACHADO, Marcelo Pacheco. Et al. O ativismo do ativismo do ativismo: STJ e revogação judicial do art. 1015 do CPC. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/ativismo-ativismo-stj-revogacao-judicial-art-1015-cpc-05122018?fbclid=IwAR1688Liz-SsektaWnrWRhhkeX-itKhBS53us-LZF9xf9Zlu-7QbjV67a6w>>. Acesso em 11 de dezembro de 2018.

MÂNICA, Eliseu. **Recursos cíveis na perspectiva do novo CPC: e outras formas de controle e impugnação dos atos judiciais.** São Paulo: Gregory, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. 2 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto Porto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil- Vol.3**, 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA E O RISCO DO

ATIVISMO JUDICIAL

THE EVOLUTIONARY CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND THE RISK OF JUDICIAL ACTIVISM

Tatiana Mezzomo Casteli¹

RESUMO

O Direito na qualidade de ciência social deve ser aberto e sensível as modificações da realidade social, tendo em vista sua função de construir uma sociedade fundada em valores de justiça e solidariedade não podendo se afastar da realidade social. Na busca de sentido das normas constitucionais e na solução de casos concretos, os elementos tradicionais de interpretação da norma constitucional passaram a ser insuficientes ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade do constituinte. As novas formas interpretativas passam a desenvolver categorias específicas de trabalho que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Dessa forma, o presente estudo pretende realizar a análise e a aplicação das novas formas de interpretação do texto constitucional, em especial no que tange a interpretação evolutiva, apontando os riscos da mutação constitucional e do ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Interpretação Constitucional. Interpretação Evolutiva. Mutação Constitucional.

ABSTRACT

Law as a social science must be open and sensitive to changes in social reality, in view of its function of building a society founded on values of justice and solidarity and not be able to move away from social reality. In the search for meaning of constitutional norms and in the solution of concrete cases, the traditional elements of interpretation of the constitutional norm became insufficient to the development of some original formulas of realization of the will of the constituent. The new forms of interpretation begin to develop specific categories of work that include the attribution of meaning to indeterminate legal concepts, the normativity of principles, collisions of constitutional norms, weighting and argumentation. Thus, the present study intends to analyze and apply the new forms of interpretation of the constitutional text, especially regarding evolutionary interpretation, pointing out the risks of constitutional mutation and judicial activism.

KEY-WORDS: Judicial Activism. Constitutional Interpretation. Evolutionary Interpretation. Constitutional Mutation.

INTRODUÇÃO

¹ Mestranda do PPG Direito– UPF. Especialista em Direito Público– IMED. Especialista em Direito Tributário Empresarial– IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Professora da Faculdade de Direito– UPF. Assessora Jurídica do Município de São Domingos do Sul. Advogada. E-mail: tatiana.casteli@hotmail.com

O trabalho aborda as diversas formas de interpretação do texto constitucional, partindo da análise dos métodos clássicos consagrados pela doutrina, quais sejam, jurídico ou hermenêutico-clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e o normativo-estruturante.

Enfatiza-se a necessidade de a norma constitucional acompanhar o desenvolvimento social e as problemáticas que são postas ao crivo do Judiciário, em razão do direito tratar-se de uma ciência social que não pode se afastar da realidade que o cerca.

Para tanto apresenta-se novos métodos e ferramentas para a interpretação constitucional, abordando doutrina nacional e estrangeira, visto a grande relevância do tema proposto, dando especial ênfase a interpretação evolutiva e o risco do ativismo judicial.

Compreende-se que a Constituição é um documento vivo, estando sujeito às mudanças ocorridas na realidade social, e nesse sentido a argumentação jurídica deve servir para analisar e valorar cada caso em específico, em especial quando se trata de conflitos de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Assim, busca-se analisar as novas formas interpretativas dos ditames constitucionais sob a perspectiva de concretização dos direitos fundamentais nela assegurados, propondo a utilização do método evolutivo para tanto, apontando os riscos de sua utilização de forma equivocada.

1 - MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A palavra método significa, precipuamente, um conjunto de meios dispostos sistematicamente para se atingir uma finalidade culminando com a construção do conhecimento científico. No que tange à interpretação constitucional importante enfatizar que não há na doutrina ou jurisprudência uma teoria pronta que direcione o intérprete a um método previamente estabelecido.

Nesse aspecto, a questão do “método justo”, como salienta Gomes Canotilho, é um dos problemas mais difíceis da moderna teoria interpretativa, uma vez que a interpretação de normas constitucionais cinge-se em um conjunto de princípios e métodos diferentes, porém complementares, confirmando o caráter unitário desta atividade.²

É justamente essa a lição de Hans-Georg Gadamer, senão vejamos:

Através da interpretação o texto tem que vir à fala. Todavia, nenhum texto, como também nenhum livro fala, se não falar a linguagem que alcance o outro. Assim, a interpretação tem que encontrar a linguagem correta, se é que quer fazer com que o texto realmente fale. Por isso, não pode haver uma interpretação correta “em si”, porque em cada caso se trata do

²CANOTILHO apud COELHO, Inocêncio Mártires. **Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental**. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. Curso de direito constitucional. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157.

próprio texto (...). Compreender um texto significa sempre aplicá-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente.³

Diante da variedade de meios hermenêuticos os intérpretes da Constituição residem, de um lado, em um vasto repertório de possibilidade e, paradoxalmente de outro, na inexistência de critérios para validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho, uma vez que os métodos utilizados para a interpretação legal (gramatical, histórico, teleológico, etc.) revelam-se insuficientes para a interpretação do texto constitucional.⁴

Apesar das incertezas advindas do pluralismo de métodos constitucional-interpretativos, este é salutar na medida em que contribui para a ampliação de horizontes na busca do conhecimento jurídico e facilita aos intérpretes a tarefa de aplicar o direito ao caso concreto.

Ainda, os métodos de interpretação do texto constitucional revelam-se como o próprio Direito Constitucional,⁵ uma vez que de nada adianta haver a previsão legal de direitos e garantias se estas não forem corretamente aplicadas às necessidades e problemáticas que assolam a realidade social nas mais diferentes hipóteses.

De posse dessas considerações, optou-se por analisar os principais métodos clássicos que balizam a atividade de interpretação do texto constitucional, quais sejam, jurídico ou hermenêutico-clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e o normativo-estruturante.

1.1 Método jurídico ou hermenêutico-clássico

A Constituição, como base do ordenamento jurídico de uma nação, desempenha o papel de fundamentar o sistema legal posto e também de integrar toda a legislação nas mais diversas esferas e âmbitos, de todos os entes federados.

Muito embora não ignorem a sua posição hierárquica e sua relevância sem comparativos no ordenamento jurídico, os adeptos deste método interpretativo consideram a constituição como uma

³GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 578-579.

⁴ Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho: “interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na Constituição.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra, Almedina, 1993, p. 208.

⁵ “O direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema dos direitos contra o Estado e tornar esse problema parte de sua própria agenda. Isso conta como um argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria. moral, uma relação que, incredivelmente, ainda está por ser estabelecida”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 233

lei e em razão disso sustentam que deve ser interpretada segundo as regras tradicionais de hermenêutica, assim como as demais leis em geral.

Tais operadores afirmam que a especificidade do texto constitucional não é suficiente para autorizar uma interpretação com métodos diversos dos tradicionalmente utilizados para a hermenêutica do restante do ordenamento jurídico, a ponto de sustentar que “essa singularidade seria quando muito apenas um fator adicional, a ser considerado na exegese do texto e na construção do sistema, jamais um motivo para que, no manejo das normas constitucionais, se afastem os métodos clássicos de interpretação.”⁶

Assim, a tarefa do intérprete ao aplicar os ditames legais ao caso concreto, seria de descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação, utilizando para tanto os métodos tradicionais que são aplicados para as demais modalidades legislativas.

1.2 Método tópico-problemático

O método tópico-problemático parte do estabelecimento de algumas premissas afim de realizar a interpretação do texto constitucional, dentre elas a de que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios o que permite diferentes interpretações e respostas diversas para um mesmo problema.

Nesse diapasão, tendo as normas constitucionais aquela estrutura aberta e indeterminada já mencionada, sua efetivação exige o protagonismo dos intérpretes, fazendo com que a leitura constitucional seja um processo aberto de argumentação onde participam todos os operadores da Constituição.

Percebe-se à partir da análise proposta que a Constituição parece muito mais problemática⁷ do que sistemática, apontando-se assim para uma necessidade de interpretação que envolve o diálogo, onde todos os argumentos são válidos até que apareça um vencedor.

Peter Häberle afirma que “uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade”,⁸ sendo que a interpretação dos ditames

⁶COELHO, Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental, p. 160.

⁷ “Aceitando, em contraposição a esse ponto de vista, que, modernamente, a Constituição é um sistema *aberto* de regras e de princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações; que um problema é toda questão que, aparentemente, permite *mais de uma resposta*; e que, afinal, a tópica é a técnica do pensamento *problemático*, pode-se dizer que os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as *aporias* emergentes da interpretação *concretizadora* desse novo modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método *tópico-problemático* representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos para se *chegar* até a Constituição”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 94.

⁸HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, reimpressão: 2002, p. 18.

constitucionais deve ser realizado à partir da problemática de cada caso apresentado, em sua singularidade.

Confere-se à Constituição um caráter prático na tentativa de solução de problemas concretos, à partir da análise singular de cada caso e da aplicação da circularidade dos conceitos jurídicos que a compõe.

1.3 Método hermenêutico-concretizador

Ao contrário do anterior, o método hermenêutico-concretizador parte da análise do texto constitucional para o problema. Inicia-se com a pré-compreensão do intérprete, a quem caberá concretizar a norma à partir de uma determinada situação fática.

O limite para a concretização é ancorado no próprio texto constitucional, mas sem perder de vista a realidade que ele intenta regular “que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a seu exame, para que ele o resolva à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça”.⁹

Evidencia-se que a tarefa de interpretação não se trata de um mero esforço histórico, mas sim a tentativa de verificar a diferença existente entre o texto legal e a realidade ou problemática que lhe é posta, buscando a concretização¹⁰ de seus preceitos à partir da pré-compreensão e da compreensão na experiência hermenêutica.

Em que pese a importância filosófica dessas premissas, há de se reconhecer a grande dificuldade de se produzirem resultados práticos razoavelmente consistentes, já que a pré-compreensão do intérprete distorce desde logo não somente a realidade, mas também o próprio sentido da norma constitucional.

1.4 Método científico-espiritual

O que dá sustentação a esse método é a ideia de Constituição como instrumento de integração, não só como sentido jurídico-formal, como instrumento de suporte e fundamento do ordenamento, mas também como instrumento de regulação de conflitos, construção e preservação da unidade social.

Para Bonavides, “o intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à ‘concretude’ da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração”.¹¹

⁹MENDES; COELHO; BRANCO. **Curso de direito constitucional**, p. 96.

¹⁰ Para Gadamer compreender um texto é sempre concretizá-lo. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 191.

¹¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 479.

O Estado, por sua vez, não pode ser reduzido a uma totalidade imóvel com finalidades restritas de promulgar leis, celebrar tratados, proferir sentenças ou praticar atos administrativos, mas sim, como fenômeno espiritual em constante configuração “no âmbito de um processo que pode ser valorado, indistintamente, como progresso ou como deformação, pouco importa, até porque isso é da sua natureza”.¹²

Assim, a Constituição exsurge como instrumento que ordena a vida do Estado, do seu processo de integração e da própria dinâmica social, não só permitindo, como também exigindo uma interpretação extensiva e flexível de seus ditames.

1.5 Método normativo-estruturante

O método em estudo possui como sustentáculo a afirmação de que há uma implicação necessária entre os preceitos jurídicos e a realidade que se pretendere regular, uma vinculação tão grande que a própria normatividade parece ter buscado apoio fora do ordenamento como meio de tornar eficazes seus propósitos.

Isso implica na premissa de que a normatividade não é produzida pelo seu texto, mas sim decorre de dados extralinguísticos de tipo estatal-social que garantem a sua concretização. “Todos aqueles que elaboram, publicam e fundamentam a decisão reguladora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática, sempre de conformidade com o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional), bem assim com outros meios metódicos auxiliares que ajudam na sua concretização”.¹³

Em síntese, para o método normativo-estruturante, o que importa é a concretização através da interpretação mediante a incorporação da realidade social, transparecendo aquilo que não se encontra, literalmente, no texto constitucional.

2 - EVOLUÇÃO SOCIAL E A NECESSIDADE DE NOVOS ELEMENTOS INTERPRETATIVOS

O Direito na qualidade de ciência social deve ser aberto e sensível as modificações da realidade social, tendo em vista que sua função é a de construir uma sociedade fundada em valores de justiça e solidariedade não podendo se afastar da realidade social.

As sociedades pluralistas atuais, marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer

¹²MENDES; COELHO; BRANCO. **Curso de direito constitucional**, p. 98

¹³MENDES; COELHO; BRANCO. **Curso de direito constitucional**, p. 100

diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.¹⁴

Na busca de sentido das normas constitucionais e na solução de casos concretos, os elementos tradicionais de interpretação da norma constitucional passaram a ser insuficientes ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade do constituinte.

Nas palavras de Herkenhoff, “interpretar é apreender ou compreender os sentidos implícitos nas normas jurídicas. É indagar a vontade atual da norma e determinar seu campo de incidência. É expressar seu sentido recorrendo a signos diferentes dos usados na formulação original”.¹⁵

Como explica Luís Roberto Barroso, no direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete.¹⁶ No mesmo sentido, a constatação de que as normas constitucionais não trazem sempre um sentido único e válido para todas as situações sobre as quais incidem, pois devem acompanhar a realidade em que estão inseridas e deverão ser aplicadas.

Imbuídas dessas constatações, as novas formas interpretativas deram azo ao desenvolvimento de categorias específicas de trabalho que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

Cabe ao intérprete o papel de complementar o sentido da norma, levando em consideração os elementos que compõe o caso em concreto, vez que a esta, em abstrato, não possui todos os atributos necessários à sua aplicação, necessitando da valoração¹⁷ de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática.

Exsurge assim a evidente diferenciação do sistema ou métodos tradicionais de interpretação constitucional e a nova sistemática proposta pela doutrina e jurisprudência. O modelo tradicional fora concebido para a interpretação e aplicação de regras; no entanto, no sistema moderno prevalece a concepção de que um sistema jurídico ideal exige uma distribuição de regras e princípios, com a atribuição de força normativa.

Todavia, essa nova concepção presente no constitucionalismo contemporâneo fez surgir a possibilidade de colisão de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais. Luis Roberto Barroso explica que “quando duas normas de igual hierarquia colidem

¹⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. de Marina Gascón. 3ª. ed. Editora Trotta S.A: Madrid, 1999, p. 13.

¹⁵HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)**. 3. ed., rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 9.

¹⁶BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307.

¹⁷ Luís Roberto Barroso explica que não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com poder discricionário. O primeiro envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência e em precedentes, já o segundo compreende valorações de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha subjetiva fundamentada em critérios extrajurídicos. BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 313.

em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema”. Nesses casos, continua o autor, “a atuação do intérprete criará o direito aplicável ao caso concreto, a partir de balizas contidas nos elementos normativos em jogo”.¹⁸

A colisão de normas constitucionais é de três tipos: colisão entre princípios constitucionais,¹⁹ colisão entre direitos fundamentais e colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.

Assevera Barroso que as três modalidades têm características em comum, quais sejam: insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los; inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia; e a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado.²⁰

Pela sistemática tradicional diante da colisão de normas ou princípios, aplica-se a subsunção como raciocínio padrão na aplicação do Direito. Dessa forma ela se desenvolve por um raciocínio silogístico, onde uma premissa maior (a norma) incide sobre uma premissa menor (os fatos), produzindo um resultado.

Entretanto, conforme já aventado anteriormente, essa visão simplista do texto constitucional, sem qualquer tipo de valoração, é insuficiente para os casos de colisões de princípios ou de direito fundamentais, já que nesses casos mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos e não há qualquer hierarquia jurídica entre si.

Nesse diapasão, a interpretação constitucional procurou desenvolver técnicas que produzissem soluções racionais e controláveis, chegando-se à chamada ponderação. Esta envolve avaliações de caráter subjetivo, que variam conforme as circunstâncias do caso concreto e do próprio intérprete ou "impossibilitado o juízo de subsunção, mormente quando a mesma situação ampara a aplicação de normas da mesma hierarquia jurídica, mas que indicam direções completamente opostas".²¹

A técnica da ponderação se distingue da interpretação clássica na medida em que há identificação dos bens em conflito, exame conjunto das circunstâncias concretas e normas aplicáveis,

¹⁸BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 310.

¹⁹: “Cuando dos principios entran en colisión uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien que lo sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso”. Tradução livre da autora: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

²⁰BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 331.

²¹GOMES, Fernanda Cunha. **A nova interpretação constitucional e o juízo de ponderação**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 83, 01/12/2010. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?id=8783>. Acesso em 24 dez. 2018.

apuração dos pesos que devem ser atribuídos a cada um dos bens em disputa, escolha da norma a ser ponderada, e somente após, haverá a sentença, e não simplesmente a análise da norma aplicável ao fato e sua conseqüente aplicação.²²

Como se percebe, em casos difíceis onde é necessária a ponderação jurídica, não ocorrerá mera subsunção, e sim a construção de um raciocínio que fundamente de maneira detalhada a decisão tomada, tornando o procedimento mais demorado e complexo.

Ratifica-se dessa forma o argumento de que a interpretação constitucional envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar de acordo com as circunstâncias pessoais do intérprete, além do caso em concreto à que é realizada.

Exsurge assim, a figura da argumentação jurídica fundamentada na constatação de que solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá que ser construída com base em valores e escolhas, tendo como finalidade propiciar o controle da racionalidade das decisões judiciais.

Por seu turno, a doutrina desenvolveu alguns vetores interpretativos para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, devendo o intérprete:

- a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador;
- b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas;
- c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos.²³

Assim, verifica-se que a nova sistemática de interpretação constitucional acompanha a evolução social e as conseqüentes mudanças na realidade cotidiana, visando a adequação do mundo jurídico e suas normas à solução dos casos práticos em sua singularidade.

3 - A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA E O ATIVISMO JUDICIAL

As novas formas interpretativas passam a desenvolver categorias específicas de trabalho que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

²²BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 368.

²³BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 337.

A Constituição, como norma mais alta, não pode ser mudada, reformada ou modificada facilmente. Essa rigidez que protege as regras e, especialmente as da Constituição, torna estática à ordem constitucional que dificilmente sofre transformações formais (reformas). Quanto mais subimos na hierarquia das fontes, mais difíceis são as renovações e mudanças do texto posto.²⁴

Nesse sentido, diante das dificuldades encontradas para a mudança do texto constitucional, o doutrinador CanosaUsera ressalta que "outras vias são essenciais para evitar a esclerose do sistema legal", no sentido de que o sistema legal deve acompanhar as mudanças e necessidades da sociedade em constante mutação.²⁵

Assim, a interpretação evolutiva do texto constitucional, coadunada com a visão aberta dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, se apresenta como uma alternativa para adequação da rigidez de seus dispositivos, aos casos reais que dependam de solução através do Poder Judiciário.

Ensina Luís Roberto Barroso que as especificidades quanto à posição hierárquica, à linguagem, às matérias tratadas e ao alcance político fazem com que "a interpretação constitucional extrapole os limites da argumentação puramente jurídica. (...) A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política."²⁶

Dois grandes teorias são estudadas acerca da possibilidade ou não da interpretação judicial recorrer a elementos externos ao texto constitucional na atribuição de sentido à Constituição; são as chamadas teorias "interpretativas" e "não-interpretativas".

As teorias interpretativas afirmam que a revisão judicial de decisões legislativas só pode ser baseada na própria Constituição. Ao contrário, as teorias não-interpretativas dizem que podem ser usados elementos retirados de outra fonte que não o texto constitucional, como a "moralidade popular", "teorias de justiça" ou alguma concepção de "democracia genuína".²⁷

O argumento das teorias interpretativas é de que os juízes, na maioria dos casos, não são agentes públicos eleitos e que, portanto, não deveriam ser inseridos na dinâmica da política. Em

²⁴BELLOSO MARTÍN, N. **De nuevo sobre la interpretación de los derechos fundamentales: reflexiones a la luz de algunas sentencias**. In: Nuria Belloso Martín, Saulo Tarso Rodrigues y Anderson Lobato (Organizadores) *A Contribuição da Justiça Constitucional para a Cidadania. Reflexões de Direito Comparado*. Rio Grande: Editora da Universidade Federal de Rio Grande – FURG, 2015. pp.75-156.

p. 109.

²⁵apud BELLOSO MARTÍN. **De nuevo sobre la interpretación de los derechos fundamentales: reflexiones a la luz de algunas sentencias**, p. 130.

²⁶BARROSO, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 272.

²⁷DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 44.

oposição, as teorias não-interpretativas argumentam que o intérprete não deve se limitar a revelar o sentido contido na norma, mas, ao contrário, ajudar a construí-lo.

Luís Roberto Barroso destaca três modalidades desse construtivismo: interpretação evolutiva, leitura moral da Constituição e o pragmatismo jurídico, importando para o presente artigo a primeira modalidade acima descrita.

A interpretação evolutiva segundo Barroso, consiste em compreender a Constituição como um “documento vivo”, sujeito às mudanças ocorridas na realidade social. A leitura moral da Constituição preconiza que as cláusulas gerais do texto constitucional devem ser interpretadas de acordo com os valores morais vigentes na sociedade.²⁸

Ao abordar a temática da interpretação evolutiva Belloso afirma que esta tem algumas peculiaridades características quando aplicadas às normas constitucionais, já que a interpretação da esfera constitucional é caracterizada por uma complexidade que não apresenta a legislação ordinária.

Tal complexidade cinge-se em três razões: a primeira razão é a rigidez especial das previsões constitucionais que têm vocação para permanência; a segunda razão é o dinamismo especial da realidade política que o direito constitucional regula; a terceira razão que favorece a interpretação evolutiva da Constituição é a textura aberta de suas previsões, isto é, seu caráter formal abstrato composto por princípios e preceitos ambivalente que, eventualmente, ampliam a esfera de discricionariedade e criatividade de seu intérprete. Essa criatividade acaba sendo associada a evolução, dada a natureza mutável da realidade política.²⁹

Todavia, assevera a autora que há um grande risco de mutação Constitucional e a transformação radical da ordem legal, em razão da expansividade da interpretação evolutiva.³⁰

A intervenção do Poder Judiciário na decisão política dos demais Poderes sofre fundadas críticas, entre as quais a mais contundente incide no risco que representa ao princípio da separação dos poderes, à legalidade, à segurança jurídica, à democracia, aos limites da atuação jurisdicional e à politização indevida da Justiça.

Discute-se nesse plano a legitimação democrática dessas decisões, colocando em pauta assuntos como o ativismo judicial que se caracteriza como a atividade jurisdicional que excede a competência que lhe é reconhecida constitucionalmente, não se confundindo com a judicialização da política que se insurge apenas na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais. Ainda, pelos ensinamentos de Tassinari depreende-se:

²⁸BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 282-283.

²⁹BELLOSO MARTÍN. *De nuevo sobre la interpretación de los derechos fundamentales: reflexiones a la luz de algunas sentencias*, p. 131/132.

³⁰BELLOSO MARTÍN. *De nuevo sobre la interpretación de los derechos fundamentales: reflexiones a la luz de algunas sentencias*, p. 133.

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.³¹

Outrossim, evidencia-se os dois papéis exercidos pela Constituição, quais sejam: estabelece as diretrizes democráticas, garantido ampla participação política,³² “governo da maioria e a alternância no poder” e a proteção dos “valores e direitos fundamentais”, sendo o Supremo o interprete final da Constituição, “funcionando como fórum de princípios”.³³

Todavia, o autor faz importante ressalva:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.³⁴

Denota-se que a Constituição assegura a participação política como um direito fundamental e por isso a grande relevância de sua garantia e proteção, não havendo interpretação constitucional que possa tolher referido ditame legal.

De suma relevância o ensinamento de Gorczewski que grifa “[...] é ela, a participação política, que transforma o indivíduo em cidadão, que lhe dá a possibilidade de determinar a sua própria sorte, de participar do poder, de fazer as leis e de obedecer unicamente a estas”.³⁵

Assim, verifica-se que a interpretação evolutiva se apresenta como uma forma válida para adequar-se o texto legal à realidade social que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

³¹TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial. Limites da atuação do judiciário**. 1º. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56

³² Segundo GORCZEWSKI, participação política significa “tomar parte na sociedade política, informar e fazer todos saberem de suas opiniões” GORCZEWSKI, Clovis. **Cidadania, democracia e participação política (recurso eletrônico): os desafios do século XXI/ Clóvis Gorczewski, NuriaBelloso Martin**. -1ed.-Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018, p. 148.

³³ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12318181901.pdf>> Acesso em 01.nov.2018, p. 11.

³⁴BARROSO. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**, p. 12.

³⁵GORCZEWSKI. **Cidadania, democracia e participação política (recurso eletrônico): os desafios do século XXI/ Clóvis Gorczewski, NuriaBelloso Martin**, p.168.

No entanto, deve-se ter cuidado para não incorrer no extremo oposto e evitar o perigo de que essa interpretação, assim como o ativismo judicial, signifiquem uma verdadeira mutação dos ditames do texto constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou elucidar a grande importância da correta interpretação das normas contidas na Constituição, como forma de garantir a efetiva proteção inerente aos direitos fundamentais nela positivados.

Inicialmente verificou-se os métodos tradicionais de interpretação que são comumente abordados pela doutrina constitucionalista, enfatizando a complexidade do texto constitucional uma vez que composto de princípios e regras que balizam e fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Posteriormente passou-se a análise das novas formas e de novos elementos interpretativos aplicáveis à Constituição, inseridos em um contexto social permeado de diversidades, de constante e rápida evolução.

Restou evidente o trabalho do atual intérprete constitucional que possui o papel de complementar o sentido da norma, levando em consideração o caso concreto, e em caso de colisão de direitos fundamentais aplicar a ponderação coadunada com a valoração e a argumentação jurídicas necessárias para fundamentar a decisão lançada.

Notou-se que a interpretação constitucional pelas novas sistemáticas propostas, em compasso com a lição de Dworkin, desempenha imperioso papel na solução de casos concretos, em razão da necessidade de atribuir significado e valoração às normas que venham a ultrapassar aquelas descritas expressamente na Constituição.

De posse da construção teórica acima referida apresentou-se o método da interpretação evolutiva como uma alternativa para a perfectibilização das garantias e fundamentos trazidos pela Constituição aos casos concretos que ocorrem diariamente no mundo dos fatos e necessitam da tutela judicial para eventual solução.

Asseverou-se acerca da correta aplicação do método proposto, de sua grande contribuição para a aproximação dos ditames legais com a realidade social, e também, do risco do ativismo judicial quando utilizado de forma exacerbada pelos tribunais.

Por fim, pontuou-se acerca da necessária e fundamental participação política do indivíduo, tornando-o cidadão, provido de direitos e deveres emanados da Constituição, os quais serão garantidos através da aproximação do texto constitucional da realidade social em que está inserido,

que deve ser realizada através da interpretação constitucional adequada e de acordo com os limites estabelecidos na própria Carta Magna.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12318181901.pdf>> Acesso em 01.nov.2018.

BELLOSO MARTÍN, N. **De nuevo sobre la interpretación de los derechos fundamentales: reflexiones a la luz de algunas sentencias**. In: Nuria Belloso Martín, Saulo Tarso Rodrigues y Anderson Lobato (Organizadores) *A Contribuição da Justiça Constitucional para a Cidadania. Reflexões de Direito Comparado*. Rio Grande: Editora da Universidade Federal de Rio Grande – FURG, 2015. p.75-156.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental**. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra, Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GOMES, Fernanda Cunha. **A nova interpretação constitucional e o juízo de ponderação**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 83, 01/12/2010. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?id=8783>. Acesso em 24 dez. 2018.

GORCZEWSKI, Clovis. **Cidadania, democracia e participação política (recurso eletrônico): os desafios do século XXI/ Clóvis Gorcevski, Nuria Belloso Martín**. -1ed.-Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da**

Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, reimpressão: 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política).** 3. ed., rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial. Limites da atuação do judiciário.** 1º. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia.** Trad. de Marina Gascón. 3ª. ed. Editora Trotta S.A: Madrid, 1999.

TRINTA ASPECTOS NEOCONSTITUCIONAIS EM HOMENAGEM AOS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

THIRTY NEOCONSTITUTIONAL ASPECTS IN HOMAGE TO THE THIRTY YEARS OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Tiago Zilli¹

Atila Kogan²

RESUMO

Ao celebrar as três décadas de promulgação da “Constituição Coragem”, que devolveu a liberdade e a cidadania, na forma de legitimidade, ao povo brasileiro, buscamos elencar, através dos saberes dispostos na coletânea “*Neoconstitucionalismo(s)*” – organizada por Miguel Carbonell, composta por nomes como Luigi Ferrajoli, Robert Alexy e Susanna Pozzolo – trinta aspectos do constitucionalismo moderno que encontram correspondência nas positivações expressas ou implícitas da Constituição de 1988. Em contraparte, traçamos um paralelo dos ditames dos autores internacionais com posições de importantes constitucionalistas brasileiros como Ingo Wolfgang Sarlet, José Afonso da Silva, UadiLammêgoBulos e Luis Guilherme Marinoni.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Direitos. Estado. Neoconstitucionalismo. Norma.

ABSTRACT

In celebrating the three decades of the promulgation of the "Courage Constitution" that gave freedom and citizenship, in the form of legitimacy, to the Brazilian people, we seek to enact through the knowledges arranged in the collection "Neoconstitucionalismo (s)" organized by Miguel Carbonell, such as Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, and Susanna Pozzolo, thirty aspects of modern constitutionalism that correspond to the positive or implicit affirmations of the 1988 Constitution. In contrast, we draw a parallel from the dictates of international authors with positions of important Brazilian constitutionalists such as Ingo Wolfgang Sarlet, José Afonso da Silva, UadiLammêgoBulos and Luis GuilhermeMarinoni.

KEYWORDS: Constitution. Neo-constitutionalism. Rights. Standard. State.

INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direito pela UPF, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, acadêmico de Ciências Sociais pela UFRGS, Membro do Projeto de Pesquisa: Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais (CNPq) do Grupo Dimensões do Poder e Relações Sociais do Programa De Pós-Graduação Em Direito da UPF, Pesquisador, tiagozilli77@gmail.com; 176322@upf.br.

² Mestrando em Direito pela UPF, Especializado em Processo Civil pela UCS, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPEL, Advogado, atila@kogan.com.br; 176318@upf.br.

No presente ano de 2018, celebram-se os trinta anos de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil,³ tendo o presente trabalho o intuito de localizar, no texto constitucional, trinta aspectos do neoconstitucionalismo, primando pelo diálogo entre importantes autores internacionais⁴ que debatem o assunto, a opinião doutrinária de José Afonso da Silva,⁵ somados aos apontamentos e comentários desenvolvidos por UadiLammêgoBulos⁶ e abarcando as lições do Prof. Ingo Wolfgang Sarlet.⁷ Valendo-se da missão de alocar três dezenas de aspectos neoconstitucionais, analisados com tipificação legal e doutrinária, dentro dos limites metodológicos condizentes, optaremos por uma breve exposição de cada assunto, vinculando a opinião científica de acordo com a especificidade de cada tópico, seguindo a ordem de posituação dos artigos constitucionais.

1 – CONSTITUIÇÃO CORAGEM

O **constitucionalismo contemporâneo**,⁸ ou neoconstitucionalismo,⁹ adquiriu suas características nos últimos cinquenta anos, tendo como exemplos as Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978), sendo estas novas matrizes constitucionais portadoras de um caráter evolutivo. Denotamos aqui a data de promulgação da nossa Constituição, 05 de outubro de 1988, assinada pelo Presidente da Constituinte Originária, Sr. Ulysses Guimarães,¹⁰ enquadrando-se, assim, dentro do período temporal concebido por outras promulgações neocostitucionais.

Quando o neoconstitucionalismo se mostra como uma ideologia que busca em primeiro plano assegurar as garantias e os direitos fundamentais do cidadão em detrimento dos regramentos e procedimentos destinados à limitação do poder estatal (característica principal do constitucionalismo clássico), é definido por Paolo Comanducci¹¹ como **neocostitucionalismo ideológico**.¹² Encontramos aderência para esta tese nas palavras dispostas no prólogo constitucional, chamado “A

³ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia de Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24/08/2018.

⁴CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**.EditoralTrotta S.A., Madrid, 2006.

⁵ SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2014.

⁶BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2002.

⁷SARLET, Ingo Wolfgang, MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6ªEd. – São Paulo: Saraiva, 2017. ePUB. p. 268.

⁸ 1º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁹ CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 09.

¹⁰ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil** – Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. p. VIII.

¹¹ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**.In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006. p. 85.

¹² 2º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

Constituição Coragem” (curiosamente ausente em edições constitucionais posteriores consultadas, sendo encontrado somente na versão original),¹³ no qual Ulysses Guimarães institui a luta da Constituição contra a miséria que envergonha o País.

2 – PREÂMBULO

Com o dever de estabelecer uma Lei que norteasse a reabertura democrática, o constituinte inicia sua preleção legal através do preâmbulo constitucional, que dispõe expressamente a proteção que assegura o exercício dos direitos e das liberdades. Neste sentido, Mauro Barberis¹⁴ defende que a constituição é um **ordenamento jurídico que busca proteger a liberdade e os cidadãos**.¹⁵ Através da leitura atenta do preâmbulo constitucional denota-se o objetivo¹⁶ central de sua existência: expor e assegurar os valores constitucionais, sendo a terminologia “*valor*” aplicada pela primeira vez na ordem constitucional brasileira.

Seguindo com as concepções de Barberis,¹⁷ confrontamo-nos com a opinião de que o moralismo está impregnado nas matrizes neoconstitucionais, tendo estas Cartas Regentes uma **Posição Divina**,¹⁸ enunciando um Deus ecumênico,¹⁹ atrelado aos vieses pluralistas e multiculturais presentes na sociedade brasileira.

3 – TÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Ao inaugurar o quadro de tipificações legais, o primeiro título da Constituição define os princípios fundamentais que regerão a vida da Nação. De acordo com Riccardo Guastini,²⁰ os **princípios**²¹ gerais dispostos nas constituições modeladas pelo neoconstitucionalismo não possuem uma aplicação imediata, exigindo a concretização de sua efetividade, através dos ditames do legislador e a aplicação por meio da interpretação dos juízes e demais órgãos que compõe as instituições do Estado. Em entendimento diverso,²² os princípios são identificados como normas

¹³ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil**.p. VII.

¹⁴ BARBERIS, Mauro. **Neocostitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral**.In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta S.A., Madrid, 2006.p. 261.

¹⁵ 3º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**.p. 35.

¹⁷ BARBERIS, Mauro. **Neocostitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral**.p. 277.

¹⁸ 4º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**.p. 33.

²⁰ GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano**.In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta S.A., Madrid, 2006.p. 52.

²¹ 5º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**.p. 37.

jurídicas imbuídas de um grau mais elevado em relação aos demais regramentos dispostos no restante do ordenamento jurídico.

Nos ensinamentos de Luigi Ferrajoli,²³ encontramos a sentença que delimita a presença do **Estado de Direito**,²⁴ no qual os ordenamentos dispostos limitam e vinculam a atuação do poder público, estando seus poderes obrigados a obedecer e respeitar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais. Ademais, caracteriza-se pela presença de constituições rígidas, com controle de constitucionalidade. Contextualizado no art. 1º, *caput*, da Constituição, o Estado de Direito recebe do constituinte originário a denominação de “*Estado Democrático de Direito*”, que é entendido²⁵ como o processo que dissipa os valores democráticos para todos os elementos que irão compor a sistemática operacional da Nação, bem como em seu ordenamento jurídico, derogando ao interesse coletivo sua preponderância normativa, visando à convivência de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Elemento central dos regimes estatais comprometidos com as liberdades e garantias individuais, assegurando os direitos básicos, a Constituição é defendida por Juan Carlos Bayón²⁶ como a forma institucional de expor a genuína **democracia**²⁷ e legitimar seu exercício. Desta forma, agrega-se ao *parágrafo único*, do art. 1º, a definição de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes, ou de forma direta, fundamentado nos valores da soberania, da cidadania, da dignidade e do pluralismo político, sendo a democracia uma constante de convivência social, tendo o poder emanado do povo, regido pelo povo, em seu único e exclusivo proveito.²⁸ A eficácia social do preceito democrático, só ira lograr êxito se os representantes que recebem a delegação de poder do povo, através do voto, respeitarem, seguirem e disporem em suas práticas políticas os preceitos, mandamentos e princípios ditados pela Constituição.²⁹

O neoconstitucionalismo pode ser concebido como a convergência de tradições constitucionais que por muito tempo caminharam separadas. Luis Prieto Sanchís³⁰ defende que de um lado as constituições contemporâneas definem as regras de convivência social e de outro as competências políticas, permitindo, desta forma, aos indivíduos que assegurem suas autonomias privadas, bem como disponham das ferramentas que permitem o acesso ao papel de agentes políticos.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho.** In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006. p. 13-14.

²⁴ 6º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** p. 121.

²⁶ BAYÓN. Juan Carlos. **Derechos, democracia y Constitución.** In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006. p. 214.

²⁷ 7º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.**, p. 127-128.

²⁹ BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal Anotada.** p. 52.

³⁰ SANCHÍS. Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.** In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006. p. 124-125

Traduzindo este ditame, na positivação constitucional, encontramos no art. 1º, inciso V, o assentamento do princípio do **pluralismo político**,³¹ que assegura de forma majoritária os preceitos necessários para que as liberdades de reunião, associação e opinião políticas possam se alicerçar e distribuir suas derrogações às instituições que alicerçam a nação. Reflexos deste princípio³² são encontrados nos arts. 17, 170, 206, III, 215, 2016, 220, caput, e § 5º.

Comanducci³³ sinaliza como um padrão neocostitucional a presença do constitucionalismo reformista, no qual o poder existente concede a possibilidade de se pactuar a promulgação de uma nova constituição. Aliando³⁴ o disposto no parágrafo único do art. 1º (ver *supra* p. 06) ao mandamento encontrado no art. 14, incs. II e III, (disciplinam o plebiscito e a iniciativa popular), c/c art. 49, inciso XV (autorização do Congresso Nacional), restam evidenciadas as prerrogativas legais, expressas na Constituição que são exigidas para se permitir a ascensão do **poder reformador**³⁵ da constituinte.

Seguindo os ensinamentos dispostos por Paolo Comanducci,³⁶ é disposto que o neoconstitucionalismo também herdou traços clássicos ao agregar aos seus preceitos a ideologia do “*constitucionalismo de loscontrapoderes*” que tem por finalidade limitar e garantir os direitos fundamentais, propondo um sistema de freios e contrapesos, a **divisão do poder**³⁷ dentro do Estado. Tal concepção encontra sua fonte doutrinária na teoria de Montesquieu.

Originalmente alocado no art. 2º, este princípio geral do Direito Constitucional, ganha status de princípio fundamental na Carta de 1988, ao dispor a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Esta atribuição³⁸ consiste em dividir o poder regente do Estado, em três vias distintas, confiando a cada poder remanescente as atribuições respectivas a suas funções na condução do desenvolvimento da nação que deve ser permeada pela harmonia e boa governança transpassada pelas instituições filiadas a cada forma de poder republicano.

Sarlet³⁹ define que este fenômeno se dá por “*separação horizontal*” do poder, designando a cessão e descentralização entre as instituições estatais básicas. Contudo, o princípio da separação dos poderes não pode ser enxergado na sua feição clássica, estando a Constituição à mercê de modificações vinculadas pelo Poder Legislativo, ocasionando consequências graves em termos de governabilidade para o País.

4 – TÍTULO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

³¹ 8º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 145.

³³ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. p. 78.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 66.

³⁵ 9º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

³⁶ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. p. 77.

³⁷ 10º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 110.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 83.

A presença da positivação dos **direitos fundamentais**,⁴⁰ a partir do art. 5º e seus setenta e oito incisos subsequentes, revelam, segundo Robert Alexy,⁴¹ o caráter profundamente democrático presente no neoconstitucionalismo, que assegura o desenvolvimento e a existência dos indivíduos regidos pela Constituição, devido às garantias dos direitos de liberdade (ver *sub*, p. 7) e igualdade (ver *sub*, p. 9).

Em seus comentários a respeito dos direitos previstos no Título II da Constituição Federal, Sarlet,⁴² é taxativo ao afirmar que todas as expressões, contidas no aludido artigo, abarcam a categoria de direitos fundamentais, não cabendo outra designação para tais preceitos constitucionais; devendo ser condicionado⁴³ às instituições republicanas afirmadas através do poder constituído, assegurar tais direitos em sua eficácia máxima e efetividade plena. Avançando,⁴⁴ é designado que os direitos fundamentais configuram-se como posicionamentos jurídicos que recebem uma proteção irrenunciável na esfera interna do direito constitucional dos Estados, situando-se no ápice do ordenamento vigente, sendo superiores hierarquicamente aos demais mandamentos magnos; recebem a ostensiva proteção contra reformas, modificações e revogações, agregando a si limites formais (procedimento agravado) e limites matérias (constituem-se como cláusulas pétreas).

Ampliando a análise dirigida por Alexy,⁴⁵ enunciamos um preceito neoconstitucional que aloca um dos mais antigos e fundamentais direitos inerentes ao homem e seu desenvolvimento junto ao seio democrático da Nação: o irrestrito exercício do **direito da liberdade**,⁴⁶ positivado no art. 5º, *caput*.

Distinguidos nos campos de estudos do direito constitucional em cinco grandes grupos⁴⁷, o direito de liberdade pode ser classificado como: liberdade de pessoa física, liberdade de pensamento, liberdade de expressão coletiva, liberdade de ação profissional e liberdade de conteúdo econômico e social. A legitimação conferida pelo art. 5º ao direito de liberdade envolta na incorporação de “*valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista, sem quaisquer preconceitos*”.⁴⁸ Sarlet⁴⁹ aduz a verificação conferida à liberdade, e aos demais direitos (vida, igualdade, segurança e propriedade) contidos no referido *caput* pétreo constitucional, que os enuncia como “*invioláveis*”, demonstrando a proximidade com o espírito que fomentou a composição constitucional.

⁴⁰ 11º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático**. In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta S.A., Madrid, 2006. p. 38.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 357. SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 358.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 348.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático**. p. 38.

⁴⁶ 12º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 237.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. p. 77.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 524.

Segmentando a sentença a respeito dos direitos fundamentais, encontrados noneoconstitucionalismo, disposta por Robert Alexy,⁵⁰ destacamos as liberdades de **acesso à informação**,⁵¹ personificadas nas figuras constitucionais que asseguram os direitos de liberdade de opinião, imprensa e radiodifusão, respaldados no art. 5º, incs. XIV a XXXIII c/c art. 220 a art. 224 da Constituição Federal de 1988. Sendo um aspecto⁵² de manifestação do pensamento o direito à informação mostra-se como um direito individual, porém transmutado à esfera coletiva, devido às modificações constantes nos meios de comunicação. Gerido no art. 5º, desemboca nos artigos que asseguram o exercício da imprensa livre e da manifestação do pensamento incondicionada.

Alexy⁵³ sustenta ainda que as presenças do livre **direito de associação e de reunião**⁵⁴ traduzem-se como aspectos neoconstitucionais, sendo expressos nos direitos fundamentais. A constituição federal dispõe a respeito deste direito em sem art. 5º, incs. XVI, XVII a XXI c/c arts. 8º, 174 § 2º, 3º e 4º. O direito de reunião⁵⁵ refere-se à liberdade fundamental que tutela os encontros com fins pacíficos em recintos fechados, como aquelas concebidas em locais abertos (como comícios, passeatas ou desfiles).

Ferrajoli⁵⁶ irá dispor que os **mandamentos dos princípios constitucionais**.⁵⁷ representam um aspecto que dimensiona a completude e a limitação da democracia, uma vez que a subordinação da lei ordinária é necessária para sua validade. Esta matriz tem ligação com a diferença hierárquica alcançada pelo direito constitucional, em detrimento do direito ordinário, incidindo da “*supremacia formal das normas constitucionais sobre o direito infraconstitucional*”.⁵⁸ Destaca-se o caráter de princípios jurídico-constitucionais, ou princípios constitucionais gerais, aqueles que se enquadram como “*informadores da ordem jurídica nacional*”⁵⁹, incidindo em normas constitucionais expressas ou derivações advindas dos princípios fundamentais, como da supremacia da constituição, legalidade, isonomia, ou ainda o exemplo gerado pelos princípios garantidores tipificados no art. 5º incs. XXXVIII a LX.

Nossa análise retorna aos ditames de Ferrajoli,⁶⁰ nos quais a distinção de conteúdo concebida nas concepções do neoconstitucionalismo, que destinará uma parte de seus mandamentos, a fim de regular os **direitos sociais**.⁶¹ Tidos como portadores de uma dimensão dos direitos fundamentais, os

⁵⁰ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático**.p. 38.

⁵¹ 13º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 262.

⁵³ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático**.p. 38.

⁵⁴ 14º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. p. 136.

⁵⁶FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**.p. 19.

⁵⁷ 15º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 64.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 95.

⁶⁰FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**.p. 18

⁶¹ 16º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

direitos sociais concebem-se como prestação de caráter positivo, alcançado pelo Estado, de forma direta ou indireta a fim de promover uma melhora gradativa na qualidade de vida dos indivíduos, sendo direitos que possuem sua ligação estreitada junto aos direitos de igualdade.⁶² Estão dispostos positivamente dos arts. 6 a 11 da CF/88, porém de forma exemplificativa, não dando cabo à totalidade do assunto que seguirá disposto e demais tópicos constitucionais.⁶³ Embora existam demais positivizações constitucionais a fim de delimitar os direitos sociais, é o art. 6º da Constituição que são condensadas as tipologias fundamentais aos direitos sociais, tais sendo: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Rebuscando a sentença precisa de Robert Alexy,⁶⁴ localizamos o caráter igualitário que enaltece a posição homogênea ocupada por todos os indivíduos nas sociedades regidas pelos ordenamentos neocostitucionais, no quais o **direito à igualdade**⁶⁵ configura-se como um preceito fundamental. A Carta Constitucional de 1988 possui uma veemência ampla no tocante a enquadramento de todos os indivíduos como iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza.⁶⁶ Embora tenha sua manifestação pétreia sediada no art. 5º, *caput*, exemplificamos o caráter igualitário intentado pelo constituinte na positivação dos direitos dos trabalhadores, alocados no art. 7º e incisos subsequentes. A positivação de tais direitos teve a intenção de conduzir os trabalhadores a uma condição próspera, afastando a possibilidade de supressão de benesses legais, alcançando às classes rurais e urbanas os mesmos direitos.⁶⁷

Alexy⁶⁸ aponta mais um fator fundamental à perspectiva neoconstitucional, junto aos ordenamentos contemporâneos, trata-se do **direito a voto e exercício das demais liberdades políticas**.⁶⁹ Como exemplos desta prescrição encontramos no art. 14, *caput*, a participação via sufrágio universal, além da figura do plebiscito, disposto constitucionalmente através do art. 14, incs. I e II c/c art. 29, XII e art. 61 § 2º. A participação direta dos cidadãos no processo político e decisório⁷⁰ ocorre por iniciativa legislativa popular e o plebiscito ou referendo.

Apontado por Juan Carlos Bayón⁷¹ como um mecanismo que propicia a escolha de um nome para reger e tomar as decisões pertinentes a condução do País, o **procedimento democrático**,⁷² surge como o regramento que irá disciplinar a alternância de poder a escolha de representantes. As

⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 288-289.

⁶³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. p. 372.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático**. p. 38.

⁶⁵ 17º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 226.

⁶⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. p. 373.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático**. p. 38.

⁶⁹ 18º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 264.

⁷¹ BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, democracia y Constitución**. p. 227.

⁷² 19º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

modalidades disponíveis para a participação da população no exercício do Poder Democrático dividem-se em três espécies:⁷³ democracia direta (quando o povo exerce diretamente as funções de governo); democracia indireta ou representativa (quando o povo fica impossibilitado por razões materiais de exercer a direção do Estado, outorgando esta tarefa aos seus representantes, eleitos em pleitos periódicos); ou a democracia semidireta ou democracia participativa (quando algumas instituições recebem a opinião e a decisão diretamente emanada do povo). O exemplo mais claro de exercício do procedimento democrático esta tipificado⁷⁴ no art. 14 §§ 5º a 9º c/c art. 16 que possuem caráter de direitos fundamentais, com aplicabilidade imediata, além do status de “*cláusulas pétreas*”.

5 – TÍTULO III – DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Sanchís⁷⁵ determina que o neoconstitucionalismo traz uma acepção de Estado de Direito, delimitando tanto o modelo institucional quanto os parâmetros políticos e organizacionais, necessários à regência da Nação. Ministrada positivamente no aparato constitucional, a **organização estatal**⁷⁶ vem disposta nos arts. 18 a 43 que delimitam a existências, competência e organização da União, dos Estados dos Municípios entre outras especificidades. O regime organizacional disposto pela Constituição refere-se à República Federativa condicionada em unidade federal, que opera através da *União* de entidades regionais coletivas delimitadas como *Estados*. Outros elementos são alocados nas disposição organizacional brasileira, como os Territórios Federais e o Distrito Federal, recebendo destaque a inclusão do Municípios na “*estrutura politico-administrativa da Federação*”.⁷⁷ A positivação do art. 18 funciona como um adendo ao que já fora descrito no art. 1º, configurando-se como um pleonasma do constituinte.⁷⁸

Importante articuladora e pensadora do movimento que construiu a terminologia do Neoconstitucionalismo, Susanna Pozzolo⁷⁹, defende que a moral é aceita e acaba sendo assumida, isto é, incorporada aos discursos normativos constantes nas constituições contemporâneas. Um reflexo positivado desta **moralidade**⁸⁰ aludida é encontrado no art. 37, *caput* da Constituição que disciplinará a presença dos princípios atinentes à administração pública, tais sendo: legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e eficiência.

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 138.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 749.

⁷⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. p. 123.

⁷⁶ 20º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 101-102.

⁷⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. p. 463.

⁷⁹ POZZOLO, Susanna. **Un constitucionalismo ambiguo**. In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta S.A., Madrid, 2006. p. 202.

⁸⁰ 21º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

6 – TÍTULO IV – DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

Recapitulando as concepções neoconstitucionais descritas por Ferrajoli,⁸¹ nos deparamos com a definição de que um efeito da Constituição se dá na organização estatal disciplinando as formas de **produção legislativa**.⁸² Positivado na Seção VIII do Título IV, o processo legislativo é constitucionalmente previsto em seus requisitos formais e desenvolvimento operacional através dos arts. 59 a 69.

De acordo com Souza⁸³ o processo legislativo é a reunião de atos tidos como: iniciativa, emenda, votação, sanção e veto; exclusivamente realizados pelos órgãos legislativos com intuito de conceber “*leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos*”. Ele aponta, ainda, que as medidas provisórias, originalmente, não constavam no rol do art. 59, uma vez que são de exclusiva edição do Presidente da República, ocorrendo que “*um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da constituição no dia 5.10.1988*”.

Introduzido por Alfonso García Figuera⁸⁴ a tese do **constitucionalismo metodológico**⁸⁵ pode ser formulada a partir da constitucionalização do sistema jurídico, expressando uma relação conceitual necessária entre o direito e a moral nas constituições englobadas pelas matrizes do neoconstitucionalismo. Disposto em um largo rol que abarca do art. 92 ao art. 126, o Poder Judiciário recebe do constituinte a função, a organização, a competência, a disciplina, o controle, o funcionamento, a composição, o estatuto, as garantias, a autonomia e independência financeira, e os princípios vinculados ao seu exercício.

Luigi Ferrajoli⁸⁶ versa que o modelo neoconstitucional carrega em seu genoma a disposição para disciplinar o **controle de constitucionalidade**⁸⁷ das leis ordinárias. Tal afirmação encontra respaldo, pois no art. 102, I, a) é disciplinado a atribuição delegada ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo.

O objetivo disposto pelas ações ministradas pelo artigo *supra* é execrar do ordenamento jurídico vigente legislação ou atos regulamentares que estiverem em confronto direito com as disposições constitucionais, evidenciando o controle concentrado da constitucionalidade, fazendo o

⁸¹FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**.p. 18.

⁸² 22º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁸³ SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 528-529.

⁸⁴ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria del Derecho em tempos del constitucionalismo. Idem 04, p. 172.

⁸⁵ 23º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁸⁶FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**. p. 14.

⁸⁷ 24º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

Supremo Tribunal Federal figurar como um *legislador negativo*,⁸⁸ expurgando atos incompatíveis com a Lei Maior.

Guastini⁸⁹ ao comentar sobre as relações políticas influenciadas pelas (neo)constituições, define que a postura dos juízes e sobretudo dos **Tribunais Constitucionais**⁹⁰ são fundamentais para o desenvolvimento harmonioso entre os poderes. O tema versado pelo autor gera um leque de controvérsias e debates acalorados, na realidade atual do Brasil, não sendo expandido no presente trabalho. Nos afeiçoaremos às atribuições delegadas pelos arts. 102 e 103 a respeito das competências do Supremo Tribunal Federal.

Entende-se que a guarda da Constituição, proferida ao STF mostra-se como uma tarefa problemática.⁹¹ Conciliar a vigia dos valores constitucionais com o julgamento de recursos extraordinários, decididos em última instância (conforme alíneas do inciso III do art. 102), revela-se historicamente que a opção da Corte sempre foi pela resolução do conflito no caso concreto e não pela vinculação aos valores constitucionais, suscitando se o seu papel é mesmo de um Tribunal Constitucional. A Guarda da Constituição atribuída ao STF implica na competência de julgamento das demandas que exijam controle de constitucionalidade concentrado, não sendo esta sua única atribuição, que entre outros motivos, não o transformam em um Tribunal Constitucional concebido nos moldes europeus.⁹²

7 – DEMAIS ASPECTOS (POSITIVADOS OU IMPLÍCITOS)

Luis Prieto Sanchís⁹³ observa que as formações neoconstitucionalizadas carregam em seu perfil contradições temáticas que podem desequilibrar a condução normativa a qual se destinam. Por exemplo: ao mesmo tempo que regulam a liberdade de expressão, também positivam o direito a honra, podendo conceber conflitos de ordem interna na Constituição. Outra temática que detém um caráter problemático é o **equilíbrio entre a ordem econômica** (e as interferências nas dinâmicas do mercado e no direito de propriedade) e **odesenvolvimento do Estado Social**.⁹⁴ A Constituição vigente regula nos arts. 170 a 192 as primazias legais que estabelecem os ditames básicos para o desenvolvimento econômico/financeiro brasileiro, ao passo que o capítulo seguinte põe em vigor as disposições pertinentes a ordem social, constantes nos arts. 193 a 203.

⁸⁸ BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal Anotada**. p. 905.

⁸⁹ GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano**. p. 57.

⁹⁰ 25º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 565.

⁹² BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal Anotada**. p. 903.

⁹³ SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. p. 133.

⁹⁴ 26º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

Ricardo Guastini⁹⁵ defende que as constituições modernas são “*constituciones largas*”, que abarcam no seu corpo legal **elementos**⁹⁶ que regem a organização do Estado, ao mesmo tempo, que positivam a declaração dos direitos fundamentais, regulando diretamente as relações entre o Estado e seus cidadãos.

Silva⁹⁷ expõe em seu entendimento a existência de cinco elementos principais que adornam a Carta Constitucional de 1988: a) elementos orgânicos: que regulam a estrutura estatal, seus núcleos de poder e aspectos funcionais/organizacionais (Títulos III, IV,V (Capítulos II e III) e VI); b) elementos limitativos, tratando-se dos direitos fundamentais (Título II, exceto Capítulo II); c) elementos socioideológicos, ver *supra* pp. 18 e 19 (Capítulo II do Título II e Títulos VII e VIII); d) elementos de estabilização constitucional, destinados à solução de conflitos e ameaças à Constituição (artr. 102, I, a; arts. 34 a 36; arts 59, I e 60; arts. 102 e 103 e Capítulo I Título V); e) elementos formais de aplicabilidade, versando sobre as normas que pré-estabelecem as regras de aplicação da Constituição (Preâmbulo, § 1 do art. 5º e ADCT).

Voltando as lições neoconstitucionais deliberadas por Susanna Pozzolo,⁹⁸ presenciamos a figura **hierárquica superior**,⁹⁹ ocupada pelas constituições modernas, na qual estas, devido ao seu valor moral dão unidade ao sistema que regem, suplantando a perda de referencialidade que era causada pela pulverização das fontes do direito. Este fator que gera a superioridade hierárquica constitucional evidencia-se através do “*principio da supremacia da constituição*”,¹⁰⁰ sendo a referência que abarca o alicerce construtivo de todo o direito moderno.

Rebuscando os dizeres de Ferrajoli¹⁰¹ encontraremos a figura da constituição rígida como um requisito fomentador do Estado Constitucional de Direito. A **rigidez constitucional**¹⁰² vincula-se à dificuldade ampliada ao se promover modificações e alterações na constituição em detrimento das demais normas do ordenamento. A presente Constituição tem caráter rígido,¹⁰³ sendo nela contida a lei fundamental do Estado Brasileiro, vinculando todos os governos (federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal) à soberania da Lei, exercendo as atribuições conforme a Constituição permite. Evocando Sarlet,¹⁰⁴ as constituições rígidas, são definidas pelo seu procedimento rigoroso de modificação textual.

⁹⁵GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso ilatiano**. p. 52-53.

⁹⁶ 27º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 46-47.

⁹⁸POZZOLO, Susanna. **Un constitucionalismo ambiguo**. p. 199.

⁹⁹ 28º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 47.

¹⁰¹FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**.p. 14.

¹⁰² 29º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 47-48

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 64.

Encerrando nossa retrospectiva de maneira precisa, Santiago SastreAriza¹⁰⁵ dispõe que o entendimento atual da doutrina do direito usa a expressão “*neoconstitucionalismo*” ou “*constitucionalismo avanzado*”, ou ainda, “*constitucionalismo de derechos*” para nomear o novo modelo jurídico que representa o Estado Constitucional que **positiva os Direitos**,¹⁰⁶ existente em alguns países europeus como a Itália, a Alemanha e a Espanha. Reflexos desta doutrina são visíveis no Brasil sendo reconhecido na Constituição de 1988 um vasto leque de positivações que declaram, protegem e vinculam direitos aos cidadãos brasileiros, sendo dedicado na obra de José Afonso da Silva¹⁰⁷ um largo rol com cerca de cento e dez delimitações de direitos previstos e assegurados pela Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Celebrar os trinta anos da “Constituição Coragem” elencando trinta elementos normativos, positivados ou implícitos, com inclinação à doutrina neoconstitucionalista mostrou-se um desafio que se concluiu em uma dupla forma: recompensadora e justificada. Recompensadora pelo fato de percorrer a carta constitucional, a partir do entendimento de grandes pensadores do direito mundial e localizar correspondências expressas de suas teorias, positivadas na Nossa Constituição demonstrando o alto padrão com que o poder constituinte originário prescreveu nossa carta de direitos. Justificada porque em tempos sombrios nos quais a Carta Régia da Nação é desrespeitada e acometida por todo tipo de vilipêndio, mostra-se como uma tarefa de reconhecimento e esperança retomar a leitura da Constituição da República Federativa do Brasil e idealizar que um dia, esta Terra Abençoada será brindada pelo devido respeito e cumprimento a sua Lei Maior.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático**. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2006.

ARIZA, Sastre Santiago. **La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2006.

BARBERIS, Mauro. **Neocostitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral**. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2006.

¹⁰⁵ ARIZA, Sastre Santiago. **La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2006.p. 239.

¹⁰⁶ 30º Aspecto Neoconstitucional refletido na CF/88.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 910-911-912-913.

BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, democracia y Constitución.** In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia de Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24/08/2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição:** República Federativa do Brasil – Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal Anotada.** 4ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2002. N.º de chamada BC-UPF342.4(81)(094.4)B939c4.ed-2002.Ex.3

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo:** un análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho.**In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La teoria del Derecho em tempos del constitucionalismo.**In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamento jurídico:** el caso italiano.In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006.

POZZOLO, Susanna. **Un constitucionalismo ambiguo.**In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.**In CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). EditorialTrotta S.A., Madrid, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores Ltda, 2014. N.º de chamada BC-UPF: 342S586c37.ed.-2014.Ex.4

ARTIGOS - GT 5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

DO 'QUARTO DE DESPEJO' À VILA ITÁLIA: A FAVELA E OS QUE NÃO TÊM DIREITO A TER DIREITOS

FROM THE 'EVICITION ROOM' TO VILA ITALIA: THE FAVELA AND THOSE WHO DO NOT HAVE THE RIGHT TO HAVE RIGHTS

Bruna Nogueira Machado Morato de Andrade¹

RESUMO

Este escrito é um recorte de uma pesquisa em andamento da autora, feita para sua dissertação de mestrado. O objeto da pesquisa macro é a análise de um processo judicial em que a cidade de São José do Rio Preto, uma rica cidade do interior paulista, acionou judicialmente a favela Vila Itália para que fossem todos despejados, pois estão ocupando área pública. O que se busca no presente texto é trazer à tona o caso da Vila Itália, que versa essencialmente sobre a luta de seus moradores e as questões sobre direito à moradia, ponderação, inefetividade de direitos e suas garantias. Encontra-se amparo e mescla na obra de Carolina Maria de Jesus, em seu 'Quarto de Despejo', que são os escritos de suas percepções – assaz críticas – e vivências na favela, a qual, com imensa clareza, fazia a analogia de ser o quarto de despejo da cidade de São Paulo. Ademais, o referencial teórico é a filosofia da libertação e a teoria crítica dos direitos humanos. Busca-se, assim, com inspiração waratiana – Luis Alberto Warat muito propagava a aproximação entre direito e literatura – unir a história atual da favela Vila Itália com a narrativa de Carolina Maria de Jesus, utilizando como pano de fundo o marco teórico já mencionado. A favela é uma ocupação que surgiu em São José do Rio Preto em 2014, sendo a primeira após quase 15 anos sem haver uma na cidade. A luta dos moradores escancara a incômoda realidade do capital: o primeiro morador veio, ironicamente, após de mudar do Nordeste para a citada cidade, que passava por um *boom* da construção civil, para construir prédios residenciais. O que se verifica no processo é que enquanto eram bons para construir, nada atrapalhavam, e que quando ficaram desempregados, passaram a ser invasores, a não terem direito algum, a serem não-trabalhadores e assim por diante, conforme se mostrará no artigo. Desse modo, essa é a *fórmula* do texto apresentado: um estudo de caso em que se tem uma obra literária andando lado a lado, e uma análise sobre os direitos humanos permeando todo o trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos. Favelas. Vila Itália.

ABSTRACT

This writing is a cut from an ongoing research by the author, made for her master's thesis. The object of the macro survey is the analysis of a judicial process in which the city of São José do Rio Preto, a rich city in the interior of São Paulo, judicially brought the Vila Italia favela to court, since they are all occupying a public area. What is sought in this text is to bring to the fore the case of Vila Italia, which is essentially about the struggle of its residents and the issues of housing rights, weighting, ineffectiveness of rights and their guarantees. One finds support and mixes in the work of Carolina Maria de Jesus, in his 'Eviction Room', which are the writings of his perceptions - very critical - and experiences in the favela, which, with immense clarity, made the analogy of being the eviction room of the city of São Paulo. In addition, the theoretical reference is the philosophy of the liberation and the critical theory of the human rights. Thus, with the inspiration of Waratian - Luis Alberto Warat, he propagated the approximation between law and literature - to unite the current history of the Vila Italia favela with the narrative of Carolina Maria de Jesus, using as background the theoretical

¹Mestranda em Direitos Humanos (UNESP), especialista em psicologia e orientação sistêmica de família (FAMERP), advogada e designer gráfica. Contato: bruna.duco@gmail.com.

framework already mentioned. The favela is an occupation that arose in São José do Rio Preto in 2014, being the first after almost 15 years without having one in the city. The residents' struggle had opened up the uncomfortable reality of capital: the first resident came, ironically, after moving from the Northeast to the city, which was undergoing a construction boom, to build residential buildings. What happens in the process is that while they were good to build, they were not in the way, and when they became unemployed, they became invaders, not having any rights, being non-workers and so on, as will be shown in the article. Thus, this is the formula of the text presented: a case study in which one has a literary work going hand in hand, and an analysis of human rights permeating all work.

KEYWORDS: Rights. Favelas. Vila Italy.

INTRODUÇÃO

Quando se vê um processo judicial que remete a direitos fundamentais, que, por conseguinte, são direitos humanos positivados, já é motivo de espanto. Explica-se: David Sánchez Rubio² costuma fazer uma provocação, perguntando a sua plateia se conseguem imaginar quantas ações ajuizadas há no mundo sobre direitos humanos, sendo que as pessoas costumam mexer a cabeça num ‘mais ou menos algumas’, depois, ele pergunta no Brasil, daí já diminuem mais as manifestações. Quando pergunta no Estado em que mora a plateia, ou mais ainda, na cidade, daí as pessoas quase riem, pois não se lembram ou não sabem ou porque realmente não há proteção judicial de tais direitos, ainda que já violados.

Desta forma, um processo judicial que verse sobre direitos fundamentais, por mais que signifique direito já violado, em regra, deveria ter o condão de trazer à esfera pública um julgamento que assegurasse os direitos humanos mais elementares de uma pessoa, como o direito de morar, aqui tratado. Entretanto, não se deve esquecer que a realidade dos direitos humanos, deveras afastada da prática, é formal e individualista. Assim, ainda que devesse haver efetiva ponderação entre direitos cabíveis, acaba, no mais das vezes, por ratificar a situação imposta aos mais vulneráveis.

E é daqui que se parte. O olhar é através da parte mais vulnerável. Há um preconceito sempre presente, em alguns momentos políticos mais visíveis, noutros, mais latentes, mas sempre pronto a surgir com força, que é entender o popular como algo negativo, e o popular nem sempre como sinônimo de pobreza, mas aqui se toma tal liberdade de generalizar, pois o pobre é visto como bárbaro, analfabeto, negativo, é tido como caos, como sujeita, como perigo, além de ter que ser sempre controlado e limitado. Colocam o pobre numa caixinha pequena, sem nada, ou quase nada, querem manipulá-lo de todas as formas, retirando o pouco que tem, e ainda querem que se satisfaça.

Chama-se a atenção, ainda neste início, para a *propriedade* estar dentre os valores e princípios mais elementares da vida humana, positivados na Constituição Federal tanto no artigo 5º, como em

² A autora do presente escrito esteve em duas oportunidades com David Sánchez Rubio em sala de aula, presenciando tal exemplo: em junho de 2017, em Franca, São Paulo, e em novembro de 2018, em Passo Fundo, Rio Grande do Sul.

outros artigos, ao lado de vida, liberdade, igualdade e segurança. É certo que não se trata só da propriedade privada, mas se trata principalmente dela. Isso significa que o mercado de capitais, que cada vez mais avança na questão da moradia privada ao invés da popular, é tão ou mais importante que o direito de morar. Até se explica pelo direito à moradia ser um dos direitos abstratos que há na Carta Magna, e, por outro lado, a propriedade ser algo palpável, concreto, que, pela visão política atual e mercantil, deve ser mais protegida, portanto.

Assim, o que se verá adiante são duas histórias, que não são paralelas, mas bem podiam ser. Ou uma como aprofundamento da outra. Na primeira parte, é apresentada *enpasant* uma das obras de Carolina Maria de Jesus, qual seja, ‘Quarto de Despejo’. Esse livro é aqui trazido por ser o relato da própria Carolina em relação à sua moradia numa favela de São Paulo. Na segunda parte, traz-se um breve panorama sobre a situação de uma favela em São José do Rio Preto, pincelando-se alguns dados sobre o processo judicial e algumas peculiaridades do caso.

1 - ‘QUARTO DE DESPEJO’

Quarto de despejo é um dos diversos livros escrito por Carolina Maria de Jesus, negra, pobre, que estudou apenas até o 2º ano do que equivale hoje ao Ensino Fundamental. Era natural de Sacramento, Minas Gerais, mas viveu a maior parte de sua vida em São Paulo, e cerca de dez anos na Favela do Canindé, na capital paulista.

O livro aqui abordado é um retrato da faminta e, no mais das vezes, triste realidade de Carolina, sendo o diário de alguns dos anos que viveu na favela mencionada. Foi mãe de três filhos: João, José Carlos e Vera Eunice, que com ela compartilharam a mais árdua vida concreta. Ou barrenta, por conta do chão de barro comum às favelas.

Carolina foi *descoberta* por Audálio Dantas, jornalista que estava a pesquisar sobre favelas, que ouviu a autora do livro dizer para algumas pessoas pararem de importunar, senão lhes colocaria em seus escritos. Isso chamou tanto sua atenção que foi o início de sua ascensão. Segundo Dantas, “li, e logo vi: repórter nenhum, escritor nenhum poderia escrever melhor aquela história – a visão de dentro da favela”.³ A primeira obra publicada, e ora comentada aqui, foi de sucesso estrondoso, a obra tendo diversas edições, mesmo no exterior. Entretanto, por sua posição política – após tudo o que viveu, seria impossível não ter uma visão política bem definida – foi aos poucos caindo num esquecimento proposital, morrendo numa pequena propriedade no extremo sul da terra da garoa.

Pois bem, passa-se a alguns trechos da obra e curtas análises, que mais a frente se juntará à realidade atual da Vila Itália.

³ JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**. Edição Popular, 1963, p. 03.

Carolina foi mãe solteira, trabalhava dia e noite e vivia à mercê da pensão do pai de Vera Eunice, que vez ou outra ou não a depositava na data correta ou nem a depositava. Entretanto, é nítido que tinha a convicção de que homem não lhe fazia falta, retratando toda sorte de violência contra as mulheres que lá viviam:

Elas alude que eu não sou casada. Mas eu sou mais feliz do que elas. Elas tem marido. Mas, são obrigadas a pedir esmolas. São sustentadas por associações de caridade. Os meus filhos não são sustentados com pão de igreja. Eu enfrento qualquer especie de trabalho para mantê-los. E elas, tem que mendigar e ainda apanhar. Parece tambor. A noite enquanto elas pede socorro eu tranquilamente no meu barracão ouço valsas vienenses. Enquanto os esposos quebra as tabuas do barracão eu e meus filhos dormimos socegados. Não invejo as mulheres casadas da favela que levam vida de escravas indianas. Não casei e não estou descontente. Os que preferiu me eram soezes e as condições que eles me impunham eram horríveis.⁴

Curioso que em raras passagens se vê Carolina reclamando de seu trabalho de catadora de lixo, ou do que pudesse fazer (uma miséria de) dinheiro. No entanto, seu maior inconformismo e incômodo era a situação de morar na favela:

Eu não tenho homem em casa. É só eu e meus filhos. Mas eu não pretendo relaxar. O meu sonho era andar bem limpinha, usar roupas de alto preço, residir numa casa confortavel, mas não é possível. Eu não estou descontente com a profissão que exerço. Já habituei-me andar suja. Já faz oito anos que cato papel. O desgosto que tenho é residir em favela.⁵

O que mais dói em todo relato da autora citada é a fome. Doía nela, doía nos filhos dela e dói até hoje em que lê:

No Lixão, como é denominado o local. Os lixeiros haviam jogado carne no lixo. E ele escolhia uns pedaços: Disse-me: - Leva, Carolina. Dá pra comer. Deu-me uns pedaços. Para não maguá-lo, aceitei. Procurei convencê-lo a não comer aquela carne. Para comer os pães duros ruidos pelos ratos. Ele disse-me que não. Que há dois dias não comia. [...] No outro dia encontraram o pretinho morto. Os dedos do seu pé abriram. O espaço era de vinte centímetros. Ele aumentou-se como se fosse de borracha. Os dedos do pé parecia leque. Não trazia documentos. Foi sepultado como um Zé qualquer. Ninguém procurou saber seu nome. Marginal não tem nome.⁶

Assim ela ainda relatou: “E assim no dia 13 de maio de 1958 eu lutava contra a escravatura atual – a fome!”⁷ Ainda acerca da conta que não fecha sobre alimentos e fome, tem-se nela que:

Chegou um caminhão aqui na favela. O motorista e o seu ajudante jogam umas latas. É linguiça enlatada. Penso: É assim que fazem esses comerciantes insaciáveis. Ficam esperando os preços subir na ganancia de ganhar mais. E quando apodrece jogam fora para os corvos e os infelizes favelados.⁸

⁴JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**.1963, p. 14.

⁵JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**.1963, p. 19.

⁶JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**.1963, p. 35-36.

⁷JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**.1963, p. 27.

⁸JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**.1963, p. 29.

O olhar da própria Carolina é muito expressivo sobre a situação de miserabilidade que vivia. Ademais, ela tinha percepção sensível e crítica de como era vista pelos outros: “Os vizinhos de alvenaria olha os favelados com repugnância.

Percebo seus olhares de odio porque eles não quer a favela aqui. Que a favela deturpou o bairro. Que tem nojo da pobreza. Esquecem eles que na morte todos ficam pobres”.⁹

No início do diário, principalmente, Carolina claramente se esforçava para relatar com certa poesia sua vida indigna de qualquer pessoa. Os dias e anos foram passando, e é nítido que em determinada altura o peso da vida sem comida, com três filhos para criar, sem dinheiro algum, pesava-lhe: “Hoje é aniversário de minha filha Vera Eunice. Eu não posso fazer uma festinha porque isto é o mesmo que querer agarrar o sol com as mãos. Hoje não vai ter almoço. Só jantar”.¹⁰

Também no seguinte trecho:

Como é horrível levantar de manhã e não ter nada para comer. Pensei até em suicidar. Eu suicidando-me é por deficiência de alimentação no estomago. E por infelicidade eu amanheci com fome. Os meninos ganharam uns pães duros, mas estava recheiado com pernas de barata.¹¹

Numa toada mais política, duas passagens a respeito:

Deixei o leito furiosa. Com vontade de quebrar e destruir tudo. Porque eu tinha só feijão e sal. E amanhã é domingo. Fui na sapataria retirar os papeis. Um sapateiro perguntou-me se o meu livro é comunista. Respondi que é realista. Ele disse-me que não é aconselhável escrever a realidade.¹²

E:

Passsei na sapataria. O senhor Jacó estava nervoso. Dizia que se viesse o comunismo ele havia de viver melhor, porque o que a fabrica produz não dá para as despesas. Antigamente era os operarios que queria o comunismo. Agora, são os patrões. O custo de vida faz o operario perder a simpatia pela democracia.¹³

Num fim apertado sobre o livro, ressalta-se a ida da autora de ‘Quarto de Despejo’ à redação de um jornal, para falar do livro:

Na redação, eu fiquei emocionada. (...) O senhor Antonio fica no terceiro andar, na sala do Dr. Assis Chatobriand. Ele deu-me revista para eu ler. Depois foi buscar uma refeição para mim. Bife, batatas e saladas. Eu comendo o que sonhei! Estou na sala bonita. A realidade é muito mais bonita do que o sonho. Depois fomos na redação e fotografaram-me. (...)

⁹JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**.1963, p. 49.

¹⁰JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**.1963, p. 83.

¹¹JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**.1963, p. 89.

¹²JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**.1963, p. 96.

¹³JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**.1963, p. 99.

Prometeram-me que eu vou sair no *Diário da Noite* amanhã. Eu estou tão alegre! Parece que a minha vida estava suja e agora estão lavando.¹⁴

E a conclusão derradeira dela mesma sobre como é vista e vivida a favela e o pobre: “A favela é o quarto de despejo de uma cidade. Nós, os pobres, somos os trastes velhos.”¹⁵

2 - VILA ITÁLIA

É de peculiar semelhança a narrativa de Carolina Maria de Jesus e a realidade atual da Vila Itália.

A Vila Itália é resistência que surgiu em meados de 2014, cujo nome inicial era “Favela do Santa Catarina” pois estava situada, inicialmente, apenas em um terreno particular com 35 mil metros quadrados no loteamento “Santa Catarina”, ao lado da Vila Itália.

São José do Rio Preto é uma cidade que viveu há alguns anos uma fase de grande crescimento na área da construção civil, sendo que o primeiro morador do local foi um pedreiro que havia vindo de outro estado para trabalhar em uma construção e se viu sem moradia. A alienação é tão clara que a descrição é pleonástica: ele veio de outro estado para trabalhar para um terceiro na construção de um prédio e não tem sequer lugar para morar. Os primeiros moradores têm histórias semelhantes: vieram de fora e acabaram esbarrando em alugueres caros, preços mais altos do que estavam habituados, não tendo condições de se manter, sendo a Vila Itália um refúgio possível. Querem a reconstrução de suas vidas. Segundo Enrique Dussel (1977, p. 75) temos que:

As classes oprimidas, como oprimidos, são partes disfuncionais da estrutura da totalidade política. São partes que devem realizar trabalhos que os alienam, que os impedem de satisfazer as necessidades que o próprio sistema reproduz neles.¹⁶

Houve ajuizamento de demanda judicial¹⁷ em 06 de julho de 2016 pelo município, a fim de obter a reintegração da área pública ocupada. E, por óbvio, não foi sem agressões, ainda que a terra nunca houvesse sido ocupada pelo Poder Público.

Inicialmente, o Ministério Público foi pela concessão da tutela provisória, que pedia a reintegração da posse *inaldita altera pars*. Assim, aquelas mais de 40 famílias que já moravam no local seriam simplesmente retiradas sem ter para onde ir. A Defensoria Pública passou a atuar, e graças a isso o processo tomou outro rumo, mantendo as pessoas em suas *moradias*.

¹⁴JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**. 1963, p. 151.

¹⁵JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**. 1963, p. 171.

¹⁶DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina**. São Paulo: Edições Loyola, 1977, p. 75.

¹⁷ Processo n. 1039033-42.2016.8.26.0576.

Curioso ressaltar que por diversas vezes no processo os moradores da favela são chamados de ‘invasores’, ‘ocupantes irregulares’, ‘acampantes’, ‘aglomerado urbano em área pública ocupada’ etc., sendo que nenhuma alternativa lhes era oferecida. Parece não se atentarem ao simples fato de que ninguém dorme com baratas, ratos, sem muitas vezes ter o que comer, porque são *vagabundos*, como querem parecer que são. A Defensoria Pública sugeriu que se pagasse um aluguel social, ou mesmo que regularizasse a situação, mas nada foi aceito pela municipalidade. Ao revés, de maneira drástica, ainda queriam que os próprios moradores destruíssem seus barracos, como se vê em notícia veiculada em jornal de grande circulação local:

Destacamos a necessidade das lideranças e dos próprios moradores, que a **desocupação** seja de forma pacífica, e ainda **assumam o compromisso de demolir todos os barracos** conforme forem desocupando-os ou informe os servidores que ali estiverem para providenciar a demolição ou remoção dos materiais, evitando-se novas ocupações (grifos meus).¹⁸

Dentre o que parece ser um absurdo, está a negativa pelo Serviço Municipal Autônomo de Águas e Esgoto (SeMAE) em conceder caminhões ‘pipa’ com água potável à comunidade, sob a justificativa de que como todos pagam taxas para tanto, que eles também deveriam pagar. Também negaram a instalação de banheiros químicos nos local, sob a argumentação de que *não previsto no orçamento anual* (p. 339 do processo mencionado). Veda-se o acesso aos bem mais básicos para a sobrevivência. Não à toa, como visto por esta pesquisadora, as crianças – ainda que a saúde pública do município seja boa – têm inúmeros problemas de pele, dado o ambiente impróprio que vivem.

A guerra instaurada pela municipalidade a fim de ter a reintegração de posse da área nunca ocupada, e que pela primeira vez o é por pessoas que não tem para onde ir, chega a mencionar que, supostamente, 45% dos ocupantes são de outro Estado, como se isso mudasse o caráter da situação por eles vivida, como se vê com os grifos originais do processo (p. 375):

Quanto à **origem dos ocupantes da área** foi constatado que **apenas 12% (doze por cento) dos ocupantes da área são naturais de São José do Rio Preto**; 16% da micro região; 18% da macro região; 11% (onze por cento) NÃO informaram; e **45% (quarenta e cinco por cento) dos ocupantes do local são de outros Estados!!!**

Talvez para receber as pessoas de outras localidades para venderem sua força de trabalho, pouco se preocupando em quais condições isso se daria, seja um benefício para a cidade. Mas quando começam *a dar trabalho...*

Assim, entre decisões pró e contra a desocupação, eles resistem. Uma certa pausa no processo há cerca de meio ano (desde julho de 2017), quando um novo juiz assumiu o caso, e é mais enfático

¹⁸ Disponível em: <https://www.diariodaregiao.com.br/index.php?id=/politica/materia.php&cd_matia=1071992>. Acesso em: 04 ago. 2018.

contra a total ilegalidade das mais de 500 pessoas que já habitam lá, traz certo alívio para os moradores. A situação não é certa, é fato, entretanto, é um sinal de que a resistência e a luta desse povo tem reverberado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pôde observar neste artigo é a realidade dos direitos humanos na atualidade. São direitos que são cotidianamente violados, e só aparecem nesta circunstância. É a realidade dos direitos humanos em sua face pós-violatória.

Tal fato é visto a partir de Carolina Maria de Jesus, que por vezes separava do lixão que frequentava algumas linguças que não estivessem podres para poder comer, sendo que seus filhos por diversas vezes tiveram vermes, ficaram com pulgas e, provavelmente, toda sorte de doenças, além dela andar suja, como várias vezes relatou, pois não tinha dinheiro sequer para comprar sabão.

Na Vila Itália, a realidade muda um pouco, pois a questão da saúde, por exemplo, não chega ao extremo que Carolina e filhos viviam. Entretanto, até por haver um lapso temporal de mais de 60 anos entre as histórias, é comum algumas coisas mudarem. Outras, não, como o descaso do poder público, e olhar o pobre como seres inferiores e indignos de atenção, ou mesmo que tenham suas vidas pioradas, sem sequer terem autorizados o recebimento de água portátil, por exemplo.

São José do Rio Preto é uma cidade que cresceu exponencialmente nos últimos 10 anos. E muito devido ao suor dos que vieram para cá construir esse crescimento, e agora estão à margem de qualquer proteção do Estado. Estão à margem da cidade que ajudaram a construir. Estão à margem mostrando que existem, apesar de não quererem enxergá-los.

O direito – tanto genericamente como os direitos humanos – realmente os alcança? É de se questionar, pois o que se tem visto é um direito, e também os direitos humanos, voltados para o mercado, para que, no fim, este tenha poder de manipulá-los – para onde lhes dê mais lucro, o que em geral não é para socorrer os mais vulnerabilizados.

O que se nota com os tópicos sobre ‘Quarto de Despejo’ e a Vila Itália, é que o Estado insiste em não reconhecer o outro como sujeito. Não só numa perspectiva mais ampla, onde, por exemplo, sequer os casos de violação de direitos humanos chegam ao Judiciário, mas em toda pequena atuação estatal. Carolina teve a *sorte* de ter sido reconhecida por um jornalista, que teve a curiosidade peculiar à profissão de ouvi-la, já que o papel lhe dado pelo Estado era de ser uma catadora de lixo, que sequer tinha sapatos, e provavelmente morreria anônima não fosse a tal *sorte*, já que ainda que tivesse muito mérito, a meritocracia real é apenas para quem está em igualdades de condição de competição, o que definitivamente não é o presente caso.

Já os moradores da Vila Itália apenas tiveram a *sorte* de existir a Defensoria Pública com atuação ímpar nas causas que versam sobre direitos humanos. Nem o Ministério Público, que não é meramente órgão acusador, teve inicialmente a conduta de proteger quem precisava – imediatamente foi pelo deferimento de simplesmente tirar as pessoas de seus lugares.

O que fica nítido, com tudo isso, é que há clara verticalização na relação Estado-sujeito. A ideia de libertação, emancipação, não lhe é conveniente nem lucrativa. É melhor mantê-los, usando expressão usada no texto, na caixinha, tirando tudo que lhes é possível tirar, quase como se fossem roedores em laboratório, e ainda esperar que fiquem quietos, que sequer possam fazer suas reclamações.

É claro que a perspectiva aqui narrada não é positiva – e entende-se ser quase impossível analisar os fatos e ver como positiva. O que é muito saudável é que na Vila Itália, ao contrário do que ficou parecendo na narrativa de Carolina, é que eles vão à luta. Reivindicam, chamam a atenção da mídia, se informam, e não se calam diante das injustiças que lhe são há muito impostas.

Por fim, fazendo um diagnóstico não bom da realidade, não se deixa de vislumbrar, como todo defensor dos direitos humanos, que há saídas, uma delas logo acima sinalizadas, como a luta incessante dos próprios moradores da Vila Itália contra todas as opressões que lhe são impingidas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina**. São Paulo: Edições Loyola, 1977.

JESUS, Carolina Maria. **Quarto de Despejo**. Edição Popular, 1963.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Derechos Humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación**. Akal: Espanha, 2018.

SEM dar abrigo, governo quer saída imediata de moradores da favela. **Diário da Região – São José do Rio Preto**. São José do Rio Preto, 04 jul. 2017. Disponível em: <https://www.diariodaregiao.com.br/index.php?id=/politica/materia.php&cd_matia=1071992>. Acesso em 04 ago. 2018.

NINGUNEADOS: A LUTA POR DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA NARRATIVA DOS MORADORES DA VILA ITÁLIA

NONE: THE FIGHT FOR HUMAN RIGHTS FROM THE NARRATIVE OF THE RESIDENTS OF VILA ITALIA

Bruna Nogueira Machado Morato de Andrade¹

RESUMO

Trata-se de recorte da pesquisa de dissertação da autora, em que é feito um estudo de caso sobre a Vila Itália, favela formada em São José do Rio Preto, cidade rica do interior de São Paulo. No trabalho total é visto que a cidade mencionada não contava com uma comunidade desde o início dos anos 2000, sendo que a Vila Itália tornou-se uma pedra incômoda na paisagem rio-pretense. Assim, busca-se analisar, na totalidade, os atores do processo judicial movido pela municipalidade, além das matérias jornalísticas veiculadas na imprensa local e a fala dos moradores da favela, a fim de corroborar a inefetividade dos direitos humanos deles e, ao mesmo tempo, testemunhar a sua luta. O presente escrito é o recorte sobre visão dos próprios moradores sobre suas situações. Analisa-se a inefetividade dos direitos fundamentais e sociais expressos de belo modo em nossa Constituição Federal, com as histórias de pessoas que vieram, em sua maioria, do Nordeste brasileiro, sem condição alguma, que passavam fome, mulheres que apanharam de maridos, e que veem em São José do Rio Preto, ainda que morando numa favela, o paraíso. O implorar dessas pessoas para que sejam vistas, que sejam consideradas como pessoas, em um mínimo direito ao transporte escolar de muitas crianças, por exemplo, conquistado com suor de dias andando a pé no sol quente do oeste paulista, ou no pedido de que sejam empregadas – nada querem de graça – dói. Dói não se sabe mais se a dor deles ou o descaso dos muitos – inclusive de quem deveria cuidar, como o poder público – que olham e julgam como vagabundos, desejosos de vantagens indevidas ou que propagam os discursos de ódio contra os direitos humanos, direta ou indiretamente – que tentam *ningunear* o que é impossível não ser visto. A esse favor tem a materialidade de seus corpos, a precária situação que vivem, a mídia que acaba por divulgar a situação – dentre outros meios que fazem a opção pela invisibilidade não ser tão efetiva quanto tentam ou desejam com todas as forças.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Luta. Vila Itália.

ABSTRACT

This is a clipping of the dissertation research of the author, in which a case study is made on Vila Italia, a favela formed in São José do Rio Preto, a rich city in the interior of São Paulo. In total work it is seen that the town mentioned had not had a community since the early 2000s, with Vila Italia becoming an uncomfortable stone in the Rio-Pre tense landscape. Thus, the aim is to analyze, in full, the actors of the judicial process moved by the municipality, in addition to the journalistic material published in the local press and the speech of the inhabitants of the favela, in order to corroborate the ineffectiveness of their human rights and, at the same time, to witness their struggle. The present writing is the clipping on vision of the residents themselves about their situations. We analyze the ineffectiveness of fundamental and social rights expressed beautifully in our Federal Constitution, with the stories of people who came, mostly, from the Brazilian Northeast, without any conditions, who were starving, women who picked up husbands, and who see in São José do Rio Preto, although

¹Mestranda em Direitos Humanos (UNESP), especialista em psicologia e orientação sistêmica de família (FAMERP), advogada e designer gráfica. Contato: bruna.duco@gmail.com.

living in a favela, paradise. The imploring of these people to be seen, who are considered as people, in a minimum right to school transport of many children, for example, conquered with sweat days walking on the warm sun of the west of São Paulo, or the request that they be maids - they do not want anything for free - it hurts. It is no longer known whether their pain or the neglect of the many - including those who should care, such as the public power - who look and judge as vagabonds, desirous of improper advantages or who propagate hate speech against human rights, direct or indirectly - that try to negune what is impossible not to be seen. In this favor has the materiality of their bodies, the precarious situation they live in, the media that end up disclosing the situation - among other means that make the option of invisibility not be as effective as they try or want with all their strength.

KEYWORDS: Human Rights. Fight. Villa Itália.

INTRODUÇÃO

Conforme resumo acima, o presente texto é parte da dissertação da autora. O objeto de pesquisa de mestrado é o direito à moradia, tratando-se de um estudo de caso, consistente em analisar a situação de uma favela na cidade de São José do Rio Preto, no oeste paulista, sendo que tal cidade não contava com o registro de uma favela havia quase dez anos.

Assim, em 2014 iniciou-se a instalação da favela da Vila Itália, justamente num ano de grave crise econômica no Brasil.

Aqui se trata da pesquisa de campo realizada pela pesquisadora após a aprovação do projeto pelo Comitê de Ética da UNESP – Franca. Foram entrevistadas 16 pessoas, em quatro dias de visitas no mês de julho de 2018, sendo que aqui são trazidas três delas. No termo de consentimento entregue às pessoas consta que a pesquisa é anônima, deste modo, para lhes preservar, elege-se a numeração para cada um dos moradores.

Após primeira ideia de fazer uma pesquisa semiestruturada,² optou-se pela pesquisa narrativa, posto esta dever “ser entendida como uma forma de compreender a experiência humana. Trata-se de um estudo de histórias vividas e contadas [...]”.³ De modo consciente, a intenção era ouvir as pessoas que vivem na Favela Vila Itália, posto serem alvo constante de tentativas de serem *ninguneadas*, esquecidas, caladas. Aqui, *ningunear*– termo cunhado por Octavio Paz – como:

[a] ação de “ningunear” transcende o ato de ignorar a presença de outra pessoa, mesmo que involuntariamente. O ato de “ningunear” implica um *significativo e voluntário menosprezo*, decorre do *desejo* implícito ou manifesto *de fazer com que o outro apague sua existência e introjete o próprio apagamento – apague-se para si mesmo* (grifos nossos).⁴

² Pesquisa com algumas perguntas pré-elaboradas.

³SAHAGOFF, Ana Paula. **Pesquisa Narrativa:** uma metodologia para compreender a experiência humana. XI Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação – SEPesq. Centro Universitário Ritter dos Reis, p. 01.

⁴TIRLONI, Larissa Paula; MARINHO, Marcelo. Carolina Maria de Jesus e a autorrepresentação literária da exclusão social na América Latina: olhares reversos aos de Eduardo Galeano e Octavio Paz. **Estud. Lit. Bras. Contemp.**, Brasília, n. 44, p. 256.

O primeiro contato veio através do defensor público do Estado de São Paulo, Dr. Júlio César Tanone, que indicou uma pessoa que fora líder da ocupação por grande parte do tempo, além de ser respeitada pela maioria dos moradores.

1 – ENTREVISTAS

Assume-se, durante a descrição das entrevistas, novamente a primeira pessoa, como forma de transmitir também as percepções de pesquisadora.

Entrevista n. 01

Início apresentando-me como pesquisadora e informando, quase mecanicamente – pela inexperiência da primeira vez em campo –, o motivo de estar ali. Também digo que preciso gravar a entrevista, como forma de assegurar que recordaria o conversado. Ela aceitou. E também mecanicamente começou a dizer sobre como chegou até ali.

Contou-me que é nascida em outra cidade próxima, mas que veio para São José do Rio Preto aos cinco anos, com mãe, pai e dois irmãos. Disse que está inscrita na EMCOP (Empresa Municipal de Construções Populares) desde 1999, mas nunca foi contemplada pelo programa.

Perguntei pelos motivos de estar morando ali, e ela discorreu dizendo que foi uma das primeiras a chegar à área pública, em 1º de julho de 2016, após ter perdido a mãe, que era quem recebia uma boa pensão e pagava aluguel. A entrevistada trabalha na área da saúde, e cuidou de sua mãe nos momentos finais de sua vida, ainda que durante muito tempo tivesse nutrido raiva dela por ter esfaqueado e matado seu próprio pai – que também havia causado muito sofrimento à mãe durante a vida em comum. Com a morte da mãe, viu-se sem ter para onde ir. Não tinha dinheiro, nem emprego. Decidiu montar seu barraco. Aliás, ela mesma se corrigiu, dizendo que não gosta de usar o termo *barraco*, pois independente de ser de lona, de madeira ou tijolo, trata-se primeiramente de uma casa.

Ela narrou que tanto a EMCOP como a Prefeitura, através da Secretaria da Habitação, tentaram *tirar o povo dali, mas o povo se rebelou:*

Naquele dia que eles vieram, eu não recorde dia direito, que veio pessoal da Secretaria da Habitação pra tirar *o povo. O povo pegou suas enxadas, seus martelos, seus facões* (porque aqui tem bastante maranhense) *e foi em cima!* Então *eu vi uma revolução começar ali*. Aí que aconteceu, eu vim pra cá sem movimento nenhum. E quando eu vim, eu descobri que *é muito difícil* você permanecer numa área, ocupar uma terra, *sem você ter movimento* por de trás, que lute por você, que você precisa de advogados. E *quando você vai morar em uma favela, é porque você sente que sua dignidade está jogada no lixo*. E o nosso direito à moradia, que a Constituição garante, não existe, de forma nenhuma.

Questionei se há uma linha tênue no momento que se decide morar em uma favela, entre morar lá e se tornar um morador de rua, tornando-se invisível. Ela responde que de qualquer jeito a pessoa se torna invisível, e menciona seu caso:

Até porque eu não sou filha da favela. Filho da favela são aquelas pessoas que os pais moraram na favela [...] Eu nunca morei numa favela. As minhas condições eram boas. ***Aí eu perdi emprego, perdi minha mãe*** [...] [e]u sou uma pessoa muito instruída (menciona um curso superior e um técnico). Só que quando vim pra cá é porque eu não tinha mais a minha... ***Eu estava invisível no mundo, eu tinha vergonha***... porque nem todo mundo que vem pra favela é porque quer, nem todo mundo que mora na favela é malandro, é bandido. Isso eu falo de experiência própria... Porque antes d'eu ter essa visão, ***eu tinha a que todo mundo tem: quem mora na favela é pessoas que não presta, é só bandido, e as pessoas só quer aproveitar da situação***, e são pessoas que venderam as casa, estão lá porque querem outras... (grifos nossos).

Ela continuou sua narrativa, explicando que faz parte de um movimento social que luta por moradias:

Então, assim, ***o que a gente vale é um voto***. Depois, a gente não vale mais nada. São tudo lugares de pessoas que querem a moradia, e ***não é de graça que nós queremos. Nós queremos pagar o que é justo e o que cabe no nosso bolso***, porque isso só descobri depois que vim pra comunidade [...]. A luta desenfreada do município contra ocupação é muito grande. Só que todas as petições foram negadas, a reintegração de posse...

[...] e eu como representante em Rio Preto [de um movimento social], ***leve para o prefeito um projeto de urbanização***, pro Edinho Araújo. Deixei na mão do Zeca Moreira, porque, claro, ele não me recebeu, um projeto de urbanização da Vila Itália. Inclusive, depois desse projeto entregue, ***ele ficou de avaliar, mas até hoje não deu uma posição***. E eu pedi a regularização da favela, a urbanização, baseada na legislação fundiária que inclusive o prefeito tem regularizados condomínio de chácaras há mais tempo. Eu não tive nenhum posicionamento quanto a isso. E depois eu tive uma reunião com Associação de arquitetos aqui de Rio Preto, e a reunião foi muito positiva, e se o Edinho aprovar esse projeto, eles vão fazer o projeto arquitetônico aqui da comunidade. Então assim, eu dei praticamente mastigado para o prefeito, isso é uma terra pública... ***Mas o medo do prefeito, dele regularizar, através de mim, ou as pessoas mesmo se fermentar, e construir em vários lugares de terra pública***... A gente sabe que o déficit habitacional de Rio Preto é muito grande. E a gente sabe também que tem muita terra pública aqui em Rio Preto. Que ***daria para***... Como se diz... Para ***dar xeque-mate nessa situação***, né, dessas pessoas que até hoje não ganharam habitação... Tem que dar moradia pra esse povo (grifos nossos).

Também perguntei se ela achava que tinha chances da situação ser regularizada pelo Poder Público, ao passo que ela respondeu que:

A minha posição enquanto moradora, é que ***a gente está numa posição de destaque***. Porque ***se eles não conseguiram tirar a gente daqui até hoje, eles não vão conseguir tirar tão cedo***. E que se não regularizarem a comunidade, como bairro, não urbanizar, vai ter que realocar a gente pra algum lugar. Então assim, ***a esperança não só minha mas de todos os moradores, é que se não regularizar aqui, com projeto mastigado na mão dele que é só assinar, ele vai***

ter que realocar a gente em algum lugar, porque na rua ele não vai jogar. Não tem que fazer, porque *se o prefeito, numa posição política, decidir passar todas as máquinas nos barracos, vai ficar muito ruim para ele* (grifos nossos).

Percebendo a força dela, perguntei como era ser mulher ali na comunidade, e ela disse que o machismo domina, que:

[...] tive que encontrar um parceiro. Eu fui assim obrigada, oprimida, encontrar um parceiro. Não pelo movimento [...], mas pelos moradores da ocupação que não me respeitava. Quando eu vim pra cá eu só usava calça. Calça jeans o dia inteiro. E na época não trabalhava, eu andava de calça jeans e bota. Os outros pensavam que eu era até LGBT. Eu sempre me impus, sabe, eu falava que não podia por a cerca ali, que não podia construir ali, que não está certo... E eu sou muito certa...

Ela também contou sobre os desafios de tentar mudar o *status quo* cultural da comunidade, inserindo biblioteca, por exemplo, mas falou que encontrou bastante resistência, e chegou a ser agredida pelos seus pares, o que a fez se afastar um pouco das tomadas de decisões:

[...] teve uma reunião, e numa dessas reuniões, um morador me desrespeitou, né, o marido atacou meu companheiro, e ela me atacou. E eu não aprovei. Foi a primeira de várias... Desde ocupação ela é resistente à minha pessoa. Aí eu fiquei meio de fora da organização da comunidade. Porque eu gosto muito de organizar as coisas da biblioteca, sabe, que *a gente precisa e eles não conseguem ter essa visão... A visão é muito pequena... só que quando você vem do outro lado, você vê que precisa trazer a cultura pra dentro da comunidade... E as pessoas são resistente...* aí eu me afastei um pouco da organização de dentro da ocupação, só que mesmo assim, eu organizo [com o movimento], vai ter uma votação para uma associação, que antes não tinha, antes era só coordenação, agora vai ter uma associação... Só que assim: “ahhh, fulano está brigando por conta disso”, “colocou a cerca pra dentro do barraco”, antes eu ia lá e conversava, tentava resolver... “ah, fulano está construindo barracão onde não pode”, eu não vou mais, quem vai é outro morador, não por minha parte, porque eu sou tipo de pessoa que se me bate eu levanto... mas pelo desrespeito ao meu companheiro, que estava na reunião, foi agredido com socos no rosto, e caiu desmaiado, na hora que levantou nem sabe o que estava acontecendo. Foi um jogo que fizeram, foi armado (grifos nossos).

Continuando sua fala, disse sobre política e que após um fotógrafo ir à comunidade e coletar relatos percebeu que

[...] *depois que eu vim pra ocupação, eu descobri minha veia política.* Porque até então eu não se interessava por política. Aqui eu descobri que tenho um pé lá na esquerda. Eu acho que, partir do momento que você ocupa uma terra, você tem um pé lá na esquerda. Teve um tempo que o Vitão Natureza⁵, aqui de Rio Preto, que fotografou as realidades aqui da comunidade e fez uma exposição. Ele deu as fotos pra gente, e eu converti em uns valores irrisórios, pra ajudar na construção da comunidade, e algumas fotos eu ainda tenho ali na biblioteca, e as menores eu tenho aqui em casa. *Mesmo com a situação que eles vivem, as pessoas sorriem... eu sou tipo de pessoa que não reclama...* porque eu já vivi uma vida boa, depois que eu vim pra cá, eu nunca reclamei de nada... O que eu reclamava, *pra não falar*

⁵ Fotógrafo em São José do Rio Preto.

que eu não reclamava de nada, era do chuveiro quente, porque meu primeiro banho aqui na comunidade, eu estava voltando da escola, que fazia o curso de enfermagem ainda, e uma colega disse: “[...] eu já preparei água pra você tomar banho”, e aí imaginei que fossem uns 2, 3 baldes de água... *Quando entrei no banheiro, tinha uma panela de pressão com água quente, só. Eu tive que tomar banho somente com aquela água. Eu jamais vou esquecer na minha vida. Eu tomei banho chorando* [muito emocionada, chorou de novo]. *Eu descobri o que era realidade das pessoas que não têm condições... Era aquela*. E ela tinha dois filhos, era mãe, só ela e os filhos, não tinha marido, *e eu pensei: nossa eu tenho que ajudar essas pessoas, não dá pra ficar desse jeito. Então naquele momento caiu minha ficha, sabe?* Enquanto tomava banho no meu apartamento de água quente, por meia hora, as pessoas esquentam água no fogão a lenha, E é só um pouquinho de água, porque não tinha água na comunidade pra nada...

Depois contou sobre os conflitos com a polícia, e sobre a perda de qualquer tipo de vergonha da situação em que vive:

O pior de tudo já passou, que foi quando eu vim morar numa comunidade, quando eu vim morar dentro de uma favela, que eu tinha vergonha. *Hoje em dia eu não tenho mais vergonha nenhuma de dizer que eu moro aqui, eu fui presa, apanhei da polícia, então assim, a minha vergonha caiu por terra...* eu fui presa, apareci na primeira folha do Diário da Região, apareci na televisão, porque numa das ações de reintegração de posse a gente foi protestar no pontilhão aqui da Vettorazzo, *e a gente ateou fogo, aqui em Rio Preto nunca teve, igual a São Paulo, fogo nos pontilhão, em cima dos pneu, em cima de colchão velho, nós fizemos tudo isso, aí a polícia chegou, e não quis conversar muito...* ele só abriu a boca e falou assim: desocupa a via, e eu disse “olha a gente já está desocupando, porque o que nós queríamos nós já conseguimos, que era a mídia”... na hora que a gente estava saindo do pontilhão, a polícia veio, espirrou spray de pimenta na cara dos moradores da comunidade, uma das mulheres tinha problema de coração e eles espirraram spray de pimenta na cara dela, e eu voltei para socorrê-la, e eles me pegaram, *Pisaram em cima da minha barriga, bateram ni mim, me xingavam de “petista, filha da puta”... eles acham que só o PT faz esse tipo de coisa*, Perguntavam pra mim da onde eu vinha, onde eu morava... achavam que eu tinha vindo de alguma região da zona norte, E eu falei: eu vim da Vila Itália, vim da Zona Sul. E mesmo assim, me jogaram no chão da via. *Inclusive eu tenho uma foto no meu celular que eu uso de fundo, sabe, porque aquilo marcou a minha vida para sempre*, e eu andei em viatura de polícia, no chiqueirinho, e todos PMs vinham, passavam pela viatura, falavam os palavrões, sabe? Tipo assim, acho que combinado entre eles. Só que no outro dia, eu com a cara roxa, eu tenho foto com o rosto todo roxo, eu organizei todo povo de novo e a gente foi pra porta da [Secretaria da] Habitação. E foi escoltado pelos mesmo policial. Então, tipo assim, vão ter que matar mesmo porque não vai ter jeito. Então assim, *depois disso eu perdi a vergonha* (grifos nossos).

Após esse confronto, ela e outros moradores fizeram uma denúncia na Corregedoria da Polícia Militar, e eles pararam de entrar na comunidade sem que houvesse um motivo plausível – demonstresse, assim, que antes entravam para intimidá-los. Hoje, só vão quando há uma denúncia específica de algum possível crime. Ainda nesse assunto, relatou sobre como foi se tornando mais resiliente:

[...] está rolando um processo... Por dano da viatura, por desacato a autoridade, esse tipo de coisa, pois disseram que eu agredi eles... Eles eram cinco, e disseram que eu que agredi eles. Quanto mais eu mexia na algema, mais ela me cortava, e nunca tinha acontecido aquilo comigo... *pra mim era morte aquilo que estava acontecendo... Era a morte*. Então depois

daquilo eu disse: “o que?”...*Se alguém pergunta se eu moro na favela eu falo que moro na comunidade da Vila Itália. Aí falam: “nossa, mas é tão perigoso”. Aí eu digo: “é, me procura nas páginas policiais, que eu estou lá”* [e ri]. E assim você se torna mais resistente, morando na comunidade você se torna mais resistente, e você começa a ver, você enxerga uma situação que nunca viu. A visão das pessoas que realmente precisam, a visão do crime, a visão das pessoas que querem te ver patinar, que não quer que você saia daqui mole, entendeu? Que quer é que a comunidade não cresça (grifos nossos).

Interessante a percepção dela sobre algumas pessoas que não *querem* (ou talvez não saibam como) sair da situação indigna que vivem, pois ela narra que há pessoas que pensam que como a situação estabilizou, têm que ficar quietos, não *incomodar* o prefeito. E ela os alerta: “quem não é visto não é lembrado”. Ela conta, como no início do capítulo Galeano nos guiou, que muitos pensam que vai chover a boa sorte. Que um dia o prefeito, magicamente, vai mudar de ideia e regularizar tudo, que de algum jeito a situação se resolverá.

Finalizamos essa primeira conversa, das diversas outras que tivemos mais informalmente. Identifiquei-me demais com ela, que se tornou amiga. Era um sábado. Fiquei de voltar no domingo, e ela me chamou para o almoço. Aceitei.

Como combinado no dia anterior, fui ao almoço marcado. Lá se deram várias das entrevistas seguintes.

Entrevista n. 02

A entrevista se deu com uma senhora, que tem um comércio no local, uma espécie de pequena mercearia, e que também serve algumas bebidas e porções. Sempre tem movimento, entra um, sai outro, chega um, entra na conversa....

Perguntei se a respeitavam por ser uma pessoa mais velha, e ela disse que não respeitavam por ela ser mais velha, mas sim porque sabia conversar, pois muitas vezes há quem chega nervoso, bravo, e ela apenas escuta, para depois falar alguma coisa. Disse não sentir machismo no local, pois sempre respeita o espaço do outro.

Contou que nasceu no Espírito Santo, depois morou no Paraná e por fim veio para São José do Rio Preto. Foi das primeiras a levantarem seu barraco na favela. Os filhos não acreditavam, pois ela já tinha acenado com essa hipótese outra vez. No entanto, ao perceber que a mãe estava decidida, e sem terem como ajudá-la, apoiaram a decisão. Hoje, uma das filhas, que não enxerga de um olho porque o ex-marido tinha uma vida sexual promíscua e lhe transmitiu uma doença, mora com ela, junto com dois netos. Os filhos sempre vão visitar, e seu barraco é muito frequentado pelos moradores. Ela não lhes nega comida quando tem. Fazia sopa e distribuía para todos, até passarem a reclamar que ela era privilegiada em receber doações. Hoje, é contra doações, e não faz mais a sopa.

Após certo tempo, entre perguntas e narrativas, ela contou que apanhou muito do ex-marido. Que decidiu *largar* dele quando tinha menos de 30 anos e cinco filhos pequenos para criar. Pediu ajuda a Deus para dar conta, e mesmo assim teve que deixá-los em um orfanato por alguns anos, até se estabilizar. Varria ruas e vigiava uma praça durante a noite para ter o pão de cada dia. Pegou novamente os filhos, e conseguiu sobreviver com eles, que cresceram saudáveis. Por ironia do destino, anos mais tarde um dos filhos encontrou o pai em situação de rua, e pediu para a mãe cuidar dele. Inicialmente ela negou a ajuda, mas decidiu socorrê-lo. Cuidou dele doente, até morrer.

Perguntei o que ela pensava sobre direitos humanos, o que entendia sobre o assunto. Surpreendeu-me que todos os que foram perguntados sobre isso titubearam em suas respostas. A dela não foi diferente: “Se existisse os direitos humanos, não estava acontecendo tudo o que tá acontecendo, direitos humanos é... me responde... ***Direitos humanos é respeito, consideração, dignidade, que mais... É o que não tem*** (grifos nossos)”.

Em outro momento, perguntei qual seria a expectativa dela, se ela tinha sonhos:

Olha... no segundo ou terceiro dia que eu tave aqui chegou uma, como que fala... uma mulher de polícia...uma oficial... uma coisa assim... ela chegou ni mim e outro policial também disse: “como a senhora se chama” e eu disse “[...]”, e perguntaram porque eu estava aqui. Aí eu disse: “faz 20 anos que moro no Gonzaga e nunca tive chance de ganhar nada... e esses 20 anos pagando aluguel, e minha filha pagava aluguel e está desempregada, tá morando comigo, eu não tenho renda nenhuma... houve essa invasão aqui e *foi minha única saída*”. Ela perguntou o que queria, e eu disse “***O que eu quero? Só quero um cantinho pra morrer em paz.***” “***Só quero um cantinho pra dizer que é meu, que estou pagando isso, e aquilo, mas é meu***”. “Não adianta nada estar aqui sem pagar nada e não ser meu...” disse isso, que eu queria meu cantinho para morrer em paz... não perguntou mais nada, ela saiu (grifos nossos).

Perguntei em qual momento da vida dela ela descobriu a força que tinha:

No dia que eu entreguei meus filhos pra Deus que eu criei essa força, porque eu achava que não tinha força pra criar meus filhos. E eu consegui. Eu nunca deixei que eles pedissem nada na rua, que pedissem comida na rua. O pão, o leite, a carne na geladeira nunca faltou, sem falar no arroz e feijão. Foi Deus que me deu essa força. Deus que me deu essa sabedoria toda.

Questionei por que ela tinha passado 14 anos apanhando do ex-marido. A resposta: “porque tinha medo... estou arrepiada. Foi depois que eu entreguei meus filhos pra Deus, que eu fechei aquela porta com tudo”. Contou que depois teve outro relacionamento e que no começo tudo se deu bem, mas depois ele também começou a bater nela. Perguntei, então, se na família dela tinha histórico de agressões. Ela contou que o pai batia muito na mãe, que não reclamava de nada. Mostrei que podia ser uma repetição, e a convidei a refletir sobre o assunto, finalizando a entrevista.

O entrevistado é uma pessoa que mora há menos tempo na favela, desde o início de 2018 (a ocupação na área pública data de julho de 2016). Perguntei por que morava ali:

É... vamos... a primeira parte foi por causa de emprego, eu fiquei desempregado, trabalhava numa firma, não pode citar, né... trabalhava numa firma e aí ela colocou o povo pra fora, e eu fui um deles. E aí *começou a acumular os aluguéis*... e eu pensei, não vai ter outra chance... e um tio da minha esposa foi e falou daqui. Aí resolvi vim. E quando vim pra cá, olhei, vi, e aí foi que *eu consegui que alguém me doar um pedacinho de chão, e nesse canto eu fiz o meu local*, vive eu, mais minha esposa, mais dois filhos (grifos nossos).

Ele veio do Maranhão e sua esposa do Pará. Trabalha desde criança e era uma espécie de caseiro na casa de um vereador no Maranhão. Percebeu desde pequeno os reais interesses por trás do jogo político, pois ouvia as conversas.

Disse que é pedreiro, e perguntei se ele sentia preconceitos ao dizer que mora na favela: *“Tem muita gente que olha a gente como algo diferente. Outros olham com olhar de pena já. E o essencial eles esquecem de olhar, que é dar uma oportunidade, um emprego para gente”* (grifos nossos).

Interessante perspectiva ele mostrou ao analisar que a vida, em geral, é melhor aqui do que no Nordeste, entretanto, que por ser de fora, é mais difícil o direito à moradia:

Eu sou do Maranhão e minha esposa é do Pará. A primeira vez que viemos pra cá foi em 2006. *Meus filhos* eram criancinhas ainda, *passaram fome, tomaram chá para poderem saciar a fome*... e aí a gente veio lutando, lutando. Mas para cá, para *conseguir uma moradia aqui é mais difícil, porque é muito mais caro em termos de moradia*. É bom de se viver, é bom se conseguir as coisas, você consegue as coisas rápido, mas em termos de moradia é mais difícil. *Se você não é daqui e não tem moradia, você apela para esse lado, que é a comunidade, a invasão, como se diz, a invasão, a favela. E aí eu apelei para esse lado, que é onde eu estou até hoje* (grifos nossos).

Quem me orientou a falar com ele, disse que teria muito o que contar, então pedi que ele falasse o que pudesse:

Eu sonho com uma moradia para todos, eu sonho com algo diferente, entendeu? Porque você vê que *a acessibilidade está só para quem tem dinheiro*. Se você não tem dinheiro, o governo não olha pra você e não ajuda. *A sociedade lhe recrimina, discrimina que ou você é um ladrão ou o você é um mendigo, ou você é alguém que não presta*. Então tudo acaba morrendo na mesma coisa. Principalmente se você morar aqui dentro. *O povo entra aqui quando quer fazer a doação, mas quando eles entram, entram com medo. Muitos entram aqui e passam rapidinho, e ficam olhando de um lado pro outro, com medo da gente roubar*... não, a gente não vai roubar ninguém... se ele vem realmente com o coração para doar, tem que deixar todos os problemas lá fora e ajudar... é essa diferença que o povo tem que ter... e muitos não olham para essa realidade. *As pessoas interpretam a Vila Itália como pessoas desonestas, erradas. Não, a gente só quer simplesmente um chão para a gente construir, algo para gente, pros nossos filhos, porque isso nos pertence*. Ah, não importa

se a gente é do nordeste, se é de Rio Preto, se é de outro estado. Não importa, a gente é brasileiro, igual a todos (grifos nossos).

Então entrou no assunto, com outras pessoas que estavam em volta, a notícia de um estadunidense negro que foi para a França de forma ilegal e sobre isso ele disse:

Ele saiu dos Estados Unidos e foi pra França, e já tinha um parente dele na França, e ele não tinha o direito de morar na França. E aí ele estava lanchando e aí de repente acontece algo e ele vai olhar, e é uma criança que está pendurada num prédio e ele rapidamente corre e começa a escalar o prédio por fora, e ele consegue chegar nela... ele ganhou o direito de viver na França, ganhou reconhecimento, mas porque... só por causa daquilo, se ninguém tivesse filmado, não tinha conseguido.... ele se tornou bombeiro(grifos nossos).⁶

A discussão pairou sobre a questão de ter ocorrido uma visibilidade internacional sobre o caso, e sobre a coincidência de o ato ter sido filmado, garantindo a dignidade do imigrante por algo que provavelmente faria em qualquer situação. Até mesmo o presidente da França o recebeu, sendo que se estivesse morrendo de fome, dificilmente o faria. Não se retira o caráter benevolente do fato, mas os direitos humanos daquela pessoa não poderiam ter existido *apenas* porque ele agiu bravamente.

Continuamos a entrevista, e num dado momento, em sua própria narrativa, há o que se segue, mostrando sua consciência sobre a luta diária de se conquistar os mínimos direitos:

Eu sou pastor [evangélico], mas eu gosto muito do povo espírita, eles vêm aqui e eles ajudam com vontade, eles não tem aquele negócio, *eles vêm com todo amor*, tem uns senhores que eu não sei o nome deles, eu nunca perguntei, até porque não me convém, mas todas as vezes que eles vêm, *eles vêm e ajudam com amor*. Da criança ao adulto, eles tratam tudo igual. Isso que a gente se sente bem, *é isso que eu quero, que as pessoas cheguem aqui e tratem todos iguais. É isso que quero do nosso governante, do próprio prefeito, que nos trate igual e olhe para esse povo daqui, e veja que a gente tá num local que não há asfalto e num período que a poeira tá tomando de conta... pode ver que a maioria da população, do povo que tá aqui, sofre de gripe, de algum problema por causa da poeira, é esse o problema que a gente tem que resolver, é essa situação. Quantas e quantas crianças que se colocasse um projeto aqui....quantas e quantas mães têm vontade de trabalhar mas não pode deixar o filho só, porque se.... digamos que eu penei pra conseguir vaga pros meus filhos ir na escola. Consegui? Consegui, porque fui atrás, eu batalhei*. Porque logo no começo diziam que as escolas de perto estavam cheias. *Mas o direito, a justiça diz que a gente tem, os nossos filhos têm que estudar perto de onde a gente mora*. Eles estudavam no Jardim Antunes, que era muito longe... tudo bem, eu morava lá, mas se eu vim pra cá, já tinham que acolher meus filhos pra estudar aqui. Meu filho quantas e quantas vezes teve que sair de madrugada para ir pra escola...(grifos nossos)

Mencionei que o que ele acabara de dizer tinha relação direta com os direitos humanos, e perguntei sobre o que pensava sobre isso:

⁶ **Imigrante que escalou prédio para salvar criança em Paris ganha promessa de cidadania e emprego.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44277827>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

Ah, o meu ponto de vista dos direitos humanos é que *muitas das vezes ele age em função de alguns e de outros não*.... Voltando ao caso da mídia, os *direitos humanos agem em razão dos que estão aparecendo, mas não em relação aos que estão escondidos*. Será que os direitos humanos vêm aqui, faz valer o papel deles aqui... que teria coragem para dizer ao prefeito de que tem gente sofrendo aqui, que precisam que regularize aquele local?

Com isso, indaguei sobre a visão dele sobre a Defensoria Pública, Ministério Público, Justiça, e dele ouvi:

Eu enxergo eles omissos, omissos à realidade do que acontece. Não só do que acontece aqui na comunidade, mas de tudo. Do dependente químico, que fica nos sinais pedindo. Você dá uma volta em Rio Preto e vê quantos e quantos dependentes químicos, daquela pessoa que às vezes não tem o pão de cada dia, que fica no sinal pedindo, pra tentar se sustentar (grifos nossos).

Nesse momento, a entrevistada n. 01 também estava por perto, e começamos a falar sobre a atuação da Defensoria Pública no caso, que atua em prol dos direitos humanos e ela assim disse:

Sim, fortaleceu essa sensação [dos direitos humanos estarem sendo exercidos], mas depois parou. *Se a Defensoria*, através do Dr. Júlio [César Tanone], *forçasse o prefeito, com o projeto, ajudaria muito. Acredito até que a gente ganharia logo*. Mas eles [a Defensoria] nem chegaram a ter apreço, nem chegaram a ver o projeto de urbanização da Vila Itália. Eu não vi mais nenhuma manifestação da Defensoria nesse sentido. *A Defensoria que barrou que o Poder Público para não passarem o rolo compressor em cima da gente*. [mas eles deram uma parada], *e aí nós estamos sozinhos aí na luta*. *Aí por isso que te digo que temos que politizar os moradores, para entenderem porque acontecem essas coisas*. A mesma mesa que sentou eu, [fulano], [ciclano], você, [ele], senta o prefeito Edinho, senta o Dr. Júlio, a Dra. Bruna Molina... é assim as coisas.... Eu acredito sim que se o Dr. Júlio Tanone atuasse, como ele estava agindo, atuando na ocupação, esse projeto de urbanização já teria sido aprovado e já teria o arquiteto fazendo o projeto arquitetônico daqui. [...] *Eu tive que me politizar para aprender a lidar com os políticos*. Com a política que envolve todo mundo, e que envolve Rio Preto também. Porque *se você diz... venha conversar comigo, mas venha sem política... foi isso que o prefeito falou... então, ele que saia do partido dele, e nós vamos conversar, mas não tem como. Se eu não estudasse política, eu não ia conseguir* (grifos nossos).

Voltamos a conversa novamente para o entrevistado n. 03, e perguntei sobre a questão da moradia no Maranhão, e ele narrou:

Eu saí do Maranhão desde 1999, e desde então não voltei lá, mas quando eu vivia no Maranhão eu vivi na casa de prefeitos e vereadores. Eu convivi muito com a política, tal que na minha época de criança não existia aquilo de que criança não podia trabalhar... trabalhava mesmo, acordava 4h, 5h da manhã para ajudar meu pai, e isso não mudou quando fui morar na casa dos outros, porque eu acordava cedo para fazer um café para ajudar na casa desses políticos, e dentro da casa deles eu enxergava a política, eu entendia como era, a briga, a disputa pelo poder. E depois que eu saí de lá eu não retornei mais para o Maranhão, eu fui para o Pará, e do Pará que eu vim pra cá. Inclusive no Pará que eu conheci minha esposa. *A gente fica nessa questão de nômade, procurando sempre terras melhores, aonde você vai conseguir um futuro melhor para o seu filho, para a sua família*.

[...] e isso sempre tem me prendido aqui, mas dizer assim que eu gosto, que eu gosto mesmo daqui? Eu aprendi a gostar... eu aprendi a gostar de Rio Preto. Não é que vim porque eu gostava de Rio Preto. *Eu vim porque oferecia trabalho, oferecia uma vida melhor. E no Maranhão, as terras são de terra batida, não há esgoto, o esgoto é exposto na rua, e também é irregular, a maioria das cidades do Maranhão é desse jeito. Não existe, digamos, os esgotos submersos, não tem infraestrutura nenhuma, na cidade inteira...*(grifos nossos).

Complementei dizendo que em São José do Rio Preto isso é uma questão pontual, e ele continuou:

Sim, é só aqui na comunidade, ou como eles intitulam, como favela. A gente não, a gente chama de comunidade. *Você não acha que seria melhor tratar esse problema deles nos tratarem como problema? Seria algo melhor, que eles solucionariam o problema que eles colocam. Sendo que é de nós que eles dependem. É dos pobres. É dessa classe.* A gente é trabalhador, embora não teje trabalhando agora, mas a gente paga imposto em tudo o que a gente consome. *A gente merece, a gente tem direito nisso, no direito à moradia, no direito da saúde, no direito da urbanização* (grifos nossos).

Voltei ao assunto da questão de terem sido muito questionados lá sobre o fato de não serem de São José do Rio Preto, o qual o entrevistado n. 03 mostrou-se bastante indignado:

Eu acho que se você é brasileiro, você tem direito a...é o famoso direito de ir e vir, você pode ir para onde você quiser. “Ah... mas você não tem terra, você não tem”... Não! *A própria Constituição nos dá esse direito, de morar, de habitar nosso país. Nós somos um país livre* (grifos nossos).

Pensei ser pertinente levantar a ideia de que não era porque eram de fora o problema, mas sim porque eram pobres, pois se tivessem condições financeiras, sequer seriam importunados pelo poder público. Ele concordou e contou um caso que viveu:

Eu morei no Oiapoque, que é divisa com a Guiana Francesa, e lá é muito franceses lá, eles falam que é crioulo, mas não é não, tem muito francês lá. *Aí os franceses vêm, eles atravessam o rio, e no Brasil eles aprontam, faz o que bem entende, e quando o brasileiro vai pra lá, eles querem prender, deportar.* querem fazer isso e aquele outro (grifos nossos).

Sobre isso, novamente a entrevistada n. 01 enriquece a discussão e diz: “Eu não entendo...Se descobre que é da Vila Itália é ruim. Se descobre que é do movimento, é ruim. Se descobre que é de partido político, dá merda. Nos xingam de petista, e eu nem era do PT, nem conhecia política direito”.

A entrevista foi finalizada pouco depois.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, em breves linhas, percebe-se que direitos humanos é um conceito bem pouco conhecido, se é que há um conceito fechado em si mesmo.

Viu-se, ainda, que a filosofia da libertação é constante nesse povo, que luta, acima de tudo, para serem visibilizados e tentarem garantir o mínimo para sua dignidade, que tentam apagar a todo custo.

A história é feita de luta. Nessas pequenas grandes histórias narradas pelos entrevistados, apenas se reproduziu a luta por quem luta nas trincheiras dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina**. São Paulo: Edições Loyola, 1977.

Imigrante que escalou prédio para salvar criança em Paris ganha promessa de cidadania e emprego. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44277827>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

SAHAGOFF, Ana Paula. **Pesquisa Narrativa**: uma metodologia para compreender a experiência humana. XI Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação – SEPesq. Centro Universitário Ritter dos Reis. Disponível em: <https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos/3612/879/1013.pdf>. Acesso em 07 ago. 2018.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Derechos Humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación**. Akal: Espanha, 2018.

TIRLONI, Larissa Paula; MARINHO, Marcelo. Carolina Maria de Jesus e a autorrepresentação literária da exclusão social na América Latina: olhares reversos aos de Eduardo Galeano e Octavio Paz. **Estud. Lit. Bras. Contemp.**, Brasília, n. 44, p. 249-270, Dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-40182014000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 07 ago. 2018.

A TRANSNACIONALIDADE E A DEMOCRACIA: UM NOVO PARADIGMA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

TRANSNATIONALITY AND DEMOCRACY: A NEW PARADIGM TO THE DEMOCRATIC STATE

Carla Della Bona¹

Danubia Desordi²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as mudanças ocorridas no Estado nacional no cenário derivado da Revolução; dentre as mudanças tem-se a transnacionalidade e o fenômeno chamado globalização, que romperam com paradigmas e fazendo surgir novas relações de poder e competitividade. A discussão sobre os efeitos da globalização na base teórica do Estado Constitucional Moderno faz com que se imponha uma limitação na efetiva soberania dos Estados. Ocorre que, essa limitação a soberania dos Estados não deve e nem pode ser exercida por outros Estados; a formação de um novo âmbito de interesse geral, que se situaria em fronteiras transnacionais, é de urgente discussão a fim de possibilitar um Direito cosmopolita e de uma Democracia capaz de regular, limitar e configurar, para além das fronteiras do Estado Constitucional Moderno, uma verdadeira ordem global democrática de Direito. Este novo paradigma busca a possibilidade de reduzir alguns espaços que hoje ainda dificultam a construção desta verdadeira ordem global democrática, incluindo novos atores internacionais que não somente os Estados nacionais tradicionais, na acepção do termo. Para tanto, o desenvolvimento deste artigo se dará em três partes. Em um primeiro momento, será analisado o fenômeno da Globalização e a Transnacionalidade; posteriormente, será abordado os efeitos produzidos pela globalização e a Transnacionalidade no Estado Democrático de Direito; e, finalmente, será analisado a possibilidade da construção de uma nova ordem global democrática, com a inclusão de novos atores transnacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Estado. Globalização. Transnacionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the changes that occurred in the national state in the scenario derived from the Revolution; among the changes are the transnationality and the phenomenon called globalization that broke with paradigms and giving rise to new relations of power and competitiveness. The discussion on the effects of globalization on the theoretical basis of the Modern Constitutional State makes it impose a limitation on the effective sovereignty of States. It follows that this limitation of State sovereignty must not and cannot be exercised by other States. The formation of a new field of general interest, which would be situated at transnational borders, is an urgent matter in order to enable a cosmopolitan law and a democracy capable of regulating, limiting and configuring, beyond the frontiers of the modern constitutional state, a true democratic global order of law. This new paradigm seeks the possibility of reducing some areas that today still make difficult the construction of this true democratic global order, including new international actors that not only the traditional national states, within the meaning of the term. Therefore, the development of this

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas – CDCJ pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciências Jurídicas – PPCJ, da Universidade Vale do Itajaí-UNIVALI. E-mail: carladebona@tpo.com.br/dellabona@upf.br

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – PPGD/UPF. E-mail: danubiadesordi@hotmail.com

article will be in three parts. In a first moment, the phenomenon of Globalization and Transnationality will be analyzed; later, the effects produced by globalization and Transnationality in the Democratic State will be addressed; and finally, the possibility of building a new democratic global order with the inclusion of new transnational actors.

KEYWORDS: Democracy, State, Globalization, Transnationality.

INTRODUÇÃO

Habermas já dizia que a democracia de massa do Estado de bem-estar social de talhe ocidental encontra-se, sem dúvida, no fim de um desenvolvimento de duzentos anos, que se iniciou com o Estado nacional derivado da Revolução.³

Esta nova etapa de desenvolvimento do Estado nacional teve razão de ser em face do fenômeno mundialmente conhecido como Globalização,⁴ o qual trouxe consigo a transnacionalidade⁵ e uma nova forma de ver a Democracia, através de um Estado mais vinculado a outros atores, nacionais e internacionais, e não somente a outros Estados-Nações, rompendo com velhos paradigmas e fazendo surgir novas relações de poder e de competitividade.

Neste sentido, pode-se dizer que, a globalização irá pressionar o Estado nacional a fim de que este abra-se internamente para a pluralidade de modos de vida estrangeiros ou de novas culturas; ao mesmo tempo, ela limitará de tal modo o âmbito de ação dos governos nacionais que o Estado soberano também terá que se abrir para fora diante de administrações internacionais, fazendo com que outras formas institucionais possam ter espaço e vez dentro das fronteiras.⁶

E, é justamente a abertura de espaços através da flexibilização das fronteiras nacionais e, por consequência, da limitação da soberania do Estado-Nação que tornará possível a atuação de instituições e organizações além fronteiras dentro de espaços anteriormente restritos, o que possibilitará a criação de um diálogo entre o global e o local.⁷

³ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. Ensaios Políticos. Tradução de: Márcio Seligmann Silva. São Paulo: LitteraMundi. 2001. Título original: *Die postnationalekonstellation: PolitischeEssays*, p. 77.

⁴A vulgarmente denominada “globalização” trata-se de um dos mais fascinantes fenômenos comunicacionais da história humana. O mundo está se tornando, parafraseando a célebre expressão de Marshall McLuhan, uma “Aldeia Global”. Os sistemas sociais que até então eram parciais e separados, devido à impossibilidade tecnológica da comunicação humana em larga escala, passaram a fundir-se em um mega sistema mundial. CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico**. São Paulo: Editora QuartierLatin do Brasil, 2005, p.301.

⁵ A expressão “transnacionalidade” é semanticamente ambígua. Muitas vezes é utilizada para se referir, de maneira abrangente, não apenas a ordens, instituições e problemas transnacionais no sentido estrito, mas também a ordens, instituições e problemas internacionais e supranacionais. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 5ª Tiragem, 2018, p. 84.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. p. 107.

⁷ O termo “local” seria empregado em contraposição a “global”, os Estados-Nações, eles próprios, se tornam de alguma forma referências “locais” em um contexto “globalizado”. É dessa maneira que entendemos as coisas quando se sugere que as nações devem agir “localmente” para tentar proteger os seus próprios cidadãos contra uma desestabilização decorrente daquilo que está ocorrendo economicamente em escala planetária, “global”. ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**. São Paulo: Renovar, 1999, p. 24.

Então, clara está, a necessidade de construir-se e consolidar o novo paradigma global, que se situa em fronteiras transnacionais, a fim de possibilitar um Direito e uma Democracia cosmopolitas, capazes de regular, limitar e configurar, para além das fronteiras do Estado Constitucional Moderno, uma verdadeira ordem global democrática de Direito.

Este novo direito mundial ou global tem como fonte a autorreprodução contínua produzida por redes de atores e de normas, públicas e privadas, altamente especializadas, dentro de distintas lógicas culturais, científicas ou técnicas; diferencia-se do direito nacional clássico pela desobediência às fronteiras internas e pela inexistência de fundamentos territoriais, muitas vezes por redes de atores invisíveis como mercados, comunidades profissionais ou redes sociais. Os conflitos deixam de ser entre Estados e passam a ser intersistêmicos, em função da falta de coerência entre os conjuntos normativos; ampliam-se relações de interdependência com aparelhos estatais mais poderosos, em detrimento do monopólio da produção normativa por certos Estados mais centralizadores com maior influência mundial.⁸

Neste contexto, a globalização e a transnacionalidade podem ser considerados como institutos indispensáveis dentro do Estado Democrático de Direito para a construção desta nova ordem global democrática, com a inclusão de novos atores transnacionais, muitas vezes invisíveis, contudo indispensáveis.

1 - A GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando o sistema social mundial se põe em movimento e se moderniza, então o mundo começa a parecer uma espécie de aldeia global. Aos poucos, ou de repente, conforme o caso, tudo se articula em um vasto e complexo todo moderno, modernizante, modernizado. A noção de aldeia global é bem uma expressão da globalidade das ideias, padrões e valores socioculturais, imaginários.⁹

É neste sentido que quando o sistema social mundial se põe em movimento e se moderniza, o mundo começa então a parecer uma espécie de aldeia global. O signo por excelência da modernização parece ser a comunicação,¹⁰ a proliferação e generalização dos meios impressos e eletrônicos de comunicação, articulados em teias multimídia alcançado por todo o mundo.¹¹

Neste sentido, a globalização e as interconexões econômicas e humanas cada vez mais intensas entre as sociedades; a crescente gravidade das questões ecológicas; a democratização e as

⁸VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito**: Direito internacional, globalização e complexidade. São Paulo, 2012. p. 541.

⁹IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 10.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 119.

¹⁰ Dentro dos domínios da globalização, as comunicações permitem a eliminação das distâncias, os indivíduos e comunidades organizam-se em rede; a cultura é massificada, com a tendência ao desaparecimento das singularidades nacionais. SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2004, p.174.

¹¹IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. p.119.

novas noções de legitimidade política; o aumento contínuo da quantidade de agentes econômicos transnacionais e o surgimento de uma sociedade transnacional civil densa e crescentemente ativa; o declínio do uso da força militar em larga escala entre os principais Estados, concomitantemente à expansão paralela de várias outras formas de violência social; e, a extensão do desafio que o Estado enfrenta para ser um alicerce legítimo e efetivo na construção da ordem internacional – todos esses processos inexoravelmente levaram a crer que a ordem internacional havia sido recriada e reconceitualizada.¹²

Então, cada vez mais, considera-se que a ordem envolve a criação de normas internacionais que afetam profundamente as estruturas e a organização domésticas dos Estados, investem indivíduos e grupos de Estados de direitos e deveres, além de buscarem incorporar alguma noção de bem comum global.¹³

Assim, a planificação mundial traduzida pela expressão “Aldeia Global” e trazida pela globalização, pode ter possibilitado que os vínculos sociais, antes adstritos a determinados espaços territoriais, ganhassem dimensões globais possibilitando a adoção de novos paradigmas. A globalização econômica, por sua vez, remodelou conceitos, dentre os quais o clássico conceito de soberania.¹⁴ As fronteiras foram relativizadas e uma democracia globalizada relativizou o Estado nacional.

A globalização econômica é tão-somente a realizadora daquilo que a pós-modernidade pôs em curso, em termos intelectuais, e a individualização, em termos políticos: a dissolução da modernidade; e, assim, cai por terra a histórica aliança entre economia de mercado, Estado do bem-estar social e democracia que legitimou e integrou o modelo ocidental e o projeto do Estado nacional para a modernidade.¹⁵

Já, em relação a soberania nacional, nos tempos atuais, debate-se para conciliar-se com um fato inegável: que as comunidades políticas – os Estados – fazem parte de uma sociedade internacional, que é regida por normas próprias. O Estado Soberano, então, encontra-se, forçosamente, vinculado a obrigações externas junto com os demais Estados.¹⁶ Ocorre que, a concepção de Estado Soberano clássico pode não mais conseguirá vigor, pois não suprirá as

¹²HURREL, Andrew. **Sociedade Internacional e Governança Global**. São Paulo: Lua Nova, 1999. n.46.

¹³HURREL, Andrew. **Sociedade Internacional e Governança Global**.

¹⁴Atributo fundamental do Estado, a soberania torna-o titular de competências porque, precisamente existe uma ordem jurídica internacional, ou seja, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores. Ademais, a soberania não é apenas uma ideia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte de Haia, é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.224-225.

¹⁵BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo. Resposta à Globalização**. São Paulo: Editora Paz e Terra S.A., 1999. p. 25-26.

¹⁶CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 275.

necessidades emergentes dos cidadãos, isto porque, a construção e implementação de compromissos externos relacionados as políticas comunitárias globais poderá exigir a interferência de entes transnacionais.

Discutir as condições da transnacionalidade é levantar a possibilidade de modificar nossas concepções de cidadania para encontrar uma clara sensibilidade e responsabilidade com relação aos efeitos de ações políticas e econômicas em um mundo globalizado.¹⁷¹⁸

E, mais, o transnacionalismo atravessa diferentes níveis de integração, de tal forma que é muito difícil circunscrevê-lo em algum território. Seu espaço somente pode ser concebido como difusor ou disseminador de uma trama. Desta maneira, o nível de integração transnacional não corresponde a realidades espaciais. De fato, o transnacionalismo se manifesta tipicamente através de uma articulação diferente do espaço real ou de criação de um novo domínio político e cultural.¹⁹²⁰

Nesse sentido, a globalização e a transnacionalidade vêm obrigando a uma reflexão sobre o que esperar da Democracia dentro de um Estado de Direito; esta Democracia do século XXI seria capaz de conduzir o Estado-Nação a novos rumos, com instituições que garantam o seu exercício e seus limites em contextos sociais diferentes.

Em razão disto, é colocado em jogo a própria Democracia, uma vez que a globalização rompe seu *habitat* natural – um território delimitado por fronteiras, dentro das quais vivem determinados cidadãos – e, ao mesmo tempo, gera exclusão social, indo contra a raiz de toda ordem democrática, negando a cidadania.²¹

Por consequência, há uma mudança em relação aos velhos dogmas e paradigmas do Estado Constitucional Moderno rumo a um conjuntura mais pluralista e comunitária, a qual poderá vir a ser absorvida por uma Democracia mais universalista. Para tanto, necessário se faz uma breve análise sobre alguns dos efeitos da Globalização e da Transnacionalidade no Estado Democrático de Direito.

2 - EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIDADE NA DEMOCRACIA E NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

¹⁷ Discutir las condiciones de la transnacionalidad es levantar la posibilidad de modificar nuestras concepciones de ciudadanía para encontrar una clara sensibilidad y responsabilidad con relación a los efectos de acciones políticas y económicas en un mundo globalizado.

¹⁸RIBEIRO, Gustavo Lins. La condición de la transnacionalidad. **Maguaré**, 14: 74-113 (1999). Universidade de Brasília. p. 74.

¹⁹El transnacionalismo atraviesa diferentes niveles de integración de tal forma que es muy difícil circunscribirlo a algún territorio. Su espacio solo puede ser concebido como difusor o diseminador de una trama. De esta manera, el nivel de integración transnacional no corresponde a realidades espaciales como los otros niveles. De hecho el transnacionalismo típicamente a través de una articulación diferente al espacio real o de creación de un nuevo dominio de contestación política y de ambiente cultural que no son equivalentes al espacio que normalmente experimentamos, son los llamados ciberespacio y cibercultura.

²⁰RIBEIRO, Gustavo Lins. **La condición de la transnacionalidad**, p. 86.

²¹FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2(2):96-111 Julho-dezembro 2010. Unisinos. p. 101.

Kant, em seu escrito sobre *A paz perpétua*, desenvolveu o argumento de que as democracias jamais seriam possíveis sob a forma isolada nacional-estatal ou de sociedades apartadas, e sim exclusivamente sob a forma de sociedade cosmopolita.²²

Neste sentido, a humanidade e a civilização globalizada, no âmbito da sociedade civil, têm tido a função de fortalecer a Democracia por meio da mobilização dos democratas de forma radical, sem que ocorra o enfraquecimento da globalização. A proposta seria “pensar globalmente e agir localmente”. Tratar-se-ia de postular um progressivo transnacionalismo jurídico erigido não sobre a negação da diferença regional ou nacional das populações, mas, pelo contrário, sobre uma profunda – e radical – articulação democrática de sua pluralidade e de suas múltiplas identidades culturais.²³

Este transnacionalismo jurídico, através das chamadas interações transjudiciais,²⁴ pode ter como objetivo ampliar o papel das cortes internacionais ou supranacionais, dentre outros atores internacionais, abrindo espaço para que juízes nacionais e internacionais ganhem espaço, o que poderia ser capaz de normatizar questões de relevância internacional.

E, é justamente em razão da possibilidade surgida nos Estados ocidentais (Estados Europeus e os Estados Unidos da América do Norte²⁵ seriam os Estados-nação que estariam utilizando com maior interesse o transjudicialismo) de utilização de decisões judiciais de forma transnacional, que urge a discussão a respeito de um Direito cosmopolita e de uma Democracia globalizada em um novo Estado Constitucional Moderno.

Neste sentido, sobre um Direito cosmopolita, o pluralismo jurídico traz a baila duas faces irônicas, uma face luminosa, que é concernente à ampliação da diversidade cultural que se injeta nos

²² BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo. Resposta à Globalização.** p.159.

²³ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica.** p.96.

²⁴ É importante ressaltar a posição de Neves sobre a questão do Transconstitucionalismo: Entre cortes de diversos Estados vem-se desenvolvendo, de maneira cada vez mais frequente, uma “conversação” constitucional mediante referências recíprocas a decisões constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para outra, há um entrecruzamento de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas. Não se trata simplesmente de constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais e têm efeitos sobre os cidadãos de outros Estados. Tampouco a questão se refere simplesmente a uma “transjudicialismo”, como forma de referência s recíprocas entre decisões de tribunais de Estados diversos. Mais do que isso, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado não só como *obiter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*. Nesse caso, o “transjudicialismo” implica uma releitura dos autofundamentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida, transformando-se em transconstitucionalismo. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 166-168.

²⁵ Problemas de direitos humanos e fundamentais são, cada vez mais, compartilhados por distintas ordens jurídicas. Assim é que, mesmo ordenamentos altamente infensos ao compartilhamento de respostas a conflitos normativos – como é o caso dos EUA -, têm passado por um gradativo processo de abertura à influência do Direito de outros países ou de produções supranacionais e internacionais. Neste sentido, no caso *Roper v. Simmons* (543 U.S. 551), julgado pela Suprema Corte dos EUA, o *Syllabus* indicou uma abertura para a relevância argumentativa dos precedentes internacionais quanto à imposição da pena de morte a adolescentes com menos de 18 anos. ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Democracia e Transconstitucionalismo: “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas. **Revista Direito GV**, Vol. 12 – N. 3. São Paulo. Set-Dez 2016.

sistemas e no próprio sistema-mundo, e a outra obscura, que é retratada pelas ideologias ocidentais presentes no direito internacional e nos valores pretensamente universalistas. O cosmopolitismo decorre da irônica perspectiva de que as diferentes formas de vida das sociedades humanas alimentam um projeto de bem-estar global, dando sentido à noção de “comunidade global”, apresentando-o como um governança cosmopolita.²⁶

Portanto, o ocidente representa uma ideia dinâmica e continuamente expansiva do movimento global de interligação do mundo, um verdadeiro cosmopolitismo. E, tal movimento é o responsável por fenômenos tão marcantes da modernidade tardia como a globalização econômica e a internacionalização do Direito. Esta é a razão porque na medida em que se confirmam as interações transjudiciais, há uma sinonímia entre mundialização e ocidentalização do mundo, face a posição de supremacia que têm assumido as cortes internacionais da Europa ocidental, com destaque para a Corte Internacional de Justiça e a Corte Europeia de Direitos Humanos.²⁷

Há que se ressaltar, neste ponto, que talvez em razão da planificação mundial, decorrência dos “ismos” -globalismo e transnacionalismo, hoje há um grande número Estados partícipes nas Cortes internacionais; tal fato, faz com que as decisões internacionais proferidas pelas Cortes e/ou Tribunais internacionais possam ter uma abrangência e uma atribuição de competência relevantes para a ordem jurídica mundial.

Então, os juízes,²⁸ nacionais e internacionais, ganham um novo papel, na medida em que serviriam como pontes de diálogo entre os sistemas, tornando mais dinâmica a função do processo. Primeiro, em função da multiplicação de normas e tribunais no direito internacional, antigos e novos tribunais internacionais, com mais Estados e poder de cogência. Segundo, os juízes poderiam ser elementos com capacidade de suprir lacunas formais de competências e de hierarquias, sendo capaz de trazer justiça ao caso concreto. E, terceiro, um processo de transformação dos juízes e dos judiciários nacionais e internacionais, uma vez que os juízes internacionais ganham competências que antes somente eram típicas dos juízes domésticos.²⁹

Em razão disto, a transjudicialização produziu um outro efeito relevante ao Direito, que é o ativismo judicial, uma vez que o Poder Judiciário, quando amplia a possibilidade de aplicação do

²⁶PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo. **Revista de Direito Internacional**. vol. 9. n. 4. 2012. p. 169-199. Brasília. p 176.

²⁷PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo. **Revista de Direito Internacional**. p 179.

²⁸O intercâmbio, crescente a cada minuto, entre sujeitos de diferentes nacionalidades, pressiona juristas do mundo inteiro para que produzam os instrumentos legais necessários para alicerçar, garantir e balizar os contatos que se vão formando. E, mais, o papel central das palavras, já tão visceralmente relevante dentro de uma única ordem jurídica nacional, vê-se agora extraordinariamente multiplicado pelo fenômeno, mais frequentemente citado do que compreendido, da globalização. GHIRARDI, José Garcez (Coord.); SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.307.

²⁹VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. p. 529-530.

direito internacional sobre temas de direito nacional, poderá vir a criar mecanismos quase que administrativos para ministrar a justiça, alargando o limite dos poderes a ele inerente.

Conceitualmente falando, o ativismo judicial é a atitude dos membros do Poder Judiciário de, por meio de interpretações estendidas, alargarem os limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes; significando a judicialização de funções até então tidas como típicas dos poderes Executivo e Legislativo.³⁰

Este fenômeno vem, paulatinamente, dando um intenso protagonismo ao Poder Judiciário e fazendo com que o *Civil Law* se aproxime do *Common Law* (não exatamente como o sistema inglês, mas, especialmente, com o Direito Americano) com um evidente processo gradativo de emparelhamento de fontes primárias do direito entre a lei posta e as decisões judiciais.³¹

E, pode ser considerado que é com o avanço do processo globalizador que os Sistemas Jurídicos³² da *Civil Law* e da *Common Law* passaram a se comunicar muito mais entre si, verificando as falhas e, ao mesmo tempo, tentando saná-las, gerando uma espécie de Commolização do Direito Positivo.³³

Um Direito Cosmopolita e uma Democracia Globalizada tem como missão completar e reconhecer novos direitos, ampliando os espaços de cidadania, sendo que um protagonismo mais ativo por parte do Poder Judiciário não representa risco à secularizada teoria da tripartição, ao contrário traduz-se na sua plena afirmação.³⁴

Por essa razão, há a necessidade de uma remodelação das Democracias (representativa, direta, participativa) e do Estado democrático de Direito, visto que o modelo tradicional talvez não seja capaz de organizar esta nova política global, sendo este o motivo que levou o ativismo judicial a ganhar o protagonismo por ele hoje exercido.

3 - O PAPEL DA DEMOCRACIA NA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA ORDEM GLOBAL.

A construção de uma nova ordem global talvez tenha que passar por uma mudança senão de conceitos, mas, quiçá, de uma renovação da própria teoria democrática. Isto porque, conforme acima se verificou, a globalização e a transnacionalidade estão obrigando a Democracia a se

³⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**. vol. 21. n. 3. set-dez 2016. p. 1343.

³¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. p. 1343.

³² Sistema Jurídico é um corpo operativo de instituições, procedimentos e normas jurídicas MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p.13-15.

³³ Parafrazeando o artigo “A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado”, de Zenildo Bodnar e Paulo Márcio Cruz.

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. p. 1349.

autorregulamentar para além das fronteiras do Estado Constitucional Moderno, construindo uma nova e verdadeira ordem global democrática de Direito.

Neste sentido, a Democracia, que tanto pode ser Direta³⁵ como Representativa³⁶ ou mesmo Participativa,³⁷ como se queira, tem como objetivos fundamentais o de fomentar a máxima utilização das capacidades individuais no interesse da comunidade.³⁸

Assim, não importando qual forma de Democracia esteja-se falando, a democracia e o caminho para a democracia devem considerar-se como tópicos dotados de centralidade política interna e internacional; no plano interno, a democracia é o “governo menos mau” e no plano externo a democracia promove a paz. Se ontem a conquista territorial, a colonização, o espaço vital, o interesse acional, a razão de estado surgiam sempre como categorias quase ontológicas, hoje os fins dos estados podem e devem ser os da construção de Estados de direito democráticos, sociais e ambientais, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo.³⁹

Então, a flexibilização do território talvez não signifique a extinção da Democracia, muito pelo contrário, a Democracia em âmbito nacional e, em especial, a internacional poderão ter que se adaptar as novas práticas globais, abrindo espaço para que atores internacionais de diferentes matizes possam construir, sempre em conjunto com o Estado, uma Democracia assimétrica, mas comum à todos.

Essa Democracia assimétrica, a ser fomentada internamente por cada sociedade dentro do seu respectivo Estado-nação, poderá ter que enfrentar um Direito Internacional Econômico forte, trazido que foi pelo avanço da globalização (econômica)⁴⁰ e do próprio Direito Transnacional.⁴¹

³⁵ Democracia Direta constituiria, como único tipo de regime de governo, uma proposta sensata e sem ser contraproducente. A participação de todos os indivíduos, em todas as decisões, não seria humanamente desejável, pois nem tudo é político. FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. *Sustentabilidade: Um Novo Paradigma para o Direito*. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, Vol. 19 – n.º 4 – Edição Especial 2014. ISSN Eletrônica 2175-0491, p. 97-98.

³⁶ Democracia Representativa enfrenta sociedades muito complexas, com forte divisão de classes e demandas sociais cada vez maiores e mais variadas. FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade: Um Novo Paradigma para o Direito**, p. 98.

³⁷ Democracia Participativa pode representar um estágio mais avançado do conceito de democracia. É a democracia como valor social e não apenas como procedimento. As democracias participativas apontam para uma democracia pluralista mais autêntica, que oferecerá aos cidadãos uma concepção atualizada de cidadania. FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade: Um Novo Paradigma para o Direito**, p. 104.

³⁸ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p.105.

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1369.

⁴⁰ A globalização econômica constitui o principal desafio para a ordem social e política nascida na Europa pós-guerra. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**, p. 65.

⁴¹ Jessup usava o termo ‘direito transnacional’ para incluir todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público quanto o privado estão incluídos, assim como outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias-padrão. JESSUP, Philip C. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 12.

Desta forma, não se deve perder de vista que o processo de globalização, em curso, não somente tem caráter econômico, mas muito fundamentalmente caráter político, ainda que formalmente não se apresente assim. As sociedades tidas como democráticas se confrontam, com uma série de novos desafios para os quais não estão preparadas, devido à perspectiva racionalista que informa as principais correntes da teoria política. E, o Direito que adviria de um ambiente político-jurídico transnacional seria forjado, muito provavelmente, com base em princípios de inclusão social e proteção ao meio ambiente.⁴²

Assim, a política teria um papel muito importante junto à opinião pública a fim de esclarecer que a globalização não pode significar o abandono de tudo às forças de mercado; isto porque, cresce com a globalização a necessidade de regulamentações internacionais, de convenções e instituições internacionais para transações, através dos chamados atores internacionais, que ultrapassam fronteiras.⁴³

Vê-se, então, que os desafios trazidos por uma nova Democracia, assimétrica, pluralista quiçá, dentro do Estado Democrático de Direito poderá modificar os paradigmas tradicionais que o Estado-nação⁴⁴ está acostumado a seguir. Entretanto, os Estados-Nação, talvez, não poderão prescindir do auxílio de outros, nem tão novos assim, atores internacionais no enfrentamento da nova realidade mundial.

É certo que acordos internacionais e regulamentos que reajam contra processos de externalização não podem ser esperados da parte dos governos na medida em que esses são vistos como atores independentes em ação. Os Estados singulares deveriam vincular-se – de modo visível para a política interna – a procedimentos cooperativos obrigatórios de uma sociedade de Estados comprometida com o cosmopolitismo⁴⁵.

Portanto, este interesse geral, vertido através do cosmopolitismo, deverá ser capaz de reduzir alguns espaços que hoje dificultam a construção desta verdadeira ordem global democrática, o qual poderá vir a estar inserido dentro de um Estado Constitucional de Direito contemporâneo, a fim de suprir as necessidades de uma comunidade planificada em razão da globalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴²FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. p.101.

⁴³ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo. Resposta à Globalização**. p.227.

⁴⁴ O Estado territorial, a nação e uma economia constituída dentro do Estado territorial, a nação e uma economia constituída dentro das fronteiras nacionais formaram então uma constelação histórica na qual o processo democrático pôde assumir uma figura institucional mais ou menos convincente. Também só pôde se estabelecer no âmbito do Estado nacional a ideia segundo a qual uma sociedade composta democraticamente pode atuar reflexivamente sobre si de modo amplo graças à ação de uma das partes. Hoje essa constelação é posta em questão pelos desenvolvimentos que se encontram no centro das atenções e que leva o nome de “globalização”. HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**, p. 78.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**.p. 72-73.

Num mundo globalizado e transnacionalizado, caracterizado, entre outros fatores, pela crescente complexidade das relações interpessoais e estatais, em particular no que se refere as esferas jurídica, política e econômica, poderá dar a possibilidade da comunidade internacional construir meios capazes de servir a um mundo altamente exigente como o atual.

O intercâmbio crescente a cada instante entre sujeitos de diferentes nacionalidades vem pressionando as diferentes democracias do mundo inteiro para que produzam instrumentos necessários para alicerçar, garantir e balizar os relacionamentos inter e intraestatais que se vão formando. E, nesse sentido, o embate entre as concepções clássicas e contemporânea de Estado, soberania e democracia poderá acirrar a discussão sobre a urgência na criação de tais instrumentos e regulamentações internacionalmente respeitadas por todos.

O papel do Estado democrático de direito contemporâneo pode ser de não se esquivar da discussão trazida por esta nova ordem mundial, visto que os paradigmas devem ser enfrentados não somente com o auxílio dos tradicionais atores internacionais, mas também com os novos, uma vez que o mercado mundial evolui em escalagemétrica e os Estados democráticos devem seguir a mesma evolução.

Portanto, o surgimento de novos paradigmas culturais, ambientais, tecnológicos, econômicos, dentre outros, demonstram a evolução da sociedade e o crescimento da complexidade dos problemas enfrentados hodiernamente pelo Estado democrático de direito; porém, tais paradigmas não poderão ser impeditivos para que se forjem Estados democráticos capazes de lidar com os novos movimentos globais.

Uma Democracia Transnacional assimétrica pode vir a ser uma possibilidade real, capaz de preencher as lacunas desta nova ordem global que hoje vige num mundo planificado pela globalização; mas esta nova Democracia somente será capaz de seguir em frente e desempenhar o papel a ela determinado, se tiver o auxílio de todos, tanto dos velhos como dos novos atores, nacionais e internacionais, a fim de formar um Estado Democrático de Direito Contemporâneo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Democracia e Transconstitucionalismo: “direito ao esquecimento”, extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas. **Revista Direito GV**, Vol. 12 – N. 3. São Paulo. Set-Dez 2016.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**. São Paulo: Renovar, 1999.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo. Resposta à Globalização.** São Paulo: Editora Paz e Terra S.A., 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico.** São Paulo: Editora QuartierLatin do Brasil, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.** Curitiba: Juruá Editora, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania e superação do Estado Constitucional moderno.** Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/9955/soberania-e-superacao-do-estado-constitucional-moderno>>. Acesso em: 15 maio 2018.

CRUZ, Paulo Márcio. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 173-200.

CRUZ, Paulo Márcio. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 1(1):87-96, Janeiro-junho 2009. Unisinos.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 3(1):75-83, Janeiro-junho 2011. Unisinos.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica.** vol. 21. n. 3. set-dez 2016.

CZEMPIEL, Ernest-Otto. Governança e democratização. *In*: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado. 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2(2):96-111 Julho-dezembro 2010. Unisinos.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: Um Novo Paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, Vol. 19 – n.º 4 – Edição Especial 2014. ISSN Eletrônica 2175-0491.

GHIRARDI, José Garcez (Coord.); SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** Tradução de: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: Qu'est-ce que ladémocratie?

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional.** Ensaios Políticos. Tradução de: Márcio Seligmann Silva. São Paulo: LitteraMundi. 2001. Título original: *Die postnationalekonstellation:*

PolitischeEssays.

HURREL, Andrew. **Sociedade Internacional e Governança Global.** São Paulo: Lua Nova, 1999. n.46.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização.** 10.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

JESSUP, Philip C. **Transnational Law.** New Haven: Yale University Press, 1956.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica.** México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 5ª Tiragem, 2018.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo. **Revista de Direito Internacional.** vol. 9.n. 4. 2012. p. 169-199. Brasília.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Gustavo Lins. La condición de la transnacionalidad. **Maguaré,** 14: 74-113 (1999). Universidade de Brasília.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais.** Barueri: Manole, 2004.

VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade.** São Paulo, 2012.

DIREITO ROMANO SUAS FASES HISTÓRICAS E SUAS INFLUÊNCIAS NOS DIAS ATUAIS

ROMAN RIGHTS HISTORICAL PHASES AND THE INFLUENCES IN THE ACTUAL DAYS

Elias Noello Paranhos¹

RESUMO

O artigo trabalha as diversas fases do Império Romano, compreendendo as formas diferentes do modo que o direito era aplicado em cada época, entendendo que sempre foi consuetudinário, com exceções apenas no período da república, com as Leis das XII Tábuas e, também, no período do Baixo Império, com o Código de Justiniano. Por fim, traz uma análise das diferenças entre a *common* e a *civil law*, ou seja, a influência deixada pelos juristas romanos para os dias atuais, dialogando, também, certos aspectos presentes no direito civil e no processual civil, além do penal e administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Romano. *Civil law*. *Common law*. Código de Justiniano. Influências.

ABSTRACT

The article work the various phases of the Roman Empire, understanding the many forms of the mode how was applied the right in each season, comprising that it was always customary, with exceptions only in the republican phase, with the Law of XII Tablets and, too, in the Low Empire phase, with the Code of Justiniano. In the end, make an analysis of different aspects between common and civil law, that is, the influence left by roman jurists to the present days, dialoging about aspects in the civil right and procedural law, besides the criminal and administrative.

KEYWORDS: Roman Right. Civil law. Common law. Code of Justiniano. Influences.

INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar, em sua maior parte, o Direito Romano e como ele se desenrolava durante os doze séculos pelos quais perduraram a civilização romana, entendendo todos os períodos pelos quais ela passou, sendo eles a monarquia (ou realeza), a república e o império. Além disso, serão abordadas as influências desse legado jurídico deixado pelos romanos, que deram origem as culturas da *common law* e *civil law*, amplamente utilizadas no mundo ocidental atualmente. Para isso, é necessário o estudo do *Corpus Iuris Civilis*, abordando todo o seu esboço, que é dividido em quatro partes, trabalhadas posteriormente.

Sendo assim, para trabalharmos esses conteúdos, serão estabelecidos certos problemas, entre eles: qual a diferença entre a *common law* e *civil law*? Além disso, a estrutura da população na

¹Graduando do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo. Cidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: paranhoselias35@gmail.com.

civilização romana era muito diversificada, compreende-se que ela era estratificada em patrícios, clientes, plebeus e escravos, com isso cabe saber: quais os fatores negativos acerca da organização social em Roma?

Seguindo essa linha de raciocínio, alguns objetivos serão propostos, em uma parte geral caberá compreender as influências do Direito Romano antigo nos dias atuais. Para chegar a isso, também serão usados alguns focos mais específicos, que serão: determinar as fases do direito nas épocas romanas, entender cada uma das Leis das XII Tábuas e a maneira na qual elas mudaram a vida da plebe e, por fim, analisar as normas e fundamentos do *Corpus Juris Civilis* e como elas influenciaram as culturas da *common law* e *civil law*.

As partes serão divididas em três, a primeira abordará o direito nas fases romanas, sendo subdividido para cada período, a segunda parte trabalhará o *Corpus Iuris Civilis*, dentro dele os conceitos de *common* e *civil law*, por fim, no terceiro tópico, as influências atuais do direito romano, principalmente no Brasil.

1 - O DIREITO NAS DIVERSAS FASES DA CIVILIZAÇÃO ROMANA

A divisão social que predominou durante toda a civilização era composta por patrícios, clientes, plebeus e escravos. Os primeiros supracitados eram descendentes das primeiras famílias que existiam por ali, denominadas *gens*, “seus membros se denominavam *gentiles*, e julgavam descender de um antepassado comum, lendário e imemorável, do qual recebiam o nome gentilício, que, portanto, era comum a todos os *gentiles*.”² Os patrícios, para facilitar o entendimento, podem ser entendidos como a “nobreza” de Roma.

A clientela, como define Moreira Alves, era uma ideia “na qual incidiam indivíduos ou famílias que eram reduzidos, ou se sujeitavam espontaneamente, à dependência de uma *gens*, desta recebendo proteção” (grifo do autor).³

A predominância da sociedade romana era a plebe, composta principalmente por pessoas de baixo poder aquisitivo. Esta, “[...] cuja origem é muito obscura, possivelmente se constituía dos vencidos que ficavam sob a proteção do Estado, dos clientes de famílias patrícias que se extinguíram, e dos estrangeiros aos quais o Estado protegia.”⁴ Por fim, na sociedade romana existiam os escravos, cujos quais não necessitam de muitas explicações, sendo preciso apenas especificar que em sua maioria tratavam-se de vencidos em guerras.

²ALVES, José C. M. **Direito Romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 9.

³ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 9.

⁴ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 10.

Tal estratificação, gerou muitas crises em Roma, principalmente no período da República e do Baixo Império, denominado *dominatus*. Nos séculos V e IV a.C., a expansão militar romana trouxe muitas riquezas para os patrícios, contudo apenas aumentou as desigualdades dos mais pobres. Com isso, no início do século V a.C. os plebeus começaram a requerer alterações sociopolíticas em Roma, com a criação de magistrados que viessem a defender seus interesses, dessa forma, conseguiram criar o Tribunato da Plebe (493 a. C.), que inicialmente existiam dois, subindo para dez posteriormente, através deles.⁵

O êxodo rural criou uma superpopulação de plebeus na capital romana, obrigando o imperador a desenvolver a política do *panis et circenses*, que consistia em uma distração para a população pobre não se rebelar.

Posteriormente, o excesso de pessoas em Roma e a falta de produção suficiente, levaram o Império à diversas crises econômicas, acompanhadas de cada vez mais revoltas da plebe e, também, de invasões bárbaras, além dos problemas instaurados no exército, devido à falta de pagamento e desvalorização dos militares.

1.1 O Direito na Realeza

A história de Roma teve seu início, de acordo com a lenda local, com os irmãos Remo e Rômulo que, segundo a teoria, foram lançados em um rio, dentro de um cesto, pelo seu tio, rei de um pequeno povoado. Ao chegarem em um local situado entre duas montanhas, foram acolhidos por uma loba e, posteriormente, encontrados por um casal de camponeses que os adotou. Passados alguns anos, esses homens foram atrás de seu tio, buscando vingar-se. Mataram-no e no seu povoado construíram uma cidade, chamada Roma. Nela, como diz a lenda, Rômulo matou seu irmão Remo, tornando-se o primeiro rei e instituindo o período monárquico da civilização. Coincidentemente, o primeiro rei de Roma, historicamente confirmado, chama-se Rômulo. Para fins didáticos, os estudiosos usam a data do fratricídio como o início da cidade, sendo essa no ano de 753 a.C.

Para saber, o sistema governamental na época régia era bastante simples, havia o rei, “magistrado único, vitalício e irresponsável”.⁶ Além dele havia o Senado, funcionando como um conselho real, possuindo cerca de 100 membros, era convocado apenas para funções consultivas, sem deliberações.⁷

⁵AS REVOLTAS da plebe. [S. l.: s. n.], [2010?]. Disponível em: <<http://www.ahistoria.com.br/as-revoltas-da-plebe/>>. Acesso em: 20 maio 2018, sem paginação.

⁶ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 8.

⁷NETO, Francisco Q. V. **Direito Romano Clássico**: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 8. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 141.

Embora pouco se saiba sobre o direito na época da realeza romana, Dimas da Cruz Oliveira⁸ traz uma abordagem interessante sobre a produção jurídica dos reis desta civilização, dizendo que a jurisprudência era dividida em três partes, cada uma relacionada a um rei: Rômulo, com leis acerca do casamento, educação infantil e poder pátrio, Numa Pompílio, acerca do direito internacional e o culto religioso e Sêrvio Túlio, que formulou uma base de código civil. O mesmo autor ainda ressalta que as leis eram passadas de geração em geração, tratando-se, portanto, de um direito consuetudinário, que “era ministrada pelos juízes ordinários, os pretores, sendo conhecida por isso como *Jus Praetorium* (grifo do autor).⁹

Como já mencionado anteriormente, as *gens*, que se tornariam os patrícios, desenvolveram leis próprias, ou seja, um direito quiritário, conhecido como *iusquiritium*, “não era este mais do que o próprio Direito patrício, o qual, em sua essência, era naturalmente excludente”.¹⁰

Ainda no período régio, Venosa afirma que as principais funções ficavam a cargo das famílias, dizendo que ao rei restava poucas funções.¹¹ Além disso, para ele, “é nessa época que Roma inicia suas primeiras conquistas, a princípio modestas e limitadas à vizinhança da cidade”.¹²

1.2 O Direito na República

Após a queda do último rei em 509 a.C., o Senado passou a exercer o governo em Roma, com isso, dois cônsules passaram a ter o poder, começando a comandar o exército, cuidar da segurança pública, entre outros.¹³

Ao longo do tempo, como define Moreira Alves,¹⁴ novas magistraturas vão surgindo, tanto pela expansão do Estado Romano, quanto pelas pressões e revoltas da plebe, exigindo representação perante o governo.

Os cônsules possuíam poder de império, comando militar e eram governantes da cidade, presidiam as assembleias e propunham leis. O jurídico ficava a cargo dos pretores. Também haviam os tribunos (defensores do povo), questores (administradores) e censores, que contavam a população e cobravam impostos, além dos *edis*, governantes de pequenas cidades.¹⁵

Entre as leis criadas pelas revoltas da plebe, a *Lex Canuleia* surgiu em 445 a.C., a mesma, além de permitir o casamento entre patrícios e plebeus, “favoreceu os plebeus, [...] acabaram-se as

⁸OLIVEIRA, Dimas C. **O Direito Romano**. Leituras da História: São Paulo, v. 108, ano 6, nov. [2017?], p. 4.

⁹OLIVEIRA, Dimas C. **O Direito Romano**. p. 5.

¹⁰PALMA, Rodrigo F. **História do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 191.

¹¹VENOSA, Sílvio S. **Introdução ao Estudo do Direito**: primeiras linhas. 5. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2016, p. 237.

¹²VENOSA, Sílvio S. **Introdução ao Estudo do Direito**: primeiras linhas. p. 237.

¹³NETO, Francisco Q. V. **Direito Romano Clássico**: seus institutos jurídicos e seu legado. p. 141.

¹⁴ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 15.

¹⁵ROCHA, José Manuel de Sacadura. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6434-4/cfi/6/42!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 25 maio 2018.

distinções sociais tradicionais, mas mantinha-se a distinção econômico-militar, entre ricos e pobres, altas patentes e simples soldados”.¹⁶

As *Leis Licínias* foram criadas em 367 a.C., elas, como já mencionado, permitiram que as terras conquistadas por Roma fossem dadas não só aos patrícios, mas também aos plebeus, que conquistaram isso através dos Tribunos da Plebe e determinou que um cônsul plebeu pudesse ser eleito, podendo ele ter uma administração mais voltada para a sua origem.

A *Lex Hortensia*, escrita em 286 a.C., segundo Marques,¹⁷ foi a “que determinou que todas as resoluções aprovadas pelos plebeus na assembleia popular (o plebiscito) adquirissem força de lei e, portanto, aplicassem para todos os cidadãos sem requerer a aprovação do senado romano.” Para ela, ainda no período republicano, foi promulgada em Roma a *Lex Ogúlnia*, que “possibilitou aos plebeus o ingresso nos colégios sacerdotais”.¹⁸

1.2.1 As Leis das XII Tábuas

Segundo Oliveira, “irritada com as arbitrariedades da classe dominante, a dos patrícios, a menos favorecida, dos plebeus, passou a exigir que as leis fossem escritas”.¹⁹ Sendo assim, no ano de 454 a.C. partiu para a Grécia uma embaixada com o intuito de estudar a legislação de Sólon, retornando e elegendo os *decênviros*, que elaboraram um código de dez tábuas, posteriormente tendo sido adicionadas mais duas.²⁰ Tal conteúdo tem muita importância pois foi o que deu início às iniciativas de fazer com que o Direito seja escrito, tornando-o de conhecimento público.²¹ Além disso, como define Dimas Oliveira, “o conhecimento da lei deixou de ser um apanágio da aristocracia que se ocupava do cerimonial sacro, e passou a emanar do próprio povo”.²²

As duas primeiras tábuas, segundo o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, falam acerca da organização e causas da justiça.²³ A Tábua I, “referia-se ao chamamento a juízo; a ninguém era lícito fugir do chamamento judicial”.²⁴

¹⁶A LEI Canuleia. [S. l.: s. n.], 30 jun. 2007. Disponível em: <<http://imperio-romano.blogspot.com.br/2007/06/lei-canulia.html>>. Acesso em: 25 maio 2018, sem paginação.

¹⁷MARQUES, Juliana B. **Leis Romanas**. Antiguidade Clássica - UNIRIO - 2013.1. Rio de Janeiro: 8 ago. 2013. Disponível em: <<http://classicaunirio.blogspot.com.br/2013/08/leis-romanas.html>>. Acesso em: 25 maio 2018, sem paginação.

¹⁸MARQUES, Juliana B. **Leis Romanas**. Sem paginação.

¹⁹OLIVEIRA, Dimas C. **O Direito Romano**. p. 5.

²⁰ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 25.

²¹PALMA, Rodrigo F. **História do Direito**. p. 199.

²²OLIVEIRA, Dimas C. **O Direito Romano**. p. 5.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Símbolos da Justiça: Lei das Doze Tábuas**. Brasília: 14 ago. 2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=tabusas>>. Acesso em: 27 maio 2018, sem paginação.

²⁴NETO, Francisco Q. V. **Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. p. 144.

Seguindo a linha de Vêras Neto, a Tábua II “estabelecia prazo para o comparecimento a juízo”,²⁵ ou seja, era ainda relacionada a manutenção da justiça romana, pois era a que determinava o tempo que as partes deveriam comparecer ao pretor, para terem suas questões julgadas.

A tábua número três tinha como aspecto as “normas contra os inadimplentes”,²⁶ sendo assim, após a condenação o devedor tinha até trinta dias para pagar, caso contrário era preso e, se a dívida não fosse paga, ele poderia ser morto ou vendido como escravo.²⁷

Dalmir Teixeira Rolim define a Tábua IV como sendo referente ao “pátrio poder; o pai tinha sobre suas esposas e seus filhos, o direito de vida, morte e liberdade, se o pai vendesse o filho mais de três vezes, perderia o direito paterno sobre ele”^{27,28}. Além disso, a Tábua V definia que “as mulheres não podiam gerir os negócios dos civis, permanecendo em tutela perpetua”.²⁹

Para Rolim,³⁰ a Tábua VI dizia que “a palavra de um homem era muito importante, os estrangeiros jamais podem adquirir posse de um bem pertencente a um romano, em caso de pegar materiais alheios, é permitida uma ação em dobro”.

O conteúdo da Tábua VII resumidamente pode ser dito como o direito dos “edifícios e dos fundos agrários”.³¹ A Tábua VIII era referente aos delitos^{31,32} “se um acidente fosse cometido, deveria ser reparado, pena de morte para quem cometesse homicídio. Pena capital contra os libelos ou ultrajes públicos difamatórios”.³³

Continuando os estudos sobre tais leis, as tábuas IX e X falavam acerca do direito público e do direito sagrado, respectivamente. A primeira, resumidamente, dizia que “se um juiz aceitar suborno, será morto”.³⁴ Ou seja, os romanos, que tiveram noções de direito público utilizadas até os dias atuais, não toleravam uma justiça corrupta, isto é, um pretor que se vendesse para favorecer alguma das partes.

A tábua que continha o direito sagrado tinha, como exemplo, as leis de que “nenhum morto será queimado ou enterrado dentro da cidade, nem sepultado com nada de valor para evitar furtos”.³⁵

²⁵NETO, Francisco Q. V. **Direito Romano Clássico**: seus institutos jurídicos e seu legado. p. 144.

²⁶BRASIL. **Símbolos da Justiça**: Lei das Doze Tábuas. Sem paginação.

²⁷NETO, Francisco Q. V. **Direito Romano Clássico**: seus institutos jurídicos e seu legado. p. 144.

²⁸ROLIM, Dalmir T. **Direito Romano**: Criação da Lei das Doze Tábuas na República. Santarém: 2016. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-romano-criacao-da-lei-das-doze-tabuas-na-republica,55891.html>>. Acesso em: 17 jun. 2018, sem paginação.

²⁹NETO, Francisco Q. V. **Direito Romano Clássico**: seus institutos jurídicos e seu legado. p. 145.

³⁰ROLIM, Dalmir T. **Direito Romano**: Criação da Lei das Doze Tábuas na República. Sem paginação.

³¹ROLIM, Dalmir T. **Direito Romano**: Criação da Lei das Doze Tábuas na República. Sem paginação.

³²BRASIL. **Símbolos da Justiça**: Lei das Doze Tábuas. Sem paginação.

³³ROLIM, Dalmir T. **Direito Romano**: Criação da Lei das Doze Tábuas na República. Sem paginação.

³⁴ROLIM, Dalmir T. **Direito Romano**: Criação da Lei das Doze Tábuas na República. Sem paginação.

³⁵ROLIM, Dalmir T. **Direito Romano**: Criação da Lei das Doze Tábuas na República. Sem paginação.

Para finalizar, as tábuas XI e XII, eram complementares,³⁶ dentro delas, segundo Dalmir Rolim, encontravam-se regras como a “proibição entre casamento de patrícios e plebeus”.³⁷

1.3 O Direito no Império

Para entender o fim da república, deve-se ter uma pequena noção dos *Triunviratos*. O primeiro deles foi formado por Júlio César, Pompeu e Crasso, onde o Senado instituiu os três como governantes de Roma, que havia expandido seu território drasticamente. Crasso, um brilhante general, teve sua morte em uma batalha, onde cometeu um grave erro, origem da expressão “erro crasso”.

Júlio César, ao partir para guerrear contra os gauleses, foi acusado de traição por Pompeu, que estava em Roma. Com isso, voltou para a capital, guerreou contra Pompeu e tornou-se o ditador de Roma. Contudo, tal governo não duraria muito, pois o Senado inteiro esfaqueou Júlio, dando início ao segundo *Triunvirato*.

Esteera formado por Octaviano, Marco Antônio e Lépido, cada um responsável por governar uma parte de Roma. Lépido logo entregou suas terras para Marco Antônio, que passou a guerrear contra Octaviano, conspirando com a Rainha Cleópatra. Após algum tempo, Marco Antônio, percebendo que estava prestes a perder a guerra, se suicida juntamente com sua amante, restando, assim, apenas Octaviano (ou Caio Otávio), que se tornou o *Augustus*, o *princeps* romano.

1.3.1 Principado

Segundo Palma, “destarte, o período imperial de Roma teve início, mais precisamente, no ano 27 a.C. O chamado ‘Alto Império’ ou ‘Principado’ se estendeu até 284, ano do falecimento de Diocleciano, quando começou o ‘Baixo Império’.”³⁸ Nesse período, o imperador estabeleceu a *pax romana*, que determinava um fim às guerras.

De acordo com Alves,³⁹ “no principado subsistiram as instituições políticas da república, mas com suas atribuições cada vez mais reduzidas, por se tratar de regime de transição para a monarquia absoluta [...]”. O mesmo autor apresenta as magistraturas, já existentes no período republicano, e como elas ficaram no principado. Começa, então com o consulado, onde diz que ele permanece durante todo o período do Alto Império, mas que perde praticamente todos os seus poderes de administrar o exército, ficando limitado apenas a algumas questões dentro da Itália.⁴⁰ Referente aos

³⁶BRASIL. **Símbolos da Justiça**: Lei das Doze Tábuas. Sem paginação.

³⁷ROLIM, Dalmir T. **Direito Romano**: Criação da Lei das Doze Tábuas na República. Sem paginação.

³⁸PALMA, Rodrigo F. **História do Direito**. p. 206.

³⁹ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 33.

⁴⁰ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 33.

pretores, além de afirmar que ela permanece quase que intacta, Alves ainda afirma que “surgem, nesse período, alguns pretores dotados de competência específica, assim, por exemplo, o *praetortutelar*, encarregado da nomeação dos tutores (grifo do autor).⁴¹

Trabalhando acerca dos censores, eles foram reduzidos à função de apenas contar os cidadãos, deixando de existir no governo do Imperador Domiciano, entre 81 e 96 da Era Cristã,⁴² os questores também tem suas funções reduzidas e os *edis* “a partir de César, [...] em número de seis, se dividem, dois a dois, em três categorias: *edis curuis*, *plebeus* e *ceriales* (estes, encarregados do aprovisionamento de Roma)” (grifo do autor).⁴³ Por fim, o mesmo autor fala acerca dos Tribunos da Plebe, dizendo que “suas novas atribuições são de ordem administrativa, como, por exemplo, a vigilância das sepulturas”.⁴⁴

No período do principado o Senado se manteve, porém, com alta influência do príncipe, até mesmo os senadores eram eleitos entre os antigos magistrados, todos com a confiança do imperador.⁴⁵

Dimas Oliveira diz que “as leis do império deveriam se tornar mais famosas por se inclinarem à suavização das penas e à ampliação e aprofundamento de conceitos jurídicos fundamentais, como o de propriedade, [...] e o de liberdade”.⁴⁶

1.3.2 *Dominato*

Para iniciar o tema, deve-se saber que, segundo Moreira Alves,⁴⁷ o principado foi uma transição para a monarquia absoluta, pois o príncipe era um monarca nas províncias e, no século III houve uma enorme crise, fazendo com que imperadores assumissem e caíssem com frequência, até quem em 284 Diocleciano terminou com a crise e deixou de seguir a política dos *Augustus*, dando início ao *dominato*.

Venosa afirma que “o Senado transforma-se em uma espécie de assembleia municipal da cidade de Roma, com uma instituição semelhante em Constantinopla. Uma ampla burocracia toma conta de todas as instituições”,⁴⁸ além disso, o mesmo autor ainda ressalta que “o imperador passa a deter todos os poderes [...] tendo em vista a divisão do Império em duas partes, a do Oriente e a do Ocidente, governadas por dois Augustos[...].”⁴⁹

⁴¹ ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 33.

⁴² ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 33.

⁴³ VES, José C. M. **Direito Romano**. p. 33.

⁴⁴ ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 33.

⁴⁵ ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 34.

⁴⁶ OLIVEIRA, Dimas C. **O Direito Romano**. p. 10-11.

⁴⁷ ALVES, José C. M. **Direito Romano**. p. 43.

⁴⁸ VENOSA, Sílvio S. **Introdução ao Estudo do Direito**: primeiras linhas. p. 242.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio S. **Introdução ao Estudo do Direito**: primeiras linhas. p. 242.

As fontes do Direito no período do *dominatus* continuaram sendo o costume e a jurisprudência, igualmente como eram em todos os períodos anteriores, conforme destaca o escritor Moreira Alves.⁵⁰

No ano de 476 o Império Ocidental cai, devido as pressões sofridas pelos bárbaros e também por causa das crises, tanto econômicas, quanto as do exército e as da plebe. Tal data, dá início à Era Medieval. Contudo, no Oriente, Constantinopla, também chamada de Bizâncio, continua sendo uma potência, em 527 Justiniano torna-se o Imperador, retomando algumas terras perdidas, mas não conseguindo mantê-las.

2 - O *CORPUS JURIS CIVILIS* DE JUSTINIANO

Nos anos de 528 até 533 da Era Cristã, o Imperador Justiniano montou diversas equipes que tinham como objetivo compilar todas as leis que Roma já havia criado, desde o século II. Com isso, ele criou o seu *Corpus Iuris Civilis*, dividido em: *códex*, *digesto*, *institutas* e *novelas*.

Segundo Rocha, “Justiniano redigiu um único código que aproveitou o melhor do Direito material produzido ao longo de vários séculos, dando o caráter superior e eficiente de uma Constituição Imperial”.⁵¹

Com isso, era necessário para Justiniano buscar as maneiras como a lei era aplicada, sendo assim, em 530, ele encarregou Triboniano de montar uma organização para compilar os *iura*, realizando este trabalho em cerca de três anos, dando origem ao *Digesto* ou *Pandectas*.⁵²

O imperador Justiniano pensava em ensinar às futuras gerações como aplicar o direito contido em seu código, por isso nomeou três juristas, Triboniano, Doroteu e Teófilo, para elaborarem as *Institutas*, nela “são expostas noções gerais, definições e classificações”.⁵³ Basicamente, essa parte do código pode ser considerada como “aquilo que chamamos hoje de Doutrina, e que se constitui também como fonte do Direito, bem como a possibilidade do ensino jurídico e do acesso e entendimento das leis, dos direitos e obrigações [...]”.⁵⁴

Por fim, no *Corpus Iuris Civilis*, há a presença das *novelas*, que se tratavam de novas leis promulgadas a partir do ano de 534. Para Palma “as novas leis tinham por objetivo revitalizar o Direito, reorientá-lo de acordo com as controvérsias reinantes e adequá-lo às conveniências de cada época”.⁵⁵

2.1 Os aspectos acerca das culturas da *commune civil law*

⁵⁰ ALVES, José C. M. *Direito Romano*. p. 48.

⁵¹ ROCHA, José M. S. *História do Direito no Ocidente*. Sem paginação.

⁵² ALVES, José C. M. *Direito Romano*. p. 49.

⁵³ VENOSA, Sílvio S. *Introdução ao Estudo do Direito*: primeiras linhas. p. 252.

⁵⁴ ROCHA, José M. S. *História do Direito no Ocidente*. Sem paginação.

⁵⁵ PALMA, Rodrigo F. *História do Direito*. p. 212.

Com a morte de Justiniano, em 565, teve fim o Império Romano do Oriente. Sendo assim, durante a Idade Média, após um longo período de irrelevância para com o direito romano, houve uma retomada dos estudos romanísticos nas escolas de Direito, dando início à cultura de codificar as leis, partindo disso a ideia da *civil law*.

O direito consuetudinário começou a ser sistematizado, as leis germânicas passaram a ser escritas no latim, esse método passou a ser útil para manter os grupos sociais, a junção entre os costumes trazidos pelas tribos conquistadoras de Roma e a maneira de codificar dos conquistados formou o Sistema Romano-Germânico, conhecido como *Civil Law*.⁵⁶

Tendo em mente, então, o surgimento da prática da codificação das leis, considera-se a *common law* como a cultura de se utilizar dos costumes prioritariamente, ou seja, como a principal fonte de Direito. Os povos germânicos, que invadiram Roma, tinham o costume como senso de Justiça, mas, como Rodrigo Palma explica acima, esse sistema logo foi substituído pelo Romano – Germânico. De acordo com Campos, “verifica-se que o Sistema de *Common Law* funda-se na percepção casuística de cada caso. Baseia-se no problema, sendo compreendido por meio de seus fatos relevantes”.⁵⁷

Ambos os sistemas supracitados têm origem romana, como já falado, entretanto, a dispersão deles pelo mundo varia de acordo com a relação entre metrópole/colônia, no período das grandes navegações, onde os países europeus colonizavam os países americanos e africanos.

A partir do século XII, o direito costumeiro começou a ser desenvolvido na Inglaterra e passado às antigas colônias britânicas, período no qual já ocorria a vinculação às jurisprudências para resolver as questões, dando origem ao sistema da *Common Law*.⁵⁸

O sistema da *civil law* tem origem no Direito Romano, através das codificações existentes, porém apenas com a Revolução Francesa houve um fortalecimento de um Direito Codificado, fazendo com que grande parte da Europa utilize este método, como a Alemanha, Itália, França e Portugal, bem como suas antigas colônias.⁵⁹

3 - AS INFLUÊNCIAS DO DIREITO ROMANO ATUALMENTE

⁵⁶ PALMA, Rodrigo F. **História do Direito**. p. 219-220.

⁵⁷ CAMPOS, Fernando T. **Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações**. [Mato Grosso do Sul]: Revista Jus Navigandi, dez. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>>. Acesso em: 19 jun. 2018, sem paginação.

⁵⁸ CAMPOS, Fernando T. **Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações**. Sem paginação.

⁵⁹ CAMPOS, Fernando T. **Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações**. Sem paginação.

Para Venosa⁶⁰ “foi sobretudo no direito privado [...] que o Direito Romano exerceu enorme e total influência nos direitos europeus. Evidentemente, a história de nosso direito está ligada a Portugal.”

Para Thiago Boaventura,⁶¹ o Império Romano foi o primeiro a separar público e privado, regulando ações familiares, bem como relações civis, além de surgirem os credores, devedores, arrendatários e proprietários, pertencentes, hoje, ao direito obrigacional.

De acordo com Venosa,⁶² em Portugal, a Universidade de Coimbra foi a maior responsável pela adaptação do Direito Romano, pois até 1722, todo o estudo do Direito resumia-se a ele.

Na área civil se pode citar a ação pauliana, usada por credores quirografários, essa norma tem origem e etimologia atribuídas ao pretor Paulo, operador do direito no período romano clássico.

Além dessas influências, o direito sucessório teve origem no *Corpus Iuris Civilis*, é claro, com certas adaptações necessárias para o mundo contemporâneo. Para Boaventura, no Código Civil, a filha tem direito à receber espólios da herança do pai, mesmo que casada, enquanto que no Código de Justiniano, a filha poderia ser herdeira de seu pai, caso estivesse solteira.⁶³

Seguindo o direito privado, no código civil existe o princípio da boa-fé objetiva, também encontrado na codificação de Justiniano, de acordo com Boaventura,⁶⁴ “Gaio, em enunciado incluído no Digesto, já dizia que o credor, ao exigir quantia superior a devida, perderia tanto o excesso exigido quanto todo o restante, visto que este agiu de má-fé”.

Ainda nessa área, o direito romano exerceu forte influência acerca do princípio da inviolabilidade domiciliar, presente na Constituição Federal do Brasil. No código de Justiniano, uma pessoa só poderia ser citada dentro de sua casa e isso fosse de livre e espontânea vontade, caso contrário, tornar-se-ia uma invasão de domicílio.⁶⁵

Além desses fatores, para Boaventura, vê-se aspectos do direito romano nas áreas administrativa, penal e outros ramos do direito público.⁶⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁶⁰ VENOSA, Sílvio S. **Introdução ao Estudo do Direito**: primeiras linhas. p. 254.

⁶¹ BOAVENTURA, Thiago H. **O Código de Justiniano e a sua importância para o direito brasileiro**: confira as principais semelhanças e diferenças entre o histórico diploma bizantino e o ordenamento jurídico pátrio. [Feira de Santana – BA]: JusBrasil, 2016, sem paginação.

⁶² VENOSA, Sílvio S. **Introdução ao Estudo do Direito**: primeiras linhas. p. 254.

⁶³ BOAVENTURA, Thiago H. **O Código de Justiniano e a sua importância para o direito brasileiro**: confira as principais semelhanças e diferenças entre o histórico bizantino e o ordenamento jurídico pátrio. Sem paginação.

⁶⁴ BOAVENTURA, Thiago H. **O Código de Justiniano e a sua importância para o direito brasileiro**: confira as principais semelhanças e diferenças entre o histórico bizantino e o ordenamento jurídico pátrio. Sem paginação.

⁶⁵ BOAVENTURA, Thiago H. **O Código de Justiniano e a sua importância para o direito brasileiro**: confira as principais semelhanças e diferenças entre o histórico bizantino e o ordenamento jurídico pátrio. Sem paginação.

⁶⁶ BOAVENTURA, Thiago H. **O Código de Justiniano e a sua importância para o direito brasileiro**: confira as principais semelhanças e diferenças entre o histórico bizantino e o ordenamento jurídico pátrio. Sem paginação.

Abordou-se claramente os aspectos diferenciais da *common* e da *civil law*, ressaltando como a diferença principal o fato de a fonte primária do direito serem diferentes. No caso da primeira, tal fonte principal são os costumes, já na segunda, é a lei, ou seja, numa jurisdição de *common law*, ao julgar um caso o juiz irá recorrer primeiramente aos costumes e aos precedentes de algum caso anterior. Diferentemente, em uma cultura de codificação, o enfoque principal será a lei, sendo assim o juiz deverá buscar suas decisões na lei, no código promulgado, usando os costumes como fonte secundária.

Abordando também a questão dos fatores negativos presentes na estratificação social romana, conclui-se que o desprezo para com os mais pobres, isto é, os plebeus, causou diversas revoltas entre eles, dando resultado a criação de leis, como a *Lex Hortensia*, a *Lex Canuleiae* a famosa Lei das XII Tábuas, sendo essas, para os patrícios, um fator extremamente negativo.

Sendo assim, conclui-se o presente artigo, apresentando a grande importância de estudar tal conteúdo, para formar novas leis, compreender aspectos históricos para não os repetir e para entender as formas jurídicas do mundo contemporâneo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

A LEI Canuleia. [S. l.: s. n.], 30 jun. 2007. Disponível em: <<http://imperio-romano.blogspot.com.br/2007/06/lei-canulia.html>>. Acesso em: 25 maio 2018.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AS REVOLTAS da plebe. [S. l.: s. n.], [2010?]. Disponível em: <<http://www.ahistoria.com.br/as-revoltas-da-plebe/>>. Acesso em: 20 maio 2018.

BOAVENTURA, Thiago Henrique. **O Código de Justiniano e a sua importância para o direito brasileiro: confira as principais semelhanças e diferenças entre o histórico diploma bizantino e o ordenamento jurídico pátrio.** [Feira de Santana – BA]: JusBrasil, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Símbolos da Justiça: **Lei das Doze Tábuas**. Brasília: 14 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=tabuas>>. Acesso em: 27 maio 2018.

CAMPOS, Fernando Teófilo. **Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações.** [Mato Grosso do Sul]: Revista Jus Navigandi, dez. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

MARQUES, Juliana Bastos. **Leis Romanas.** Antiguidade Clássica - UNIRIO - 2013.1. Rio de Janeiro: 8 ago. 2013. Disponível em: <<http://classicaunirio.blogspot.com.br/2013/08/leis-romanas.html>>. Acesso em: 25 maio 2018.

NETO, Francisco Quintanilha Vêras. **Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. 8. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

OLIVEIRA, Dimas da Cruz. **O Direito Romano**. Leituras da História: São Paulo, v. 108, ano 6, nov. [2017?].

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6434-4/cfi/6/42!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 25 maio 2018.

ROLIM, Dalmir Teixeira. **Direito Romano: Criação da Lei das Doze Tábuas na República**. Santarém: 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-romano-criacao-da-lei-das-doze-tabuas-na-republica,55891.html>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito: primeiras linhas**. 5. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2016.

DIMENSÕES (REAIS) DE PODER NO SÉCULO XXI: HIPÓTESES PARA NOVAS DISCUSSÕES CRÍTICAS EM TORNO DE POLÍTICA E CONSTITUCIONALISMO¹

DIMENSIONS (REAL) OF POWER IN THE 21ST CENTURY: HYPOTHESES FOR NEW CRITICAL DISCUSSIONS AROUND POLITICS AND CONSTITUTIONALISM

Gabriel Antinolfi Divan²

Daniel Nogueira Costa Filho³

Victoria Faria Barbiero⁴

RESUMO

O presente trabalho procura questionar os reais fatores de impacto que podem condicionar a ordem política estatal e, assim, promover a tensão da conceituação constitucional de Estado de Direito em dois movimentos: em um deles, indagar sobre a real confluência e subordinação (política) à ordem (jurídica) constitucionalmente disposta. Em outro, apresentar um fio condutor de teses que fogem à simples assunção dessa confluência, discutindo as dimensões reais e inescapáveis do poder como elementos condicionantes, a partir de uma lógica materialista e crítica da forma política estatal modelada na estrutura capitalista.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Dimensões do Poder. Forma Política Estatal. Teorias da Constituição.

ABSTRACT

The present work aims to question the real impact factors that can condition the state political order and, thus, topromote the tension of the constitutional concepti on of the Rule of Law in two movements: in one of them, to inquire about the real confluence and subordination (political) to constitutional order (legal). In another, to present a thread of theses that escape thesimple assumption of this confluence, discussing the real and inescapable dimensions of power as conditioning elements, from a materialist and criticallogic of the state political form modeled on the capitalist structure.

KEYWORDS: Constitution. Constitutional Theories. Dimentions of Power. State Political Form Modeled.

INTRODUÇÃO

Uma Constituição é um instrumento que, em diversas e mescladas formatações (tal como se apresentam em ordenamentos democráticos nessa quadra história),tem como principal característica

¹O presente trabalho é fruto das colaborações entre os autores, com conclusõesparciais oriundas da participação no Projeto de Pesquisa "Estado deDireito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma novapolítica" (Faculdade de Direito - Universidade de Passo Fundo - UPF-RS).

² Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo-RS. Coordenador do Projeto de Pesquisa: "Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política" (UPF-RS). E-mail: divan.gabriel@gmail.com.

³
⁴Acadêmica graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo-RS.Integrante do Projeto de Pesquisa: "Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política" (UPF-RS). E-mail:142281@upf.br.

conservar uma gama de direitos e valores conquistados pela sociedade, e firmar objetivos quanto a bens jurídicos estipulados, cuja aferição e otimização (em giro constante) constituem objetivo e matriz. Ela é vista hodiernamente como um pilar de mandamentos ótimos, ainda que variações políticas e jurídicas lhe confirmem diversidade de ingerências ou estilos dispositivos. As clássicas discussões de teóricos que fomentaram o estudo do constitucionalismo contribuem servindo de suporte interpretativo das normas prescritas (legitimamente dispostas ou principiologicamente alocadas), diante dessa miríade de visões constitucionais que ao cabo terão papel fundamental na aplicação jurídica coadunada ou com os objetivos fundamentais predispostos ou com a não transposição das barreiras estipuladas.

O mote do presente trabalho é uma breve exposição sobre como há pilares incontornáveis para qualquer discussão atualizada que envolva as temáticas da conformação político-jurídica de um Estado Constitucional de Direito. Com isso, pretende-se demonstrar que a gama de elementos básicos protagonistas do teor constitucional poderia ser imantada a partir de um poder maior, que consiste no cerne da forma política estatal a partir da modernidade. O interesse não reside em exaurir os modais de conceitos sobre teorias constitucionais (para o que o próprio fôlego da contribuição não se presta), mas apresentar a visão da forma política estatal dentro do panorama constitucional. Traz-se a hipótese de que a constituição não é meramente positiva, mas é, também, um instrumento político de usos (em certo grau) franqueados pelas forças de poder arraigados na sociedade capitalista, o que fora por teóricos como Lassalle, a seu tempo, esboçado na condição de “fatores reais” e o que virá ser trabalhado posteriormente dentro a nomenclatura que estipularemos tal “dimensões reais” do poder.

Em um primeiro momento, buscar-se-á expor elementos da visão constitucional que se mostram contrários a visão de uma Constituição puramente jurídica, trazendo seus mais diversos panoramas instituídos, pretendendo, assim, demonstrar a visão teórica entre a difícil relação de direito e poder. Já em um segundo momento, aponta-se para a conceituação de “forma política estatal”, utilizando essa conceituação em comparação com as teorias-padrão da Constituição, antes expostas – na visão de teóricos materialistas que tomam como pontos de partida o embasamento marxiano para conclusões díspares entre si, mas também passíveis de (contextualizadas e marcadas as distinções) formarem um corpo comum (sobretudo Hardt, Negri e Mascaró). Trata-se de uma revisão bibliográfica inicial das teorias em análise, com fins de buscar alicerces para uma verdadeira noção das possibilidades de entrecruza jurídico-políticas, sempre em perspectiva crítica.

Tanto a insuficiência de uma visão política necessariamente pautada exclusivamente pelos domínios constitucionais (hipótese falsa, ainda que metodologicamente e juridicamente coerente – pelas próprias bases jurídico-constitucionais), quanto a armadilha da anemia de uma visão pragmática exclusiva que esvaziaria o sentido próprio de uma Constituição são o objeto de análise da presente contribuição.

1 - BASES DA DISCUSSÃO CONSTITUCIONALISTA CRÍTICA NO ESTADO MODERNO – LINHAS INICIAIS SOBRE UMA VISÃO DAS DIMENSÕES DO PODER NOS IDEÁRIOS DE LASSALLE E SCHMITT

O constitucionalismo moderno assentidamente surge no decorrer do século XIX nos pós-processos de revolução de países europeus e Estados Unidos, no esteio da consolidação de regimes liberais. A forma precária e abusiva com que o poder estatal era conduzido (mormente no *ancien régime* na França e seus predicados emblemáticos), movimentos sociais arraigados em ideais iluministas e o panteão das teorias contratualistas - introduzidas anteriormente por autores como Locke, Rousseau e Hobbes - foram fatores específicos para o surgimento do ideal constitucionalista como o situamos.⁵

Surpreendentemente, ou não, a elaboração teórica deste tema é (historicamente) recente, e com pouco mais de dois séculos conta (ainda) com uma grande complexidade prática para sua consolidação. Principalmente pelas circunstâncias históricas e políticas que influenciam a tessitura jurídica do Estado Moderno. Bobbio,⁶ ressalta que o corpo jurídico público nasce muito tarde em comparação ao direito privado. Porém, enquanto estese exhibe com cariz essencialmente jurídico, as obras e considerações de direito público eram, em sua fonte, geralmente grandes tratados sobre o Estado e não possuíam um caráter exclusivamente vinculado à matriz do Direito, apesar de usualmente escritas por teóricos da área.

Em sua história, o constitucionalismo é marcado por uma origem liberal: definido pela primazia da consagração dos direitos individuais e do *standard* da organização estatal constituída pela separação de poderes. Após a queda do absolutismo, o novo Estado Liberal desencadeou diversas ondas de constitucionalização, em que circunstâncias históricas específicas foram os motivos determinantes para a elaboração das próprias cartas constitucionais de cada Estado.

A influência da visualização liberal e do modo de apreender a missão constitucional ganha exemplos claros nas formulações constitucionais britânica e estadunidense, com sua influência direta de proposições ancestrais como a Carta Magna e os ideais independentistas de 1776.

Em relação ao espectro constitucional de recorte dito democrático, a inspiração direta da ambiência política de (re)construção total estatutária dos revolucionários franceses de 1789 permite, na lição de Núñez Leiva, Divan e Faria⁷ concluir que:

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Sairava, 2013, p. 27.

⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1984, p. 21.

⁷ NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio; FARIA, Josiane Petry; DIVAN, Gabriel Antinolfi. Poder e Democracia real: breve relato de alguns desafios do neoconstitucionalismo. In LitonLanesPilau Sobrinho. (Org.). **Constituição e Meio Ambiente**. 1ed. Passo Fundo: UPF Editora, 2017, v. 1, p. 225-241, p. 227.

Das Constituições que seguem ao modelo francês, deriva um ambicioso programa político que vai muito além da mera organização do poder mediante as ‘regras do jogo’ político: se designa como artífice das transformações impostas ao legislador – um constitucionalismo mais democrático do que liberal.

É a noção que permeia uma série de cartas constitucionais contemporâneas: um novo modelo de Estado com novas diretrizes e compromissos engajados axiologicamente é proposto em construção.

Atualmente, o constitucionalismo busca ser o centro dos sistemas jurídicos ocidentais, um parâmetro formal e material a todo o ordenamento jurídico.⁸ O século XXI é marcado por um constitucionalismo também democrático, uma advertência que usualmente aparece (de variadas formas) inscrita nos ditames preambulares das constituições democráticas contemporâneas.

Em linhas gerais, Constituição é um sistema de normas jurídicas com caráter fundamental, que estrutura a organização do Estado, seus poderes e limites de atuação, e, ainda, dispõe sobre a ordem econômica e social, seus direitos fundamentais, garantias e remédios constitucionais. Em um sistema democrático, é aprovada por uma Assembleia Constituinte eleita pelo povo.

Todavia, há teóricos que se debruçaram sobre o caráter para jurídico da lei fundamental, político, sociológico e econômico. Enfocando o embate de poderes reais e a sua influência no direito. Conjuntamente ao alerta para a necessária contextualização histórica das fontes referidas e das posições citadas, passe-se à ligeira exposição infra como ponte para a presente digressão.

Um dos importantes exemplos de estudos da constituição é Ferdinand Lassalle. Na conferência proferida no ano de 1863 a intelectuais e sindicalistas alemães, intitulada “A Essência da Constituição”, o representante mais expressivo do sentimento sociológico da Constituição traça um caminho hipotético para a descoberta da força normativa constitucional. Ao confrontar o positivismo jurídico de Kelsen, enfatiza a falta de pureza do direito ao realizar uma constante permutação de valores com as demais ciências sociais, e, assim, sem ser possuir de qualquer autonomia. O direito, em sua dicção, surgiu com o intuito de ser um sistema perpetuador da dominação humana, colaborando com a lógica que sustenta e contrapõe dominantes e dominados.⁹

A consideração polêmica sobre o caráter inócuo de “folhas de papel” exprime uma constituição que esvazia sua validade por não ter correspondência com os mandamentos dessas forças reais do poder, não possuindo nenhuma força normativa capaz de tornar efetivas as normas constitucionais de um Estado pela simples previsão como tal na estrutura jurídica. Deste modo, para Lassalle,¹⁰ toda nação possui uma constituição real, mesmo que não seja coincidente a escrita, ou,

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2013, p. 64.

⁹ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 08.

¹⁰ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

inclusive, não possuindo uma constituição escrita. Os fatores reais do poder são intrínsecos aos Estados, detêm o exercício do poder e possuem incidência direta na normatividade jurídica.

Essas forças reais do poder seriam as relações de poder dominantes da Constituição de um país: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pelas culturas gerais. Mesmo Hesse, opositor da noção de Lassalle (e teórico de uma força jurídico-normativa essencial constitucional), reconhece que essas forças ativas existem e que essas instituições são importantes para que se compreenda a noção da força normativa constitucional.¹¹

Certos elementos da teoria de Lassalle são alvo de contestação, justamente porque possuem um enfoque em aspectos que não seriam juridicamente apreensíveis e denegatórios da força do direito. Hesse contrapõe a teoria acima suscitada ao dizer que a Constituição não é apenas composta por relações de poder dominantes, mas apresenta-se como uma vontade real, uma força normativa cogente. Enquanto Lassalle vê a Constituição apenas como uma expressão do ser (*Sein*), Hesse prevê que “a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser” (*Sollen*). Assim, a Constituição seria uma força ativa, que ordena a realidade social e política.¹²

Para Hesse, a vontade humana seria fator importante para a vigência da Constituição. Os mandamentos do texto constitucional devem se fazer presentes nos atos de vontade da sociedade, e é com sua práxis que o conteúdo constitucional detém força normativa. A sociedade civil está permanentemente adstrita aos mandamentos estatais, e, assim, partilha também da vida constitucional, ao passo que não perceber esse aspecto representaria um empobrecimento perigoso aos estudos da Constituição.¹³

Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade.¹⁴

O momento para medir a superioridade da ordem constitucional em detrimento de circunstâncias fáticas com o embate de poderes é em um Estado de Necessidade, em que a

¹¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. Lumen Juris, 2001, p. 10.

¹² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 2001, p.11.

¹³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 2001, p.10-11.

¹⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. 2001, p.12.

Constituição poderá se mostrar capaz de proteger o Estado contra medidas arbitrárias. Portanto, Hesse, em seu texto, tem como objetivo reformar os conceitos estabelecidos por Lassalle, mas não afasta o conceito sociológico da Constituição. Os fatores reais de poder, na perspectiva de Hesse, não são definidores da ordem constitucional, tendo em vista sua força normativa cogente. Todavia, esses fatores existem, e compõem a Constituição. Percebe-se claramente um intuito no percurso de Hesse de manter a teorização constitucional em uma espécie de âmbito que impediria o desvario, no intuito não de negar um espectro político de raiz e seu feixe de influências, mas de tolher ele da constatação de seu verdadeiro poderio. A perspectiva mais tecnicamente singela de Lassalle (no embate disposto fundado em seu opúsculo referido) carrega, contudo, um grau de denúncia poderoso em relação ao tom idealista que marcara as visões constitucionalistas até então, e que segue profundamente abalado a partir daí.

É possível dizer que uma especificação desse próprio debate (ainda que por via paralela) é proposta por Schmitt, quando conceitua o constitucionalismo moderno conferindo especial atenção ao prisma político dado ao texto constitucional. Dentre os diversos conceitos de constituição – como ato de constituir (fatalmente) - a Constituição (do Estado) seria a unidade política de ordenação social de um povo, bem como, uma unidade fechada de normas, que existiria tanto em concretude quanto idealmente. O texto constitucional é absoluto, pois oferece um todo, verdadeiro ou pensado.¹⁵ A proposta do autor é a de visualizar dois campos (embora contíguos) onde o político conforma o jurídico, e onde, ao mesmo tempo, o jurídico passaria a conformar o político em retroalimentação. Porém o cerne de sua contribuição para a temática ali discutida reside no *gap* jurídico ante um ato de deliberação (ou império) políticos naturalmente precedentes – e em sua diferenciação sobre a matéria jurídico-normativa constitucional e a ideia de Constituição, em si.

Nas palavras de Bercovici,¹⁶ o poder constituinte, para Carl Schmitt, “é a origem concreta da forma política; é a própria exceção, sendo impossível de ser descrito em termos normativos. Seu fundamento é a vontade política existencial, cujo sujeito, na democracia, é o povo.” Em linhas gerais, o Poder Constituinte não se esgota, já que o povo está acima da própria constituição, fundamentando a distinção entre Constituição e lei constitucional.

Dessa maneira, a Constituição não poderia – nessa toada - ser interpretada em um sentido essencialmente jurídico, não sendo exclusivamente normativa, e, portanto, devendo ser

¹⁵ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid:Alianza Editorial, 1982, p. 29.

¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. **O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte**. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p.305-325, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 maio 2018, p. 331.

contextualizada dentro da realidade política vivida à época. O cerne político deve ser observada até mesmo na manutenção dos fundamentos constitucionais.¹⁷

A Constituição não pode deixar de ser vista como obra do Estado, que é o pressuposto e condição de existência ao texto constitucional.¹⁸ O modelo constitucional estabelecido não é independente, autônomo ou atemporal, e assim sendo, entender o Estado e sua realidade concreta tem-se sua essencialidade. Por isso, não existe apenas uma Teoria da Constituição, mas várias, já que cada Estado possui a sua própria complexidade:

Afinal, o direito constitucional é direito político. A Constituição, no entanto, não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente, pois foi nesse universo normativo fechado que, de acordo com Eloy García, prosperou o “positivismo jurisprudencial”.¹⁹

Quando se trata de Constituição e política, é importante partir de uma relação estritamente de dependência. Ao observar como surge uma constituição – como o Poder Constituinte a configura – é pela vontade política que se materializa. Entretanto, ao passo que a Constituição tenta conter a totalidade política, a termos de Constituição Dirigente, mais fácil é de que seus mandamentos não sejam cumpridos.

Se não seria possível uma acoplagem teórica que unisse de alguma forma pensadores como Lassalle e Schmitt sob uma espécie de fio genealógico (não, ao menos sem exagerar na aglutinação política e biográfica dos autores em questão), ao menos se pode especular sobre as duas rupturas que ambos promoveram naquilo que podemos chamar de estudos constitucionalistas críticos no cerne do Estado Moderno. A percepção de ambos (com estilos e modelagens distintas), aponta para rastros de uma noção que tanto percebe a existência de condicionantes exteriores e por vezes indesejáveis na esfera da teoria constitucional, quanto abre o leque para a consideração teórica do campo político na efetividade constitucional.

2 - DIMENSÕES (REAIS) DO PODER: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA PELAS LENTES DAS CRÍTICAS MATERIALISTAS

¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política**: uma relação difícil. Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 maio 2018, p. 24.

¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política**: uma relação difícil. Acesso em 19 maio 2018, p.23.

¹⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política**: uma relação difícil. Acesso em 19 maio 2018, p. 22-24.

Temas como Direito, Estado e política remetem às formas mais básicas de ordenamento social, deliberação, legitimidade e controle de poder. Algumas das mais incensadas teorias constitucionais trabalham os alicerces básicos e fundamentais da sociedade moderna -cujo desenvolvimento se deu em paralelo ao progressos ideais contratualistas – semlograr êxito (analisadas sempre de forma honesta, e, portanto, também contextualizada) em compreender e integrar a multiplicidade de poderes e energias emanados da sociedade ou estabelecidos em contraposição a esta mesma sociedade.

Por esta razão, prognósticos que não se atenam às clássicas bases liberais-contratualistas do Estado e da política, incluindo aqueles que vão além do imaginário filosófico moderno, podem contribuir à análise ou reformulação desta problemática. Parece clara a insuficiência de uma análise de cunho ideal: onde a completude constitucional se oferece como premissa ou imperativo, e onde a conformação política é inteiramente promovida pela mesma se distancia de uma visão útil para assumir um tom de estado da arte de estudos constitucionais e tão somente.

Se o alerta de Lassalle no século XIX invocava “fatores reais” que precisariam de verificação aglutinada para fazer valer faticamente o conteúdo constitucional, preferiremos expor - tal como “dimensões” do poder - a gama de fatores que são expostos por alguns teóricos como um universo muito mais profundo e condicionante do que se possa identificar em uma camada inicial de influência. E isso se verifica tanto na análise da forma política onde se assenta o próprio Estado (e, por conseguinte o próprio Direito), quanto na mirada de uma cosmovisão pautada por uma ordem capitalista não só econômica, mas multifatorial.

Mascaro,²⁰ em uma leitura que avizinha a ótica de Pachukanis²¹ para um contexto atual e aproximado, busca desvendar, em caminho diverso à tradicional compreensão jurídica, a relação que direito e Estado têm com uma forma jurídico-política específica, retomando a crítica da economia política, buscando vislumbrar a verdade da política no seio das crises da reprodução do capital e das dominações.

Lançando mão de uma investigação histórica, cujo lapso temporal é sobretudo recente, Mascaro expõe que o Estado moderno desponta como fenômeno fruto da exploração do capital, desenvolvido neste específico formato a partir da consolidação da reprodução capitalista.

Em outro viés, mas guardando em muito um paralelismo, desprendendo-se de noções-base (tão caras ao espírito do Direito a partir da configuração ante o Estado Moderno), tais como fronteiras territoriais politicamente impostas pelos Estados soberanos, o conceito de Império²² importa ao desenvolvimento da teoria constitucional. Mormente a ideias de uma constituição e sua aplicação movimentadas por outras forças que não a prescrição jurídica do ordenamento ali trazida, no momento

²⁰ MASCARO, Alysso Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013. 131 p.

²¹ PACHUKANIS, Evgiêni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

²² HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Rio de Janeiro, Record, 2001.

em que identifica uma organização política alternativa de fluxos e intercâmbios globais, que fazem frente aos esforços dominadores da constituição imperial, organização, que se manifesta por intermédio da multidão, cuja virtualidade a torna capaz de inventar novas formas democráticas e, por conseguinte, novos poderes constituintes.

Uma noção que o próprio Negri, aliado a Guattari²³ já havia esboçado em ensaio anterior, batizando a ordem sócio-político-econômica global de “capitalística” –um neologismo que dá conta inclusive do teor de uma hegemonia a partir de uma noção da qual não escapariam nem as experiências de chamado “socialismo real” e sua verve usualmente tida por antagonica ao capitalismo puramente assentido. O capitalismo, para os autores em comento, se desenvolve num complexo tentacular que se espalha para além de uma conjuntura político-econômica de domínio a partir desse núcleo, rumo a uma série de predicados e dispositivos que o conferem um tom de agrupar e exasperar uma unidade do mercado mundial, “(...) submetendo-a a instrumentos de planificação produtiva, de controle monetário e de sugestão política com características quase estatais”.²⁴

Ambas teses operam a partir de uma rejeição da ordem jurídica que mescla idealismo constitucionalista com uma visão de Estado Moderno canônico, não identificando sua inauguração por meio de uma declaração expressa ou implícita de vontade dos homens; são deixadas de lado, ainda, aquelas hipóteses de criação por intermédio da deliberação geral ou por mero sucesso do acaso. É demonstrado que o assentamento do Estado, em sua especificidade histórica, dá-se de forma complexa, proveniente do desenvolvimento das relações de produção capitalistas e da forma mercantil, passando a regular a infinidade das relações de troca e a exploração da força de trabalho mediante contrato.^{25 26}

O complexo estabelecimento do estado moderno se deu fundado em uma série de embriões históricos, apropriados em um processo de transformação e de especificidade de acoplamentos sociais.²⁷

Com a forma política estatal, tem-se a separação entre o domínio político e domínio econômico. Se nas sociedades pré-modernas as vontades do domínio econômico e político coincidem, é porque emanam de um juízo comum. As classes superiores dominam tanto o poder econômico como o poder político, contemplando-se a estrutura social com uma inteligível ordenação. Há poucas contradições no seio dos blocos de domínio, pois existe um vetor único de vontades. Vetor esse que condiciona seus próprios antagonismos e mesmo os campos jurídico-políticos onde os antagonismos

²³ NEGRI, Antonio. GUATTARI, Félix. **As verdades nômades**. Por novos espaços de liberdade. Trad. Mario Antunes Martino; Jefferson Viel. São Paulo: Autonomia Literária/Editora Politéia, 2017, p. 06.

²⁴ NEGRI, Antonio. GUATTARI, Félix. **As verdades nômades**. Por novos espaços de liberdade. 2017, p. 40.

²⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 2001, p. 27.

²⁶ PACHUKANIS, Evgiêni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 2017, p. 141-142.

²⁷ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. 2013, p. 29.

em camada mais visível se dão e operam.²⁸ Apenas com este apartamento, entretanto, é que se torna possível a reprodução capitalista (ou capitalística), razão fundamental de sua propagação.

Mascaro,²⁹ aponta a continuidade da falha compreensão jurídica tradicional a respeito da existência da autonomia estatal. O capitalismo origina o Estado, e não contrário, sendo um fenômeno típico da sua estrutura. Ou, como em assertiva de Pachukanis,³⁰ “(...) o poder estatal confere clareza e estabilidade à estrutura jurídica, mas não cria seus pressupostos, os quais estão arraigados nas relações materiais de produção”.

Ao se limitar a não afetar a reprodução geral do capital, pelo contrário, ao assegurá-la, a autonomia do estado é estritamente relativa.

É neste ponto que, após as revoluções liberais burguesas, Estado e Direito surgem (em sua formatação contemporânea), como formas acopladas uma à outra, eflúidos essencial e exclusivamente do circuito pleno da forma mercantil. Seguindo-se estes ideais, forma-se o Estado como organismo soberano, dotado de um poder acima de todos na sociedade, com uma forma organizativa interna que lhe dá autonomia, indiferente ao todo social. Por sua vez, esta autonomia instaura-se com o Estado a partir de específicas relações sociais:

A autonomia estatal é estruturalmente havida só e sempre em razão da própria derivação de sua forma a partir dos mecanismos de derivação capitalista.³¹

O fenômeno político não é produzido, fornecido ou garantido pelo Estado, apenas se condensa nele. Da mesma forma que o núcleo da forma jurídica, o sujeito de direito – noção e indivíduo, deveres e obrigações, vinculado à vontade livre e à igualdade formal – também não se realiza pelo Estado, sujeito cujo surgimento advém das relações de produções capitalistas. A exemplificar tal concepção, o autor fornece o exemplo da constituição dos escravos como sujeitos de direito antes mesmo de sua emancipação jurídica, quando se portaram como proprietários ao se inserirem no fluxo das dinâmicas econômicas. Coube à forma jurídica apenas normatizá-lo:

(...) esse sujeito já se impunha na estrutura social por derivação direta da forma-mercadoria. A manifestação social do sujeito de direito advém estruturalmente da própria dinâmica da reprodução capitalista. A institucionalização normativa do sujeito de direito, os contornos da capacidade e as garantias a essa condição jurídica é que são estatais.³²

Pelo fato do Estado ser um terceiro na relação entre capital e trabalho, há momentos de crises e conflitos contra as classes integrantes do ideal capitalista. Nessa trama, a fiação jurídica (de

²⁸ EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. Coord. Trad. Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 1 ed. p. 144.

²⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. 2013, p. 45.

³⁰ PACHUKANIS, Evgiêni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 2017, p. 104.

³¹ ASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. 2013, p. 45.

³² ASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. 2013, p. 41.

sobremaneira as normas constitucionais que poderiam inicialmente oferecer objeção ou resistência – por definição), não faz em alguns momentos específicos mais do que ofertar e perpetuar a linguagem do capital quando lega direitos e supostos pontos de ruptura.³³

Concebida como um terceiro, entre o domínio econômico e o domínio político, a forma estatal proporciona, a partir da instituição de conceitos jurídicos, a troca de mercadoria e a exploração da força de trabalho assalariado. A deriva dessas formas e as próprias noções de Estado como esteio político calcado no Direito, e o desenvolvimento desses a partir da necessidade de regulação mercantil das trocas e do acúmulo material conferem um protagonismo insuspeito à matriz do Direito privado:³⁴ a forma política estatal se livra de seus mitos contratualistas de origem para ser focalizada em meio a um fluxo que expõe uma série de aparelhagens (o próprio Estado) e aparelhagens auxiliares (o sistema jurídico) como garantidores da ordem capitalista (ou, hoje, capitalística, além de mundial-integrada).

O núcleo da forma-sujeito é sempre mantido, mesmo que todos os outros institutos jurídicos estabelecidos sejam postos abaixo, como forma de preservar a forma política estatal:

O sujeito de direito pode perder, por intervenção extrema do Estado, o direito ao voto, o direito à dignidade da identidade cultural, religiosa, de sexo ou raça, mas não perde o núcleo da subjetividade jurídica, que é dispor-se contratualmente ao trabalho assalariado, bem como o capital nunca é expropriado em sua total extensão. Os Estados do mundo constituem, modificam ou negam, ao bel-prazer, desde as constituições até os códigos ou a normas infralegais. Tratando de modo simbolístico, se os Estados do mundo rasgam as diretrizes da Constituição, que é a norma mais alta hierarquia jurídica do direito positivo, não rasgam, no entanto, as diretrizes do Código Civil.³⁵

O balizamento do ideal democrático também é papel dos aparatos jurídicos, qualificando e restringindo os espaços e mecanismos onde e por meio dos quais ocorrerá a deliberação pública. A forma política do capitalismo fornece como nunca se viu a possibilidade e a liberdade de deliberação individual. Porém, esta mesma forma circunscreve os limites de alteração da generalidade das condições sociais, nunca ameaçando os elementos formadores e imprescindíveis à reprodução social capitalista. Uma vez ultrapassados tais limites, ou até mesmo colocados em risco, formas políticas não democráticas, das mais diversas espécies, manifestam-se.³⁶

No despontar dos reiterados abalos institucionais, os regimes de exceção e ditadura alteram completamente os mandamentos jurídicos ramificados pelo direito público, direito político bem como alguns setores do direito privado, entretanto não se aproximam do núcleo fundamental da subjetividade jurídica, isto é, do mínimo que dá fundamento à dinâmica de reprodução do capital. Ademais, mecanismos antidemocráticos surgem e interferem em todas as oportunidades nas quais há

³³ EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. 2016, p. 28.

³⁴ PACHUKANIS, Evgiêni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 2017, p. 93.

³⁵ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. 2013, p. 42-43.

³⁶ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. 2013, p. 88-89.

o risco de superação da sociabilidade capitalista, pondo-se abaixo diversos dos bens jurídicos mais valorados pelo Estado e pela própria filosofia humanista moderna, em detrimento desta sociabilidade. Um paradoxo surge a partir da afixação em segundo plano daqueles objetivos, na maioria das vezes plenamente expressos, saudosos ao ser humano e à paz.³⁷

A estrutura da Constituição brasileira retrataria claramente as crises de legitimidade que perpassam os Estados de tempos em tempos, próprias do capitalismo, que tem como sentido renovar o fôlego das classes ao reconfigurar o Estado, que se organiza e desloca segmentos com fins em sua própria sustentação:

Se há, em certo tempo histórico, uma reiteração de um padrão econômico-político-social – tempos do liberalismo, do intervencionismo de bem estar social, do capitalismo de Estado, do neoliberalismo -, esse tempo não é de omissão, mas sim de constante manejo estatal para a sustentação da reprodução de tal padrão.³⁸

Na medida em que o Poder Constituinte não desnuda e formata a natureza típica estatal, a norma fundamental não seria nada mais do que o núcleo jurídico da forma política capitalista. Ora, se constituição é a particular maneira de ser do Estado, como diz Celso Bastos,³⁹ ela também estaria adstrita à ideia da forma política estatal. A Constituição, como norma superior em um ordenamento jurídico, seria mais uma estrutura do capitalismo, que consolidaria a relação capitalista. À frente das diversas crises da Constituição, principalmente as crises de legitimidade e da divisão de poderes, a lógica capitalista prevaleceria.

Os direitos fundamentais (elementos de esteio típica e simbolicamente constitucional) estariam inseridos no núcleo da forma política em que o Estado é um terceiro em relação ao capital e o trabalho, que não operaem função de um ou outro, mas mantém a estrutura capitalista em pé, ao máximo, com o intuito de impedir a ocorrência de rompimentos: remediando conflitos, estabelecendo diretrizes e uma aparente estabilidade ao regime de produção capitalista. As mais importantes garantias individuais, extraídas do núcleo da forma jurídica estatal, constituem, sob um inegável aspecto, a redução dos sujeitos à condição de sujeito de direito, livre e igual, intacto contra terceiros e contra o próprio Estado. As possibilidades do exercício do sufrágio seriam não grandes faculdades dos integrantes da sociedade em efetivamente participar da coisa pública, mas um desenho já determinado, fornecido com escopos de impossibilitar a subversão dos principais sustentáculos da forma política estatal, simultaneamente à preservação da contínua reconfiguração do Estado e da própria sociedade, trabalhando as contradições e a ostentação dos interesses majoritários, distanciando as lutas da eclosão gerada no seu choque com os interesses do capital, restando no final das contas o argumento de legitimidade em favor do Estado.

³⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 2001, p. 15.

³⁸ MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. 2013, p. 48.

³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva: 1999, p. 74.

Por tudo isto, as crises do constitucionalismo, nas suas falhas de representatividade e distribuição dos proveitos da vida social, não seriam um desenlace localizado ao final do desenvolvimento do estado, mas uma característica inata deste, ameaçando sua existência e concomitantemente propiciando-a.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações especulativastrazidas tal fio condutor, nesse breve estudo, de modo geral, vislumbram a existência de fatores que confrontam um constitucionalismo meramente positivo, vislumbrado negativamente como idealista. O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise no sentido de contribuir com os fenômenos adjacentes da aplicação das normas constitucionais, bem como, a formação e configuração do Estado.

Desse modo, mesmo que em rápida leitura, é possível acoplar o estudo de um constitucionalismo de cunho crítico a visões puramente normativas ou exclusivamente juristas do bojo constitucional a novas aberturas conceituais: os fatores não jurídicos e não juridicamente apreensíveis fazem parte, sim, do horizonte de estudos constitucionais, uma vez que a constituição, em sua base conceitual, visaria conformá-los e abarcar os mesmos em sua planificação política-jurídica-social.

Poder-se-ia tecer, em ritmo verdadeiramente conclusivo, que, um estudo atual e comprometido em torno do constitucionalismo e das teorias constitucionais (mesmo do próprio Direito Constitucional) não poderia ser tomado em sério se descuidando de pelo menos quatro premissas que devem permear – quando não guiar – a análise:

I. O teor constitucional pode ser nitidamente cindido para distintas leituras ou visualizações, entre normas (eminentemente jurídicas) que comporiam um Direito Constitucional e uma ideia ou conceito (ou ainda função) constitucional (“a Constituição”) que faz jus à tarefa de erigir a legitimidade política do Estado, tal pacto ou tentativa simbólica de – na esteira do que proporia em certo momento Schmitt;

II. O cerne da ideia lassalliana sobrevive, em algum aspecto, à própria contextualização de seu manifesto oitocentista, e, adaptado e revisionado, pode ainda ser fonte e ponto de partida para considerações e um leque de hipóteses atuais: o (suposto) condicionamento social gerado a partir do teor constitucional se dá às avessas, com os fatores reais de poder confirmando ou ratificando o pacto jurídico-político da Carta mais do que sendo utopicamente modulados por ela;

III. Pensar em dimensões (reais) do poder para atualizar e dissecar essa hipótese, hoje, não pode preterir uma análise materialista (ou aproximada), ou mesmo descartar o continente da forma política estatal e da forma jurídica (derivada) como arraigadas ao manto capitalista e como feixes de

possibilidades da manutenção de sua própria estrutura. Em realidade, não se pode descartar a abrasiva constatação de que nessa mesma manutenção reside - especulativamente – a própria razão de existência do Direito e seus institutos (e seria inconveniente considerar no modo ideal a Constituição e seus predicados tal um porto seguro político alheio a essa origem e influxos e dotado de mais poder do que eles, por estipulação) – e eis a contribuição inegável de leituras marxistas para a questão;

IV. Em termos internacionais (ou globais) não se pode falar de ordem capitalista em meio à ambiência político-constitucional desconsiderando conceituais como o do “Império”, proposto por Hardt e Negri, no exato instante em que eles representam uma virada inegável da análise conforme (dialeticamente) a própria realidade o clama: o paradigma da visualização político-jurídica a partir dos moldes do Estado (constitucional) Soberano e a tomada de seu corpo político-jurídico a partir do pacto constitucional (interno) é equivocada diante do novo paradigma que supõe um esfacelamento de barreiras e de territórios demarcados de domínio, a partir de um novo espraiamento da ordem capitalista e um novo feixe de ingerências tentaculares que não tomam o “capitalismo” enquanto ideia, mas sim focam na nova ordem mundial-integrada, batizada de capitalística.

Por fim, resta acentuar o tom de que os estudos constitucionais não podem prescindir de uma análise sociopolítica como se fosse possível a elucubração teórica sobre a Constituição a partir de uma realidade encubada onde a teórica prescinde da realidade e como se a política (*politics*) em si pudesse ser simplesmente abstraída frente a noções puramente didáticas como a da pressuposição de um pacto contratual para partir a análise de um momento posterior e eleito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva: 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil.** Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 maio 2018.

BERCOVICI, Gilberto. **O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte.** Lua Nova, São Paulo, n. 88, p.305-325, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 maio 2018.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1984.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária.** Coord. Trad. Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 1 ed.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Rio de Janeiro, Record, 2001.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. Lumen Juris, 2001. 40 p.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 40 p.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Constituição e Poder: Decisão Constitucional, Filosofia da Linguagem e Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Empório do Direito, 2016. 156 p.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013. 131 p.

NEGRI, Antonio. GUATTARI, Félix. **As verdades nômades**. Por novos espaços de liberdade. Trad. Mario Antunes Martino; Jefferson Viel. São Paulo: Autonomia Literária/Editora Politéia, 2017.

NÚÑEZ LEIVA, José Ignácio; FARIA, Josiane Petry; DIVAN, Gabriel Antinolfi . Poder e Democracia real: breve relato de alguns desafios do neoconstitucionalismo. In LitonLanesPilau Sobrinho. (Org.). **Constituição e Meio Ambiente**. 1ed. Passo Fundo: UPF Editora, 2017, v. 1, p. 225-241.

PACHUKANIS, Evgiêni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Editorial Fontamara, 1997.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ENQUANTO DOCUMENTO POLÍTICO E JURÍDICO DO ESTADO

THE BRAZILIAN CONSTITUTION AS A POLITICAL AND JURIDICAL DOCUMENT OF THE STATE

Lisiane da Silva Zuchetto¹

Augusta Feldmann²

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar a complexidade da constituição no que se refere ao direito e a política, assim, apresenta-se uma brevíssima evolução da Carta Constitucional observando conceitos e sua função a fim de analisar a organização do Estado e o papel da política no sistema de governo. Para desenvolver a pesquisa aplicar-se-á o método de abordagem dedutivo partindo de uma visão mais ampla, desde o início da formação do período constitucional até chegar aos tempos atuais. O método de procedimento utilizado foi a pesquisa bibliográfica com mecanismo de busca por meio de livros e periódicos.

PALAVRAS- CHAVE: Constituição. Evolução. Jurídico. Político.

RESUMEN

El presente trabajo busca presentar la complejidad de la constitución en lo que se refiere al derecho y la política, así, se presenta una brevísima evolución de la Carta Constitucional observando conceptos y su función a fin de analizar la organización del Estado y el papel de la política en el sistema de gobierno. Para desarrollar la investigación se aplicará el método de enfoque deductivo partiendo de una visión más amplia, desde el inicio de la formación del período constitucional hasta llegar a los tiempos actuales. El método de procedimiento utilizado fue la investigación bibliográfica con mecanismo de búsqueda por medio de libros y periódicos.

PALABRAS CLAVE: Constitución. Evolución. Legal. Política.

INTRODUÇÃO

A Constituição vista como documento político/jurídico de um Estado, que confere direitos e garantias pode ser observada de diferentes formas. Do ponto de vista político, Carl Schmitt em sua obra ‘O conceito do político’ ensina que a Constituição é a “decisão política fundamental sobre a forma de ser de um Estado”. Sob um olhar jurídico, Hans Kelsen atribui à Constituição um

¹Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. Bolsista Capes. Assistente editorial da Revista Justiça do Direito. Advogada inscrita na OAB/RS 100.143. E-mail: lisizuchetto@hotmail.com.

²Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Bolsista Parcial UPF. Integrante do grupo de pesquisa: Jurisdição Constitucional e Democracia. Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Carazinho, Rio Grande do Sul. Email: augustafeldmann@hotmail.com

fundamento jurídico, fazendo o poder constituinte originário uma Constituição com a finalidade de que essa seja obedecida em sua totalidade.

Como estrutura de organização política no Brasil, adotou-se o sistema de governo republicano. O Estado democrático de direito, o qual busca a identificação das diferenças, pondera a igualdade/desigualdade e a liberdade das minorias, complementam a efetivação do pluralismo político, de forma que a prática da política possa ser resgatada em sua raiz, para que possamos ter uma política, o mais próximo da justiça, da democracia, do atendimento às garantias e aos direitos constitucionais e que cumpra seus deveres e objetivos.

1 - BREVE ANÁLISE EVOLUTIVA DA CONSTITUINTE BRASILEIRA: UM OLHAR POLÍTICO E JURÍDICO

Como conceito de Constituição, Marcelo Neves trata de sentido contrário à ordem política de pressão, indicando “emancipação”, pois entende que “tornou-se usual a sua utilização retórica como rótulo da razão e correção daqueles que a defendem e daquilo que ela designa.”.³ O referido autor examina a Constituição como um significado e função no sentido moderno, a fim de considerar a complexidade e modificação da sociedade, o que irá contribuir no desenvolvimento constitucional.

Inicialmente, o conceito de Constituição no período pré-moderno, observa a formação social sob uma estrutura hierárquica onde a sociedade manifestava-se sob o aspecto de integração sistêmica e integração social. Neves ensina que “O poder legitimava-se mediante o direito sacro, que era indisponível. [...] pode-se falar de uma subordinação do direito ao poder.”.⁴ No chamado direito sacro, o poder é legitimado pela moral a qual possui suas bases na religião. Os indivíduos que não possuem privilégios ou prerrogativas acatam o dever de sujeição ou obediência.⁵

Um típico modelo de hierarquia pré-moderna é o teocrático, que se fundamenta em uma divindade, modelo em que o soberano representa o poder divino, portanto, a sua intenção é considerada igual à da divindade. Outra forma dessa organização é a qual o soberano, enquanto poder humano, tem limitações advindas do poder divino, assim as intenções do soberano são expressadas por outros órgãos, dessa forma “o poder ao qual se atribui origem divina, administrado pelos sacerdotes, não só limita o poder humano, mas é capaz de dominá-lo.”.⁶

Dessa forma, considera-se como característica da sociedade pré-moderna os tipos de formação social hierárquico, os quais consistem em estruturas social ou política sendo a dominação

³NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 5.

⁴NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009, p. 8-9.

⁵NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009, p. 9.

⁶NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009, p. 11.

na separação do poder entre superiores e inferiores ou na moral religiosa.⁷ Surge o Estado moderno superando os fundamentos sacros do poder, ou seja, a “dessacralização do direito”. No absolutismo, caminha-se “para a instrumentalização da política do direito [...] passa-se de uma indiferenciação sacramente fundada de poder e direito para uma subordinação instrumental do direito à política.”⁸

Nesse período absolutista têm-se as cartas de liberdade ou pactos de poder, que ocorrem com conflitos de interesses entre barões feudais e burguesia, portanto não se confundem com as Constituições em sentido moderno.⁹ Os pactos de poder se davam em âmbito particular, enquanto as Constituições modernas ocorrem em âmbito universal. À Constituição em sentido moderno considera as transformações estruturais conduzindo à diferenciação funcional da sociedade, aduzindo Neves que essas se referem “a todos os membros da respectiva organização jurídico-política, atribuindo-lhes direitos fundamentais [...] a Constituição moderna pretende ser uma linguagem pragmaticamente universalista, apesar da diferença entre nacionais e estrangeiros.”¹⁰

As Constituições modernas trazem em seu conteúdo diversos ramos do direito com diversos significados, portanto, a interpretação de seu texto torna-se complexa. Essas Constituições são compostas por normas jurídicas e apontam “para a diferenciação funcional entre direito e política, implicando a vinculação jurídica do poder, o que possibilita o seu limite e controle pelo direito.”¹¹ Portanto, a Constituição é tratada como um mecanismo que proporciona a diferenciação entre política e direito em âmbito de Estado, porém, para que esse mecanismo se desenvolva, é necessária a intervenção de diversos pressupostos sociais.

Assim, parte-se do entendimento de que a função da Constituição é trazer o conjunto de normas e leis que regem o Estado, regulamentando e limitando a relação entre os poderes, ao mesmo tempo em que estabelece os direitos e deveres dos cidadãos. Entende Paulo Bonavides que:

O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia *sistema constitucional* não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa.¹²

O referido autor entende que dimensões jurídicas e políticas devem ser combinadas, para que não haja problemas constitucionais,¹³ mencionando que “A terminologia *sistema constitucional*

⁷NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009, p. 16-17.

⁸NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009, p. 17-18.

⁹NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009, p. 19.

¹⁰NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009, p. 20.

¹¹NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009, p. 21.

¹²BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 95.

¹³BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2009.

induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa.”¹⁴

A primeira fase está relacionada ao Constitucionalismo do Império, oportunidade em que “o primeiro período da história constitucional do Brasil se estende de 1822, ano da proclamação da Independência, até 1889 [...] ocorrendo então o advento da república, obra do golpe de Estado.”¹⁵ Dentre os documentos mais importantes da época está “a Carta outorgada em 1824, ou seja, a Constituição do Império, vigente por espaço de 65 anos, a mais longeva das Constituições brasileiras”¹⁶, uma Constituição baseada em influências Francesas, que trouxe a repartição dos Poderes. Surge então a promulgação da primeira Carta Constitucional¹⁷ no Brasil Império, a qual era outorgada em nome da Santíssima Trindade e carregava a religião católica como religião oficial.

Após o advento do Brasil Império, com a instituição da República, o Brasil adentra na segunda fase constitucional, o constitucionalismo da Primeira República. Nessa fase, o novo Estado Constitucional:

Converteu-se com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 num Estado que possuía a plenitude formal das instituições liberais [...] Essa concepção política e doutrinária de um Estado liberal como todo o alcance dos valores republicanos do século chegava assim dos Estados Unidos ao Brasil de maneira um tanto retardada, mas aqui iria dominar formalmente durante o período constitucional que se dilata de 24 de fevereiro de 1891, data da promulgação da primeira Constituição Republicana no Brasil, até o Dec. n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, que marcou juridicamente o fim da chamada Primeira República.¹⁸

Por fim, ocorre o último período constitucional, o Constitucionalismo do Estado social, onde é promulgada a nova Constituição do País, em 16 de julho de 1934. Nesse período os princípios constitucionais são espelhados no modelo de ‘Weimar’. A presente Constituição, dura até o golpe de Estado que ocorre em 10 de novembro de 1937. Posteriormente, ocorre outro golpe de Estado, em 29 de outubro de 1945, introduzindo uma “fase de restauração constitucional do sistema representativo, por obra de uma Assembleia Constituinte, eleita em 02 de dezembro do mesmo ano e autora de uma nova Constituição – a da Terceira República – promulgada em 18 de setembro de 1946.”¹⁹

Em 1964 ocorre a chamada revolução dos militares, que em 09 de abril de 1964 promulga uma nova Constituinte, perdurando por um período de mais 20 anos, a qual vigorou “até 5 de outubro

¹⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2009, p. 95.

¹⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2009, p. 362.

¹⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2009, p. 363.

¹⁷NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 65. “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo.”

¹⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2009, p. 365.

¹⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2009, p. 367.

de 1988, data em que o Governo de transição do Presidente Sarney viu promulgada no País a Constituição vigente.”.²⁰

Entra-se então ao período em que é elaborada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nossa então atual Constituição. Como estrutura de organização política no Brasil adotou-se o sistema de governo republicano. Observa-se que na organização do Estado o direito é tido como a manifestação mais elevada do poder de um Estado e da concepção de Estado laico decorre o entendimento de que o poder emana da vontade do povo e não da ideia obtida da vontade dos deuses, independentemente de quais sejam.

O Estado possui uma função social jurídica onde os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário atuam. Há também funções não jurídicas, que são a função técnica a qual refere-se à prestação de serviços bem como a produção de bens técnicos e a função política que se relaciona com o interesse geral e a permanência da sociedade política. Tais poderes atuam na busca do desenvolvimento social conforme disposto no Título III da Constituição Federal.

Todo Estado é, obviamente, uma associação, e toda associação é formada somente em vista de algum bem, já que os homens, qualquer que seja eles, podem fazer, exceto em vista do que lhes parece bom. É claro, portanto, que todas as associações tendem a um bem de um certo tipo, e que o mais importante de todos os bens deve ser o objeto das mais importantes associações, aquela que encerra todos os outros e para o qual chama-se precisamente de Estado e associação política. (Tradução livre).²¹

Decorrente da organização do Estado surge o poder do Governo, que na sua condição dá ordens aos cidadãos. Mas também a política enquanto detentora de poder é uma das formas de organização do Estado. A política:

É uma função do Estado que se concretiza numa instituição de administração positiva e visa a pôr em ação as limitações que a lei impõe à liberdade dos indivíduos e dos grupos para salvaguarda e manutenção da ordem pública, em suas várias manifestações: da segurança das pessoas à segurança da propriedade, da tranquilidade dos agregados humanos à proteção de qualquer outro bem tutelado com disposições penais.²²

A política de Estado é desenvolvida em um contexto sociedade/Estado e quando se estuda a relação da sociedade com o Estado, pensa-se no funcionamento das instituições aptas a gerir a sociedade, sendo essas, “Estado, Governo, Democracia, Legitimidade, Poder, as quais são encontradas no estudo da Ciência Política.”²³ No que refere-se a Ciência Política ensina Norberto Bobbio que temos um sistema social geral e dentro desse sistema encontra-se a Ciência política como

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2009, p. 367

²¹ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 9.

²² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política, Vol. I**. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 11ª ed., 1998, p. 944.

²³ STRECK, Lenio Luiz; Moraes, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010, p. 19.

subsistema pressupondo “a ciência geral da sociedade (um partido político antes de ser uma associação política é uma associação)”. Nesse sentido, Bobbio ensina que a Ciência política é relacionada com a historicidade, dando o aporte para saber que o “objeto se desenvolve no tempo”, ou seja, as questões relacionadas a política não podem ser desenvolvidas em experimentos de laboratório, pois sofrem contínua transformação.²⁴

Para encontrar o conceito de política analisa-se a organização do Estado e a convivência dos grupos humanos e do próprio ser humano, valendo-se do entendimento de Robert Nozick no que se refere a como o Estado opera, entendendo que são estipuladas condutas para a administração do Estado:

O que as pessoas podem ou não fazer umas às outras fixa os limites do que podem fazer através da máquina do Estado ou do que podem fazer para criar tal máquina. As proibições morais permissíveis que ela pode fazer cumprir constituem a fonte de qualquer legitimidade que tenha o poder coercitivo fundamental do Estado. (Fundamentalmente o poder coercitivo é aquele que não repousa em qualquer consentimento da pessoa sobre a qual é aplicado.) Esse fato cria a principal esfera de atividade do Estado, talvez a única esfera legítima. Além do mais, na medida e que a filosofia moral é obscura e dá origem a desacordos nos juízos morais das pessoas, ela coloca também problemas que poderíamos julgar como apropriadamente tratados na esfera política.²⁵

Sob outro olhar, na concepção de Marcelo Neves a política se define como “esfera da tomada de decisão coletivamente vinculante ou da generalização da influência (autoridade, reputação, liderança) [...] A administração precisa, na medida em que se expande em campos [...] complexos, da colaboração voluntária do público.”²⁶

O teórico Max Weber entende que a política é “a direcção ou a influência sobre a direcção de uma associação política, ou seja, no nosso tempo, de um *Estado*”, tendo à política a intenção de “participar no poder ou a influir na distribuição do poder entre os diversos estados ou, dentro de um mesmo Estado, entre os diversos grupos de homens que o compõem.”²⁷ Tendo a ideia de que o Estado deve agir para organizar a sociedade, dentre outras funções que lhe são cabíveis, aborda-se o sentido clássico e moderno de política segundo o ensinamento de Norberto Bobbio, o qual menciona que política:

Derivado do adjetivo originado de pólis (politikós), que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social [...] O termo Política foi usado durante séculos para designar principalmente obras dedicadas ao

²⁴BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política, Vol. I.** Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 11ª ed., 1998, p. 168.

²⁵NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia.** Tradução, Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor LTDA, 1991, p. 20-21.

²⁶NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** Tradução do autor. 1ª ed. São Paulo: Martind Fontes, 2006, p. 85-86-87.

²⁷WEBER, Max. **O político e o cientista.** Tradução Carlos Grifo Babo. Lisboa: Editorial Presença, 1979, p. 8-9.

estudo daquela esfera de atividades humanas que se refere de algum modo às coisas do Estado [...] usado para indicar a atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, têm como termo de referência a pólis, ou seja, o Estado. Dessa atividade a pólis é, por vezes, o sujeito, quando referidos à esfera da Política atos como o ordenar ou proibir alguma coisa com efeitos vinculadores para todos os membros de um determinado grupo social, o exercício de um domínio exclusivo sobre um determinado território, o legislar através de normas válidas erga omnes, o tirar e transferir recursos de um setor da sociedade para outros, etc; outras vezes ela é objeto, quando são referidas à esfera da Política ações como a conquista, a manutenção, a defesa, a ampliação, o robustecimento, a derrubada, a destruição do poder estatal, etc. [...] O conceito de Política, entendida como forma de atividade ou de práxis humana, está estreitamente ligado ao de poder.²⁸

A atividade humana no que refere-se a sociedade, portanto, decorre da atividade política, pois deve seguir os propósitos estabelecidos pela administração, a qual, por sua vez necessita de atividades de sociedades composta por indivíduos, uma vez que “os fins da Política são tantos quantas são as metas que um grupo organizado se propõe, de acordo com os tempos e circunstâncias.”²⁹ decorrendo daí o entendimento da Ciência política, que busca entender como o Estado se constitui e que através de um processo de compreensão interdisciplinar

Possibilitará interpretar a complexidade que envolve o Estado, o poder, a política, a democracia e o direito (e suas conseqüências para a Sociedade). Por isso, é necessário entender que a Ciência Política guarda uma inexorável relação com os demais ramos da ciência estudados pelo homem, que, de um modo ou de outro, produzem realidade(s), como o direito, a economia, a história, a psicologia, a sociologia, a filosofia etc. [...] a Ciência Política pretende estudar o Estado, sua estrutura e seu funcionamento, bem como sua relação com o sistema jurídico.³⁰

Observa-se, portanto, uma relação entre indivíduo/Estado e indivíduo/sociedade, ou seja, sistemas sociais que são constituídos por diferentes partes e para que haja um perfeito funcionamento desse sistema, as partes devem operar em equilíbrio, sintonia e interdependência.

O sistema político, observado como um subsistema do sistema social é composto por grupos de diferentes culturas onde cada um defende seus princípios e necessidades, e um dos meios desse sistema político vigorar é por meio dos partidos políticos. O sistema político desempenha seu papel baseado na formação da opinião pública, “Muito mais que outros sistemas de funções, o sistema político depende da opinião pública. Para a política, a opinião pública é um dos mais importantes sensores, cuja observação substitui a observação direta do ambiente.”³¹

Os partidos políticos, enquanto sistema político tem como função exercer a comunicação entre a sociedade e o Estado. Dessa forma, atuam em três esferas, sendo elas, social, eleitoral e

²⁸BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política, Vol. I.** Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 11ª ed., 1998, p. 954.

²⁹BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política, Vol. I.** 1998, p. 957.

³⁰STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010, p. 20-21.

³¹LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação.** 3. Ed. Lisboa: Vega. 2001, p. 86-87.

governamental, com a função de “representar e expressar o interesse da sociedade; participar e organizar a disputa dos candidatos pelos votos dos eleitores e exercer o governo do Estado.”³² Hodiernamente se reconhece que no sistema democrático os partidos políticos têm o papel de permitir, que um grupo de indivíduos, compartilhe objetivos e interesses políticos. Dessa forma, “Sem o partido político, nem as ditaduras nem os poderes democráticos de sociedade alguma do nosso tempo lograriam substituir, a não ser transitoriamente.”³³ ou ainda, tem-se o entendimento que:

É consenso que partidos políticos e eleições são componentes necessários de um regime democrático. Eleições livres e justas, nas quais os partidos competem por cargos públicos, são um critério crucial para identificar se um sistema político é uma democracia.³⁴

É preciso considerar que nossa sociedade é intrincada, compondo-se de diferentes grupos, diferentes realidades, diferentes necessidades, sendo indispensável, portanto, que se desenvolvam partidos políticos com interesses diversos. O reconhecimento desses grupos pode ser visto como uma conquista de generalização dos direitos de todos os membros da sociedade. Esses grupos devem ser tratados como pessoas, não com distinções de gênero, classe social, cor, ou religião, posição hierárquica, sendo que:

[...] um dos princípios que deve informar as práticas de uma democracia é que os representantes devem espelhar a composição sexual, racial e, onde for relevante, nacional, da sociedade como um todo, e de que devem existir mecanismos para alcançar esse efeito. [...] Que isso ainda não tenha acontecido demonstra a necessidade de mudança. Quando um grupo é consistentemente sub-representado, algum outro grupo está obtendo mais do que o que lhe corresponde.³⁵

O sistema pluralista é aquele que aceita, reconhece, tolera e respeita a existência de diversas posições, opiniões, pensamentos, no âmbito político, implicando a participação de múltiplos grupos sociais participando da vida democrática de um país, o que significa dizer que o pluralismo aprecia e promove setores com diferentes ideologias, legitimando a livre circulação de ideias, como exemplo, aqueles que fazem parte dos processos eleitorais ou ainda, da tomada de decisões de um governo.

A política enquanto sistema funcional da sociedade mundial diferencia-se de outras esferas de comunicação. A sociedade, enquanto parte desse sistema de comunicação e como sociedade complexa exige, portanto, um pluralismo político, para que possa abranger o maior número da

³²SARTORI, Giovanni. **Partidos e sistemas partidários**. Brasília: UnB, 1982.

³³BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 504.

³⁴KINZO, Maria D’Alva G. Partidos, eleições e democracia no Brasil pós-1985. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol.19, n. 54, p. 23-40, 2004. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10705402>>. Acesso em: 06/01/2018.

³⁵PHILLIPS, Anne. O que há de errado com a democracia liberal? **Revista Brasileira de Ciência Política**. Nº. 6 Brasília jul./dez. 2011, p. 344. *versão On-line* ISSN 2178-4884. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522011000200013&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 06 de jan 2018.

sociedade. Isso ocorre com a ampliação das bases do poder, dessa forma, a política se aproxima da democracia. Quando as bases da política se fecham contribuem para a desigualdade e o proselitismo político e partidário. A democracia representativa e participativa é fundamental para essa construção, assim

Os novos mecanismos de democracia representativa e o crescimento da participação política fortaleceram a concepção de um Estado pluralista. Supõe-se, pois, que este mesmo Estado passe a funcionar em conformidade com suas formas de representação e o reconhecimento da diversidade de interesses sociais presentes nesta sociedade.³⁶

As diferenças sociais, culturais, ideológicas, religiosas, políticas, econômicas, morais, sexuais, classistas e tantas outras são constitucionalmente protegidas pelo pluralismo. Dessa forma, um governo pluralista não exerce a representação de apenas um setor social, pois estabelece antes o seu poder em torno do diálogo e do debate. O objetivo geral, portanto, consiste em ampliar a base do poder. Indicam-se experiências diversas, que possibilitem ao indivíduo constituir uma nova política da verdade, verdade que não mais se revela através da qualidade de um procedimento, mas que é pensada e pautada pela liberdade, assim,

A aceitação da palavra e do significado positivo do termo partido político está ligada a própria aceitação do pluralismo como valor cultural. É somente na medida em que a diversidade de grupos, interesses e ideias passaram a ser vistas como algo normal e até necessário para o exercício da liberdade que a pluralidade de partidos foi sendo vista como elemento fundamental para a existência e o funcionamento dos regimes democráticos.³⁷

O pluralismo enquanto diversidade torna-se fundamental para a busca da liberdade e da existência da democracia. De forma a contribuir para essa busca o pensamento político deve ser “representativo. Eu formo uma opinião considerando uma questão dada sob diferentes pontos de vista, e tendo presente ao espírito as posições daqueles que estão ausentes.”³⁸ no sentido de representá-los, colocando-se no lugar do outro, pensando como o outro, pois

Quanto mais numerosas forem as posições das pessoas que trazer ao espírito quando refuto sobre uma questão dada, tanto mais posso imaginar como me sentiria e pensaria se estivesse no seu lugar, mais forte será a minha capacidade de pensamento representativa e mais válidas serão as minhas conclusões finais, a minha opinião. O verdadeiro processo de formação de opinião é determinado por aqueles em lugar dos quais alguém pensa e usa o próprio espírito, e a única condição para esse emprego da imaginação é a de ser desinteressado, estar liberto dos seus interesses privados. Por isso, mesmo que evite toda a companhia e mesmo que esteja completamente isolado enquanto formo uma opinião, não estou simplesmente sozinho comigo na solidão do pensamento filosófico, permaneço nesse mundo de universal interdependência onde me posso fazer representante de qualquer outra pessoa. Posso, bem

³⁶SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Comunicação e Direito à Saúde**. Tese. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 2008, p. 154.

³⁷SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à sociologia política: política e sociedade na modernidade tardia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006, p. 152.

³⁸ARENDDT, Hannah. **Verdade e Política**. Tradução: Manuel Alberto Capa. Relógio D'água. 1968, p. 13-14.

entendido, recusar-me a isso e formar uma opinião que tenha apenas em conta os meus próprios interesses ou os interesses do grupo ao qual pertença.³⁹

Quando o desrespeito, a intolerância ou as intenções de cunho privado imperam na política ocorre o proselitismo, ou seja, os políticos ou seus partidos utilizam-se de práticas que ferem a moral e a ética, com objetivo de obter votos ou mesmo, captar pessoas para seguir a luta pelos objetivos do seu partido político. O proselitismo se vale de argumentos agressivos, apelativos e sensacionalistas, na tentativa de atingir seus ideais, quais seja, barrar as leis propostas por partidos políticos contrários, para que esses não alcancem suas ideologias.

O problema ocorre quando o debate sai do plano da ideia, considerando aqui as instruções que o grupo acordou, e parte para a identidade pessoal, pois dessa forma acabam por fazer escolhas pessoais, sem pensar na sociedade.

Diante desse cenário, questões sociais de diversas áreas como educação, saúde, segurança, economia, cultura, desenvolvimento social, dentre outras, acabam não sendo alcançadas em razão da intolerância e crença dos partidários.

Em regimes políticos democráticos, a tomada de decisões coletivas, assim como o exercício do poder, legitima-se pelo consentimento da maioria, aferido por sistemas de participação dos membros dessas sociedades na tomada e no processamento de decisões. A participação nos processos coletivos de decisão, na sociedade moderna, estruturou-se em organizações sociais e políticas. Sindicatos, partidos políticos, grupos de pressão e organização não governamentais (ONGs), então, atuam a fim de influenciar as decisões do Estado ou ocupar posições no seu aparato.⁴⁰

Diante desse multiculturalismo social é preciso observar a figura da ética no contexto público, pois diante de diversos pensamentos opostos é necessário maior cuidado como sistema e suas regras, conforme entende o campo da justiça política, onde “as leis e as instituições políticas são submetidas, portanto, a uma crítica ética. E já que, na modernidade, o universo do político assume a figura de uma ordem de direito e de Estado, a justiça política designa também a ideia ética de direito e de Estado.”⁴¹ Nesse sentido, é fundamental observar o papel da ética no contexto social, uma vez que entendê-la e respeitá-la, resulta na contribuição de aperfeiçoamento do sistema social

A preocupação ética, como preocupação com as conseqüências que nossas ações têm sobre o outro, é um fenômeno que tem a ver com a aceitação do outro e pertence ao domínio do amor. Por isso a preocupação ética nunca ultrapassa o domínio social no qual ela surge. [...] *A ética não tem um fundamento racional, mas sim emocional.* Daí que a argumentação racional não serve, e é exatamente por isto que é preciso criar sistemas legais que definam as

³⁹ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. 1968, p. 14.

⁴⁰ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Tradução: Manuel Alberto Capa. Relógio D'água. 1968, p. 31-32.

⁴¹HÖFE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 01.

relações entre sistemas humanos diferentes fundados na configuração de um pensar social capaz de abarcar todos os seres humanos.⁴²

Para exemplificar esse entendimento Romesín menciona a Declaração dos Direitos Humanos, aduzindo que essa abrange “todas as nações num sistema legal comum que imita, por declaração, relações sociais que surgem espontaneamente na convivência fundada no amor.”,⁴³ entendendo que em nível de Nação a ética não vai além de suas fronteiras.⁴⁴ Partindo para um pensamento em nível de Estado, no caso o Brasil, podemos pensar na Constituição Federativa enquanto sistemas legais deliberativos acerca dos sistemas sociais diversos, buscando a integração de todos os seres humanos.

É devido ao caráter social das preocupações éticas, dependente do amor e não da razão, que uma determinada comunidade política pode fazer apreciações éticas que não são válidas para outra. O espaço social que define uma ideologia política não é igual ao de outra, porque cada ideologia política define um tipo de humanidade.⁴⁵

Relacionamentos entre indivíduos ocorrem por meio de um fundamento emocional, o qual irá determinar o domínio da convivência, conforme explica Romesín. Quando os indivíduos convivem em âmbitos sociais e não-sociais diversos, é necessário constituir uma regulamentação que defina em que ambiente essa convivência se dará, seus desejos e suas ações, assim, “A constituição de um país ou nação faz isto, nos unifica num projeto nacional e, se a geramos em conjunto, nos unifica no espaço dos desejos e constitui um espaço de aceitação mútua no qual pode dar-se a convivência.”⁴⁶ e isso requer aceitação mútua.

Quando se trata de diferentes sistemas sociais que buscam fazer com que a democracia prevaleça deve haver o predomínio da convivência. Dessa forma, a democracia não pode ser considerada como uma livre disputa pelo poder, conforme ensina Romesín, pois “A tarefa da democracia é criar um domínio de convivência no qual a pretensão de ter um acesso privilegiado a uma verdade absoluta se desvanece.”⁴⁷ Para que possamos alcançar uma convivência sadia sem pobreza e abusos

[...] nossa tarefa é fazer da democracia uma oportunidade para colaborar na criação cotidiana de uma convivência fundada no respeito que reconhece a legitimidade do outro num projeto

⁴²RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998, p. 72-73.

⁴³RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. 1998, p. 73.

⁴⁴RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998, p. 73. “Daí que falar da humanidade e esperar que um âmbito social do humano espontaneamente aconteça, não dá certo, porque não é fácil estender a aceitação do outro, sem reflexão, para além das próprias fronteiras culturais.”

⁴⁵RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. 1998, p. 74.

⁴⁶RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. 1998, p. 74.

⁴⁷RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. 1998, p. 75.

comum, na realização do qual a pobreza e o abuso são erros que podem e devem ser corrigidos. Façamos da democracia um espaço político para a cooperação na criação de um mundo de convivência no qual nem a pobreza, nem o abuso, nem a tirania surjam como modos legítimos de vida. A democracia é uma obra de arte político-cotidiana que exige atuar no saber que ninguém é dono da verdade, e que o outro é tão legítimo quanto qualquer um.⁴⁸

A aceitação do outro, aceitação de diferentes ideologias políticas, aceitação de diferentes religiões, a aceitação de diferentes culturas, classes sociais, opções sexuais, enquanto diferentes maneiras de ver o ambiente de convívio modificam as relações sociais. Lembrando que “o viver humano se faz no conversar.”,⁴⁹ acreditando que dessa maneira a democracia pode ser definida e vivida com base na intenção da convivência, uma vez que:

a tarefa de criar uma democracia começa no espaço da emoção com a sedução mútua para criar um mundo no qual continuamente surja de nossas ações a legitimidade do outro na convivência, sem discriminação nem abuso sistemático. Tal empreendimento é uma obra de arte, um produto do desejo de convivência democrática, não da razão. Se não aceitamos a presença do fluir emocional num discurso não o compreendemos, e se não nos ocupamos do propósito criativo do discurso democrático, se não nos inteiramos de que a democracia pertence ao desejo e não à razão, não seremos capazes de viver em democracia, porque lutaremos para impor a verdade. A democracia é uma conspiração social para uma convivência na qual a pobreza, o abuso e a exploração são erros a serem corrigidos e são corrigidos porque se tem o desejo de fazê-lo.⁵⁰

A política enquanto uma das formas de organização do Estado, com a tomada de decisões para direcionar o Estado, é um sistema de comunicação que se distingue pela democracia, a qual busca uma maior aproximação da igualdade complexa. Sem indivíduos que tenham direitos políticos iguais, a democracia não teria sentido. Portanto é necessário haver uma adequação social no âmbito da política democrática que possibilite o convívio de interesses desiguais no domínio da esfera pública abrangente.

Nesse sentido, entende-se que a inquietação ética enquanto causadora de resultado é um fato que está ligado a aceitação do outro. Nesse viés menciona Romesín que “a intenção da Constituição tem a ver com o ético-moral, com o objetivo da convivência, não com as formas particulares que esta adota. [...] é um projeto ético-moral que, ainda que permaneça escrito, deve ser interpretado a cada leitura.”.⁵¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse cenário nota-se que a política contribui para administração dos desafios da vida cotidiana, necessidades materiais e questões de interesse público, portanto, é uma atividade em que

⁴⁸RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. 1998, p. 75.

⁴⁹RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. 1998, p. 76.

⁵⁰RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. 1998, p. 77.

⁵¹RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. 1998, p. 95.

os homens definem regras e objetivos pensando em um contexto social. A ideia básica de Aristóteles que a política é o único movimento coletivo voltado para determinadas metas e fins comuns, ainda prevalece, e ao observar esses objetivos e finalidades, estamos tratando do moralismo político.

A constituição moderna escrita baseia-se na legitimidade e funcionalidade. A primeira coloca o conteúdo das normas como legítimo, pois emanado do povo, contrariando a ideia existente anteriormente onde a legitimidade era emanada da vontade de Deus. A partir da Constituição Federal de 1988 inaugurou-se um momento com a positivação do direito de acesso à informação e abertura da gestão pública, sendo amparado por princípios para administração como moralidade, publicidade, que instrumentaliza a transparência nos atos administrativos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Tradução: Manuel Alberto Capa. Relógio D'água. 1968.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política, Vol. I**. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 11ª ed., 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

HÖFE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. Tradução do autor. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KINZO, Maria D'Alva G. Partidos, eleições e democracia no Brasil pós-1985. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol.19, n. 54, p. 23-40, 2004. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10705402>>. Acesso em: 06/01/2018.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. 3. Ed. Lisboa: Vega. 2001, p. 86-87.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução, Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor LTDA, 1991.

PHILLIPS, Anne. O que há de errado com a democracia liberal? **Revista Brasileira de Ciência Política**. Nº. 6 Brasília jul./dez. 2011, p. 344. *versão On-line* ISSN 2178-4884. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522011000200013&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 06 de jan 2018.

RONESÍN, Humberto Maturana. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução: José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

SARTORI, Giovanni. **Partidos e sistemas partidários**. Brasília: UnB, 1982.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à sociologia política: política e sociedade na modernidade tardia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Rio de Janeiro, Petrópolis: Vozes, 1992.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Comunicação e Direito à Saúde**. Tese. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 2008.

STRECK, Lenio Luiz; Moraes, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

WEBER, Max. **O político e o cientista**. Tradução Carlos Grifo Babo. Lisboa: Editorial Presença, 1979.

O DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

THE RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION IN PARTICIPATORY DEMOCRACY

Mariana Chini¹

Joline Piccinin Cervi²

RESUMO

O presente estudo busca desenvolver uma relação entre o Estado Constitucional Contemporâneo, a democracia e o direito ao acesso à informação. Proporcionando uma abordagem crítica à democracia e a importância do direito de acesso à informação como direito fundamental, uma vez que, cidadãos bem informados podem ir em busca dos seus direitos, fazendo que o Estado atenda de forma eficaz e correta todas as demandas da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à informação. Democracia. Lei do Acesso à Informação.

ABSTRACT

The present study aims to develop a relation between the contemporary Constitutional State, the democracy and the right of access to information. Providing a critical approach to democracy and the importance of the right to access to information as a fundamental right, once that, well informed citizens can go after their rights, making the State attend in an effective and correct way all the social demands.

KEYWORDS: Access to information, Democracy, Access to information Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca demonstrar a importância da democracia, uma vez que esta atua como mecanismo para o desenvolvimento da participação popular. Em decorrência deste desenvolvimento, para que se possa dar mais liberdade pessoal, o acesso à informação torna-se indispensável. Visto que, desta forma, o cidadão pode buscar e proteger a inviolabilidade das suas garantias e liberdades individuais, objetivando a ordem social.

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (UNINTER). Especialista em Teologia (UNESA). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UPF). Bacharel em Filosofia (UNISUL). Integrante do Projeto de Pesquisa “Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma ‘nova política’” (UPF-RS). E-mail: mar.chini@hotmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Especialista em Direito Previdenciário, teoria e prática, pela LFG. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista FAPERGS/CAPES. Integrante da linha de pesquisa “Jurisdição Constitucional e Democracia”. Faz parte do grupo de pesquisa “Proteção jurídico ambiental transnacional e o paradigma da sustentabilidade no novo constitucionalismo latino-americano”. E-mail: jolinepcervi@gmail.com.

Outrossim, o objetivo da presente pesquisa é aduzir sobre a necessidade da efetivação do acesso à informação para que seja possível a garantia e a defesa dos direitos conferidos na Constituição Federal de 1988 para a coletividade.

A pesquisa está dividida em dois capítulos. O primeiro trata sobre os conceitos básicos de democracia e sua importância ao longo da história, e também trabalha os paralelos entre democracia, liberdade e igualdade, buscando construir uma base teórica capaz de dar suporte ao estudo do segundo capítulo. Este, por sua vez, busca analisar o dever da Administração Pública em garantir o direito de acesso à informação, previsto na legislação e, ainda, asseverar sobre a necessidade deste acesso para efetividade dos direitos fundamentais.

Como termos estratégicos, refere-se o Acesso à informação, Administração Pública, Constituição Federal de 1988, Democracia e Lei de acesso à informação.

Este artigo refere-se à pesquisa básica e método de abordagem científico dedutivo, visto que foi produzido a partir de pesquisas realizadas em livros e legislações. Como método de procedimento foi utilizado o monográfico, tendo em vista a condição em que a sociedade está vivendo em relação ao acesso à informação. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental e bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos e legislações e, fontes bibliográficas, como livros de leitura corrente e publicações.

1 - PARÂMETROS DEMOCRÁTICOS GERAIS

Este capítulo objetiva traçar os conceitos básicos de democracia, demonstrando sua importância ao longo da história, traçando paralelos entre o princípio democrático e os princípios da liberdade e da igualdade. Ademais, visa-se construir uma base teórica capaz de dar suporte ao estudo sobre o acesso à informação que será trabalhado no segundo capítulo.

A democracia não é “atemporal”, foi constituída, e seu surgimento está contido dentro da História e em um contexto político, econômico e cultural, o qual foi se modificando ao longo do tempo, devido, principalmente, a tensões entre dualismos como: “*igualdad y desigualdade*”, “*concentración o distribución del poder*”, dentre outros.³

Seguindo-se a etimologia da palavra democracia pode-se concebê-la como “*el poder del Pueblo de asumir las decisiones públicas, directamente o a través de representantes*”, ou seja, uma democracia formal ou procedimental, visto identificar a democracia “*atendiendo exclusivamente a*

³ PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor**: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid. Editorial Trotta, 2011, p. 15.

las formas y los procedimientos idóneos para legitimar las decisiones como expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular".⁴

O conceito de democracia surgiu na Grécia clássica e era visto por seus oponentes como uma espécie de regime de classe invertido, sendo "*el gobierno de los pobres libres, del vulgo*", indo contra o governo dos ricos, que ficava em minoria. É a partir do conceito de democracia que surgem outros, como o de República e o de Constituição.⁵

No tocante a Constituição, por sua vez, Zagrebelsky diz que: "*dentro de Estados que se asumen a la vez como democráticos y pluralistas, la constitución debe dejar un espacio a la política constitucional*",⁶ pois a Constituição pode surgir com a ideia de democracia, mas a manutenção da mesma, muitas vezes necessita se embasar na própria Constituição, isto porque, as bases da democracia são constantemente atacadas.

O conceito de democracia enquanto encarnação do poder do vulgo reaparece vinculado às grandes mobilizações populares que circundaram as modernas revoluções republicanas, as quais, entretanto, muitas vezes são consideradas como simples revoluções burguesas, não se dando atenção ao ressurgimento do conceito de democracia⁷ em sua forma mais primitiva, mais básica, de poder do povo para decidir sobre as demandas do próprio povo, seja diretamente, ou através de representantes.

O ressurgimento do valor fundamental apresentado no Estado de democracia clássica é a dignidade da pessoa humana, visto o Estado ter sido criado (ao menos em tese) para facilitar a realização dos indivíduos na sociedade e dar-lhes maiores oportunidades. Assim, para que o Estado possa realizar seu papel humanizador, é necessário resolver o problema de "*armonizar la libertad de cada uno con la libertad de todos los demás*" através da "*identificación lo más perfecta posible, entre gobernantes y gobernados*".⁸

A democracia na contemporaneidade apresenta um paradoxo, pois embora seja considerada um dos únicos (senão o único) regime político que pode almejar uma legitimidade completa frente os cidadãos, está em crise quanto aos elementos com os quais se identifica, e isto torna necessário buscar soluções para tal contradição.⁹

O sistema atual apresenta o que se chama de democracia descentralizada ou pluralista. Esta tem por objetivo elevar o nível de participação popular no governo, sendo que para tanto, utiliza-se

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Madrid. Editorial Trotta, 2011, p. 27.

⁵ PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor**: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, 2011, p. 15.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 15.

⁷ PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor**: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, 2011, p. 15 e 16.

⁸ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**: las "formas de Estado" y las "formas de gobierno Las constituciones modernas y 1988-1990 Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en occidente, en la URSS y en los Estados Socialistas del este Europeo. Actualización da "introducción al derecho constitucional comparado.Fondo de Cultura Económica: México, 1996, p. 121.

⁹ PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor**: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, 2011, p.12.

de instituições como: “*partidos, sindicatos, grupos de presión*”, que servem para trazer mais chances aos cidadãos de serem ouvidos pelos governantes.¹⁰

Entende-se a democracia como capaz de ser compatível com a pluralidade e diversidade individual e social, sendo que para que o pessoal e o social possam ser superiores ao poder é necessário que se una democracia e soberania popular para efetivação de direitos.¹¹

O Estado, em especial o Estado positivista, ou seja, o Estado enquanto legislador é uma expressão dos direitos políticos que servem para instigar a participação dos cidadãos na vida coletiva. Assim, “*el postulado del derecho público europeo, la «politicidad» de la ley, irreductible a simple suma o equilibrio de intereses individuales, se mantiene y encuentra una ulterior razón de ser en la democracia*”.¹²

É importante, porém, considerar que a crescente fusão dos grandes meios de comunicação ameaça a ideia de uma democracia com livre circulação de ideias e opiniões, pois diminui as chances de imparcialidade e diversidade de olhares na apresentação de notícias. Até mesmo na internet começam a haver restrições a publicações. Assim, “*las sedes de los principales veinte grupos mediáticos del mundo están situadas en países industrializados. La mayoría de ellas se encuentra en Estados Unidos*”.¹³

Há um grande risco de se distorcerem as políticas a favor dos mais poderosos, visto que é muito mais fácil advogar em favor dos interesses a curto prazo de grandes empresários e políticos, do que interesses a longo prazo, como por exemplo, interesses das futuras gerações.¹⁴

Neste sentido, Mattei¹⁵ diz que “*los bienes comunes son la base de la democracia participativa autentica, fundada en el compromiso y la responsabilidad de cada uno en la consecución del interés a largo plazo de todos*”, e um destes bens comuns é o acesso à informação, o qual será trabalhado mais detalhadamente no capítulo a seguir.

2 - ACESSO À INFORMAÇÃO

Neste capítulo pretende-se analisar o dever da Administração Pública de garantir a sociedade o direito de acesso à informação, previsto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011¹⁶ e, também,

¹⁰RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno Las constituciones modernas y 1988-1990 Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en occidente, en la URSS y en los Estados Socialistas del este Europeo. Actualización da “introducción al derecho constitucional comparado, 1996, p. 122.

¹¹FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado Constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 67.

¹²ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, 2008, p. 59.

¹³PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor**: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, 2011, p.13.

¹⁴GORDILLO, José Luis. **La protección de los bienes comunes de la humanidad**: un desafío para la política y el derecho del siglo XXI. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2006, p. 92.

¹⁵MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes, un manifiesto**. Trotta, 2013, p. 72.

¹⁶BRASIL, 2011. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 20 ago 18.

demonstrar a necessidade deste acesso para que a coletividade possa garantir e defender os seus direitos. Ademais, busca-se esboçar a relação da democracia e o direito à informação, enquadrando-o como um direito fundamental.

Uma sociedade com mais acesso à informações possui melhores condições de alcançar os seus direitos essenciais, como a educação, saúde, segurança, transporte e lazer, garantidos na Constituição Federal de 1988, ademais, é importante salientar que o direito à informação está garantido pelo artigo 5º e artigo 37 da Constituição Federal de 1988, além de estar garantido na Declaração dos Direitos Humanos e na Comissão Interamericana de Direitos do Humanos.

O acesso à informação, além de ser um direito, de acordo com o que já aduzido, é uma maneira pela qual é possível fazer valer outros direitos, sendo de extrema importância para a proteção dos direitos inerentes aos seres humanos.

Outrossim, devido a sua importância, o direito ao acesso à informação não é apenas garantido na Constituição Federal, mas também foi garantido em diversos instrumentos, sendo considerado um direito fundamental individual e coletivo, com o fim de se valer o exercício da democracia.

A própria Carta Magna, em seu artigo 5º, mais precisamente em seu inciso XXXIII,¹⁷ garantiu que todos possuem direito a receber informações de seu interesse.

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Além do mais, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 37, parágrafo 3º, inciso II,¹⁸ definiu que a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Sendo de extrema importância aduzir sobre o princípio da publicidade, uma vez que, para se possuir o acesso à informação os dados necessitam ser tornados públicos, garantindo que a

¹⁷ BRASIL, 1988. **Constituição Federal de 1988**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago 18.

¹⁸ BRASIL, 1988. **Constituição Federal de 1988**. Acesso em: 20 ago 18.

coletividade receba as atividades desenvolvidas pelo poder público, podendo discutir amplamente os atos.

A publicidade pode ser feita de forma transparente por veículos de grande circulação, como jornais, revistas, televisão e internet, para que a sociedade tenha acesso e, ainda, possua incentivos para participar e ter controle dos atos administrativos.

Da mesma forma, a Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991¹⁹ definiu que todos possuem o direito de receber informações do seu interesse particular ou coletivo, dos órgãos públicos, com ressalva das informações sigilosas.

Art. 4º - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujos sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Outrossim, o artigo 19 da Declaração dos Direitos do Humanos,²⁰ sempre protegeu os direitos individuais da pessoa e, desta forma, da humanidade, definindo que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Ademais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos,²¹ em seu artigo 13, aduz sobre a liberdade de pensamento e de expressão, definindo em seu tópico 1 que:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Além disso, os direitos humanos devido a sua importância, são reconhecidos por diversos ordenamentos jurídicos, assim como nos ensina Dias.²²

Os direitos humanos constituem um conjunto de normas e princípios reconhecidos tanto pelo Direito Internacional como pelos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, têm validade universal e são inerentes ao ser humano, sendo considerados tanto no que diz respeito ao indivíduo por si só, como de um sujeito que integra uma coletividade

¹⁹ BRASIL, 1991. **Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8159.htm>. Acesso em: 21 ago 18.

²⁰ UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em: 21 ago 18.

²¹ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 21 ago 18.

²² DIAS, Reinoldo. **Ciência política**. 2º ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 117. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522476725/cfi/0!4/4@0.00:44.0>>. Acesso: 23 ago 18.

Em razão disso e, ainda, reconhecendo o acesso à informação como um direito humano, podemos notar a preocupação da legislação em relação ao acesso à informação, onde não é aduzido somente sobre fornecer informações exigidas, mas sobre a divulgação e produções de informações de interesses coletivos, uma vez que, os cidadãos que possuem maior acesso têm maiores possibilidades de promover e defender os seus direitos.

Ainda, a Lei nº 12.527 de 2011,²³ em seu artigo 6º, instituiu que cabe aos órgãos e entidades do poder público, sempre observando as normas e os procedimentos aplicáveis, garantir uma gestão transparente da informação, possibilitando amplo acesso a ela, a sua divulgação e a proteção da informação, com a garantia da sua disponibilidade, autenticidade e integridade e, ainda, a proteção das informações sigilosas e das informações pessoais, garantindo a disponibilidade, autenticidade, integridade e eventuais restrições de acesso a esta.

Importante aduzir a importância do princípio da publicidade, previsto no artigo 37, §1º, da Constituição Federal de 1988,²⁴ uma vez que, este princípio vem para que tornar obrigatória a divulgação dos atos praticados pela administração pública, salvo os sigilosos:

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Desta forma, observa-se que a Carta Magna teve como objetivo que a coletividade tenha acesso à informações referentes aos atos administrativos, dando à administração o dever da publicação de seus atos, possibilitando que a sociedade tenha controle e possa fiscalizar toda e qualquer atividade desenvolvida pelo poder público.

Outrossim, restou clara a relevância do princípio da publicidade, uma vez que, com a concretização deste é possível que a coletividade se sinta segura em relação a efetividade e a possibilidade de controle dos atos públicos, para uma boa administração em benefício da sociedade.

Ainda se faz imprescindível aduzir que todos devem ter acesso a informação e por isso, este deve ser feito de forma “[...] clara, verdadeira e objetiva para que possa formar o seu juízo de valor e decidir sobre seus direitos de forma esclarecida e consciente”.²⁵

Diante da necessidade de facilitar o acesso a informação, é necessário que sejam criadas maneiras para que todos da sociedade tenham a possibilidade de se manter informado, sendo assim,

²³BRASIL, 2011. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Acesso em: 20 ago 18.

²⁴ BRASIL, 1988. **Constituição Federal de 1988**. Acesso em: 20 ago 18.

²⁵ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti. Bioética, biodireito e a autonomia do idoso: possibilidade da escolha de tratamento médico. In: **Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São paulo: Editora Atlas S.A. – 2014. p. 252 Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486021/cfi/342!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 20 ago 18.

políticas públicas devem ser criadas e “[...] investimentos para o despontar de inovações que viabilizem novas e atraentes formas de comunicação e acesso à informação [...]”.²⁶

Ademais, para que seja possível o acesso de todos da população, assim como assevera Lisboa²⁷, o acesso a informação é um assunto que deve ser conquistado por todos os grupos da sociedade e, principalmente aos deficientes, encontrando maneiras para que todos possuam as informações necessárias na direção de uma boa e efetiva participação.

A facilitação do acesso à informação é meta a ser materialmente conquistada por todos os grupos na sociedade contemporânea, incluindo-se o dos deficientes visuais. Para que a acessibilidade informacional possa ser efetivada em benefício deles, torna-se imperioso que se obtenha o resultado direto da superação da barreira que obsta ou dificulta o acesso ao dado.

Além disso, deve-se “[...] promover uma real e constante sofisticação de seus sistemas de governança, com destaque ao pleno acesso à informação; sem desconsiderar as demais prerrogativas e deveres de entidade pública que é”.²⁸

Outrossim, devido a sua importância, “há um consenso crescente em nível nacional de que o acesso a informação constitui um direito humano, bem como fundamento básico da democracia”.²⁹

O exercício da “[...] democracia participativa, em síntese, se identifica com a possibilidade de intervenção do povo nos negócios governamentais e nas decisões políticas de relevância para a Nação”,³⁰ onde é efetiva a prática de diversos valores, uma vez que, é possível garantir, com a participação efetiva, os direitos individuais e coletivos no meio da sociedade.

Outrossim, tendo em vista que “[...] a democracia gira em torno da capacidade dos indivíduos de participar de modo efetivo da tomada de decisões que os afeta”³¹ e que o acesso a informação contribui para uma participação mais ativa, deve-se priorizar e incentivar o acesso aos acontecimentos.

²⁶ FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 51.

²⁷LISBOA, Roberto Senise. **Acesso à informação digital para deficientes visuais**. In: **Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São paulo: Editora Atlas S.A. 2014. p. 343. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486021/cfi/342!4/2@100:0.00>>. Acesso em: 20 ago 18.

²⁸ FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 2016. p. 47.

²⁹ MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2.ed. Brasília: UNESCO, 2009. p. 07. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/liberdade-informacao-estudo-direito-comparado-unesco.pdf>>. Acesso em:24 ago 18.

³⁰ LINHARES. Emanuel Andrade. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2016. p. 338. Disponível:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006575/cfi/6/62!4/34/4/2@0:94.5>>. Acesso em: 22 ago 18.

³¹ MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2009. p. 04. Acesso em:24 ago 18.

Com a “[...] ampliação da democracia, de efetividade dos direitos humanos, de humanização das relações sociais, na inter-relação entre justiça e emancipação”³² será possível maior representatividade do povo, para melhores resultados nas decisões e ações praticadas pelo poder público.

Ademais, a democracia participativa desenvolve a prática de diversos valores, como o da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana, que são necessários para uma boa convivência em sociedade, sendo a democracia um “[...] jogo aberto, transparência e modernização social são fatores que pesam na constituição de processos de socialização ritmados por outra lógica”.³³

Desta forma, viver em democracia é ter o direito a participação e, com essa efetiva atuação no exercício dos direitos políticos, estes poderão ser considerados um alicerce funcional na ordem democrática, que só será possível com uma administração transparente, com fácil acesso.

Onde seja possível a “valorização da voz dos cidadãos, no aprofundamento da democracia e na luta por consagração de formas de diálogo e integração entre governo e população que possibilitem mais rápido e eficiente modo de tratamento de demandas socialmente relevantes”.³⁴

Além disso, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, em seu artigo 6º,³⁵ institui que cabe aos órgãos e entidades do poder público, sempre observando as normas e os procedimentos aplicáveis, garantir uma gestão transparente da informação, possibilitando amplo acesso a ela e a sua divulgação, a proteção da informação, com a garantia da sua disponibilidade, autenticidade e integridade e, ainda, proteção das informações sigilosas e das informações pessoais, garantindo a disponibilidade, autenticidade, integridade e eventuais restrições de acesso a esta.

Além disso, a coletividade poderá “[...] ser capaz de avaliar o desempenho do governo, o que depende do acesso à informação sobre o estado da economia, sistemas sociais e outras questões de interesse público”,³⁶ efetivamente a sua cidadania.

Outrossim, a legislação determinou as responsabilidades administrativas, o acesso a informação e da sua divulgação, dos procedimentos aplicáveis e, ainda, das restrições do acesso, destacando a proteção e do controle de informações sigilosas.

Como forma de garantir o cumprimento de seus dispositivos, a LAI estabeleceu diversas responsabilidades administrativas a cargo da autoridade competente para decidir sobre os

³² BITTAR, Eduardo C. B. **Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia**. 5. ed. rev. atual. e modificada. São Paulo: Atlas, 2016. p. 45. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007947/cfi/6/26!4/400/4/2@0:68.5>> Acesso em: 13 ago 18.

³³ BITTAR, Eduardo C. B. **Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia**. 2016. p. 65. Acesso em: 13 ago 18.

³⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia**. 2016. p. 44. Acesso em: 13 ago 18.

³⁵ BRASIL, 2011. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Acesso em: 20 ago 18.

³⁶ MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2009. p. 05. Acesso em: 24 ago 18.

pedidos de informação, como o dever de fundamentar suas decisões e a abertura de sindicância, caso constatado o extravio de informações.³⁷

Além disso, a lei que regulamenta o acesso à informação de forma transparente foi uma importante aquisição para a edificação de uma democracia participativa, onde foi possível o exercício dos direitos dos cidadãos em conjunto com o poder público, onde a “a democratização da informação tem como pano de fundo o valor liberdade, compreendendo tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de informação”.³⁸

As informações devem ser acessíveis a coletividade, e devem “[...] circular gratuitamente e ser endereçadas especialmente às escolas, à educação, aos países em desenvolvimento, a fim de reduzir as distâncias entre quem tem e quem não tem acesso à informação”.³⁹

Ademais, a lei de acesso à informação estimulou a utilização de novas tecnologias, com o fim de facilitar a inclusão social e o exercício da cidadania.⁴⁰

Fica evidente que a LAI incentivou o uso de novas tecnologias como formas de facilitar o acesso dos cidadãos à informação pública. A Lei determina que o requerimento de acesso a informações públicas possa ser realizado por meio eletrônico, dispensando o deslocamento do interessado à repartição pública

Assim, a “[...] informação tem que construir e não banalizar, deve estimular a evolução da humanidade cada vez mais solidária e comprometida”⁴¹ com os assuntos administrativos e com a coletividade, visando um bem comum.

Desta forma, o acesso à informação é um direito fundamental, sendo necessário para uma vida em sociedade democrática, pois cidadãos bem informados possuem maiores condições de alcançar os seus direitos garantidos na legislação e, também preservar a sua participação efetiva nos atos praticados pelo poder público, buscando sempre o melhor para a coletividade.

³⁷ LINHARES. Emanuel Andrade. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 2016. p. 347. Acesso em: 22 ago 18.

³⁸LISBOA, Roberto Senise. **Acesso à informação digital para deficientes visuais**. In: **Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. 2014. p. 344. Acesso em: 20 ago 18.

³⁹PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014. p. 57. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493623/cfi/79!4/4@0.00:51.3>> Acesso em: 20 ago 18.

⁴⁰ LINHARES. Emanuel Andrade. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 2016. p. 343. Acesso em: 22 ago 18.

⁴¹ PINHEIRO, Patricia Peck. **Direitodigital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 75. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647/cfi/4!4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 22 ago 18.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização deste estudo permitiu compreender que há necessidade de incentivar o acesso à informação a fim de garantir a coletividade a busca da efetividade dos seus direitos. Além disso, a pesquisa permitiu lançar um olhar especial para os direitos humanos, uma vez que, o acesso a informação faz com que os cidadãos tenham maiores condições de alcançar os seus direitos essenciais, como a educação, saúde, segurança, transporte e lazer, garantidos na Constituição Federal de 1988.

Constatou-se, ainda, no decorrer deste estudo, que além do direito ao acesso à informação estar disposto na Carta Magna, ele está garantido na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, na Declaração dos Direitos do Humanos e na Comissão Interamericana de Direitos do Humanos.

Demonstrando, desta forma, a importância de uma sociedade com livre acesso às informações, utilizando-a como mecanismo para o exercício dos seus direitos, fortalecendo uma democracia participativa, com cidadãos capazes de determinar se seus direitos estão sendo respeitados ou não.

Diante disso, o acesso à informação, além de ser um direito, é modo pelo qual se torna viável a eficácia de todos os outros direitos, tornando indispensável que a Administração Pública interaja de forma transparente com a coletividade, tornando seus atos públicos e disponibilizando-os de forma que todos possam acesso.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. 1988. **Constituição Federal de 1988**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago 18.

BRASIL. 1991. **Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8159.htm>. Acesso em: 21 ago 18.

BRASIL. 2011. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20 ago 18.

BRASIL. 2004. **Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm>. Acesso em: 22 ago 18.

BITTAR, Eduardo C. B. **Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia**. 5. ed. rev. atual. e modificada. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007947/cfi/6/26!/4/400/4/2@0:68.5>> Acesso em: 13 ago 18.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti. Bioética, biodireito e a autonomia do idoso: possibilidade da escolha de tratamento médico. *In: Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência*. São paulo: Editora Atlas S.A. – 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486021/cfi/342!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 20 ago 18.

DIAS, Reinoldo. **Ciência política**. 2º ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 117. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522476725/cfi/0!/4/4@0.00:44.0>>. Acesso: 23 ago 18.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Madrid. Editorial Trotta, 2011.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública : combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2016.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado Constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GORDILLO, José Luis. **La protección de los bienes comunes de la humanidad**: un desafío para la política y el derecho del siglo XXI. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2006.

LINHARES, Emanuel Andrade. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2016. Disponível:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006575/cfi/6/62!/4/34/4/2@0:94.5>>. Acesso em: 22 ago 18.

LISBOA, Roberto Senise. **Acesso à informação digital para deficientes visuais**. *In: Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência*. São paulo: Editora Atlas S.A. – 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486021/cfi/342!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 20 ago 18.

MATTEI, Ugo. **Bienes Comunes, un manifiesto**. Trotta, 2013.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2.ed. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/liberdade-informacao-estudo-direito-comparado-unesco.pdf> >. Acesso em:24 ago 18.

PAESANI, Liliana Minardi.**Direito e internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 7ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493623/cfi/79!/4/4@0.00:51.3>>. Acesso em: 20 ago 18.

PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor**: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid. Editorial Trotta, 2011.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**: las “formas de Estado” y las “formas de gobierno Las constituciones modernas y 1988-1990 Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en occidente, en la URSS y en los Estados Socialistas del este

Europeo. Actualización da “introducción al derecho constitucional comparado.Fondo de Cultura Económica: México, 1996.

UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 21 ago 18.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madrid: Editorial Trotta, 2005.

**O CONFLITO JUDICIAL ENTRE ESTADO E FAMÍLIA EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO
DOMICILIAR SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS
LUHMANN**

**THE JUDICIAL CONFLICT BETWEEN STATE AND FAMILY IN THE MATTER OF
DOMICILIAN EDUCATION UNDER THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF THE
NIKLAS LUHMANN SYSTEMS**

Renata Frandoloso Martins¹

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo abordar o tema da imposição estatal à autonomia privada dos pais na educação domiciliar de seus filhos sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Dentre as diversas teorias sociais e jurídicas possíveis igualmente aproximativas, a escolha da visão sistêmica do Direito e da sociedade de Luhmann para embasar teoricamente o desenvolvimento do presente artigo justifica-se por suas potencialidades explicativas para a compreensão da dimensão interdisciplinar do Direito aos conflitos entre Estado (poder público) e família no que tange a decisão pela educação domiciliar de seus filhos a partir do conjunto da obra luhmanniana, das peculiaridades da sociedade brasileira e de alguns entendimentos jurisprudenciais acerca do tema em voga.

PALAVRAS-CHAVE: Educação Domiciliar. Estado. Família. Teoria dos Sistemas. Niklas Luhmann.

ABSTRACT

The present study aims to address the issue of state imposition on the private autonomy of parents in the home education of their children from the perspective of Niklas Luhmann Systems Theory. Among the possible and equally approximate social and juridical theories, Luhmann's choice of Luhmann's systemic view of law and society to support the development of this article is justified by its explanatory potential for understanding the interdisciplinary dimension of the right to conflicts between State (public power) and family in relation to the decision by the home education of their children from the Luhmannian work as a whole, from the peculiarities of Brazilian society and from some jurisprudential understandings about the current theme.

KEY WORDS: Home Education. State. Family. Systems Theory. Niklas Luhmann.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo abordar o tema da imposição estatal à autonomia privada dos pais na educação domiciliar de seus filhos sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, incluindo-se algumas decisões jurisprudenciais que se relacionam ao tema por interpretar e delimitar o alcance de tal direito.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF); Advogada Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF)

Niklas Luhmann, sociólogo alemão, obteve grande sucesso na sua obra. Por meio de experiências sociológicas com o sociólogo Talcott Parsons o qual fez a junção das teorias de Durkheim e Weber: fato social e ação social. Por derradeiro, abordou o funcionalismo (as coisas existem para ter uma função) presente na teoria de Parsons a qual contribuiu para a descritiva teoria do Luhmann. No livro Sociologia do Direito, descreve questões como a complexidade e a contingência na sociedade, as expectativas cognitivas e normativas, institucionalização. Analisa a criação de sistemas para organizar a complexidade e contingência existente nas expectativas das pessoas em uma dada sociedade. Luhmann busca conceitos que possam ser elementares. A sociedade, por exemplo, seria formada pela comunicação. Ele designa o Direito como autopoiese, ou seja, se recria por si mesmo, mas não é independente do ambiente social. O Direito deve possuir um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto.

Um dos principais argumentos usados para defender a prática da Educação Domiciliar ou *Homeschooling*, tem sido o direito dos pais de assegurar a educação e o ensino dos filhos em conformidade com suas convicções religiosas e filosóficas. Todavia, no Brasil o embate entre o direito/dever do Estado e das famílias, restaram judicializados, especialmente porque a matéria padece de regulamentação legislativa.

As expectativas da sociedade se alteram rapidamente com o aumento cada vez mais significativo de relações sociais, tornando a totalidade social cada vez mais complexa.

Dessa forma, o atendimento destas expectativas recai sobre o sistema do Direito, ao qual fica incumbida a responsabilidade de satisfazer de forma estabilizante tais necessidades. Não é por outro motivo quem se esperado do judiciário respostas que atendam de forma satisfatória às mazelas sociais.

Com efeito, quanto maior a possibilidade de relações diferenciadas em sociedade, maior é a necessidade de adequação de respostas do Direito que observado a partir da sociedade, tem a função de estabilizar as expectativas de comportamento.

É, portanto, sob esse norte que será abordada a necessária observação policontextual do conflito entrefamília e Estado para os quais nem sempre o Direito se encontra apto a solucionar. Isso porque as complexas demandas nem sempre encontram respostas apenas a partir dos elementos internos do sistema do Direito, ainda que se trate de um direito fundamental como o direito à educação.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema da educação domiciliar no Recurso Extraordinário 888.815/RS, cuja decisão estabelece que “a controvérsia envolve a definição dos contornos da relação entre Estado e família na educação das crianças e adolescentes, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais”.

Ainda que o presente trabalho não tenha o objetivo de analisar apenas a recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, é questão importante a ser elucidada, assim como outras também pertinentes.

Além disso, estudar-se-á os limites da intervenção do Estado na esfera das liberdades individuais sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, abarcando questões como a complexidade e a contingência na sociedade, as expectativas cognitivas e normativas, bem como a institucionalização. Ou seja, o artigo abarca a criação de sistemas para organizar a complexidade e contingência existente nas expectativas das pessoas em uma dada sociedade a partir dos conceitos elementares de Luhmann.

Portanto, o trabalho visa esclarecer quanto a função do direito, conceituando o que se entende por complexidade e o quanto esse conceito importa para a atividade jurisdicional e para definição do papel que desempenha a decisão no Direito, visando buscar caracteres que auxiliem na compreensão do problema aqui tratado.

Quanto a metodologia utilizou-se a técnica de revisão bibliográfica e elegeu-se a Teoria dos Sistemas, a partir de Niklas Luhmann, cujo método será o monográfico e de abordagem hipotético-dedutivo.

1 - A TEORIA DOS SISTEMAS E OS CONCEITOS DE COMPLEXIDADE, CONTINGÊNCIA E A EXPECTATIVA DE EXPECTATIVAS

Precipualemente faz-se necessário expor alguns conceitos imprescindíveis elencados por Luhmann para identificar mudanças na sociedade: a complexidade e a contingência. Suscintamente, a complexidade evidencia-se na existência de inúmeras possibilidades para serem realizadas. Já a contingência estaria relacionada ao fato de que as escolhas feitas por dadas possibilidades podem não ser as esperadas.

Para tanto, há de se ter em mente o fato de que o homem vive em um ambiente muito mais desenvolvido do que sua capacidade cognitiva. A quantidade de informações que circundam o indivíduo transcende a capacidade deste de assimilá-las e interpretá-las em sua plenitude. Em outras palavras, existem muito mais possibilidades do que se possa realizar, vez que uma quantidade incalculável de informações não é interpretada.

A partir desse contexto, Luhmann afirma que um sistema é sempre menos complexo do que o ambiente em que ele está inserido, e que o objetivo do desenvolvimento de um sistema é a redução dessa complexidade para facilitar seu estudo. Para reduzir a complexidade é preciso que haja uma seletividade dos elementos presentes na relação do sistema com seu ambiente e uma seletividade dos elementos oriundo do próprio sistema, esta seria a definição de contingência.

Assim, cada seleção atribuída a um sistema é produto de alternativas que foram deixadas de lado. Numa situação contingencial, não se sabe quais os resultados a serem escolhidos visto que se trabalha com possibilidades. Portanto, na contingência, depende-se de expectativas futuras, ou seja, há a necessidade de assumir riscos.

Decorrencia disso é o fato de que a complexidade exige uma seleção forçada de possibilidades, visto que, diante do vasto número de alternativas disponíveis, somente uma parcela (geralmente pequena) será selecionada. A contingência gera outro fator, que é o perigo de desapontamento, vez que cada escolha carrega em si o risco de não ser a escolha esperada ou “certa”.

Nas palavras de Luhmann:²

O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, intangível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais está lá. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento.

No âmbito social, cada um dos indivíduos possui sua própria contingência, já a presença da contingência de atuação de alheios é tida como complexidade, ou seja, este também dispõe de alternativas. Não se podem determinar as escolhas que o outro fará, assim, o considera como parte da complexidade do ambiente. À medida que os indivíduos expõem sua contingência um ao outro, acaba gerando uma complexidade, surge o sistema social.

A distinção dessa complexidade ocorre quando se definem limites do indivíduo que pertence ao sistema e daquele que se origina do meio ambiente fora desse sistema. Conseqüentemente, aparece uma ordem social contingente. Como se trata de seres humanos, os limites são de sentido. O sentido é um meio utilizado pelos sistemas sociais para processar a complexidade do meio ambiente em que está inserido.

E mais, para Luhmann,³ “reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu. Essa é a garantia da propriedade da nossa experiência”.

Partindo da ideia do outro, é possível abordar o plano da dupla contingência. Esta se revela na expectativa de expectativas. Primeiramente, há uma satisfação ou desapontamento diante do

² LUHAMN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45

³ LUHAMN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 47.

comportamento da expectativa do outro. Depois, há uma análise sobre esse comportamento e seu significado. Interagir essas duas questões fornece o papel do direito, buscando criar um sistema capaz de direcionar as expectativas evitando, dessa maneira, maiores possibilidades de desapontamentos.

Nesse sentido, o sociólogo refere que a “segurança em termos de expectativas, à qual se segue, apenas secundariamente, a segurança sobre o comportamento próprio e a previsibilidade do comportamento alheio”.⁴

A criação de sistemas e, por conseguinte, de regras, visa reduzir o risco do erro de expectativas. As regras auxiliam no direcionamento, afastando-se da utilização das expectativas. A regularização de expectativas de expectativas deve, no entanto, estar presente nas diversas regras postas na sociedade por meio do direito. Assim, Luhmann assevera que “graças à regra, pode ser suposto que aquele que diverge age erradamente, que a discrepância se origina, portanto, não da expectativa (própria) errada, mas da ação (alheia) errada”.⁵

Além disso, há também adaptação da regra com relação e um entendimento mútuo, já que não é possível que haja uma concordância de todos em uma dada norma.

2 - FUNÇÃO DO DIREITO E AS EXPECTATIVAS NORMATIVAS ESSENCIAIS À SOCIEDADE

Analisar o desapontamento é tarefa fundamental para a criação de expectativas contrafáticas (normativas) e impor a eficácia de expectativas corretas (normas jurídicas). Por isso que o desapontamento não deve ser apenas evidenciado, mas também usado para meios de análise do sistema social. O indivíduo que desapontou as expectativas não tem somente a obrigação de se autorregular. Ele precisa compreender a irregularidade no sistema social. Este, por sua vez, deve compreender a expectativa inicial e identificar o que levou ao desapontamento desta expectativa. Esta não deve ser abandonada. Precisa-se estabelecer seu sentido no mundo.

Com efeito, em busca de ajustar as expectativas normativas às várias possibilidades de fatos existentes no mundo, o direito possui sua função na criação de normas baseadas na comunicação possibilitando sua segurança. A transgressão de expectativas seria vista pelos juristas pela imputação da própria vítima, conforme acentua Luhmann:⁶ “a norma permanece norma, e a causa do desapontamento reside no comportamento divergente”.

⁴ LUHAMNN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 52.

⁵ LUHAMNN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 53.

⁶ LUHAMNN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 69

Desse modo, estaria separado o acontecimento da expectativa, uma vez que esta seria assegurada o seu sentido e o acontecimento seria atribuído a intenção do indivíduo de como realizar sua expectativa.

Relembrando a questão da complexidade e contingência, existem na sociedade diversas maneiras de agir mediante desapontamentos. Com base na evolução, vão se formando novas normas necessárias para solucionar novas ações, novas expectativas. Esse processo evolutivo faz parte da estrutura designada a produzir normas relativamente resistentes a qual se transforma no direito. A formação do direito baseia na contribuição de normas que facilitem o convívio social. Luhmann assevera que o “mecanismo que gera as possibilidades do esperar-se normativamente, com relação ao qual o direito pode ser uma estrutura seletiva”.⁷

A visão sistêmica ou autopoietica do Direito é tidacomo alternativa para o impasse científico que tem dominado as teorias jurídicas, divididas entre a sua consideraçãocomo sistema normativo fechado ou praticamenteautônomo e a sua crítica sociológica como uma esferadecisória condicionada. Ambas seriam insuficientes paraexplicar o papel e as interrelações desenvolvidas pelosistema jurídico na sociedade moderna e direcionar asua interpretação frente aos novos limites e funções quelhe são colocados pelo alto grau de complexidade dasrelações sociais que deve regular.

Contudo, enquanto sistemas de sentido, a relaçãoentre o Direito e os demais sistemas sociais ocorre demodo indireto através da comunicação, entendida sob aperspectiva luhmanniana do termo, não restrito à “metáfora tradicional da ‘transmissão’”.A comunicação aqui referida deve ser considerada,ainda que em linhas gerais, como a síntese do processocomunicacional constituído de três etapas indissociáveis: informação, participação e compreensão, que são produto das seleções de sentidos realizadas não pelosindivíduos isoladamente, mas no interior do própriosistema social.⁸

Nesse passo, segundo Grau⁹, pode-sedizer que o Direito “não apenas possui uma linguagem, masé uma linguagem, na medida em que instrumenta umamodalidade de comunicação entre os homens, seja paraordenar situações de conflito, seja para instrumentalizarpolíticas”.

Segundo Cruz,¹⁰ é fundamental reconhecer a sua função, sua racionalidade e seus códigos específicos, segundoos quais o sistema jurídico percebe e reelabora parte dasinfluências e demandas externas de outros sistemas sociais, “selecionando sua especificidade, trazendo-as paraseu interior recursivamente hermético, onde a questão será (re)processada em sua lógica clausalauto-referencial e autopoietica”.

⁷ LUHAMNN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 76

⁸ LUHAMNN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 141

⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 56

¹⁰ CRUZ, Renato Negretti. **A teoria dos sistemas e a força normativa constitucional do sistema jurídico sanitário**. 2007. 307 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Resumidamente, pode-se dizer que a função do Direito consiste em empreender a difusão e manutenção de expectativas mínimas (normativas) que cada sistema, seja ele social ou psíquico, pode nutrir em relação aos demais.¹¹

Em linguagem sistêmica, as “expectativas normativas” podem ser tomadas como parte do Direito em si, como normas jurídicas, sejam elas sob a forma de regras ou princípios, posto que o termo “normativa” que qualifica expectativa, opõe-se não ao “ser”, mas ao “cognitivo”, em seu sentido funcional e não semântico.

Eis porque, segundo Luhmann:¹²

Toda expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de se querer contrapor ser humano e mulheres; uma manobra conceitual que nesse caso é prejudicial às mulheres, e naquele ao deverser. O oposto adequado ao normativo não é fático, mas o cognitivo. Só é possível optar-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamentos, e não entre o fático e o normativo.

A distinção entre expectativas normativas e cognitivas “não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou à contradição entre afirmações informativas e diretivas — mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema”¹³. Refere-se, portanto, ao tipo de antecipação que será produzida pelos sistemas de sentido, sejam eles psíquicos ou sociais, para a absorção das frustrações frente às incertezas e diversas possibilidades de sentido que o mundo fenomênico lhes apresenta. Nesse contexto, duas são as possibilidades: a adaptação da expectativa à situação que lhe é contrária ou a sua manutenção apesar de sua frustração, em situações de conflito, daí porque a expressão “manutenção de expectativas normativas”.¹⁴ Enquanto que as expectativas cognitivas, uma vez não atendidas, caracterizam uma “nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado”, as expectativas normativas, de forma oposta, “caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos”, ou seja, estas últimas mantêm-se como expectativas apesar da situação que as contraria.¹⁵ A normatização de expectativas através do Direito opera inicialmente na dimensão temporal de sentido.

Por sua vez, além de normatizadas, a fim de cumprir sua função integradora dos sistemas sociais e de redução da complexidade e contingência acerca da dificuldade de observação e compreensão do funcionamento de tais sistemas, tais expectativas devem ser

¹¹ LUHAMN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 237

¹² LUHAMN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 57

¹³ LUHAMN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 56

¹⁴ LUHAMN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 114-115

¹⁵ LUHAMN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 56

generalizadassocialmente.Dentro de suas possibilidades, cabe ao Direito exercer a referida generalização congruente de expectativas,influindo parcialmente nos processos comunicacionaisdos demais sistemas que dependem das citadas expectativas normativas para a sua estabilização e funcionamento.A correção das externalidades decorrentes dos conflitosde sentido seria, portanto, complementar e apenas umadas formas de manutenção de tais expectativas normativas na sociedade.

Contudo, em razão da evolução da sociedade e donível de diferenciação funcional de seus subsistemassociais, a Constituição passa a assumir, através de seusprogramas e princípios normativos, o papel generalizantede tais expectativas normativas não mais restrito à positivação estritamente legal do Direito, assim, “quanto maior a possibilidade de relações diferenciadas em sociedade, maior é a necessidade de adequação de respostas do Direito que observado a partir da sociedade, tem a função de estabilizar as expectativas de comportamento”.¹⁶

3 - ESTADO, FAMÍLIA E O SISTEMA EDUCATIVO: INTERRELAÇÕES SISTÊMICAS

De acordo com a teoria sistêmica de Luhmann o entorno de um sistema, seja ele o Direito, a família ou outro subsistema social, é sempre mais complexo. Os subsistemas sociais são, pois, redutores da complexidade social que propiciam uma comunicação mais efetiva. Isso não quer dizer, que sejam pouco complexos. São, paradoxalmente, redutores e criadores de complexidade. Sendo eles abertos cognitivamente, mas fechados operacionalmente, ou seja, limitados a partir de seus códigos, estruturas e programas próprios, carecem de contato direto com o seu ambiente de modo que a absorção de conhecimentos produzidos por outras áreas do saber não ingressa apenas pela forma de *input*. Há sim, a necessidade de uma reestruturação interna que seja compatível com os elementos já operantes.

Os programas com os quais lida o Direito são positivados, portanto, condicionais. Isso gera segurança para a sociedade na medida em que pode contar com expectativas comportamentais, mas, por outro lado, limitam o campo de abertura para lidar com a complexidade. Nessa celeuma inserem-se os conflitos familiares. A família é a estrutura básica de toda e qualquer sociedade, que permite a evolução dos costumes e das tradições, aliados ao contexto social e econômico, bem como às diferentes fases do ciclo de vida em cada momento da história.¹⁷

Segundo Falicov,¹⁸ “as relações familiares contemporâneas apresentam cada vez mais características de que a cultura é fator determinante no processo familiar, sendo os valores éticos e de identidade modificados por fatores como educação, classe social, religião em que se inserem os

¹⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução Javier Tores Nafarrate, México: Iberoamericana, 2005.

¹⁷Apud, TONDO, Cláudia Tatiana. O ciclo de vida da família e suas conflitivas. *In*: ALBUQUERQUE, Antonio Augusto Ammirabile Medeiros et al. (Coord.). **Direito de família e interdisciplinaridade**. Curitiba: Juruá, 2001.

¹⁸Apud, TONDO, Cláudia Tatiana. **O ciclo de vida da família e suas conflitivas**. 2001.

membros de cada família”. Por sua vez, mencionados aspectos estão ligados à diversidade cultural de onde os membros da família provêm, como vivem e quais os objetivos, qual a forma organizacional e os valores ligados à forma de viver, como e onde a família vive, bem como se ocorrem os estágios de desenvolvimento e de transição familiar compartilhados pela família.

No contexto social atual, o que se observa, é que a visão hierarquizada de família sofre inúmeras transformações, pois além de haver significativa diminuição no número de membros, houve e há ainda uma contínua troca de papéis entre os mesmos, seja quanto às funções dentro do lar conjugal, seja na área profissional, bem como no papel exercido por cada membro da família.

A construção de sistemas é outro fator que explica de forma excepcional a evolução da sociedade, apresentado os vários sistemas existentes os quais possuem os próprios códigos (funcionalmente diferenciados) e comunicação externa com os outros sistemas possibilitando, assim, a interação social e as mudanças advindas da base social.

Com as mudanças ocorridas nos valores familiares, na perda de identidade da família, é necessário que o Estado tenha uma intervenção sobre as famílias, com o intuito de preservar os lares e proteger as crianças do abandono. A participação do Estado na vida familiar se dá devido à sua responsabilidade em organizar a sociedade.

As primeiras manifestações do Estado em intervir nas famílias iniciaram-se com a implantação do reconhecimento jurídico do matrimônio, estabelecendo alguns direitos e deveres. “A família, como fruto de uma realidade sociológica, vem apresentando na sua evolução histórica, seja no concernente à família patriarcal romana, ou mesmo na família nuclear da sociedade industrial contemporânea, uma ligação íntima com as transformações verificadas nos estudos dos fenômenos sociais”.¹⁹

Com a intenção de proporcionar uma boa organização da sociedade e manter esta com um padrão já definido, o Estado intervém nas famílias através das leis, protegendo os indivíduos e impedindo conflitos de interesses.

A interferência do Estado na família é justificada pelo fato da família ser a sociedade em si, e ser parte integrante desta como socialização do ser humano. A família, ao mesmo tempo em que é privada, também é pública, pois faz parte fundamental da sociedade, tendo direitos à proteção da sociedade e do Estado.

“Possuindo, a família, uma estrutura de caráter público como relação privada, pois entende o indivíduo tanto como integrante do vínculo familiar, como também partícipe de um contexto social. E ainda, o direito de família toma como importância atual no conúbio familiar o desenvolvimento do

¹⁹ MAIA, F. J. da P. A. **Da intervenção do Estado no Poder familiar**. Sala dos doutrinados – Monografias, 2010, em www.jurisway.org.br, acessado em 20 de maio de 2018.

afeto, da ética, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, como sendo estes os elementos estruturais precípuos da família contemporânea”.²⁰

Os pais, além de ter o poder sobre seus filhos perante as leis, têm também a obrigação de educá-los, o qual deve deixar de ser visto como um poder e ser entendido como um dever. A criança hoje é vista por diferentes ângulos perante todas as mudanças que estão ocorrendo no âmbito familiar e nas delegações de poder, dentre eles o poder familiar. Uma das modificações podem ser observadas, quando a criança passou de ser analisada como objeto de direito para sujeito de direitos.

A autoridade que é dada aos pais, é realizada com imposição por meio legal, sendo desempenhada com interesse ao menor. A partir do momento que os pais começam a ser impositivo, o Estado aproveita para impor limites a estes podendo, no entanto, exercer de sua autoridade, deixando os pais de imporem seus direitos para passar aos filhos o interesse jurídico. Maia destaca que a autoridade deixa de ser um poder absoluto, passando o Estado a intervir de maneira secundária na relação familiar. “A lei dispõe sobre os casos em que o titular deve ser privado do exercício de tal poder, podendo ser de forma temporária ou definitiva”.²¹

As leis são vistas pela sociedade como uma ferramenta de normatização, que são regras, que devido à sua comprovação perante o Estado se tornam obrigatórias, para manter ordem e desenvolvimento da sociedade. Toda intervenção estatal, tem como finalidade algum tipo de interesse, seja ele no âmbito familiar ou não, tendo objetivo de fiscalizar e normatizar as relações sociais. Em especial, temos a intervenção familiar, que tem reflexo nas relações econômicas e o Estado deve mantê-la acrescida no processo de construção social. Várias são as formas que o Estado encontra para intervir nas famílias.

A intervenção estatal assume atividades de assistência social, visando proteger os valores éticos, morais e político. Para diminuir as desigualdades, o Estado atua em situações de emergência, não no cotidiano das famílias, onde os agentes sociais visitam somente as famílias de classes mais baixas. As famílias, em seu direito, pouco têm de liberdade de autonomia, estando limitada pela ordem pública, que sempre atua através da coletividade, pois a família e seus componentes representam a espinha dorsal do Estado.

Para Luhmann e Schorr:

[...] el sistema educativo se diferencia de otros sistemas funcionales por la forma en que aplica sus propios programas a la hora de repartir mejores o peores posiciones.[...] la selección resulta inevitable por la creciente diferenciación funcional del sistema social.²²

²⁰ MAIA, F. J. da P. A. **Da intervenção do Estado no Poder familiar**. Sala dos doutrinados – Monografias, 2010, em www.jurisway.org.br, acessado em 20 de maio de 2018.

²¹ MAIA, F. J. da P. A. **Da intervenção do Estado no Poder familiar**. Sala dos doutrinados – Monografias, 2010, em www.jurisway.org.br, acessado em 20 de maio de 2018.

²² Luhmann, N. Schorr, Karl Eberhard. **Presupuestos estructurales de una pedagogia reformista. Analisis sociologicos de la pedagogia moderna**. Revista de Educacion. Madrid, n.29 p. 57, 1990, p. 57.

Assim, o código dos sistemas educativos dá-se na distinção melhor/pior, que reflete e é a seleção social futura do aluno. Mas o código “classifica” por meio de programas que orientam as ações e decisões do sistema. Os programas podem alterar, mas o código de classificação não. Dessa forma, a função da educação ficaria adstrita à seleção social. Ou seja, a inclusão social do sujeito no sentido de carreira.

Não interessa por ora, o papel da pedagogia neste sistema, mas a Educação enquanto sistema, posto que o foco de estudo são as interferências possíveis entre os sistemas parciais já citados.

Ademais, como salientou César:²³

el sistema educativo aparece como uno más de los sistemas funcionales de la sociedad, que se conserva en un entorno complejo e altamente contingente; a pesar de su papel central como agente orientada a la reproducción del mundo simbólico de la vida social no puede reclamar para sí ningún tipo de prioridad sistémica. Es como se el sistema si viera forzado a aceptar un papel humilde: se ve compelido a colaborar con otros sistemas (prestaciones), y a realizar intercambios con éstos.

Aliás, Luhmann ressalta que é esta uma das grandes vantagens da educação. A possibilidade de obter resultados que sirvam para outros sistemas. Apesar de considerar a existência de um subsistema educativo, a educação não possui um fim em si mesma, mas um pressuposto de cooperação entre os outros sistemas. Justamente porque ela tem se voltado para as carreiras profissionais é que acaba havendo um nexo entre o objeto da educação, a escolha de seus conteúdos e a possibilidade de transferir os seus resultados:

Y cuanto más compleja se haga la sociedad y más móvil la participación de los individuos en una pluralidad de sistemas sociales, tanto más inevitable es también la diferenciación externa de un sistema educativo que prepare a los individuos para vivir fuera del mismo.²⁴

No mesmo sentido, Schwartz,²⁵ assevera que:

[...] se o sistema educativo [...] também faz parte do sistema social, ele exterioriza, a partir de sua própria funcionalidade, comunicações que vão ser refletidas no entorno dos demais sistemas, sendo por eles amealhadas e reprocessadas de forma recursiva.

²³CÉSAR, Javier Brown. **Comunicación y política educativa**. Revista Latinoamericana de Estudios Educativos. México, v.29, n. 3, p. 63-131, 1999. Disponível em: < <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/270/27029403.pdf> > Acesso em: 03 ago. 2018.

²⁴ Luhmann, N. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Tradução Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coordenação. Javier Torres Nafarrate. Rubi (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 251.

²⁵ SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo Luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51- 85.

As inter-relações entre os subsistemas Família, Estado e Educação mostram-se como possibilidade de uma efetiva transformação social, porém são inúmeras as limitações. Isto porque existe uma auto-reprodução inerente a cada um deles, e que, mais do que mantê-los adaptado ao meio circundante e em funcionamento, ela também pode revelar um caráter limitador de modificações importantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No texto, Luhmann apresenta questões que envolvem a abstração como meio de compreender a sociedade e o regimento do direito nesta. Questões de complexidade e contingência estão presentes de maneiras óbvias que passam despercebidas pelos indivíduos de uma sociedade. Outro aspecto ainda mais considerado óbvio seria a expectativa de expectativas. Dificulta enxergar esses aspectos por serem abstratos e por isso dificilmente é analisável.

Por mais que sejam considerados aspectos inquestionáveis por muitos, quando se analisa essas formas de interação social, surge as indagações acerca de por que haveria de se seguir as expectativas, por exemplo. Chega-se então a função das normas: quais seriam os sentidos destas para que existissem? A compreensão vai sendo alcançada por meio do convívio social em que todos vivem nas expectativas de expectativas porque não se consegue saber o que o outro está pensando e dessa forma a única saída seria a comunicação a qual ainda assim não produz uma certeza. No entanto, conforta a sensação de expectativa. Por meio dela, se baseia o direito com as normas visando assegurar as frustrações possíveis das decorrentes falhas de expectativas.

Entretanto, o que se mostra conclusivo é que, a partir de uma melhor compreensão sobre a prestação dos subsistemas Educação e Família a partir da ótica do subsistema jurídico, é possível vislumbrar uma melhor adequação da função do Direito e, por consequência, uma melhor correspondência aos anseios da sociedade.

Assim, se o diagnóstico atual indica que todos os subsistemas sob comento precisam adequar-se e que suas limitações individualizadas são muitas, mas ao mesmo tempo ressalta as suas interdependências, o que se mostra desvelado, por ora, é o enfrentamento de quais são os limites e possibilidades das interferências intersistêmicas entre os subsistemas.

Por fim, as formas de observação pelo Direito do conflito familiar precisam estar em consonância com a complexidade que este fenômeno merece e para o qual o uso de atuação multidisciplinar se mostra como caminho para um futuro ajuste de absorção da complexidade pelo sistema do Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDAKU, Juliana Almenara. **O poder e o estado na teoria de Niklas Luhmann**. Encontrado em: <http://jus.com.br/artigos/8719> acesso em setembro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

CÉSAR, Javier Brown. **Comunicación y política educativa**. Revista Latinoamericana de Estudios Educativos. México, v.29, n. 3, p. 63-131, 1999. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/270/27029403.pdf>> Acesso em: 03 ago. 2018.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **El derecho como sistema social**. In: DIEZ, Carlos CómezJara (Ed.). Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005.

Luhmann, N. Schorr, Karl Eberhard. **Presupuestos estructurales de una pedagogía reformista. Análisis sociológicos de la pedagogía moderna**. Revista de Educación. Madrid, n.29 p. 57, 1990.

LUHMANN, Niklas. **La moral social y su reflexión ética**. In: PALÁCIOS, Francisco; JARAUTA, Xavier. Razón, ética y política: el conflicto de las sociedades modernas. Barcelona: Anthropos, 1989.

Luhmann, N. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Tradução Silvia Pappé y Brunhilde Erker; coordenação. Javier Torres Nafarrate. Rubi (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MAIA, F. J. da P. A. **Da intervenção do Estado no Poder familiar**. Sala dos doutrinados – Monografias, 2010, em www.jurisway.org.br, acessado em 20 de maio de 2018.

NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed 37. CEDEC: São Paulo, 1996.

SCHWARTZ, Germano. **A fase pré-autopoiética do sistemismoLuhmanniano**. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim de Jurisprudência Internacional. Educação Domiciliar**. 2. Edição. 2018. In: [BOLETIM%20STF%20homeschoolingatualizado.pdf](#) acesso em Setembro de 2018.

TEUBNER, Gunter. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

TONDO, Cláudia Tatiana. **O ciclo de vida da família e suas conflitivas**. In: ALBUQUERQUE, Antonio Augusto Ammirabile Medeiros et al. (Coord.). Direito de família e interdisciplinaridade. Curitiba: Juruá, 2001.

ZYMLER, Benjamin. **Política e Direito: Uma Visão Autopoiética**. São Paulo: Juará, 2002.

A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA EXPROPRIATÓRIA E SEUS ASPECTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

THE EXPROPRIATORY ADMINISTRATIVE ACTIVITY AND ITS ASPECTS IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

Roberto Tramontina Fioravante¹

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo desenvolver uma análise reflexiva aos aspectos evolutivos da atuação administrativa ao que se refere à intervenção na propriedade por meio de atividade expropriatória, e sobretudo observar as fronteiras de atuação, limites, e consequente controle da discricionariedade da Administração Pública. A pesquisa se perfaz, predominantemente, por meio de um exame ao Decreto-Lei 3.365 de 1.941 e sua (in)compatibilidade com a atual Constituição Federal de 1.988, frente aos novos conceitos de propriedade advindos da Carta. Aborda-se, para tanto, o instituto da desapropriação e suas facetas características, sobretudo à devida conexão à declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, bem como as peculiaridades dos procedimentos expropriatórios. Por fim, propõe-se o estudo a examinar as margens da atuação administrativa como fundamento do instituto da desapropriação, abordando as condicionantes da atividade, bem como o controle judicial atrelado às ferramentas administrativas.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública. Discricionariedade. Expropriação. Interesse público.

ABSTRACT

The study objective is to develop a reflexive analysis of the evolutionary aspects of the administrative performance in relation to the intervention in the property through expropriatory activity, and especially to observe the boundaries of action, limits, and consequent control of the discretion of the Public Administration. The research is made predominantly by an examination of Decree Law 3.365 of 1941 and its (in) compatibility with the current Federal Constitution of 1988, in the face of the new concepts of property derived from the Charter. Therefore, the institute of expropriation and its characteristic facets are approached, especially to the due connection with the declaration of public necessity, public utility or social interest, as well as the peculiarities of expropriatory procedures. Finally, an analysis to the margins of administrative action as the foundation of the expropriation institute, addressing the constraints of the activity, as well as judicial control tied to the administrative tools.

KEY WORDS: Expropriation. Public administration. Public interest.

INTRODUÇÃO

O modelo de Estado social-liberal contemporâneo caracteriza-se por assegurar a propriedade privada e a liberdade econômica, condicionando o uso de tais liberdades ao bem-estar social. Tal

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Civil Empresarial na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) de Curitiba – PR. Email: rtfioravante@gmail.com.

ditame evidencia-se, sobretudo, ao art. 170² da Constituição Federal, que apesar de garantir a liberdade da manutenção da economia, impõe normas e limites para o uso e gozo dos bens e riquezas, cabendo ao Poder Público a intervenção na propriedade privada e ordem econômica, quando estas não forem cumpridoras de seu papel junto à esfera coletiva.

Ainda, nos textos do Direito Romano, constatava-se a existência da desapropriação por utilidade pública, mesmo carente de amparo legal, originando-se da arbitrariedade no poder do Império, que aplicava atos expropriatórios em situações concretas de seu interesse com base na máxima “*Quod principii placuit, legis habet vigorem*”, ou seja “a vontade do rei tem força de lei”.³

Posteriormente, tem-se como um dos primeiros registros do instituto da desapropriação positivado em um ordenamento jurídico na Carta francesa de 5 de *Fructidor*, dispondo a expropriação no teor: “A Constituição garante a inviolabilidade de todas as propriedades, ou a justa indenização das que a necessidade pública, legalmente verificada, exigiria o sacrifício”.⁴

Nessa intervenção estatal, atribui-se ao Poder Público, através da desapropriação, a possibilidade de retirar a propriedade privada de modo a satisfazer a respectiva destinação pública ou de interesse social, normalmente adquirindo-a para si em caráter originário, predominantemente mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvados os casos de certos imóveis urbanos ou rurais que por estarem em desacordo com a função social, atribui-se indenização em títulos de dívida pública. Trata-se portanto, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵ “um sacrifício de direito imposto ao desapropriado”.

No entanto tal intervenção não se faz de forma arbitrária a partir de critérios restritos das autoridades, mas é instituída pela Constituição Federal e tem sua regulamentação disposta por leis federais que tratam de disciplinar os ditames de tais medidas interventivas e estabelecer a forma e

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 13. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 79.

⁴ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 2017, p. 79.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 758.

moldes de sua execução, devendo sempre estar diretamente correlacionada ao interesse público e ao respeito dos direitos individuais constitucionalmente garantidos. Assim leciona Hely Lopes Meireles:

Os fundamentos da intervenção na propriedade e atuação no domínio econômico repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade. Os interesses coletivos representam o *direito do maior número* e, por isso mesmo, quando em conflito com os interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da *maioria*, que é a base do regime democrático e do Direito Civil moderno.⁶

Deste modo, a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade privada não apresenta-se como absoluta, sendo, portanto, limitada aos ditames legais, devendo estes serem observados na atividade administrativa como um todo. O poder expropriante é originado por uma sequência de premissas, devendo, portanto, para sua eficaz existência, estar atrelado a elas.

1 - PODER EXPROPRIANTE E INTERESSE PÚBLICO

A desapropriação é inserida pela doutrina entre as formas mais drásticas de intervenção estatal da propriedade, manifestando a soberania interna do Estado e evidenciando seu eminente domínio sobre todos os bens existentes no território nacional, sendo o Poder Público e seus delegados, via de regra, os destinatários dos bens expropriados, porquanto detentores do interesse público justificador da desapropriação.

Entretanto, o poder expropriatório, embora discricionário nos casos de utilidade pública e interesse social, só será legitimamente exercitável observando os limites dispostos pela Constituição e limites expressos em lei, respeitando para tanto o devido procedimento legal.

Trata-se de um procedimento administrativo realizado em duas fases, sendo a primeira, de natureza declaratória, onde o expropriante deve indicar a necessidade, utilidade pública ou interesse social, devendo se vincular este; e a segunda, de natureza executória, consubstanciada na estimativa da justa indenização transferindo deste modo o bem expropriado para o domínio do expropriante.

Cumprido explicar que a propriedade pode ser adquirida na forma originária e derivada, sendo o primeiro, considerado pela majoritária parte da doutrina o modo de aquisição através da desapropriação. É adequado classificar tal aquisição na forma originária pois, nesta hipótese, entre aquele que está adquirindo a propriedade e a coisa, objeto da aquisição, não há possibilidade de um terceiro interferir, ou porque tal sujeito não exista, ou porque se existisse, sua oposição seria inócua. Entende-se assim, que a desapropriação é causa autônoma, gerando por si mesma e por força própria o título constitutivo da propriedade.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 723.

Na aquisição derivada, por sua vez, não se registra um imóvel, via de regra, sem que se conheça a respectiva cadeia de sucessão. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Dizer-se que a desapropriação é forma originária de aquisição de propriedade significa que ela é, por si mesma, suficiente para instaurar a propriedade em favor do Poder Público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário. É só a vontade do Poder Público e o pagamento do preço que constituem propriedade do Poder Público sobre o bem expropriado.⁷

Neste sentido, é impossível que o proprietário oponha-se à desapropriação, a menos que o ato ou os atos de desapropriação estejam viciados. Se tais atos estiverem íntegros, nada resta ao proprietário expropriado fazer, a não ser discutir o valor da verba indenizatória. Consoante com tal entendimento, leciona José Maria Pinheiro Madeira⁸ que “em qualquer das espécies de desapropriação será sempre de modo originário”, significando assim que “o título de domínio do expropriante não deriva de um título anterior”, não havendo a transferência da propriedade do expropriado para o Poder Público. Deste modo não há relação direta entre o adquirente e o proprietário do bem, evidenciando uma relação linear.

Tal caráter originário tem grande relevância jurídica para a desapropriação, pois deste decorrem importantes consequências. Salienta-se que para que se efetive a desapropriação, não é necessária qualquer informação prévia sobre o imóvel, pouco importando para a administração o seu histórico, tampouco de quem se trata a propriedade do bem expropriado, pois configura-se o interesse público. É possível que ocorra a desapropriação ainda que a Administração não tenha conhecimento de quem é o proprietário da área a ser desapropriada, dando assim o procedimento de citação deste por edital, depositando em juízo o valor determinado a título de indenização, devendo o proprietário se manifestar comprovando devidamente sua propriedade, bem como contestando, se houver desacordo, o valor arbitrado.⁹

Ressalta-se ainda, que por possuir tal caráter originário, mesmo que o Poder Público desapropriar um bem e indenize erroneamente a quem não é efetivamente seu proprietário, nem desta forma se invalidaria a desapropriação e obrigaria a realização de um novo processo expropriatório, estando a propriedade, de qualquer forma, adquirida pelo Poder Público. Da mesma forma, uma vez efetuada a desapropriação, os ônus reais que possam incidir sobre o imóvel serão extintos, adquirindo assim, o Poder Público, o bem limpo, desprovido de todos os gravames reais que sobre ele pudessem recair. Não é possível portanto, em virtude de tal natureza jurídica, que exista evicção ou vício redibitório contra o bem expropriado.¹⁰

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2004, p. 764.

⁸ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 2017, p. 81.

⁹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 2017, p. 81.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2004, p. 765.

Consoante, os terceiros que forem titulares de direitos reais de garantia sobre o bem desapropriado passam a ter seus direitos sub-rogados no valor indenizatório, ou seja, passam a ter garantia pelo montante pago a título de indenização da desapropriação. Os terceiros que forem titulares de direito obrigacionais relacionados com o bem expropriado somente poderão encontrar satisfação para suas pretensões jurídicas por meio de ação direta, e não na própria ação expropriatória.¹¹

O art. 31 do Decreto-lei 3.365 estabelece que ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos reais que venham a recair sobre o bem expropriado¹². Reforça o art. 26 do referido decreto que no valor da indenização não se incluirão direitos de terceiro contra o expropriado¹³, ou seja, os direitos obrigacionais, pois o citado artigo 31 restringe-se a fazer proteção aos direitos reais, elucidando aos primeiros a resolução através de ação direta.¹⁴

A desapropriação tem como fundamento político a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis. Atualmente tal fundamento jurídico encontra respaldo dentro do ordenamento normativo e princípios constitucionais atrelados ao sistema, sobretudo relacionado ao arts. 5º, XXIV¹⁵, 182, § 4º, III¹⁶, e 18¹⁷ da Constituição Federal.

2 - AS CONDICIONANTES NORMATIVAS E FINALIDADES DA DESAPROPRIAÇÃO

O poder de desapropriar é atribuído à Administração Pública por força da Constituição Federal. Este poder é consequentemente condicionado por tais pressupostos constitucionais, tal sejam de ordem teleológica ou finalística, necessariamente exigindo para tanto a existência de utilidade pública, necessidade pública ou interesse social.

Entende-se portanto, que a finalidade pública ou interesse social são exigências constitucionais que legitimam a desapropriação, não podendo contudo haver expropriação por interesse privado de pessoa física ou organização particular. Deve o interesse ser necessariamente de titularidade do Poder Público ou da coletividade. Quando público, seu fundamento será da

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2004, p. 765.

¹² Art. 31. Ficam subrogados no preço quaisquer onus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.

¹³ Art. 26. No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2004, p. 765.

¹⁵ XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

¹⁶ III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

¹⁷ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

necessidade ou utilidade pública; quando da coletividade, será interesse social. Tal distinção importa sobretudo à destinação dos bens expropriados, sendo os fundamentados por utilidade e necessidade pública, remetidos à Administração expropriante ou seus delegados; e os fundamentados no interesse social via de regra destinam-se a particulares que irão usufruí-los conforme as exigências da coletividade, seja explorando-os em atividades da iniciativa privada ou solucionando problemas sociais habitacionais.¹⁸

O direito de desapropriar é exercido pelo Poder Público mediante a realização de decreto expropriatório, na qual a administração deve enunciar a existência da utilidade, da necessidade pública ou do interesse social, devendo realizá-lo observando enunciados teóricos padronizados, que especificam o conceito destes requisitos. Observa-se então que tais enunciados devem pautar-se pela existência do contexto da utilidade, necessidade pública ou interesse social, sob pena de inconstitucionalidade na não observância de tais ditames.

Nas palavras de José Maria Pinheiro Madeira,¹⁹ “o ato expropriatório é, então, uma concretização de um enunciado em tese para um enunciado in concreto”.

Apesar de parte da doutrina entender que os conceitos da desapropriação poderiam resumir-se unicamente na “utilidade pública”, por este conceito ser tão amplo que abrangeria todas as finalidades de desapropriação pelo Estado. Gabino Fraga (apud MADEIRA, 2017, p. 89), em uma análise ao quesito desapropriatório sob o viés do direito constitucional mexicano, defende tal ponto de unificação na utilidade pública justificando:

Además, el criterio que sustentamos es de tal manera comprensivo que hace inútil cualquier tesis basada únicamente en el empleo de diversos vocablos, siendo bastantes los términos ‘utilidade pública’ para abarcar todos los casos em que el Estado tiene obligación, por razón de sus atribuciones, de dar satisfacción a una necesidad, y el concepto que poco importa que esos casos varíen, pues basta que el Estado este dotado de la atribución correspondiente para que pueda considerarse que ellos son una causa de utilidade pública.²⁰

Tal conceito, sobretudo, afrontaria à proporcionalidade, tirando as garantias legais ao ato expropriatório e concedendo uma exacerbada autonomia na já discricionariedade disposta pelo ente estatal. O legislador, portanto, preocupou-se em fazer uma tripartição dos motivos ensejadores do procedimento expropriatório, indicando discriminadamente a natureza jurídica e graus dos interesses a serem atendidos pela Administração em cada determinado ato expropriatório.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 737.

¹⁹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 2017, p. 84.

²⁰ FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 47. ed., México: Editorial Porrúa, 2003, p. 764.

2.1 A necessidade e utilidade pública

A necessidade pública conceitua-se nos casos em que a Administração Pública encontra-se diante de situações de emergência, que necessitam a transferência imediata e urgente de bens de terceiros para o domínio do Poder Público, para que este as resolva de forma satisfatória. São os casos enunciados no art. 5º do Decreto-lei nº. 3.365/41²¹, referindo-se principalmente em sede exemplificativa aos casos de defesa do território nacional e segurança pública, o socorro em caso de calamidade, ou a desapropriação para a realização de obra emergencial face à ocorrência de um desabamento.

A utilidade pública é, como já referido anteriormente, o conceito mais abrangente de desapropriação, podendo compreender, via de regra, todos os casos de necessidade pública, além dos tipicamente atribuídos. Tal conceito se dá aos casos de desapropriação em que a transferência dos bens para a Administração Pública se demonstra benéfica e conveniente para a coletividade, mesmo carente de imprescindibilidade.

O Decreto-Lei 3.365/41 consubstanciou a hipótese da própria utilidade, e da necessidade tratada anteriormente, de modo a só empregar esta expressão em seu texto. Entende-se tal distinção, nas lições de José Maria Pinheiro Madeira,²² que a utilidade pública se dará “quando a transferência de um bem particular ao Poder Público se mostrar conveniente para a consecução de algum fim que este almeja realizar”, diferenciando-se da necessidade pública, que por modo “pressupõe uma justificação mais consistente”, tal seja “a existência de uma situação de emergência a qual requer a desapropriação de um determinado bem a fim de garantir-lhe a solução”. Deste modo, pode-se afirmar que toda a desapropriação por necessidade pública é também fundamentada na utilidade pública, porém nem toda desapropriação por utilidade pública pode ser enquadrada na seara da necessidade.

Observa-se, portanto, que ambas as formas de desapropriação suprarreferidas estão abarcadas pelo já citado art. 5º da lei geral das desapropriações, tal seja o Decreto-lei 3.365/41, referindo, entre outros: a segurança nacional; a defesa do Estado; a salubridade pública; as obras de higiene e decoração; a exploração e conservação de serviços públicos; a preservação e conservação de monumentos históricos e artísticos e a construção de edifícios públicos.

Entretanto, a doutrina divide-se em classificar tal rol como taxativo ou meramente exemplificativo. Pontes de Miranda, Machado Guimarães e Hely Lopes Meirelles encontram-se entre os que entendem tal enumeração se tratar de hipóteses exemplificativas, entretanto, Seabra Fagundes,

²¹ Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública: (...)

²² MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 2017, p. 92.

Diogenes Gasparini, Alcino Pinto Falcão e Caio Tácito entendem se tratar a disposição legal de um rol taxativo. Este último grupo encontra mais coerência com os ditames constitucionais, passo que Seabra Fagundes (1988, p. 357) afirma não poder deste modo a lei estadual ou municipal ampliá-lo, nem a autoridade expropriante promover a desapropriação para outro fim que não um desses, sob pena de nulidade da expropriação.

2.2 O interesse social

Ao referir-se à desapropriação por interesse social não se faz menção ao interesse geral do povo, ou interesse do público, numa concepção democrática de vontade popular, mas sim concerne-se tão somente ao fim social almejado pelo procedimento expropriatório.

O referido interesse está indicado em norma própria, tal seja a Lei 4.132/62, bem como na Constituição Federal de 1988 e em dispositivos esparsos de outros diplomas legais, ocorrendo quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade visando seu melhor aproveitamento, utilização, ou produtividade econômica em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público.

Hely Lopes Meirelles afirma que os bens desapropriados mediante interesse social “não se destinam à Administração Pública ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou, mesmo, a certos beneficiários que a lei credencia para recebe-los e utilizá-los convenientemente”.²³

A fundamentação de interesse social aparece sempre que com a expropriação o Poder Público tem o intuito da resolução de um problema social, tal seja a melhoria das condições de vida, a melhor distribuição da riqueza e resolução de problemas habitacionais, ou ainda baseada na finalidade de garantir ao maior número de pessoas o progresso socioeconômico, com o intuito de melhorar a produtividade de bens e consumo em prol da população. A resolução dos conflitos sociais de interesse constitui uma das finalidades constitucionalmente atribuídas ao Estado, que tem por finalidade a manutenção do bem comum de modo a assegurar a todos a igualdade de oportunidades na obtenção de qualidade satisfatória de vida.²⁴

Se houver dúvida quanto à inobservância de tais limites, é oportunizada ao Judiciário o exame da desapropriação levada ao seu conhecimento, assegurando assim se esta está ou não fundada em um dos casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, ou seja, se a autoridade expropriante indicou corretamente o caso em que é legalmente cabível a desapropriação. Afirma José

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2016, p. 738.

²⁴ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 2017, p. 92.

Cretella Júnior²⁵ que “o que se interdiz, pois, ao Judiciário é valorar o fundamento da desapropriação, decidindo se é necessária ou útil, ou se trata de interesse social”.

Cabe portanto, a análise judicial de modo a saber se o expropriante “enquadrou precisamente um dos casos da enumeração taxativa da lei, ou seja, se ocorreu extrapolação legal”. Cita-se o exemplo em que o decreto expropriatório “declara utilidade pública o terreno tal para a instalação de campo de futebol”, sendo o ato passível de impugnação, de modo que “campo de futebol” não se trata de caso especificamente enumerado na lei expropriatória, como o de utilidade pública (GASPARINI, 2012, p. 916).

Entende-se relevante a distinção de tais conceitos de necessidade pública, utilidade pública e interesse social pelo fato de que a discricionariedade do ente público deverá deste modo percorrer os caminhos desenhados pelo legislador, devendo ater-se aos requisitos por ele criados, de modo a justificá-los, impossibilitando assim que este vague entre o legal e o livre arbítrio, tampouco possa adentrar na seara do desvio de finalidade, baseando unicamente o interesse social como o propósito exclusivo de seus atos. Não menos oportuna é a distinção entre seus possíveis aspectos, tal sejam legais, ontológicos, teóricos ou práticos.²⁶

Contudo cabe esclarecer, no ponto de vista ontológico e teórico, que o primeiro dos requisitos justificadores da desapropriação foi o da utilidade pública, seguido posteriormente pelos outros dois a serem adotados respectivamente pelos países que passaram a utilizar de tal instituto como forma interventiva do Estado. Deste modo, a ampliação dos requisitos necessários ao procedimento da desapropriação implicou numa maior margem de admissibilidade de retirada de bens particulares e consequente integração ao patrimônio público.²⁷

Atualmente, com a predominância do Estado mínimo porém regulador, que se reserva ao papel de gerenciar, porém não se desprovendo de sua peculiar soberania, abstendo-se de monopolizar investimentos e recursos necessários para o desenvolvimento do país, manteve sua posição de superioridade em relação aos indivíduos.

Neste sentido, buscou o Estado a proteção da sociedade como um todo, porém não mais substituindo os interesses isolados e individualistas, fazendo prevalecer o interesse social como sua principal finalidade.

3 - PECULIARIDADES DOS PROCEDIMENTOS EXPROPRIATÓRIOS

²⁵ JÚNIOR, José Cretella. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 1. ed., São Paulo: Forense, 1989, p. 357.

²⁶ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 2017, p. 97.

²⁷ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 2017, p. 98.

Além dos já referidos Decreto-Lei 3.365/41 que constitui a lei geral das desapropriações e a Lei 4.132/62 que dispõe sobre a desapropriação por interesse social, merecem destaque a Lei 4.505/64, as Leis Complementares 76/93 e 88/96, bem como a Lei 8.629/93, que disciplina a desapropriação de imóveis rurais para fins de Reforma Agrária; e o Decreto-lei 1.075/70, que trata da imissão de posse “*initio litis*” em móveis residenciais urbanos.

Merece também destaque o Estatuto da Cidade, tal seja a Lei 10.257/01, reguladora da expropriação da propriedade urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada. Além das já mencionadas, outros diplomas federais sem necessidade de aqui serem citados formam a legislação referente às desapropriações privativas da união por expressa reserva constitucional.

Desta forma, entende-se que o procedimento desapropriatório de *prima face* preconizado pela Carta Magna debanda-se por todo o ordenamento jurídico, que conforme especificação do art. 22, II da Constituição Federal, é de competência exclusiva da União a sua legislação.²⁸

Entretanto ressalta-se que o parágrafo único do mesmo artigo autoriza, mediante lei complementar, os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas ao tema.²⁹ Desta forma, outros diplomas federais também podem abarcar as regras que regem a desapropriação, entretanto, a competência da União se aplica às regras gerais destinadas ao instituto, enquanto a competência dos Estados-membros será restrita às matérias específicas deste.

O legislador constituinte tratou de restringir a criação de leis que versem sobre a matéria, mantendo a competência federal para tanto, devido ainda ao fato de que o instituto da desapropriação, vinculado com o instituto da propriedade e sua respectiva função social encontram-se inseridos ao art. 5º da Carta Magna, que trata dos direitos e garantias fundamentais.³⁰

Não se confunde contudo, o ato de legislar sobre a desapropriação e declarar a mesma, de modo que o primeiro, como já mencionado, é de competência exclusiva da União, e a declaração da expropriação é ato que advém do chefe do Poder Executivo, e embora não ocorra frequentemente, do Poder Legislativo, caso em que seja necessária ou útil a desapropriação.

O Decreto-lei 3.365/41, em seu art. 2º, após esclarecer que todas as entidades constitucionais, tal sejam União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios Federais podem desapropriar em seu próprio benefício, permite também que façam em favor de suas autarquias, fundações públicas, empresas estatais e concessionários de serviços públicos³¹, que após decretada a expropriação pelo Poder Público, podem promove-la em seu nome, desde que estejam expressamente

²⁸ Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

II - desapropriação

²⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...). Parágrafo único - Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

³⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 2017, p. 129.

³¹ Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

autorizadas por lei ou contrato para tanto³² (art. 3º). Por esta razão, entende-se que as entidades estatais maiores podem decretar a expropriação, para que as menores a promovam em seu próprio nome, atribuindo aos bens expropriados devida destinação social, ou empregando para si em obras e serviços de seu interesse.³³

A declaração expropriatória pode ser feita pelas entidades estatais menores, cabendo a estas declarar a necessidade, utilidade pública ou interesse social do bem a ser expropriado, e promover, diretamente ou por seus delegados, a respectiva expropriação, porém nas conclusões de Hely Lopes Meirelles,³⁴ “sem contudo expedir qualquer norma de natureza substantiva ou adjetiva sobre o instituto, casos de expropriação ou processo expropriatório”, pois tal ato se trata de alçada exclusiva da lei federal.

Os bens de autarquias, fundações públicas, empresas estatais, concessionários e demais delegados do serviço público são expropriáveis, não dependendo de autorização legislativa, porém entende-se que a desapropriação de bens vinculados a serviço público, observando o princípio da continuidade do respectivo serviço, dependerá sempre de autorização da entidade superior que os instituiu e delegou. Sem tal condição a atividade dos entes maiores poderia ser suprimida pelos entes menores mediante via expropriatória.

Visando evitar o referido fenômeno, o legislador acrescentou ao art. 3º da lei geral das desapropriações (Decreto-Lei 3.365/41), mediante Decreto-Lei 856 de 1.969 o § 3º, que veda a expropriação de ações, pelas entidades menores, de quotas e direitos de instituições ou empresas que funcionem com autorização e sob fiscalização do Governo Federal.³⁵

Outro aspecto relevante é que a indenização do bem desapropriado deve ser justa, prévia e em dinheiro, como faz referência os já mencionados arts. 5º XXIV e 182 § 3º da Constituição Federal, ressalvados os casos da desapropriação de imóveis rurais sujeitos à Reforma Agrária (art. 184 da Constituição Federal) e imóveis urbanos que não atendam ao Plano Diretor (art. 182, § 4º, III da Constituição Federal), em que é admitido o pagamento em títulos de dívida agrária e dívida pública, respectivamente.

Ressalta-se que a Constituição Federal denomina erroneamente em seu art. 243, *caput*³⁶, como “desapropriação” a tomada de glebas “onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas

³² Art. 3º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2016, p. 739.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2016, p. 739.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2016, p. 731.

³⁶ Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido

ou a exploração de trabalho escravo”, sem qualquer indenização ao proprietário. Em real o procedimento em questão não se trata de desapropriação, mas sim, confisco, por não prever pagamento ao proprietário, mesmo que com justificação, baseando-se nos danos provocados pela produção ilícita de droga ou exploração ilegal do trabalho. Em seu parágrafo único a Carta Magna assertivamente refere-se ao confisco como todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo.

Ao que se refere à justa indenização, trata-se da que cobre não somente o valor real atualizado do bem expropriado, à data de seu pagamento, como também os danos emergentes e lucros cessantes que possam vir a ser causados ao proprietários decorrentes da retirada de seu patrimônio. Se portanto o bem era utilizado para a produção de renda, tal renda há de ser acrescentada no valor indenizatório, e tudo que compunha seu patrimônio há de ser repostado monetariamente ao momento da indenização.

Salienta-se que, somente será considerada efetivada a desapropriação após realizado o acordo ou a instauração do processo judicial, não importando como desapropriação a simples declaração de utilidade pública. É lícito ao proprietário do bem construir e fazer as benfeitorias que desejar enquanto não iniciada a desapropriação por execução do decreto expropriatório, ficando obrigado o expropriante a indenizá-las quando a expropriação for efetivada. Ainda durante o simples decreto expropriatório não poderá ser interdita a atividade lícita que se realizar no imóvel, nem negado o alvará de edificação.³⁷

O procedimento expropriatório deve ser diretamente ligado ao decreto, e à este se basear para sua validade e eficácia, não confundindo-se, portanto, os efeitos da declaração expropriatória com a desapropriação em si mesma.

Nesta seara, é inconstitucional o impedimento do pleno uso do bem diante da simples declaração de utilidade pública, importando na restrição ao direito de propriedade.

Nota-se, portanto, que várias peculiaridades são atreladas ao procedimento de desapropriação, impondo ditames que devem ser atendidos e observados, implicando, caso contrário, no não andamento correto deste, e possível apreciação do Poder Judiciário de modo a analisar e suprir irregularidades do não atendimento à lei. Tal organismo legal se refere, sobretudo, como forma de mitigação ao conceito de discricionariedade atribuída ao Administrador Público, que busca sua existência como sistema preventivo de arbítrios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2016, p. 747.

Mediante a ocorrente evolução das formas de detenção e aplicação do Poder Público frente à propriedade privada, entende-se que o conceito da separação de poderes vem a cada vez mais fazer sentido no ordenamento jurídico administrativo contemporâneo. Entende-se que o caráter de interdependência e harmonia deve predominar com rigor, entretanto, deve-se respeitar os critérios legais, e sobretudo às margens de atuação destes poderes.

A Administração Pública deve atender, para sua atuação, necessariamente os critérios legais dispostos na Constituição Federal e ordenamento jurídico infraconstitucional no que tange à atividade desapropriatória. A desapropriação como instituto, é disposta principalmente, em sede inferior à Carta Magna, ao Decreto-Lei 3.365/41, ao que se refere às hipóteses de utilidade pública e necessidade pública, e à Lei 4.132/62 no que tange às hipóteses de interesse social.

Como analisado, a fundamentação do interesse social surge sempre que a expropriação tem o intuito da resolução de um problema social, na finalidade de aprimorar a produtividade de bens e consumo em prol da sociedade em geral. A resolução dos conflitos sociais de interesse perfaz uma das finalidades constitucionalmente atribuídas ao Estado, que tem por fim a manutenção do bem comum de modo a assegurar a todos a igualdade de oportunidades na obtenção de qualidade satisfatória de vida.

Ressalta-se que a desapropriação como ferramenta de Administração Pública é instituto que ganhou forças com o implemento do Estado Social, ganhando forças e sendo remodelada com o advento do Estado Democrático de Direito. Desta forma, deve ter sua finalidade encontrada no princípio da discricionariedade administrativa, em que dá margens ao Administrador Público de atuar como cumpridor dos preceitos da Carta Magna.

O instituto expropriatório trata-se de uma ferramenta possível de efetivação do Estado Democrático de Direito, contudo, deve o Administrador obrigatoriamente se ater aos ditames da legalidade, não devendo em hipótese alguma se esvaír destas fronteiras. Caso o Poder Público não cumpra tais preceitos, entende-se que fundamental a presença do controle judicial, passo em que o Poder Judiciário pode intervir na Administração Pública na condição de observador ao cumprimento da legalidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, Ronaldo de. **Desapropriação e Constituição de Servidão Administrativa**. São Paulo: Editora Atlas, 1987.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado constitucional**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Senado Federal. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, Senado Federal. Decreto-Lei nº 3.365, de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL, Senado Federal. Decreto-Lei nº 4.132, de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4132.htm>. Acesso em: 09 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CLEMENTE, Augusto Junior; CLEMENTE, Maíra Cabral Juliano. **Do Estado moderno ao contemporâneo: reflexões teóricas sobre sua trajetória**. Curitiba: Intersaberes, 2017.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 47. ed., México: Editorial Porrúa, 2003.

JÚNIOR, José Cretella. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 1. ed., São Paulo: Forense, 1989.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública, Tomo II**. 13. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Destinação dos bens expropriados**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, p. 511-529, 1978. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/37531/36295>> Acesso em 23 set. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 2004.

MUNHOZ, Manoel Eugênio Marques. **Tratamento jurídico da retrocessão**. 12. v., Curitiba: Revista da Faculdade de Direito UFPR, 1969. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7159/5110>> Acesso em 2 de out. 2017.

NETO, Diego de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NETO, Eurico Bitencourt. **Utilidade pública como causa expropriatória**. Minas Gerais: FJP, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.fjp.mg.gov.br/handle/123456789/2459>> Acesso em 30 de set. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

O PL N. 272/2016 COMO FORMA DE CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

THE PL N. 272/2016 AS A WAY OF CRIMINALIZING SOCIAL MOVEMENTS

Rodrigo Graeff¹

RESUMO

A presente pesquisa teve por escopo verificar como o Projeto de Lei n. 272/2016 pode contribuir para eventual criminalização dos movimentos sociais. O projeto altera a Lei n. 13.260/16, conhecida como Lei do Terrorismo, visando reintroduzir trechos vetados pela então Presidente da República, Dilma Rousseff, à época da propositura original da referida lei. Além de questões envolvendo princípios penais, a justificativa para o veto de determinados pontos da Lei do Terrorismo se referiam a amplitude do conceito da conduta criminalizada, o que poderia gerar dificuldade de exercício do direito à liberdade de expressão. Analisando-se a questão sob a luz da criminalização de condutas como objeto de exercício do poder estatal, verificou-se ter havido perversão do conceito de terrorismo, utilizando-o como meio de criminalizar indiretamente movimentos sociais que venham a afrontar as instituições do Estado-Nação.

PALAVAS-CHAVE: Criminalização de condutas. Movimentos sociais. Projeto de Lei n. 272/2016. Terrorismo.

ABSTRACT

This research has the aim of verifying how the Bill number 272/2016 may contribute to an eventual criminalization of social movements. The project changes the law number 13.260/2016, also known as the Terrorism Law, seeking to reintroduce vetoed parts by the President of that time Dilma Rousseff, in the period of the original proposition of the mentioned law. In addition to matters involving penal principles, the justification for the veto of certain parts of the Terrorism Law was referred to the concept range of criminalized conduct, and it could create difficulties on practicing the right of freedom of speech. Analysing this matter from the perspective of conduct criminalization as the object of the state power practice, it was verified that there has been some perversion of the concept terrorism, using it as a mean of criminalizing indirectly social movements which may face the institutions of the State-Nation.

KEYWORDS: Bill number 272/2016. Conduct criminalization. social movements. Terrorism.

INTRODUÇÃO

¹Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPG Direito) da Universidade de Passo Fundo (UPF). Passo Fundo – RS, Brasil. Contato: 76483@upf.br.

O presente estudo visa estabelecer uma linha de raciocínio crítico entre o Projeto de Lei n. 272/2016 e o exercício constitucional da liberdade de expressão. Trata-se de proposta legislativa que visa alterar a Lei n. 13.260/16, a qual disciplina o terrorismo e do conceito de organização terrorista, reinserindo trechos anteriormente vetados pela então Presidente Dilma Rousseff, assim como apresentar inovações às definições de atos de terrorismo.

Nesse sentido, busca-se verificar se as alterações propostas pelo referido Projeto de Lei, permitem ao Estado-Nação brasileiro reagir aos movimentos sociais que despontam no Século XXI, definindo-os como organizações terroristas, ou seus protestos como atos de terrorismo. A pesquisa se contextualiza no âmbito pós-impeachment da então Presidente Dilma Rousseff, e consequente renovação da Presidência da República através do último pleito eleitoral, o que reacendeu a discussão acerca dos contextos que permeiam a relação entre o Estado-Nação, os movimentos sociais e a segurança pública.

A fim de que se possa proporcionar um raciocínio inteligível voltado ao escopo da pesquisa, o estudo será dividido em duas partes: em um primeiro momento, será tratado acerca dos limites constitucionais que envolvem a interpretação jurídica do crime de terrorismo no Brasil e no mundo. Nesse ponto será tratado acerca do modo como a atual Lei do Terrorismo aborda essa conduta, assim como a forma com que legislações estrangeiras criminalizam atos de terrorismo, e quais as implicações concernentes aos princípios limitadores do poder punitivo.

Superada a questão dogmática, serão contextualizados os novos movimentos sociais do Século XXI, assim como será tratado acerca da tênue relação entre Estado e liberdade de expressão. Logo após, será verificando se o conteúdo do Projeto de Lei n. 272/2016, constitui de fato objeto de garantia da segurança, ou legislação autoritária.

Em suma, a presente pesquisa desempenhará função analítica e crítica, buscando oferecer uma visão acerca dos sujeitos sociais cujas demandas se inserem nas formas como o Estado-Nação administra suas diversas instituições, desenvolvidos a partir de maneiras alternativas de interpretação das relações sociais que permeiam o mundo globalizado.

Há que se atentar ao fato de que durante o ano de 2018 o referido Projeto de Lei sofreu diversas movimentações, inclusive audiências públicas para discussão do tema. Nesse sentido, urge desenvolver pesquisas voltadas a análise crítica de um ato estatal, especialmente diante da possibilidade de restrição ao exercício de liberdades constitucionais.

1 - BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DOS ATOS DE TERRORISMO NO BRASIL

A preocupação com atos de terrorismo passa a tomar forma perante os órgãos internacionais, a partir dos anos 1990, com o fim da Guerra Fria, mais especificamente em 1994, quando a Organização das Nações Unidas elabora a Declaração de Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional. Atividades tidas como atos terroristas foram repudiadas formalmente pela Assembleia Geral da ONU, fixando os países-membros ao compromisso de efetuar medidas hábeis a erradicar o terrorismo.²

Entretanto, é justamente a partir do evento que marcou a data de 11 de setembro de 2001 (ataque às Torres Gêmeas e ao Pentágono dos Estados Unidos da América), que uma grande série de documentos, assembleias e resoluções passou a ser elaborado, como fixação de um compromisso entre todos os Estados-membros contra os atos de terrorismo, a proliferação de armas nucleares, o financiamento de organizações terroristas, entre outros. Tais funções foram organizadas a partir do estabelecimento de um Comitê Antiterrorismo.³

Entretanto, uma das grandes problemáticas voltadas a questão do terrorismo se vincula a impossibilidade de conceituar adequadamente o que torna determinada ação um ato terrorista, assim como a forma através da qual seria possível diferenciar uma organização terrorista de demais organizações criminosas. Em vista de tratar-se de um compromisso internacional, conceituar os atos de terrorismo se tornou questão de grande importância e alvo de uma série de críticas aos diversos tratados e resoluções internacionais:

Prova disso, é o fato de a Organização das Nações Unidas (ONU) ter realizado inúmeras assembleias para discutir o assunto, sem, porém, chegar a um consenso quanto ao seu conceito, provavelmente pelas diferenças de matiz geográfico, histórico, ideológico e político entre cada Estado participante. Aliás, é no mínimo paradoxal que, após os atentados de 11 de setembro nos Estados Unidos da América, exista uma aliança internacional sem precedentes para lutar contra o terrorismo e um acordo unânime das Nações Unidas no sentido de condenar esse fenômeno, mas não haja uma definição universal permanente e segura desse termo.⁴

Pelo que se verifica, em que pese a forte organização resultante da comoção que se seguiu aos atentados de 11 de setembro, há grande dificuldade em se criar bases sólidas para definição e interpretação dos atos resultantes das atividades terroristas. Esta lacuna resultou em um conceito subjetivo do termo “terrorismo”, cunhado primeiramente em 1995, assemelhado a:

Criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstance unjustifiable,

²NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A ONU e o terrorismo**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/terrorismo/>>. Acesso em: 30 dezembro 2018.

³NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A ONU e o terrorismo**.

⁴LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**: volume único, 5. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 881.

whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or any other nature that may be invoked to justify them.⁵

Com a emissão dos diversos tratados e resoluções, as diversas nações têm interpretado de forma diferenciada o fenômeno do terrorismo. Para a legislação norte-americana pós 11 de setembro, a capitulação do crime decorre de uma série de condutas tipificadas em rol que abarca inclusive o bioterrorismo. Já no direito espanhol, também alvo de ataques terroristas, são também tipificadas uma série de condutas, voltadas a subverter a ordem constitucional, a paz social, provocar estado de terror, etc. Para o direito britânico, que convive com atentados terroristas desde o começo do século passado, é também especificado em termos similares, tais como causar violência grave a pessoa, visando perturbar a segurança pública.⁶

No Brasil, a questão foi mais recentemente abarcada pela Lei n. 13.260/16, entrando em vigência após mensagem de veto parcial da então Presidente da República Dilma Rousseff. Em relação ao referido dispositivo legislativo, destaca-se o artigo 2º, que define terrorismo como atividade que:

consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.⁷

Verifica-se, pelo excerto destacado, que a legislação pátria, que até então não possuía legislação específica acerca do tema, concatenou uma série de elementos similares aos dispositivos legislativos adotados por outros países. A definição paira sobre os mesmos conceitos, tais como especial fim de agir (xenofobia, preconceito, etc., visando provocar terror social ou generalizado), constituindo um crime de perigo concreto (expor a perigo pessoa, patrimônio, paz pública, etc.), sendo concretizado pelos atos definidos como terroristas (constantes do art. 2º, §1º).⁸

Como visto, a publicação da referida Lei do Terrorismo decorreu de veto presidencial em relação a uma série de dispositivos constantes do projeto original da Lei n. 13.260/16. Tais vetos se

⁵ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. **Resolution 49/60. Measures to eliminate international terrorism.** 19 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/60>. Acesso em: 30 dezembro 2018.

⁶LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada:** volume único.

⁷BRASIL. Lei no 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 30 dez. 2018.

⁸LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada:** volume único.

justificaram na necessidade de atendimento a princípios penais e constitucionais que, na análise presidencial, restariam violados pela aprovação do texto integral.

Mantendo a análise exclusivamente nos pontos-chave da presente pesquisa, verifica-se que, em relação ao artigo 2º, §1º, incisos segundo e terceiro do projeto original, consideravam-se atos de terrorismo, condutas como depredar bem público ou privado, tanto quanto interferir ou danificar sistemas de informática ou bancos de dados.⁹ Tais condutas estariam diretamente equiparadas ao uso de explosivos, ou à violência ou grave ameaça a vida ou integridade física da pessoa,¹⁰ em clara e desproporcional comparação entre dano a propriedade e à vida, o que foi reconhecido pelo veto presidencial.¹¹

Pelo que se verifica da leitura da justificação supra, o principal fundamento para veto do dispositivo legislativo referido, foi o princípio da proporcionalidade. Nessa leitura, como visto, compreendeu a Presidência não haver culpabilização proporcional entre os atos vetados e os demais (todos punidos com pena de reclusão de doze a trinta anos).

Acerca do referido princípio, compreende-se que deve haver uma relação direta entre a conduta (lesão praticada) e a pena (castigo decorrente). Tal fundamento limitador do exercício do poder punitivo acaba por constituir, neste sentido, o que Zaffaroni define como:

estabelecer um grau de coerência mínima entre quanto a magnitude das penas vinculadas a cada conflito criminalizado, não sendo possível, por exemplo tolerar que as ofensas à propriedade recebam pena maior que aquelas causadas à vida, como ocorre na legislação penal brasileira.¹²

Já em relação ao artigo 4º da referida lei, que criminaliza a apologia a qualquer ato previsto na referida lei, assim como ao seu autor, prevendo pena de quatro a oito anos, assim definiu o veto presidencial:

O dispositivo busca penalizar ato a partir de um conceito muito amplo e com pena alta, ferindo o princípio da proporcionalidade e gerando insegurança jurídica. Além disso, da forma como previsto, não ficam estabelecidos parâmetros precisos capazes de garantir o exercício do direito à liberdade de expressão.¹³

Verifica-se como acertada a decisão Presidencial, visto que resta incompreensível como a conduta apologista pode ser punida com pena mínima superior e pena máxima idêntica a da lesão

⁹BRASIL. Mensagem n. 85, de 16 de março de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Msg/VEP-85.htm>. Acesso em: 30 dez. 2018

¹⁰BRASIL. Lei no 13.260, de 16 de março de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF.

¹¹BRASIL. Mensagem n. 85, de 16 de março de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF

¹²ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria geral do direito penal. 4. ed. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 231.

¹³BRASIL. Mensagem n. 85, de 16 de março de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF.

corporal gravíssima (art. 129, §2º – pena de reclusão de dois a oito anos de reclusão¹⁴). Trata-se de questão da máxima importância, tendo-se em conta a necessidade de se adequar a pena aplicada a proporcional violação ao bem jurídico tutelado.

A segunda motivação para o referido veto presidencial, ponto vinculado diretamente ao cerne da presente pesquisa, trata da necessidade de garantia a liberdade de expressão. Esse princípio fundamental, insculpido no art. 5º, IX, da Constituição Federal,¹⁵ ocupa posição de elevada escala no rol de direitos no ordenamento jurídico pátrio, embasado na própria Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 19.¹⁶ Verifica-se que a manutenção do referido tipo penal poderia causar indiretamente a criminalização da opinião crítica, ou do jornalismo de opinião, especialmente quando se trata de um crime com definição tão subjetiva como o terrorismo.

Uma vez estabelecidos os conceitos até aqui desenvolvidos, será verificado se o Projeto de Lei n. 272/2016,¹⁷ que visa reinserir no bojo da Lei n. 13.260/16, os mesmos dispositivos analisados acima, podem operar uma criminalização aos movimentos sociais.

2 - O PL N. 272/2016, COMO FORMA DE CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Com o afastamento da então Presidente Dilma Rousseff, através do *impeachment*, o PL n. 272/2016, de autoria do Senador Lasier Martins, volta a se tornar ponto de relevante discussão, especialmente pelo fim do último pleito eleitoral. O que se objetiva a partir de agora é uma análise da figura do terrorismo, quando inserida em uma globalização que desafia o conceito clássico de Estado-Nação, fazendo emergir novos poderes, ao mesmo tempo em que novos atores sociais despontam no cenário político.

No ponto anterior, tratou-se a respeito dos atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001. Foi visto que os fatos ocorridos nesta data foram fundamentais para uma nova organização mundial contra o terrorismo. O conceito subjetivo (não) abordado no conteúdo dos documentos firmados é visto como uma falha na elaboração das Resoluções e pactos. Entretanto, a partir de uma análise crítica,

¹⁴BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 dez. 2018.

¹⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 dez. 2018.

¹⁶UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 30 dez. 2018.

¹⁷SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n. 272, de 2016**. Altera a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, a fim de disciplinar com mais precisão condutas consideradas como atos de terrorismo. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4053697&ts=1545401521318&disposition=inline>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

percebe-se que esta aparente lacuna, pode servir a poderes globais, sempre em busca de “inimigos” a fundamentarem conflitos:

Os ataques terroristas ao World Trade Center (WTC), amplamente noticiados e explorados pela mídia, permitiram a elaboração de um amplo aparato discursivo que interpretou os acontecimentos em pauta como uma poderosa manifestação do poderio muçulmano e sua capacidade de levar para além de suas fronteiras seus poderes obscurantistas, impondo ao mundo ocidental o horror permanente dos ataques suicidas, agora manipuladores de alta tecnologia. Neste caso, reconstruía-se o “inimigo global” à luz dos novos cenários do mundo globalizado, ou melhor, do capitalismo globalizado: ficavam para trás os perigos do “fantasma do comunismo”, assumindo, em seu lugar, os intensos e frenéticos fundamentalistas islâmicos e sua interpretação bastante específica do *jihad*.¹⁸

Tal manifestação, em que pese seu conteúdo aparentemente deslocado do contexto dos fatos, quase maniqueístas, quando o tema é o terrorismo e os atentados de 11 de setembro, está em verdade vinculado a um conceito mais complexo do mundo globalizado. Observa-se o fim do Estado-Nação,¹⁹ ao menos da ruptura do modo como o mesmo é definido pelos clássicos (população, território e governo²⁰).

O fenômeno da globalização permitiu, a partir da reestruturação do capitalismo nos anos 1970, a proliferação de um poder econômico homogenizante e dominante. A ascensão desses novos poderes, organizados sob um Capitalismo Mundial Integrado, trouxe consigo duras consequências às relações sociais, especialmente às trabalhistas e consumeristas.²¹

Como o desenvolvimento tecnológico, o crescimento de grandes conglomerados privados atuando na forma de multinacionais, bem como os inúmeros períodos de crise do capitalismo, os Estados-Nação foram sendo gradativamente sobepujados, ameaçados em sua Soberania, diante dos ditames de um mercado financeiro operado por gigantes que orbitam sobre o tecido social, no que Manuel Castells define como “sociedade em redes”:

Mas o estadismo se desintegrou ao entrar em contato com as novas tecnologias da informação, em vez de adquirir a capacidade de dominá-las [...]; e as novas tecnologias da informação desencadearam o poder das redes e da descentralização, na realidade enfraquecendo a lógica centralizadora das instruções unilaterais e da vigilância vertical burocrática [...] Nossas sociedades não são prisões organizadas, mas selvas caóticas.²²

¹⁸RODRIGUES, Celso; ZIERO, Gabriel Webber. **Os direitos humanos e o 11 de setembro**: notas para o debate cultural. In BORGES, Rosa Maria; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Direitos humanos e terrorismo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 18.

¹⁹CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. 9. ed. rev. ampl. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

²⁰CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; **Teoria geral do estado e ciência política**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

²¹NEGRI, Antonio; GUATTARI, Félix. **As verdades nômades**: por novos espaços de liberdade. São Paulo: Antonomia Literária, 2017.

²²CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. p. 405.

As noções de território, população e governo não mais ditam as regras de funcionamento do capital, tendo a globalização como meio disseminador. As redes globais de produção e administração dependem, agora, dos regramentos mercadológicos, ficando os Estados-Nação à disposição desses regramentos, não o contrário. Todas as experiências de resistência ao avanço deste padrão resultaram em situações de crise e conflitos de grande porte.²³

Nessa senda, a figura do terrorismo surge como a ameaça a ser combatida. Ou seja, está-se diante do discurso que fundamenta os conflitos que não de se espalhar pelo globo, cujos resultados não somente levam a onda globalizante a outros países, mas agora em sua forma mais agressiva e opressora:

O que aconteceu foi aquilo que aqui me proponho a descrever como “choque de fundamentalismos”. Os Estados Unidos, com o apoio quase integral de boa parte dos países da ONU, viabiliza a sua posição de que toda e qualquer política de repressão ao terrorismo fundamentalista está legitimada em nome da segurança nacional.²⁴

Entretanto, como visto, o uso do medo como discurso produtor de ação política, não é uma exclusividade dos norte-americanos. Na América Latina, a partir da queda da esquerda, sufocada pela própria apatia na gestão das demandas populares,²⁵ o capitalismo globalizante também aprende a trabalhar com articulações políticas, desenvolvendo o neoliberalismo como ideologia dominante.

Diante da insatisfação perante a falta de acesso ao exercício político e democrático, os novos movimentos sociais se erguem contra a globalização, buscando o reconhecimento de suas pautas, bem como de sua identidade sociocultural.²⁶ A situação no Brasil não é uma exceção:

Quase sempre, a incidência jurídica contra a corrupção ocorre em desfavor apenas de governantes frágeis ou de grupos opositores novidadeiros ou de menor inserção nas instituições estatais e sociais. Nos casos brasileiro e latino-americano, o combate à corrupção historicamente serve de arma a classes e grupos tradicionais, a serviço da restauração de velhas dominações políticas.²⁷

É justamente neste contexto de confrontação política que deságuam os novos movimentos sociais no Brasil, e conseqüentemente, se justifica a presente pesquisa: trata-se de um momento de grande sensibilidade para os movimentos sociais, que desde 2013 rompem uma barreira política antes muito forte, eclodindo como novos atores sociais.²⁸

²³CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade.**

²⁴PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Bem-vindo ao deserto dos Direitos Humanos:** o 11 de setembro e o choque de fundamentalismos. *In:* In BORGES, Rosa Maria; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *Direitos humanos e terrorismo.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 60.

²⁵NEGRI, Antonio; GUATTARI, Félix. **As verdades nômades:** por novos espaços de liberdade.

²⁶CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade.**

²⁷MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe.** São Paulo: Boitempo, 2018, p. 133.

²⁸MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe.**

O estabelecimento de novas pautas de reconhecimento, de luta pela moradia, contra a repressão sexual e contra corrupção que permanece arraigada o aparente funcionamento do Estado, contraria os ditames mercadológicos. Basta analisar a Lei Antiterrorismo a partir de seu contexto: Por que um país que nunca sofreu um ataque terrorista produziria uma lei antiterrorismo logo após um longo e violento conjunto de protestos, às portas das Olimpíadas, que se realizariam no Rio de Janeiro, em breve? A resposta demonstra que:

diversos países e organizações internacionais, inclusive o próprio Comitê Olímpico Internacional, pressionaram o governo brasileiro a aprovar a nova legislação, sob pena, inclusive, de não participação de diversas delegações estrangeiras nas Olimpíadas.²⁹

Com o afastamento da então Presidente, que vetou os já citados termos da Lei n. 13.260/16, o assunto em torno do PL. n. 276/2016 voltou ao contexto político, já com parecer favorável a sua implementação, e um adendo: a inclusão dos termos “motivação política, ideológica ou social” como elementos fundantes da prática de terrorismo.³⁰

Diante dos elementos até aqui debatidos, verifica-se que os movimentos sociais antiglobalização se encontram em situação delicada no Brasil, visto que a possibilidade de aprovação do PL 272/2016 é alta. A possibilidade de violação dos princípios antes defendidos oferece risco ao exercício político do direito de expressão e reunião, bem como a organização de manifestações e os próprios meios de financiamento dos movimentos sociais.

Há que se atentar ao fato de que com o prejuízo das instituições estatais diante dos ditames mercadológicos a própria democracia se encontra em crise,³¹ o que deixa aberta as portas do autoritarismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até o presente momento, foi possível traçar duas análises referentes ao primeiro tópico abordado: em primeiro lugar, em que pese a colaboração internacional no sentido de elaborar diversos documentos e entabular compromissos a serem seguidos pelos Estados Nações, o conceito de terrorismo permanece dotado de grande subjetividade, motivo pelo qual se faz necessária a sua limitação por meio da tipificação específica dos atos que o constituem.

²⁹LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**: volume único, p. 878.

³⁰SENADO NOTÍCIAS. **Proposta que amplia repressão a condutas terroristas terá audiência**. 31 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/31/proposta-que-amplia-repressao-a-condutas-terroristas-tera-audiencia>>. Acesso em 28 de dez. 2018.

³¹MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe**.

Ademais, em segundo lugar, verificou-se que os vetos presidenciais apresentados ao projeto original se fundamentaram em princípios constitucionais e penais, voltados a evitar insegurança jurídica e violação aos fundamentos do poder punitivo.

Logo após, verificou-se que no segundo item a pesquisa versou acerca de elementos não dogmáticos, mas ainda assim vinculados ao estudo do direito. Atentou para o fato de que o mundo globalizado em que se operam as relações sociais de hoje pervertem o conceito de Estado-Nação, pervertendo igualmente suas instituições.

Essas condições, somadas ao passado recente do país, ainda lutando para compreender os resultados do *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff, pouco antes do último pleito eleitoral, revela um quadro sensível para exercício dos movimentos sociais antiglobalização (talvez último refúgio das pautas identitárias).

Nesse ínterim, um projeto de lei visando reinserir no contexto da Lei do Terrorismo incisos e artigos anteriormente vetados justamente pelo grau de autoritarismo que secretavam, traça um caminho de violação de direitos e perversão dos conceitos de terrorismo, a fim de que nele, a exemplo do que vem sendo praticado no mundo, se fundamente qualquer guerra.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Lei no 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 30 dez. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 dez. 2018

BRASIL. Mensagem n. 85, de 16 de março de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Msg/VEP-85.htm>. Acesso em: 30 dez. 2018.

CASTELLS, Manuel. O poder da identidade. 9. ed. rev. ampl. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; **Teoria geral do estado e ciência política**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**: volume único, 5. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MASCARO, Alysso Leandro. Crise e golpe. São Paulo: Boitempo, 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A ONU e o terrorismo.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/terrorismo/>>. Acesso em: 30 dezembro 2018.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Bem-vindo ao deserto dos Direitos Humanos:** o 11 de setembro e o choque de fundamentalismos. In: In BORGES, Rosa Maria; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Direitos humanos e terrorismo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 60.

RODRIGUES, Celso; ZIERO, Gabriel Webber. **Os direitos humanos e o 11 de setembro:** notas para i debate cultural. In BORGES, Rosa Maria; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Direitos humanos e terrorismo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 18.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n. 272, de 2016.** Altera a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, a fim de disciplinar com mais precisão condutas consideradas como atos de terrorismo. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4053697&ts=1545401521318&disposition=inline>. Acesso em: 30 dez. 2018.

SENADO NOTÍCIAS. **Proposta que amplia repressão a condutas terroristas terá audiência.** 31 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/31/proposta-que-amplia-repressao-a-condutas-terroristas-tera-audiencia>>. Acesso em 28 de dez. 2018.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Declaração Universal de Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 30 dez. 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Direito penal brasileiro:** primeiro volume – Teoria geral do direito penal. 4. ed. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

A MEDIAÇÃO COMO UM MECANISMO ADEQUADO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NO ÂMBITO LOCAL

MEDIATION AS AN APPROPRIATE LOCAL CONFLICT RESOLUTION MECHANISM

Saionara do Amaral Marcolan¹

RESUMO

O presente artigo busca fazer uma abordagem do conceito de poder, especialmente do poder local, dos conflitos com enfoque no âmbito municipal, bem como a forma como a mediação trabalha essas questões. O presente estudo justifica-se pela relevância da busca por instrumentos capazes de efetivar o tratamento adequado dos conflitos envolvendo o Poder Municipal. No presente artigo foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com a técnica da revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Município. Poder.

ABSTRACT

The present article seeks to approach the concept of power, especially local power, conflicts with a municipal focus, as well as the way in which mediation works on these issues. The present study is justified by the relevance of the search for instruments capable of effecting the adequate treatment of conflicts involving Municipal Power. In the present article the hypothetical-deductive method was used, with the bibliographic review technique.

KEYWORDS: County. Mediation. Power.

INTRODUÇÃO

O poder tem sido objeto de estudo de diversos autores ao longo da história, com diferentes abordagens e campos de aplicação distintos. As relações sociais são permeadas pelo exercício do poder, quer sejam nas relações afetivas, laborais ou comunitárias

Este artigo objetiva investigar a concepção do conceito de poder, com enfoque especial ao poder local, os conflitos e a forma como na mediação são abordados os conflitos e as relações de poder. Nessa perspectiva, o texto propõe questionar se a mediação é um instrumento adequado para o tratamento dos conflitos envolvendo relações entre o poder municipal e os munícipes.

O presente estudo se justifica pela relevância da mediação como tentativa de ser um instrumento capaz de efetivar o acesso à justiça, bem como pela necessidade de se verificar se o instituto irá atender a essa expectativa.

¹ Mestranda em Direito do PPGD da Universidade de Passo Fundo. Especialista em Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa (IMED). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (UPF). Servidora Pública Estadual. E-mail: samdp@tjrs.jus.br

O artigo divide-se em dois capítulos: o primeiro analisa a evolução do conceito de poder - com enfoque no poder local e o segundo aborda aspectos gerais relativos aos conflitos e a forma como eles são abordados na mediação. No que se refere à metodologia, o procedimento de pesquisa utilizado foi de pesquisa bibliográfica nas fontes citadas no decorrer do texto, para o que se utilizou a metodologia hipotético-dedutiva.

1 - O PODER LOCAL

Independente da classificação ou conceito adotado por cada doutrinador é importante destacar que não existe relação social na qual o poder não esteja presente. Ele permeia as relações afetivas, as relações de produção, as relações entre grupos e indivíduos e a forma como o Estado relaciona-se com os cidadãos e com outros Estados. Ao longo do tempo o conceito de poder foi sendo alterado de uma concepção que se concentrava no príncipe para uma realidade em que o poder se encontra difuso na sociedade.

Mouffe esclarece que “En una organización política democrática, los conflictos y las confrontaciones, lejos de ser un signo de imperfección, indican que la democracia está viva y se encuentra habitada por el pluralismo²”. Assim, o objetivo não é eliminar o poder, mas reconhecer a sua existência e compatibilizá-lo com os ideais democráticos.³

Marina⁴ assevera que nas relações cotidianas exercemos poder e somos a ele submetidos e que ele nos fascina por distintas razões e concorda com Han⁵ no sentido de que o poder não é algo que possa ser tomado, possuído ou deixado, mas é algo dinâmico e que ele só existe nas relações sociais. No mesmo sentido é o pensamento de Foucault para quem: “O poder não se dá, não se troca nem se retoma, mas se exerce, só existe em ação.”⁶

É preciso não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras; mas ter bem presente que o poder não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detém exclusivamente e aqueles que não o possuem. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. [...] Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles.⁷

² MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática**: el peligro del consenso en la política contemporánea. Tradução de Tomás Fernández Aúz e Beatriz Eguibar. Argentina: Gedisa, 2000, p. 49-50.

Em tradução livre: [Numa organização política democrática, conflitos e confrontações, longe de ser um sinal de imperfeição, indicam que a democracia está viva e é habitada pelo pluralismo]

³ MOUFFE, Chantal.. **La paradoja democrática**: el peligro del consenso en la política contemporánea.

⁴ MARINA, José Antonio. **La pasión del poder**: Teoría y práctica de la dominación. Barcelona: Anagrama, 2009.

⁵ HAN, Byung-Chul. **Sobre el poder**. Tradução de Alberto Ciria. Barcelona: Herber, 2016.

⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 23. ed. São Paulo: Graal, 2004.p. 175

⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. p. 193.

Quanto à classificação do poder, Weber⁸ elencou três tipos puros de dominação legítima. A vigência da legalidade de cada uma das formas baseia-se em critérios de caráter tradicional, carismático ou racional.

Para o presente trabalho importa destacar a dominação de caráter racional, também chamada de dominação legal, que é baseada na crença da legitimidade das ordens e das pessoas nomeadas para instituídas, na medida em que “obedece-se à *ordem impessoal*, objetiva e legalmente estatuída e aos *superiores* por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas”.⁹

Com relação à dominação jurídica racional sua legitimação decorre de leis universais e impessoais aplicadas à sociedade por um sistema judicial burocratizado e profissional.¹⁰

No que diz respeito à elite do poder Mills¹¹ destaca que é de sua natureza uma constante movimentação, bem como ela “compreende a coincidência, por vezes difícil, do poder econômico, militar e político”. Para o referido autor:

A elite não pode ser realmente imaginada como homens que estão apenas cumprindo o dever. São eles que determinam seu dever, bem como os deveres dos que lhe ficam abaixo. Não estão apenas seguindo ordens: dão as ordens. Não são meros burocratas: comandam burocracias.¹²

Independentemente do tipo de dominação, o poder pode ser exercido de diferentes formas que podem variar desde a coação física até a simples influência. A coação física é difícil de ser escondida, mas o poder exercido, sutilmente, pela manipulação pode passar despercebido. Segundo Han: “El poder incrementa su eficiencia y estabilidad ocultándose, haciéndose pasar por algo cotidiano u obvio. En eso consiste la astucia del poder”.¹³

Três são os Poderes do Estado que são harmônicos e independentes entre si e desempenham determinadas funções especificadas pela Constituição Federal. São eles o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

O Poder Executivo pode manifestar-se nas esferas municipais, estadual e federal. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988¹⁴ é claro ao afirmar que o município é um dos entes integrantes da

⁸ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, vol. 1.

⁹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. p. 141

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

¹¹ MILLS, C. Wright. **A elite do poder**. Tradução de Waltensir Dutra. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 329

¹² MILLS, C. Wright. **A elite do poder**. p. 337-338

¹³ HAN, Byung-Chul. **Sobre el poder**. p. 68

Em tradução livre: [O poder aumenta sua eficiência e estabilidade escondendo-se, fingindo ser algo cotidiano ou óbvio. Essa é a astúcia do poder].

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...]

Federação Brasileira com autonomia para a organização político-administrativa¹⁵ e competências próprias.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor que a “República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (art. 1º), e que “a organização política-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, Estados e o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos” (art. 18), escreveu nova página sobre o federalismo no mundo. Estão, assim, reconhecidos os Municípios como participantes ativos da estrutura constitucional federativa, integrada por eles e pela União, Estados-Membros e Distrito Federal.¹⁶

Aos Municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e estadual naquilo que couber (artigo 30 da Constituição Federal) e são regidos por lei orgânica que deverá observar o disposto no artigo 29 da Constituição.

A imprecisão do conceito de interesse local, de por um lado pode gerar perplexidade diante das situações inequivocamente ambíguas, onde se entrelaçam em partes iguais os interesses locais e os regionais, por outro, oferece uma elasticidade que permite uma evolução da compreensão do Texto Constitucional, diante da mutação por que passam certas atividades e serviços.¹⁷

Os municípios são regidos, conforme disposto no artigo 29 da Constituição, pela lei orgânica. No que se refere a essa autonomia para a organização Corralo aduz que vem “[...] garantida com a prerrogativa dos municípios em construir as suas leis orgânicas municipais, ou seja, as Constituições locais” [...]”.¹⁸

No ordenamento jurídico brasileiro fica claro que os municípios são indispensáveis para o funcionamento da instituição republicana e geram a obrigação dos governantes de prestarem serviços e realizarem obras de forma eficiente e com qualidade. Por outro lado, existe o exercício da cidadania local, já que o cidadão está mais próximo do gestor e consegue fiscalizar de forma mais eficaz a administração pública.¹⁹

Santin²⁰ destaca que, no Brasil, a noção histórica de Poder Local está vinculada ao coronelismo, patrimonialismo e personalismo no exercício do poder político. Todavia, o novo paradigma democrático faz com que o poder local passe a ser encarado a partir de noções como descentralização e participação popular.

Para a autora, o Poder Local:

¹⁵ Art. 18. 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.

¹⁶ COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (recurso eletrônico). p. 116.

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 311.

¹⁸ CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de direito municipal**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80

¹⁹ COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**.

²⁰ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: Novos Desafios da Cidadania e do Poder Local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

[...] apresenta-se, pois, como uma alternativa onde os próprios indivíduos, mediante uma participação política ativa dentro do seu município ou comunidade, pleiteiam os seus direitos sociais que o Estado já não tem mais condições de efetivar. Processos de gestão democrática consciente e ativa, que visam recuperar a cidadania no espaço local, reconstruindo os espaços comunitários e a comunicação com o resto do mundo pelas novas tecnologias da informação.²¹

Para que se oportunize o desenvolvimento do Poder Local, Santin²² destaca a importância de uma mudança na forma como as pessoas percebem a vida social com a construção de sentimentos de pertencimento e solidariedade, criação de mecanismos de participação democrática nas questões locais, bem como a necessidade de uma revolução pedagógica como uma forma de superar a indiferença política que se observa na atualidade brasileira.

Na medida em que o Município, no Brasil, integra a federação a autonomia que lhe foi concedida pela Constituição Federal objetiva possibilitar que o ente público mais próximo do cidadão tenha condições de realizar uma gestão adequada dos interesses locais sem necessidade de submeter-se aos demais entes federativos, podendo realizar uma administração adequada a realidade e particularidade de cada região.

Todavia, embora a constituição garanta direitos aos cidadãos, o Estado não consegue efetivar esses mesmos direitos, fazendo com que as pessoas sejam compelidas a ingressar em juízo postulando seus direitos. Assim, a União, Estados e Municípios são demandados em milhões de processos, colaborando com a sobrecarga do Poder Judiciário.

Assim, na medida em que é nos municípios que as pessoas vivenciam de forma mais próxima todas as suas dificuldades e conquistas é natural que seja ele o responsável pela concretização de políticas públicas e seja demandado quando isso não se efetive. Percebe-se que a questão das políticas públicas poder ser melhor analisado quando visto sob o prisma do poder local. São necessárias algumas mudanças de paradigma para que as políticas públicas do Brasil possam deixar de ser encaradas com um cunho clientelista e patrimonialista e que o poder local possa ser fortalecido.

No próximo capítulo serão feitas algumas considerações a respeito da mediação de conflitos.

2 - MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Pode-se comparar o conflito, que é algo natural e inerente às relações humanas, especialmente aquelas relações permeadas pelo amor, com um iceberg no qual o episódio (fato que vem à tona, ou a “gota d’água”) é a parte visível e os reais interesses e sentimentos das pessoas (epicentro do conflito) representam a parte submersa, muito maior em relação ao que verdadeiramente as pessoas

²¹ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: Novos Desafios da Cidadania e do Poder Local**, p. 152.

²² SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: Novos Desafios da Cidadania e do Poder Local**.

demonstram num primeiro momento.

Assim, caso ocorram situações conflitivas a questão é de que forma o conflito será tratado no âmbito judicial? Dependendo do modelo escolhido os custos emocionais e financeiros poderão ser maiores do que o conflito em si.

Com efeito, o valor econômico e o ganho emocional da rápida e satisfatória solução de uma controvérsia tem sido objeto de estudos científicos, sendo hoje em questão que prejuízo das pessoas, empresas e nações com processos adjudicatórios demorados e agressivos tem sido de grande monta, com danosas implicações.²³

Na medida em que a solução imposta não põe fim ao conflito, e muitas vezes gera o efeito contrário, ou seja, exacerba a relação conflitiva fazendo com que mesmo após uma erudita sentença a decisão não seja cumprida e os conflitantes voltem a bater às portas do judiciário, é necessário que se repense se o modelo adotado até então é o mais adequado para a realidade do século XXI.²⁴

O fundamental é encontrar meios autônomos de manejá-lo, abandonando o conceito de que seja um fenômeno patológico e passando a encará-lo como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo, conforme os valores inseridos no contexto social analisado.²⁵

As reformas que visam a criação de alternativas para a jurisdição tradicional constituem, na atualidade, uma das áreas de maior inovação na política judiciária. O objetivo dessas inovações é a construção de alternativas que sejam ágeis, econômicas e satisfatórias às partes.²⁶

O ano de 2015 foi marcado pela edição de duas importantes leis que tratam do instituto da mediação – a Lei 13.105, Código de Processo Civil e a Lei 13.140, Lei de Mediação e passou a ser incumbência do Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e estimular a conciliação, a mediação e outros métodos consensuais. Tal estímulo deverá ser realizado por juízes, advogados, defensores públicos e membros do ministério público, na fase pré-processual e, inclusive, durante o curso do processo.

Didier²⁷ entende possível defender-se, atualmente, a existência de um princípio que orienta a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos. O autor o denomina de “princípio do estímulo da solução por autocomposição”. Ressalva, porém, que deverá ser observado os casos em que a os métodos consensuais sejam recomendáveis, não se tratando de um princípio absoluto.

²³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137

²⁴ MORALES, Emiliano Carretero. La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Ventajas de la mediación. In: SOLETO, Helena (directora) MORALES, Emiliano Carretero. LÓPEZ, Cristina Ruiz. (coordinadores). **Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos**. Madrid: Tecnos, 2013.

²⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensual: a “jurisconstrução”**. Revista Sequência, n 55, dez. 2007. p. 303-326.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.) **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. 3. ed. São Paulo: editora ática, 1997.

²⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. I. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

Com relação ao viés democrático do instituto da mediação o autor afirma que:

Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução de litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.²⁸

Com a utilização da mediação as pessoas entendem a real origem do conflito e são estimuladas a tratá-lo sem a necessidade de enfrentar todo o processo judicial. Por meio do diálogo, as partes retomam o controle das suas vidas e constroem soluções criativas e adequadas às suas realidades, fazendo que as decisões tomadas possam ser duradouras, porque foram tomadas levando em consideração as suas necessidades e não impostas para um terceiro (juiz de direito ou árbitro).

A lei 13140 estabelece os regramentos aplicáveis a mediação, como mecanismo de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito judicial e extrajudicial (tanto nos conflitos entre particulares quanto com a administração pública, apenas no âmbito do direito civil).

A busca de soluções consensuais pode ocorrer sem a necessidade de intervenção do judiciário, desde que a solução encontrada pelas partes seja satisfatória e o procedimento seja conduzido por um mediador imparcial, sem poder decisório. O mediador poderá ser escolhido ou aceito pelas partes e deverá auxiliá-los no desenvolvimento de soluções pacíficas e satisfatórias para todos os envolvidos.

Mais uma vez é ressaltado o protagonismo dos envolvidos no conflito, cabendo ao mediador apenas o papel de facilitador do diálogo entre as partes, ou seja, o mediador terá o controle sobre o procedimento e os mediandos terão o controle sobre o resultado final a ser obtido.

A mediação poderá abranger todo o conflito ou apenas parte dele, bem como versar sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação. No último caso será necessária a oitiva do Ministério Público e posterior homologação do juízo.

São princípios que regem a mediação: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

A imparcialidade do mediador é essencial e, além de ser imparcial, ele deve fazer todo o possível para manter essa imagem perante os mediandos e advogados. Para tal ele deve utilizar de forma adequada as ferramentas, procurando manter sempre o equilíbrio entre os participantes.

A respeito da necessidade de manutenção da isonomia entre as partes é imprescindível que o mediador fique atento para situações em que vislumbre um desequilíbrio de poder entre os participantes. Para manutenção da isonomia ele poderá utilizar algumas ferramentas como sessões

²⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**.p. 274

privadas e inversão de papéis, bem como poderá interromper a mediação sempre que verificar situações de desequilíbrio que não possam ser contornadas.

É vedada a utilização de qualquer espécie de constrangimento ou ameaça para a elaboração do acordo. Tal proibição é importante para a mudança de uma cultura que via a conciliação apenas como imposição do magistrado, do conciliador ou juiz leigo que, independente de escutar os envolvidos no conflito e conhecer seus contornos tentava impor uma divisão dos prejuízos – o que acaba, muitas vezes, acarretando a adesão ao acordo cujo cumprimento era inviável, para o qual não havia reflexão e adesão das partes e acabava gerando um imenso número de pedidos de execução ou cumprimento de sentença.

No que diz respeito as relações de poder dentro do procedimento da mediação, Vasconcelos afirma que:

Os mediadores experientes sabem que, em situações de disputa, a atitude dominadora, em cada um dos mediados, tende, inicialmente, a se destacar e que, na dinâmica do entendimento facilitado pelo mediador – quando vão sendo saciados desejos e impulsos básicos e evidenciados os interesses e necessidades comuns – a atitude colaborativa vai sendo construída. Com efeito, vamos observando que as atitudes de imposição e de colaboração expressam, acima de tudo, estados emocionais e padrões relacionais, que podem ser alterados no processo de transformação do conflito, pela mediação.²⁹

Com relação à mediação coletiva Souza³⁰ afirma que "A utilização da mediação ou outro caminho de resolução consensual de solução dos litígios coletivos deve implicar algumas adaptações no rito tradicional de tais ações [...]" e esclarece que as mediações envolvendo políticas públicas apresenta alguns diferenciais da mediação individual, na medida em que o princípio da confidencialidade tem uma aplicação mais restrita (em respeito aos princípios que regem à administração pública), bem como são necessárias reuniões prévias para conhecimento dos fatos, identificação de todos os envolvidos e interessados na solução a ser construída. Ressalta ainda a possibilidade de realização de estudos de viabilidade e as eventuais dificuldades que podem advir das restrições orçamentárias para a efetivação de um entendimento viável. A autora conclui que se a mediação for bem feita, ou seja, observar a participação de mediadores especificamente capacitados para o tema, observar todas as etapas e observar o tempo necessário para que se chegue a uma composição viável, a mediação "revela-se como o caminho mais adequado não apenas para resolver o conflito judicializado, mas também para prevenir o surgimento de novos impasses no futuro".³¹

²⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas**. p. 35

³⁰ SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de Conflitos Coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 136

³¹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de Conflitos Coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais**, p. 235

Além das questões já referidas, destaca-se o fato de que a Lei de Mediação se preocupou em regular a mediação no âmbito das instituições públicas, conforme o disposto nos artigos 32 a 40, cabendo às câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, entre particulares e pessoas jurídicas de direito público.

Destaca-se ainda, que a mediação no âmbito local é uma realidade em vários municípios sendo que, em Passo Fundo, tramita o Projeto de Lei nº 0078/2017, que "Cria no âmbito do Município de Passo Fundo a Central de Mediação e Conciliação, composta pela Câmara de Indenizações Administrativas, Câmara de Mediação e Conciliação e Câmara de Conciliação de Precatórios e Requisição de Pequeno Valor", de autoria do vereador Mateus Wesp.

Os mecanismos autocompositivos não são renúncias ao sistema tradicional, mas também não são soluções milagrosas à crise da jurisdição. Logo, o uso da mediação não pode ser uma medida imposta a todos os casos envolvendo vínculos afetivos (judiciais ou extrajudiciais). Deve haver um mecanismo de filtragem dos conflitos para que a mediação seja utilizada apenas nos casos em que se mostrar adequada, sob pena de descrédito do instituto.

Para os casos em que não seja possível a realização da mediação, seja porque os envolvidos não possuam condições psicológicas de participar, naquele momento, seja porque se trate de direitos indisponíveis ou que necessitem de uma sentença, os envolvidos necessitarão da atuação do juiz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo procurou abordar as relações de poder, e dessa forma averiguar as formas de exercício do poder local, bem como explorar a importância da mediação, como um meio adequado de tratamento de conflitos no âmbito local.

A jurisdição estatal ainda apresenta credibilidade de suas decisões. Todavia, tal procedimento nem sempre significa a garantia da efetividade das decisões, justamente porque, muitas vezes, tal procedimento não é o adequado ao tipo de conflito em que as partes estão envolvidas. A mediação apresenta como vantagem, em relação ao modelo tradicional de solução dos litígios, a celeridade e o baixo custo envolvido, fato que atende em grau considerável aos preceitos constitucionais.

Quando as próprias pessoas envolvidas no conflito conseguem solucionar suas diferenças, com o auxílio da mediação, percebe-se que a atuação no que diz respeito a conflitos envolvendo relações com a administração pública é um grande passo para proporcionar autonomia aos cidadãos em direção a uma democracia realmente participativa e democrática.

Assim, em apertada síntese, conclui-se a importância dos meios adequados de tratamento de conflitos, dentre eles a mediação no âmbito da administração, para um efetivo empoderamento dos envolvidos no conflito para que consigam olhar suas relações de forma prospectiva.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 10 dez 2016.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de Junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 10 Dez. 2016.

CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de direito municipal**. São Paulo: Atlas, 2011.

COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (recurso eletrônico).

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. I. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 23. ed. São Paulo: Graal, 2004.

HAN, Byung-Chul. **Sobre el poder**. Tradução de Alberto Ciria. Barcelona: Herber, 2016.

MARINA, José Antonio. **La pasión del poder: Teoría y práctica de la dominación**. Barcelona: Anagrama, 2009.

MILLS, C. Wright. **A elite do poder**. Tradução de Waltensir Dutra. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”**. Revista Sequência, nº 55, p. 303-326, dez. 2007.

MORALES, Emiliano Carretero. La necesidad de cambios em los modelos de solución de conflictos. Ventajas de La mediación. In: SOLETO, Helena (directora) MORALES, Emiliano Carretero. LÓPEZ, Cristina Ruiz. (coordinadores). **Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos**. Madrid: Tecnos, 2013. P. 71-87

MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática: el peligro del consenso en la política contemporánea**. Tradução de Tomás Fernández Aúz e Beatriz Eguibar. Argentina: Gedisa, 2000.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: Novos Desafios da Cidadania e do Poder Local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *In*: FARIA, José Eduardo (org.) **Direito e Justiça**: a função social do judiciário. 3. ed. São Paulo: editora ática, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de Conflitos Coletivos**: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, vol. 1.

A SOCIEDADE DO DESEMPENHO: UM DIÁLOGO ENTRE BAUMAN E BYUNG-CHUL HAN SOBRE O CANSAÇO DA SOCIEDADE

THE PERFORMANCE SOCIETY: A DIALOGUE BETWEEN BAUMAN E BYUNG-CHUL HAN ABOUT THE TIREDNESS OF SOCIETY

Vitor Augusto Ferreira Barquel¹

Lídia Ritter²

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo abordar os problemas oriundos da denominada sociedade do cansaço e para isso foram abordados, primeiramente os entendimentos de Michel Foucault sobre sociedade e poder. Em prosseguimento foram apresentadas as teorias de Byung-Chul Han e Zygmunt Bauman, ocasião em que o primeiro autor parte da ideia de que o adoecimento da sociedade é devido a ambientes autoritários e também em função do modelo mais contemporâneo de disciplina que acaba por ser um ataque do indivíduo. A teoria de Bauman encontra-se com a citada acima, considerando que o consumismo e o neoliberalismo fazem com que cada vez mais pessoas consumam além de seu sustento, primeiramente buscando uma felicidade imediata, sensação de conforto. O hiperconsumismo gera endividamento dos consumidores, fazendo com que trabalhem cada dia mais, estimulando, assim a produtividade e o desempenho como fontes primárias de sociabilidade e de moral. A discussão sobre o adoecimento e cansaço da sociedade é uma forma de refletir sobre os direitos fundamentais, uma vez que uma Constituição deve ser um ordenamento jurídico que proteja o bem viver da sociedade. O estudo proposto refere-se à pesquisa básica, que tem como base lógica operacional o método dedutivo. Quanto ao método de procedimento, este será o monográfico. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental e a bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos e legislações.

PALAVRAS CHAVES: Consumismo. Sociedade do cansaço. Sociedade do desempenho.

ABSTRACT

This research aims to address the problems arising from the so-called society of fatigue and for this were approached, firstly the understandings of Michel Foucault about society and power. In continuation were presented the theories of Byung-Chuk Han and Zygmunt Bauman, occasion when the first author part of the idea that the illness of society is due to authoritarian environments and also in function of the most contemporary model of discipline that Turns out to be an attack by the individual. Zygmunt Bauman's theory meets the aforementioned, considering that consumerism and noliberalism make more and more people consume beyond their livelihood, primarily seeking immediate happiness, a sense of comfort. Hyperconsumerism generates indebtedness of consumers, making them work each day more, stimulating productivity and performance as primary sources of sociability and morals. The discussion about the illness and fatigue of society.

¹Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF.) Integrante do Programa de Extensão Balcão do Trabalhador UPF. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1171947476282421> E-mail: vitorbarquel@gmail.com

²Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Advogada; Mestranda pela Universidade Passo Fundo; Vinculada a linha de pesquisa "Jurisdição Constitucional e Democracia"; Integrante do Grupo de Pesquisa "A efetividade da proteção aos direitos humanos no plano internacional - o controle de convencionalidade e os regimes na América Latina"; Bolsista CAPES, modalidade II. <Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4475972Z7>> Email: lidiaritter26@gmail.com.

KEY WORDS: Consumerism. Fatigue Society. Performance Society.

INTRODUÇÃO

No livro “Sociedade do Cansaço”, o filósofo sul-coreano Byung-Chul Han, tece alguns comentários sobre a sociedade na qual estamos inseridos, que não preza pelo repouso, pelo contrário, vem cada vez mais estimulando a produtividade e o desempenho como fontes primárias de sociabilidade e de moral.

A presente pesquisa objetiva demonstrar como as bases de ordem e disciplina na sociedade ainda permanecem, apesar de que com o avançar da história tenha havido evoluções da sociedade e como os indivíduos se organizam na coletividade.

O filósofo sul-coreano Byung-Chul Han, partindo da ideia de sociedade disciplinar de Foucault desenvolveu a teoria do adoecimento da sociedade devido a esses ambientes autoritários e também com o modelo mais contemporâneo de disciplina que acaba por ser um ataque do indivíduo a si próprio por meio da imposição cansativa de metas para si mesmo com o objetivo de se adequar a sociedade.

Com esses apontamentos é possível relacionar com a teoria da sociedade de consumo de Zygmunt Bauman. O neoliberalismo e o consumismo fazem com que um grande número de pessoas comprem bens de consumo para além de seu sustento. O sistema passa a impressão de conforto para provocar hiperconsumismo, assim, gerando endividamento dos consumidores, tudo para fazer com que as pessoas se sintam incluídas na sociedade mediante compras.

Este estudo, por meio da conexão entre duas teorias distintas busca a análise da sociedade contemporânea e as suas formas de adoecimento e cansaço dos indivíduos que a compõem.

1 - A SOCIEDADE DISCIPLINAR E O PODER EM FOUCAULT

Antes de iniciar a abordagem de Han e Bauman, é necessária uma breve noção dos entendimentos de Michel Foucault sobre sociedade e poder.

Primeiramente, ao tentar entender o que significa poder, vem à cabeça que é uma hierarquia no qual o maior (de cima) exerce uma influência e controle sobre o menor (de baixo). Por exemplo, o Estado, que seria a maior forma de representação de poder, controla a sociedade por meio das sanções e organização das pessoas em sociedade, visto que o Direito é uma estrutura de controle social. Ocorre que, para Foucault, o poder está ao redor e não em uma linha vertical.

Quando foi compreendida a ideia de que vigiar é mais barato (em todos os sentidos) do que punir, foi rapidamente adotada. Com o fim do Absolutismo, o Estado utilizou o mecanismo de

sociedade disciplinar. Dessa forma, ambientes tradicionais como escolas e prisões inovaram com o método Panóptico.

Este método consiste em ser observado sem saber que está sendo observado. Essa forma de exercício de poder é múltipla e descentralizada que se dá pela arte, discursos e as relações sociais.

Os dois melhores exemplos são a escola e a prisão, como anteriormente citadas. No primeiro, o professor está à frente de todos os alunos, que estão sentados em filas. Nessa posição do professor, que está em pé, ele tem visão de todo o periférico, podendo ver todos os alunos e tudo o que acontece entre eles, exercendo de certa forma um poder, com essa “pressão psicológica” indireta.

Na segunda, o órgão prisional é construído de tal forma que sua estrutura permite que uma alta torre central dê ao guarda responsável pela vigilância uma visão completa em 360 graus das celas sem que os apenados consigam saber quem está o observando.³

Tal vigilância é praticamente igual ao professor na escola. O poder e o saber produzido pelas normas disciplinares são importantes para instituições disciplinares. Entende-se que o poder também é exercido por meio das relações sociais uma vez que na sociedade contemporânea, esse método Panóptico é feito pelas próprias pessoas, então a sociedade é autovigilante. Será melhor abordado esse pensamento no decorrer deste trabalho.

2 - O CANSAÇO DA SOCIEDADE POR BYUNG-CHUL HAN

“Por falta de repouso, nossa civilização caminha para uma nova barbárie” (NIETZSCHE)⁴

Com o desenvolver da sociedade cria-se doenças sociais que não podem ser simplesmente curadas. Esse adoecimento das pessoas se dá por excesso de metas, ter como objetivo uma vida perfeita, que faz com indivíduos passem uma falsa impressão de suas vidas. São vazios existenciais que enfraquecem a vitalidade da coletividade.

Cada época da história teve uma doença que afetava a sociedade, e, com o avanço da ciência no decorrer dos anos, a cura foi descoberta. Um corpo humano possui o seu sistema imunológico para o proteger de doenças, porém, uma sociedade não tem qualquer mecanismo de defesa. Não estamos falando de doenças físicas de contaminação por vírus ou bactérias, mas do cansaço da sociedade, uma espécie de doença social.⁵

O autor menciona que, atualmente, não são mais as infecções que assolam o mundo em geral, mas sim infartos, provocados diariamente por excesso de pressão, não pela negatividade de algo “[...] imunologicamente diverso, mas pelo excesso de positividade”.⁶

³FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 20 ed. Rio de Janeiro: Vozes, p. 50 1999.

⁴HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p. 37.

⁵HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p.7-10.

⁶HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p.8.

Para Han, as duas causas principais de adoecimento da sociedade são pela negatividade ou excesso de positividade. A negatividade é uma teoria foucaultiana que estabelece a disciplina para manter o controle, ambientes autoritários, de controle. O modelo clássico de sociedade é a disciplinar, ordem e controle por meio do “direito-de-não-fazer”. Aí que se encontra a negatividade, pela proibição.⁷

O autor define as causas de adoecimento, o principal diagnóstico é, [...] o excesso de trabalho e desempenho agudiza-se numa autoexploração. Essa é mais eficiente que uma exploração do outro, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade. O explorador é ao mesmo tempo explorado. Agressor e vítima não podem mais ser distinguidos. Essa autor-referencialidade gera liberdade paradoxal que, em virtude das estruturas coercitivas que lhe são inerentes, se transforma em violência. Os adoecimentos psíquicos da sociedade de desempenho são precisamente as manifestações patológicas dessa liberdade paradoxal.⁸

Ambientes clássicos como quartéis, asilos, hospitais, escolas, etc. Em que os indivíduos que os compõem, são estes sujeitos de obediência.⁹

De outro lado, o modelo mais moderno de sociedade é o do desempenho. É uma forma de ataque ao indivíduo em que o mundo exterior pressiona a pessoa a estabelecer metas para si própria. Esse excesso de objetivos pessoais cria uma falsa sensação de “poder ilimitado”. Motivação, positividade, iniciativa são o excesso de positividade, o famoso “*Yes we can*”.¹⁰

Na atual sociedade, as pessoas cobram-se cada vez mais para apresentarem melhores resultados, tornando-se, elas próprias, vigilantes, e carrascas, de suas ações. A ideologia da positividade é perversa, fazendo com que o ser humano se submeta a trabalhar mais e a receber menos.

A representação do merecimento, qualidade ou valor que um indivíduo possui, tendo em vista a época pobre de negatividade na qual está inserido, tem gerado de certa forma o desaparecimento da alteridade, que está diretamente ligada aos adoecimentos neuronais. O sujeito do século XXI segue não mais a dialética da negatividade, mas a dialética da positividade, que ocasiona estados patológicos decorrentes do exagero de positividade na busca incessante pelo desempenho de sujeitos individuais ou organizacionais.

O problema da sociedade do desempenho é bem mais complexo. Nela, as pessoas querem usar as redes sociais para postar fotos em que estão em festas sorrindo, bem-vestidas para passar a impressão de que são populares e têm vida boa. Ou obter o máximo número de curtidas possível para se enganarem com a “popularidade”.

⁷HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p.24.

⁸HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p.30.

⁹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 20 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p.23.

¹⁰HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p.25.

Ademais, frequentam academias para a busca do corpo *fitness*, fazem empréstimos em bancos para comprar bens de consumo e usam novas plataformas de tecnologia “porque é moderno”. O excesso de positividade é uma autoagressão e autodestruição. Esse excesso também pode ser o exagero de informações, impulsos, estímulos. Sobrecarga de trabalho e multitarefas não é progresso civilizatório.¹¹

A sociedade do desempenho é uma forma de autovigilância, como anteriormente citada. As pessoas, por ficarem cuidando o que o outro faz, criam metas para se igualarem a este indivíduo ou para ficar numa posição melhor na sociedade. Essa sobrecarga é a autoagressão, como na teoria de Han.¹²

De fato, a mudança de paradigma de uma sociedade disciplinar para a sociedade do desempenho tem nos apontado que, [...] para elevar a produtividade, o paradigma da disciplina é substituído pelo paradigma do desempenho ou pelo esquema positivo do poder, pois a partir de um determinado nível de produtividade, a negatividade da proibição tem um efeito de bloqueio, impedindo um maior crescimento. A positividade do poder é bem mais eficiente que a negatividade do dever”.¹³

Nessas condições, o sujeito do desempenho é muito mais rápido e produtivo que o sujeito da obediência. Salientamos que o mesmo sujeito do desempenho continua disciplinado. Nesse sentido, o sujeito do desempenho em uma sociedade pós-moderna do trabalho tem um novo problema para lidar justamente a pressão do desempenho, o que desencadeia as diversas enfermidades neuronais.

Também em analogia à biologia, o que não é doença pode ser um “corpo estranho” para a sociedade. Um grande exemplo é a imigração. O imigrante é uma pessoa de outra sociedade que está se inserindo em outra diferente, por isso seria o corpo estranho. O problema está em saber como a sociedade vê o imigrante, o senso comum acredita que essas pessoas com características diferentes podem ser um peso ou uma ameaça.¹⁴

Dessa forma, violência contra imigrantes pode surgir do excesso de positividade. Por exemplo, duas pessoas do mesmo país são iguais (o que é positivo), então um imigrante, que é diferente, será reprimido.¹⁵

A negatividade da sociedade disciplinar cria delinquentes e loucos e o excesso de positividade da sociedade do desempenho gera depressivos, ansiosos e fracassados, por isso a sociedade adocece. A sociedade de desempenho, nas palavras de Han, produz infartos psíquicos.¹⁶

¹¹HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p.29/31.

¹²HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p.28.

¹³HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p.25.

¹⁴HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p. 12.

¹⁵HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, pp.15/15

¹⁶HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015, p.29.

A própria sociedade contemporânea se vigia. Disciplina as pessoas pela autovigilância e observação constante do outro. Assim, mais uma forma de adoecimento da coletividade.

3 - BAUMAN E O RUMO AO CANSAÇO POR MEIO DO CONSUMO

*“Conseguimos, até certo ponto, ajudar essa gente (pobres) a se tornar bons consumidores. Mas não conseguimos transformá-los em cidadãos”.*¹⁷

É possível perceber que o atual mundo neoliberal traz um excesso de positividade por meio do consumo. Retomando a ideia de um indivíduo colocar metas para si próprio e a clássica máxima “somos o que podemos ter” para se inserir na sociedade, mais uma forma de cansaço da sociedade se instala.

Com essa ideia de consumismo desenfreado, além das pessoas precisarem trabalhar para juntar dinheiro para comprar, quando não conseguem, recorrem aos bancos para pedirem empréstimos. Deve-se fazer a reflexão de quanto tempo as pessoas precisaram “trocar” para conseguir obter um determinado bem material.

O indivíduo disciplinado que paga suas contas precisa ser capturado pela lógica do endividamento, pois é uma ameaça ao lucro das instituições financeiras. Aqueles que não podem pagar não têm acesso aos shoppings centers, os santuários espirituais das sociedades de consumo. Nossa época reflete, segundo Bauman, um momento onde o poder político desvinculou-se do poder econômico. Assim, a política tornou-se ilusão, pois as decisões políticas devem ser do interesse do poder econômico.¹⁸

Essa falsa ideia de felicidade também se percebe, visto que as relações de trabalho foram se transformando, com métodos de produção em massa que passam uma ideia de que é necessário o consumo desenfreado.

Nos dias atuais, é fácil a compreensão do pensamento de Baumann, ocasião em que refere que não há espaço para quem não cumpre o seu papel social primordial, qual seja: ser um consumidor exemplar. Isto ocorre porque na sociedade contemporânea seus membros são avaliados por sua capacidade de consumir, sendo esta o termômetro que irá reconhecer ou não o seu valor no interior desta escala social. Assim, seu lugar estará “garantido” somente enquanto exerce sua competência de consumidor, que deve ser exercida sem pausas, de forma voraz e contínua.¹⁹

¹⁷BAHIANA, Ana Paula. *Transformamos pobres em consumidores e não em cidadãos, diz Mujica*. BBC News Brasil. São Paulo, 21 de dezembro de 2018. Matéria disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46624102>> . Acesso em 22 de dezembro de 2018.

¹⁸CARNEIRO, Alfredo. **Zygmunt Bauman: somos aquilo que podemos comprar**. Revista Pensar Contemporâneo, 12 de março de 2018. Disponível em <<https://www.pensarcontemporaneo.com/zygmunt-bauman-somos-aquilo-que-podemos-comprar/>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.

¹⁹BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 71.

Para Bauman, a sociedade de consumidores “representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas”.²⁰

É importante referir que a escolha pelo consumo exagerado possui uma grande influência da mídia e política, guiadas pelo interesse econômico, transmitindo a ideia manipuladora que a economia cresce se existir consumo, quando na verdade toda essa publicidade é voltada para o lucro das fabricantes.²¹

Se bem que na verdade o que está por trás do consumo não é a felicidade do destinatário final, o consumidor, mas sim apenas a saída do produto do estoque para mais bens de consumo serem produzidos. A sociedade fica sempre ligada ao mercado pois os objetos são símbolos de posição social.²²

Tudo não passa de uma espécie de teste de adequação que o sistema faz para ver quem consegue se inserir na sociedade, os que têm capacidade de adquirir os bens de consumo, e os que só podem desejar estes bens já que não têm poder aquisitivo, os consumidores falhos:

Pessoas desgastadas e mortalmente fatigadas em consequência de testes de adequação eternamente inconclusos, assustadas até a alma pela misteriosa e inexplicável precariedade de seus destinos e pelas névoas globais que ocultam suas esperanças [...].²³

Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A “subjetividade” do “sujeito”, e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias.²⁴

Finalizando a percepção da sociedade de consumo, as pessoas se tornam mercadorias antes mesmo de serem sujeitos visíveis na coletividade.²⁵ Assim, e possível fazer o diálogo entre as duas teorias, a sociedade de consumo é o cansaço e a autodestruição do indivíduo e da sociedade.

²⁰BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 71.

²¹SANTOS, Rafael Padilha dos; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O feticismo da subjetividade e a sociedade de consumidores no pensamento de Zygmunt Bauman. *In*: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogério. **Balcão do consumidor: reflexões sobre o hiperconsumismo**. Passo Fundo, 2013.

²²LIPOVETSKY, Gilles. **O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p.51.

²³BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 66.

²⁴BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20.

²⁵BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 107/108.

Importante encerrar este tópico abordando sobre o neoconstitucionalismo. Essa nova face do direito constitucional prioriza uma visão mais humanística do Direito com ênfase no reconhecimento dos direitos fundamentais e humanos.

O mote do neoconstitucionalismo é a garantia, preservação e a promoção dos direitos fundamentais à luz do princípio democrático, que impede que minorias sofram iniquidades em nome da lei.²⁶

Essa suposta “superação” do positivismo jurídico puro é importantíssima para a reestruturação do ordenamento jurídico. “Com isso muda-se, também, o sistema de interpretação do Direito, não mais adstrito ao método silogístico, mas voltado para a análise valorativa das normas em face da Constituição”.²⁷

Outrossim, o Direito também precisa se ater às relações sociais e não somente resolver casos concretos por meio da aplicação da lei.

Assim, se enfatiza que o Direito não é simplesmente uma aplicação do “tudo ou nada” como se fosse uma simples operação binária. Esse sistema binário faz com que a hermenêutica perca força. Segundo Dworkin, o sistema positivista é formado por regras e suas aplicações ficam limitadas ao válido e ao inválido dentro de um caso concreto.²⁸

Conclui-se este tópico com a necessidade da interpretação do direito além do jurídico tradicional. A abordagem sociológica e filosófica são fortes complementos à ciência jurídica e social que é o Direito. Importante considerar os direitos humanos e fundamentais reconhecidos na Constituição Federal de 1988 pois a compreensão das relações sociais, no caso, o entendimento sobre o adoecimento da sociedade em questão é um tema que também deve existir nas pautas jurídicas (neo) constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem deste tema é de suma importância visto que o adoecimento da sociedade é pouco percebido e analisado. O entrelaçamento das teorias de Han e Bauman tem sua relevância para iniciar

²⁶GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. **Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional**. São Paulo, agosto de 2012. Artigo Disponível em <https://www.jus.com.br/amp/artigos/22345/1> Acesso em 28 de dezembro de 2018.

²⁷GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. **Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional**. São Paulo, agosto de 2012. Artigo Disponível em <https://www.jus.com.br/amp/artigos/22345/1> Acesso em 28 de dezembro de 2018.

²⁸DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41 *In*: GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. **Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional**. São Paulo, agosto de 2012. Artigo Disponível em <https://www.jus.com.br/amp/artigos/22345/1>. Acesso em 28 de dezembro de 2018.

a visão de novas ideias, assim, oxigenando o mundo jurídico, uma vez que a Sociologia e Filosofia devem caminhar ao lado do Direito para um melhor vislumbre da sociedade pois o Direito é uma Ciência Social aplicada.

Trazer pautas além da dogmática jurídica tradicional contribuem para o enriquecimento do Direito. Novas abordagens constitucionais por exemplo, como o neoconstitucionalismo permitem novos olhares da sociedade. Essa discussão sobre o adoecimento e cansaço da sociedade é uma mais uma forma de pensar os direitos fundamentais, uma vez que uma Constituição deve ser um ordenamento jurídico que proteja o bem viver da sociedade.

Da mesma forma com que os ensinamentos de Bauman sobre a sociedade de consumo nos fazem pensar em um constante aprimoramento do direito do consumidor, como forma de proteção social.

Discussões de temas como esse permitem que os operadores do direito e juristas consigam, por meio desta compreensão das relações sociais preverem, ou no mínimo diminuam os danos sociais que a sociedade está em risco, como as consequências de um consumo inadequado ou o desgaste dos indivíduos devido à sua rotina de vida (trabalho, academia, festas, redes sociais) na tentativa de se encaixar na sociedade. Dessa forma, encerra-se este trabalho iniciando uma breve provocação sobre a sociedade do cansaço.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAHIANA, Ana Paula. **Transformamos pobres em consumidores e não em cidadãos, diz Mujica**. BBC News Brasil. São Paulo, 21 de dezembro de 2018. Matéria disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46624102>> . Acesso em 22 de dezembro de 2018.

CARNEIRO, Alfredo. **Zygmunt Bauman: somos aquilo que podemos comprar**. Revista Pensar Contemporâneo, 12 de março de 2018. Disponível em <<https://www.pensarcontemporaneo.com/zygmunt-bauman-somos-aquilo-que-podemos-comprar/>>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002. *In*: GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. **Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional**. São Paulo, agosto de 2012. Artigo Disponível em <https://www.jus.com.br/amp/artigos/22345/1> Acesso em 28 de dezembro de 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 20 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. **Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional**. São Paulo, agosto de 2012. Artigo Disponível em: <<https://www.jus.com.br/amp/artigos/22345/1>>. Acesso em 28 de dezembro de 2018.

HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. **O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SANTOS, Rafael Padilha dos; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O fetichismo da subjetividade e a sociedade de consumidores no pensamento de Zygmunt Bauman. *In*: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogério. **Balcão do consumidor: reflexões sobre o hiperconsumismo**. Passo Fundo, 2013.

**ARTIGOS - GT 6 – DIREITO, CIDADANIA E
DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO**

**NOVAS TECNOLOGIAS PARA A CIDADANIA: APONTAMENTOS SOBRE O
DECRETO N. 9.149/2017**

NEW TECHNOLOGIES FOR CITIZENSHIP: NOTES ABOUT DECREE 9.149/2017

André Luís dos Santos Mottin¹

RESUMO

O estudo proposto tem como objetivo analisar os contributos de novas tecnologias de informação e de comunicação para a promoção de cidadania. Especificamente, busca-se avaliar os impactos da “Plataforma Digital do Voluntariado” criada por força do Decreto n. 9.149/2017 para estimular e qualificar ações voluntárias. A pesquisa converge para demonstrar a necessidade da restauração da solidariedade social na base da sociedade civil, por meio do voluntariado, utilizando novas tecnologias, evidenciando a potencialidade de mecanismos virtuais de interação e de integração para o desenvolvimento de redes e práticas solidárias.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Decreto 9.149/17. Plataforma digital do voluntariado. Tecnologia. Voluntariado.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the contributions of new information and communication technologies for the promotion of citizenship. Specifically, it aims to evaluate the impacts of the “Volunteer Digital Platform” created by Decree 9.149/2017 to stimulate and qualify voluntary actions. The research converges to demonstrate the need to restore social solidarity at the base of civil society, through volunteering, using new technologies, highlighting the potential of virtual interaction and integration mechanisms for the development of solidarity networks and practices.

KEYWORDS: Citizenship. Decree 9.149/17. Volunteer digital platform. Technology. Volunteering.

INTRODUÇÃO

Em um mundo globalizado, complexo e plural, em que as novas tecnologias possuem cada vez maior impacto na transformação das relações sociais, econômicas, políticas e culturais, assumem especial relevância pesquisas que reflitam sobre o papel das inovações tecnológicas na promoção de cidadania e de espaços de solidariedade social. A temática ganha ainda maior atualidade em relação à potencialidade do uso da tecnologia para fomentar o voluntariado, tendo em vista a recente edição do Decreto Federal n. 9.149/2017, que prevê a criação de uma “Plataforma Digital do Voluntariado”, destinada ao incentivo, à gestão e à qualificação de ações voluntárias.

A partir disso, delinea-se o objeto do presente estudo, que se debruça sobre o papel do Decreto n. 9.149/2017 e, em particular, da “Plataforma Digital do Voluntariado” instituída pelo referido

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Direito Público e em Direito Processual Civil. Membro da Advocacia-Geral da União (Advogado da União). Endereço eletrônico: andremottin@hotmail.com.

díploma, para o estímulo ao engajamento social e à cidadania através do voluntariado. A problemática formulada questiona justamente se a referida plataforma digital pode representar um novo paradigma para a promoção do voluntariado no país, abrindo caminho para novas formas de inclusão e de emancipação social.

O objetivo geral do estudo é demonstrar que o uso de novas tecnologias de comunicação, a exemplo da plataforma digital de voluntariado prevista no Decreto n. 9.149/2017, pode impactar positivamente no fortalecimento dos laços de cidadania e de solidariedade social, contribuindo para a prestação de serviços de relevância social, e, ao mesmo tempo, para o empoderamento dos atores sociais voluntários.

Estruturando o trabalho em três tópicos, tem-se como objetivo específico, em um primeiro item, demonstrar a necessidade da reconstrução de espaços de solidariedade na sociedade contemporânea, inclusive com o auxílio de novas tecnologias de informação e de comunicação. Em uma segunda seção, o objetivo específico diz respeito à análise da relevância do advento do Decreto n. 9.149/2017 como marco legal de incentivo ao voluntariado no país, instituindo o Programa Nacional de Voluntariado e prevendo a criação de uma Plataforma Digital do Voluntariado. Ao fim, em um terceiro tópico, objetiva-se compreender os impactos da Plataforma Digital do Voluntário na pragmática das atividades de voluntariado, avaliando a potencialidade dos mecanismos virtuais para a ampliação de redes de solidariedade voluntárias em todo o país.

A pesquisa possui caráter bibliográfico, tendo por base lógica prevalente o método dedutivo, lançando mão da consulta de diplomas normativos nacionais e internacionais, além de fontes bibliográficas diversas. A partir disso, o desenvolvimento argumentativo do estudo tentará convergir para assentar que a tecnologia, a despeito de sua associação frequente ao individualismo e ao isolamento social, se adequadamente direcionada, pode propiciar novos espaços de integração, de compartilhamento e de sociabilidade, criando mecanismos facilitadores e incentivadores da atuação solidária cidadã.

1 - A SOLIDARIEDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: UMA PROBLEMATIZAÇÃO

A sociedade contemporânea experimenta um quadro de individualização e isolamento social, no qual as relações humanas tornam-se mais frágeis e efêmeras, com uma precarização da qualidade das interações sociais produtivas. Um quadro tal que contribui para o arrefecimento do espírito solidário individual e coletivo, com a paulatina redução do engajamento social para as práticas cidadãs.

Esse panorama de degradação da sociabilidade humana é bem captado pela análise sociológica de Zygmunt Bauman. O sociólogo e filósofo polonês identifica essa nova configuração da sociedade atual, na qual as formas de vida se assemelham à fluidez de um líquido, mudando com rapidez e de forma imprevisível, reforçando um estado de temporariedade e de fragilidade das relações sociais.² Na modernidade líquida, os vínculos humanos se tornam frágeis, dispensáveis e precarizados, ocorrendo a transformação de laços e parcerias – outrora relações a serem produzidas e trabalhadas no tempo – em coisas a serem consumidas e eventualmente descartadas, de forma temporal e transitória.³

Presencia-se, pois, um cenário de fluidez, efemeridade das relações, indiferença humana e, conseqüentemente, de enfraquecimento da solidariedade social. A individualização humana se associa à despreocupação com o outro, gerando a corrosão e a lenta desintegração da cidadania, com a privatização da esfera pública e o atrofiamento do espaço político.⁴ Em um contexto tal, há uma menor disposição dos indivíduos para projetos coletivos voltados ao bem comum, em prejuízo ao desenvolvimento de redes de solidariedade e de cidadania no corpo da sociedade civil.

O historiador francês Pierre Rosanvallon é outro pensador que assimila o impacto dessas transformações na realidade contemporânea. Segundo o autor, vivencia-se na atualidade uma crise de solidariedade, de natureza sociológica e cultural.⁵ Analisando a situação de crise do modelo de Estado-Providência europeu, Rosanvallon afirma que se está frente a um contexto de crescente isolamento, egoísmo, rigidez social e opacificação das relações sociais.⁶ Os indivíduos deixam de participar das relações de solidariedade no mundo contemporâneo, deixando tais encargos exclusivamente sob o ônus das estruturas de “solidariedade automática” do Estado.⁷

A situação é exemplificada pelo autor no apólogo do colchão, em que descreve a existência de um longo engarrafamento provocado por um simples colchão que caiu do teto de um veículo sobre a pista. Nesta situação, segundo a narrativa, nenhum dos motoristas afetados pensa em encostar o carro e retirar o objeto da pista. Ao revés, aguardam passivamente as estruturas do Estado para a resolução do problema, perdendo muito mais tempo no tráfego do que poucos instantes para a remoção do colchão.⁸

Um tal estado de coisas que conduziria, em última análise, na analogia sugerida por Janaína Rigo Santin, a uma situação hipotética de luta de todos contra todos: os cidadãos querendo contribuir cada vez menos com tributos para a manutenção das estruturas estatais, mas desejando cada vez mais

² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, pp. 8-9.

³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. pp. 204-206.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. pp. 49-51.

⁵ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhoa. Brasília: Editora da UnB, 1997, p. 8.

⁶ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. p. 33.

⁷ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. p. 32-33.

⁸ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. p. 33).

benefícios e prestações sociais diversas.⁹ Luta-se para ter menos encargos e para obter mais vantagens, em meio a uma solidariedade automática estatal que gera a perda da autonomia e o isolamento dos indivíduos, alimentando um círculo vicioso de crise social, econômica, política e ética”.¹⁰

Como corolário, a própria tutela dos direitos fundamentais, aí incluídos não apenas os direitos de liberdades e os direitos políticos, mas também os direitos sociais,¹¹ torna-se na prática comprometida, colocando-se em risco a própria base de legitimação de tais direitos perante a sociedade civil. A fundamentação teórica dos direitos é enfraquecida nesse panorama de individualização da realidade social, econômica e política. E diante desse processo disruptivo, é a proteção fática dos direitos humanos, carente de uma base social de ideação, de justificação e de proteção, que se vê debilitada.¹²

Ora, sob pena de derruir-se a própria coesão da sociedade contemporânea e o suporte societal de legitimação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, torna-se premente buscar mecanismos para recobrar o espírito solidário no corpo da sociedade civil. Estimular o engajamento dos indivíduos em práticas voluntárias, comunitárias e político-cidadãs pode ser um caminho transformador para restaurar a unidade social, ampliar os níveis de proteção social da população vulnerável e, ao mesmo tempo, promover a autonomia e o empoderamento dos indivíduos envolvidos nessas atividades.

Para tanto, o próprio mundo contemporâneo pode trazer alternativas à problemática exposta, por meio de um de seus elementos mais marcantes: a revolução tecnológica e informacional verificada nas últimas décadas. É justamente por meio de mecanismos ofertados por novas tecnologias de informação que podem ser encontradas algumas das respostas para o quadro de opacidade e de desconstrução de esferas de solidariedade social.

Frequentemente, o uso das novas formas de tecnologia é considerado um dos elementos promotores de isolamento social, sendo associado a um maior individualismo e ao recrudescimento do egoísmo. Sob essa perspectiva, diversos autores sustentam que a difusão da internet e de outras fontes de tecnologia informacional poderia conduzir à redução da quantidade e da qualidade das

⁹SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 30.

¹⁰ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI**. p. 30.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 1, n. 6, jan./dez. 2008, p. 5.

¹² No ponto, deve ser relembada a conhecida preocupação de Norberto Bobbio centrada na efetividade dos direitos humanos perante a realidade social concreta: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23).

trocas sociais reais, substituindo relações face a face, em ambientes reais, por uma sociabilidade virtual, fictícia e aleatória.¹³

Nada obstante, deve ser reconhecida outra faceta da tecnologia para esse processo. Ao viabilizar novas formas de acesso à informação, de comunicação interpessoal e de sociabilização, aproximando indivíduos e grupos em prol de um bem comum, as novas relações digitais podem se reverter em importantes instrumentos de solidariedade real. Nesse sentido, conforme estudo promovido por Manuel Castells, as relações propiciadas pela internet teriam o condão de adicionar novas formas de interações às relações sociais já existentes, aumentando a exposição a outras formas de informação e contribuindo para a transformação da sociabilidade.¹⁴

A tecnologia, que por vezes isola, tem a potencialidade de, adequadamente direcionada, converter-se em fonte de integração, de compartilhamento e de sociabilidade, unindo indivíduos e comunidades para o desempenho de atividades solidárias, especialmente na área do voluntariado. Os novos mecanismos de comunicação tecnológica podem transpor distâncias informacionais e geográficas que separam atores sociais interessados na transformação social, além de divulgar práticas voluntárias, capacitar agentes para seu exercício e instrumentalizar tais ações, como será exposto nos próximos tópicos.

2 - O VOLUNTARIADO COMO INSTRUMENTO DE SOCIALIZAÇÃO: CONTRIBUTOS DO DECRETO N. 9.149/17

Dentro do escopo de se buscar novas formas de interação social capazes de restaurar o espírito solidário na sociedade contemporânea, as práticas de voluntariado assumem uma importância destacada. Na lição de Amartya Sen e Bernardo Kliksberg, o voluntariado, por meio de seu contato vivo com a comunidade, teria a capacidade de enfrentar necessidades não cobertas e inovar na prestação de serviços de qualidade àqueles em maior necessidade.¹⁵ Provindo de valores éticos positivos, tais práticas contribuiriam para a criação de associatividade, maturidade cívica e confiança recíproca, desenvolvendo autoestima, identidade de grupo e habilidades de caráter público, num estímulo à formação de capital social.¹⁶

¹³ Nesse sentido, por exemplo, estudo conduzido por Kraut et. Al (1998). KRAUT, Robert et. al. Internet paradox: a social technology that reduces social involvement and psychological well-being?. In: **American Psychologist**, 53, pp. 1011-1031.

¹⁴ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p. 100-102.

¹⁵ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 337-338.

¹⁶ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**. p. 344.

Deve ser ressaltada a aptidão das práticas voluntárias para fomentar a cidadania, ampliando a capacitação das pessoas para serem agentes de mudança social, econômica e política. O estímulo ao voluntariado consubstanciaria, aliás, um benefício societal mútuo, favorecendo tanto a coletividade, por meio da ampliação dos serviços sociais disponíveis, especialmente em relação à população mais vulnerável, quanto aos próprios atores voluntários, por meio de sua integração social e econômica na comunidade, tornando-os agentes ativos no processo de transformação da realidade social.

A relevância do voluntariado foi reconhecida inclusive em âmbito internacional por meio da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, aprovada no âmbito da Organização das Nações Unidas em setembro de 2015.¹⁷ Com efeito, as ações de voluntariados são reconhecidas pela própria ONU, pelo seu Programa de Voluntariado das Nações Unidas (UNV), como essenciais para o alcance dos 17 (dezesete) Objetivos do Desenvolvimento Sustentável previstos na Agenda 2030, a qual convoca todos os indivíduos para colaborarem diretamente com a construção de um planeta mais justo, com menos pobreza, com crescimento econômico e com sustentabilidade para as próximas gerações.¹⁸

É nesse contexto que foi editado pelo Executivo Federal o Decreto n. 9.149, de 28 de agosto de 2017, que cria o Programa Nacional de Voluntariado e institui o Prêmio Nacional do Voluntariado, estabelecendo uma série de normas tendentes a fomentar tais práticas no âmbito do setor público e do setor privado. Tal diploma vem finalmente a regulamentar, depois de quase 20 (vinte) anos, a Lei n. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, que, de forma bastante sintética, estabeleceu pontuais regras em relação ao serviço voluntário, apenas conceituando tais atividades,¹⁹ afastando sua caracterização como relação empregatícia e prevendo a sua implementação mediante termo de adesão.

O Decreto n. 9.149/17 institui o chamado “Programa Nacional de Voluntariado”, tendo como objetivos (artigo 3º): a promoção, a valorização e o reconhecimento do voluntariado no País (inciso I); “o desenvolvimento da cultura da educação para a cidadania e o engajamento dos cidadãos” (inciso II); “o fortalecimento das organizações da sociedade civil” (inciso III); “o estímulo à integração e à convergência de interesses entre voluntários e iniciativas que demandem ações de voluntariado” (inciso IV); e “a participação ativa da sociedade na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030” (inciso V). Em termos gerais, o Programa busca a conjunção de esforços entre governo, setor privado e terceiro setor no desenvolvimento de atividades

¹⁷ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL - ONU BR. A **Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030>. Acesso em: 29 dez. 2018.

¹⁸PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. Viva Voluntário, UNV e PNUD reforçam importância do voluntariado para a Agenda 2030. Notícias PNUD. Publicação de 6 de março de 2018. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2018/viva-voluntario--unv-e-pnud-reforcam-importancia-do-voluntariado.html>. Acesso em: 29 dez. 2018.

¹⁹ Conforme artigo 1º da Lei n. 9.608/98, “Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa.”

voluntárias, integrando e convergindo interesses entre voluntários e entidades para a participação ativa da sociedade na promoção de objetivos de desenvolvimento humano sustentável.

O diploma prevê a criação de um Conselho Gestor do programa, congregando representantes de órgãos federais, de segmentos do setor privado e de organizações da sociedade civil, buscando promover a gestão compartilhada de ações voltadas essencialmente ao fomento das atividades de voluntariado. Dentre as tantas finalidades do Conselho previstas no artigo 5º do Decreto n. 9.149/17, podem ser destacadas o estímulo a projetos nos setores público, privado e da sociedade civil, a assinatura de parcerias com entidades públicas ou privadas, a gestão de dados, de estatísticas e de relatórios, a articulação interinstitucional, o fomento a projetos de cooperação nacional e internacional, a colaboração para campanhas de divulgação, a elaboração de planos de trabalho bienais e de um código de ética do voluntariado, a regulamentação do Prêmio Nacional do Voluntariado, além do estímulo a estudos e a pesquisas sobre o voluntariado no país.

O Decreto em referência também institui o “Prêmio Nacional do Voluntariado”, o qual possui uma natureza simbólica, sendo concedido anualmente pelo Presidente da República a cidadãos e entidades responsáveis por atividades voluntárias de relevante interesse social com impactos transformadores na sociedade. De outro lado, como outro instrumento de incentivo, prevê que as atividades voluntárias podem ser aproveitadas como critério de desempate em concursos públicos, conforme regulamentação, além de ser possível sua utilização em processos de promoção nas carreiras do setor público, ou seu cômputo nos currículos acadêmicos em programas educacionais públicos.²⁰

Toda a normatização converge para a criação de mecanismos de estímulo ao desenvolvimento do voluntariado, buscando congrega esforços da Administração Pública, do setor privado e do chamado “terceiro setor” para a ampliação das ações relacionadas a essas áreas. Partindo da premissa acerca da importância da criação de redes de solidariedade e de novas formas de sociabilização, o Decreto em estudo visa a estabelecer bases normativas para a promoção do voluntariado pelos diversos setores da sociedade.

Evidentemente, tratando-se de ações “voluntárias”, cumpre reforçar que elas devem ser assumidas pelos próprios indivíduos, pressupondo justamente uma conduta proativa e espontânea dos cidadãos, sem remuneração e sem outras espécies de contraprestações. O objetivo do voluntariado é precisamente permitir que os cidadãos, por si, tornem-se agentes ativos de mudanças sociais,

²⁰ A respeito da vinculação entre voluntariado e educação, foi editada, na esteira do Decreto n. 9.149/17, a Resolução n. 2, de 11 de setembro de 2018, do Conselho Nacional de Educação, instituindo Diretrizes da educação para o voluntariado na Educação Básica e Superior. Em seu artigo 6º, a Resolução estabelece: “Art. 6º Os sistemas de ensino e as Instituições de Educação Superior fomentarão ações de voluntariado de forma articulada aos currículos escolares, podendo inclusive computar as horas de atividades voluntárias de forma integrada às disciplinas, com o objetivo de estimular o desenvolvimento do currículo social do educando, tendo como princípios orientadores o desenvolvimento integral dos educandos e a articulação com as comunidades locais e o entorno escolar.”

engajando-se altruisticamente – e não reativamente, com base em recompensas –, na complementação de ações governamentais voltadas à proteção de hipossuficientes.

Nada obstante, considerando o estágio ainda incipiente do desenvolvimento do voluntariado no país, não podem ser descartados expedientes como os adotados pelo Decreto n. 9.149/17 no sentido de instituir mecanismos de estímulo para a ampliação dessas atividades. A instituição de prêmios, o estabelecimento de benefícios em concursos públicos e em currículos educacionais, assim como o próprio envolvimento de instituições públicas nesse processo, são instrumentos quiçá dispensáveis em uma sociedade em que as ações voluntárias são estratificadas e adotadas sistematicamente em todos os segmentos da sociedade. Entretanto, no atual momento histórico brasileiro, em que as iniciativas nesses campos ainda são pontuais e contingentes, métodos de incentivo ao voluntariado tornam-se de significativa relevância.

É justamente a propósito da instrumentalização ao voluntariado que se demonstra a importância da criação da chamada “Plataforma Digital do Voluntariado”, prevista nos artigos 11 e 12 do Decreto n. 9.149/17. Conciliando novas tecnologias de comunicação e projetos de engajamento solidário, tal plataforma constitui um relevante instrumento de promoção do voluntariado no país. A compreensão do seu funcionamento e dos possíveis impactos de sua utilização serão abordados no item a seguir.

3 - A PLATAFORMA DIGITAL DO VOLUNTARIADO PREVISTA NO DECRETO N. 9.149/17

Na forma prevista no Decreto n. 9.149/17, a Plataforma Digital do Voluntariado tem como objetivo promover o estímulo ao voluntariado por meio da integração e da gestão na esfera digital da oferta e da demanda de atividades voluntárias, articulando os dois polos de ação voluntária: de um lado, os atores sociais interessados em participar de ações transformadoras de sua realidade, e, de outro, as demandas sociais existentes relativas a situações de vulnerabilidade e de carência socioeconômica. Unindo os agentes envolvidos nesse processo e direcionando-os adequadamente para o atendimento de necessidades sociais emergentes, a Plataforma pode implicar um ganho substancial de efetividade na promoção do voluntariado.

Para além disso, a Plataforma tem como uma de suas finalidades principais a capacitação de agentes para a atuação voluntária. O mecanismo tem como escopo não apenas integrar e articular agentes e demandas, mas, igualmente, promover o ensino, a informação e a comunicação necessários à qualificação de atores nesse processo. Afinal, sem uma adequada capacitação de cidadãos voluntários, as ações sociais podem se revelar insuficientes, improfícuas e mesmo contraproducentes, desencorajando a ampliação de atividades nesse campo.

A fim de atender a esses escopos, o artigo 12 do Decreto n. 9.149/17 estabelece que referida Plataforma deverá ter, como funcionalidades, dentre outras, identificar a demanda e a oferta de atividades voluntárias, de modo a promover a convergência de interesses e a integração entre as partes (inciso I); permitir o intercâmbio de experiências entre os voluntários (inciso II); disponibilizar o ambiente virtual de ensino a distância para a capacitação de voluntários e responsáveis por atividades voluntárias (inciso III); permitir a interoperabilidade com ambientes de ensino a distância (inciso IV); prover e gerenciar informações consideradas relevantes para o Programa Nacional de Voluntariado (inciso V).

Buscando observar tal normatização, na data de 28 de agosto de 2018, Dia Nacional do Voluntariado, o governo federal lançou referida Plataforma na internet, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud).²¹ A ferramenta, acessada no site <https://vivavoluntario.org>, passou a funcionar de forma permanente, disponibilizando, em sua página inicial, uma série de informações e de esclarecimentos aos sujeitos interessados no voluntariado e às instituições da sociedade civil, com a veiculação contínua de notícias pertinentes às temáticas do voluntariado, inclusive a respeito de novas campanhas realizadas.

Conforme orientações apresentadas no próprio site,²² a Plataforma foi desenvolvida em formato de rede social, permitindo que os interessados possam criar perfis pessoais e se engajar em atividades de seu interesse, de acordo com sua localidade ou com suas preferências, sejam as atividades pontuais ou de longo prazo, presenciais ou virtuais. A Plataforma também viabiliza a constituição de perfis para as organizações da sociedade civil, permitindo a criação de uma página institucional, vinculada à plataforma, na qual a instituição pode oferecer vagas de voluntariado para pessoas cadastradas, ou mesmo solicitar doações de objetos ou de recursos. Possibilita-se, assim, que as instituições divulguem suas ações e captem voluntários para as tarefas relacionadas, ao mesmo tempo em que se oportuniza aos usuários optarem por atividades mais adequadas ao seu perfil, utilizando, inclusive, filtros para a identificação de ações conforme áreas de atuação ou proximidades locais.

Na prática, a plataforma funciona como uma rede social para a divulgação de projetos e para o encontro entre voluntários e ações de instituições. A ferramenta realiza a intermediação entre atores sociais, criando uma ponte de reunião e de conversação, inclusive por meio de um chat disponibilizado para dirimir dúvidas e para realizar ajustes nas tarefas. Apesar disso, a plataforma não se destina a criar ações voluntárias, tampouco a intervir na relação entre o voluntário e o

²¹ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL - ONU BR. No Dia Nacional do Voluntariado, PNUD e governo federal lançam plataforma e entregam prêmio. **Notícias ONU Brasil**. Publicação de 27 ago. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/no-dia-nacional-do-voluntariado-pnud-e-governo-federal-lancam-plataforma-e-entregam-premio>. Acesso em 29 dez. 2018.

²² PLATAFORMA DIGITAL DO VOLUNTARIADO. Viva voluntário. Notícias. Disponível em: <https://vivavoluntario.org/pt-BR/pages/13a740e5-3bcc-4f13-9b44-d5763c9191ea>. Acesso em 29 dez. 2018.

responsável pela atividade: o mecanismo conecta agentes para o voluntariado, mas não promove o seu conteúdo.

Daí a razão pela qual o êxito do funcionamento da Plataforma dependerá essencialmente da atuação dos indivíduos e das instituições envolvidas na promoção do voluntariado. A ferramenta institui um relevante mecanismo de interação, diálogo e conexão social. Contudo, a corporificação da solidariedade social, por meio de ações efetivas para a redução de carecimentos e vulnerabilidades sociais, está condicionada a um engajamento cada vez maior de agentes voluntários e de organizações da sociedade civil capazes de catalisar os esforços da participação cidadã. Sem a ampliação do número de voluntários e de instituições cadastradas, o qual ainda se encontra bastante limitado neste momento inicial, a plataforma poderá se revelar vazia de conteúdo, deixando de realizar toda a potencialidade latente de seus mecanismos.

Nesse sentido, a consolidação da Plataforma, inequivocamente, necessita ser associada a outras medidas de estímulo ao voluntariado pelos mais diversos setores da sociedade e do Estado. Como registra Kliksberg, as providências nesse campo perpassam pela promoção de uma educação voltada à solidariedade social, pela ampliação da divulgação nos meios de comunicação, pela exposição de ações por figuras de liderança, pela valorização do voluntariado pela opinião pública, assim como pelo maior incentivo e apoio por políticas estatais de todos os entes federados.²³

Ademais, deve-se considerar que a Plataforma criada por força do Decreto n. 9.149/17 constitui um paradigma que pode ser melhorado, ampliado e estratificado, inclusive sendo possível pensar na criação de outros mecanismos virtuais de divulgação e de interação para o voluntariado. Neste particular, deveria ser imaginada a constituição de outras plataformas digitais pelos próprios atores sociais, indivíduos ou grupos, de forma autônoma, sem necessária vinculação a instituições formais. E isso especialmente em âmbito municipal ou regional, de forma mais próxima das comunidades e dos cidadãos, com maior aptidão para o atendimento das necessidades locais. Conforme lição do sociológico Amitai Etzioni, é justamente nos espaços comunitários locais que tais serviços sociais podem ser melhor realizados, de forma mais personalizada e desalienante, com maior vinculação entre os agentes colaboradores e a população assistida.²⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a um panorama contemporâneo de crescente isolamento, egoísmo e opacificação das relações sociais, colocando em risco a própria coesão social e a base de legitimação das estruturas

²³SEN, Amartya; KLIKBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**. pp. 348-349.

²⁴ETZIONI, Amitai. **La Tercera Vía**: hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Trotta, 2001, p. 29-30.

estatais de proteção social, torna-se indispensável pensar em mecanismos de estímulo à solidariedade social e ao engajamento dos indivíduos em ações de cidadania. Nesse quadro, são justamente as novas formas de tecnologia de informação e de comunicação, por vezes concebidas como vilões da socialização, que podem se tornar aliadas nesse processo, contribuindo para criar mecanismos inéditos de conexão e de interação voltados à ampliação das práticas solidárias.

A questão do voluntariado bem exemplifica os contributos da tecnologia para a promoção da cidadania. Objeto do recente Decreto n. 9.149/17 – que institui o “Programa Nacional de Voluntariado” – o voluntariado se vê fortalecido diante da instituição de mecanismos virtuais de promoção e de capacitação para ações voluntárias. Por meio da criação de uma Plataforma Digital do Voluntariado, prevista no referido Decreto, constitui-se uma rede social que permite a divulgação de ações voluntárias, o encontro de atores sociais interessados nessas práticas, a gestão da oferta e da demanda do voluntariado, bem como a capacitação de agentes. Neste caso, é precisamente a tecnologia que permite a construção de redes de solidariedade social para o atendimento de populações carentes e vulneráveis e, ao mesmo tempo, para a transformação de indivíduos em agentes autônomos de mudança social.

A Plataforma Digital do Voluntariado constituída por força do Decreto n. 9.149/17 representa, sim, um novo paradigma para a promoção do voluntariado no país. E, para além disso, abre caminho para novas formas de promoção de cidadania e de emancipação social, servindo sobretudo como demonstração da potencialidade das novas fontes de tecnologia de informação e de comunicação para a realização de justiça social. A tecnologia não consubstancia apenas um marco do individualismo na sociedade contemporânea. Adequadamente direcionada, pode se revelar um instrumento promotor de novas formas de interação, de integração e de solidariedade, contribuindo para a promoção do voluntariado e de outras práticas cidadãs indispensáveis para a transformação dos indivíduos e da realidade social existente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 9.149, de 28 de agosto de 2017**. Cria o Programa Nacional de Voluntariado, institui o Prêmio Nacional do Voluntariado e altera o Decreto nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006, que institui a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília: Presidência da República, 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1998.

BRASIL. **Resolução n. 2, de 11 de setembro de 2018**. Institui diretrizes da educação para o voluntariado na Educação Básica e Superior. Brasília: Conselho Nacional de Educação, 2018.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

ETZIONI, Amitai. **La Tercera Vía: hacia una buenasociedad**. Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Trotta, 2001.

KRAUT, Robert et. al. Internet paradox: a social technology that reduces social involvement and psychological well-being?. In: **American Psychologist**, 53, pp. 1011-1031.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL - ONU BR. **A Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030>. Acesso em: 29 dez. 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL - ONU BR. No Dia Nacional do Voluntariado, PNUD e governo federal lançam plataforma e entregam prêmio. **Notícias ONU Brasil**. Publicação de 27 ago. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/no-dia-nacional-do-voluntariado-pnud-e-governo-federal-lancam-plataforma-e-entregam-premio>. Acesso em 29 dez. 2018.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. Viva Voluntário, UNV e PNUD reforçam importância do voluntariado para a Agenda 2030. Notícias PNUD. Publicação de 6 de março de 2018. Disponível em: www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2018/viva-voluntario--unv-e-pnud-reforcam-importancia-do-voluntariado.html. Acesso em: 29 dez. 2018.

PLATAFORMA DIGITAL DO VOLUNTARIADO. Viva voluntário. Notícias. Disponível em: <https://vivavoluntario.org/pt-BR/pages/13a740e5-3bcc-4f13-9b44-d5763c9191ea>. Acesso em 29 dez. 2018.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhoa. Brasília: Editora da UnB, 1997.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 1, n. 6, jan./dez. 2008.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Tradução Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

DIREITO DE PROTESTO E A MANIFESTAÇÃO POLÍTICA DOS TORCEDORES: LUTA E RESISTÊNCIA NAS ARQUIBANCADAS DE FUTEBOL

RIGHT TO PROTEST AND POLITICAL MANIFESTATION OF THE SUPPORTERS: STRUGGLE AND RESISTANCE IN THE GRANDSTANDS

Arthur Lodi¹

RESUMO

A partir da adoção da lógica de mercado no esporte, o futebol é visto como um produto lucrativo e o torcedor é valorizado como consumidor. O objetivo deste artigo é investigar o surgimento e atuação dos "coletivos" de torcedores e discutir a possibilidade de o Estado reprimir suas manifestações. O método utilizado para a abordagem foi o dialético; e o de procedimento, o bibliográfico, a partir da análise de literatura pertinente ao tema. Considerando as conexões entre esporte e sociedade, futebol e política, se exercido dentro dos limites da Constituição, não é possível restringir a liberdade de expressão dos torcedores.

PALAVRAS-CHAVE: Estádios de futebol. Liberdade de expressão. Torcedores.

ABSTRACT

With the adoption of the logic of the market in sport, football is seen as a profit product and the supporters is valued as a consumer. The purpose of this article is to investigate the emergence of "collectives" of supporters and discuss the possibility of the State to restrict manifestations. The method used for the approach was the dialectical, and procedure, the bibliographical, through the analysis of literature relevant to the topic. Considering the connections between sport and society, football and politics, if the right is exercised within the limits of the Constitution, it is not possible to restrict freedom of speech of the supporters.

KEYWORDS: Football stadiums. Freedom of speech. Supporters.

INTRODUÇÃO

O futebol é um fenômeno sociocultural enraizado como a grande paixão nacional e símbolo da identidade do povo brasileiro. Nesse sentido, o estádio representa a diversidade social, porquanto revela um ambiente plural e democrático, em que o torcedor é o principal protagonista, pois é a ele que a festa se destina.

Parte-se do pressuposto de que o esporte faz parte da sociedade tanto quanto a sociedade também faz parte do esporte, pois é impossível compreender o futebol como uma atividade

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Economia. Passo Fundo-RS, Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5881900486082625>. E-mail: arthurlodi1997@gmail.com.

desconectada do ambiente no qual está inserido. Por isso, o objetivo do presente artigo é (1) investigar o surgimento e atuação dos "coletivos", aqui entendidos como movimentos de torcedores com pautas estabelecidas, e (2) discutir a possibilidade de o Estado reprimir manifestações desses grupos, levando em consideração o direito fundamental à liberdade de expressão.

O trabalho se divide em quatro partes: inicialmente, analisar-se-á o surgimento, a consolidação e a crise do futebol no Brasil. No tópico seguinte, será questionado a quem de fato pertence o poder de elaborar leis e qual a influência do legislador no processo de mercantilização do futebol, isto é, a transformação deste esporte em um negócio lucrativo para o setor privado. Além disso, dar-se-á enfoque à figura do torcedor, que foi juridicamente equiparado a consumidor pela Lei 10.671, de 2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor).

A terceira parte abordará o surgimento, a atuação e os objetivos dos coletivos. A investigação deste movimento é importante para compreender a nova cultura contestatória que emerge das arquibancadas. Por fim, discutir-se-á a possibilidade de o Estado proibir protestos e manifestações nos estádios, analisando se as arquibancadas são, ou não, um ambiente propício para que o torcedor exerça a cidadania por meio da liberdade de expressão.

1 - O FUTEBOL NO BRASIL: DAS RAÍZES INTEGRADORAS À ADOÇÃO DA LÓGICA DE MERCADO

O futebol é um poderoso instrumento de união entre as pessoas. Trata-se de uma atividade esportiva que se manifesta no seio da coletividade, o que evidencia, entre outros, a ligação indissolúvel e contínua entre o esporte e a sociedade. Outrossim, também é entendido como uma manifestação cultural que está em constante atualização, ressignificada pelos próprios atores sociais. Dessa maneira, influencia e também é influenciado pelos acontecimentos do mundo real, no universo social, político, econômico e jurídico ao qual está inserido.

Assim, a relação entre esporte e sociedade não é de estratificação, como acredita Geertz:² o futebol deve ser entendido enquanto um instrumento, isto é, um meio pelo qual a própria sociedade se manifesta.³ No Brasil, chega de forma oficial no ano de 1894, trazido da Inglaterra por Charles Miller. Desde seu estabelecimento, passou por um verdadeiro processo de incorporação cultural até se consolidar como uma paixão nacional. Na essência, portanto, constitui-se como um poderoso instrumento de integração, pois permite aos brasileiros de todas as classes sociais quebrar simbolicamente a hierarquia cotidiana para experimentar a igualdade e a justiça social.⁴

² GEERTZ, Clifford. **The Interpretation of Cultures**: Selected Essays. New York: Basic Books, 1973, p. 46.

³ DAMATTA, Roberto. Esporte na sociedade: um ensaio sobre o futebol brasileiro. In: _____ et al (Orgs.). **Universo do Futebol**: esporte e sociedade brasileira. Rio de Janeiro: Pinakotheke, 1982, p. 23-24.

⁴ HELAL, Ronaldo. **Passes e Impasses**: futebol e cultura de massa no Brasil, p. 31.

O futebol é considerado um dos principais formadores da identidade nacional,⁵ elevado ao mesmo patamar de outras manifestações culturais, como o samba e o carnaval. Além disso, difundiu-se no período em que o país vivia a transição de uma sociedade rural para uma urbana e industrial. Nesse ínterim, foi absorvido por setores dessa nova elite urbana, a qual não tinha interesse na participação das camadas populares, sobretudo negros e mestiços. Por esta razão, as primeiras décadas do século XX foram marcadas por um embate entre duas forças contrapostas: uma, defendendo a manutenção do futebol restrito à elite educada e europeizada; outra, favorável à abertura e à expansão ao resto da comunidade.⁶

Na década de 1930, o governo Vargas pôs fim a este embate, institucionalizando a profissionalização do futebol. A expansão da prática do esporte para todas as camadas sociais tinha o objetivo de integração, a fim de unir futebol e identidade nacional, tendo em vista que a centralização política e a preocupação com o desenvolvimento nacional marcaram o governo getulista.⁷

Nesse sentido, é interessante observar que tanto o governo Vargas como o regime militar deram grande importância ao futebol como um instrumento de propaganda, tendo na construção de grandes estádios uma das principais ferramentas para buscar o apoio popular.⁸ Essa estratégia obteve relativo sucesso, porquanto perdurou até meados da década de 1970.

Entretanto, a crise era inevitável: no cenário político, além de toda a repressão da ditadura, vivia-se o fim milagre econômico; no âmbito futebolístico, a Seleção acumulou fracassos (vide Copas de 1974, 1978 e 1982), os clubes apresentaram problemas financeiros, o público não ia mais aos estádios e os principais jogadores foram vendidos para Europa.⁹ Por conseguinte, a redemocratização representou um alento, uma vez que o povo ansiava por mais liberdade. A eleição de Collor significou a adoção de uma política neoliberal de economia aberta¹⁰ e, desde então, o receituário modernizador passou a ser algo maciçamente presente na sociedade.

Nesse contexto, era preciso resgatar o futebol da crise e recuperar a autoestima do torcedor. Dessa maneira, plantou-se a ideia do desenvolvimento sem limites para o futebol brasileiro, em que a "modernização" foi imposta pelo Estado por meio dos interesses empresariais ali instalados e ganhou imediata adesão da grande mídia e simpatia popular.¹¹ Assim, à medida que esporte e

⁵LEVER, Janet. **A loucura do futebol**. Rio de Janeiro: Record, 1983, p. 22-29.

⁶HELAL, Ronaldo; GORDON, Cesar. A crise no futebol brasileiro: perspectivas para o século XXI. **Eco-Pós**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jan-jul. 2002, p. 37-40.

⁷HELAL, Ronaldo; GORDON, Cesar. A crise no futebol brasileiro: perspectivas para o século XXI, p. 41.

⁸SANTOS, Irlan Simões da Cruz; HELAL, Ronaldo. Do espectador ao militante: a torcida de futebol e a luta pelo direito ao estádio e ao clube. **Tríade**, v. 3, n. 7, jun. 2016, p. 59.

⁹HELAL, Ronaldo. **Passes e impasses: futebol e cultura de massa no Brasil**, p. 60.

¹⁰BERNAL-MEZA, Raúl. A política exterior do Brasil: 1990-2002. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 45, n. 1, jun. 2002, p. 60.

¹¹OURIQUES, Nilso. O gol contra do rei: a lei Pelé e suas consequências. **Motrivivência**, Florianópolis, n. 12, jan. 1999, p. 57.

sociedade andam juntos, a solução foi adequar o futebol aos interesses do mercado, transformando-o em um grande espetáculo. A partir de então, este esporte é explorado como um produto lucrativo; os clubes, como ativos financeiros, visados como uma forma de investimento e de barganha por empresários; os jogadores, como mercadorias cada vez mais valiosas, chegando a custar centenas de milhões de reais; e os torcedores, como potenciais consumidores, em vez de protagonistas da festa.

Inaugura-se, portanto, uma nova era no futebol brasileiro, em consonância com as práticas capitalistas da sociedade de consumo. Deixa para trás as raízes amadoras do início do século XX, a profissionalização da década de 1930 e a integração social e paixão nacional que o consagrou como um símbolo da identidade cultural do povo brasileiro. Após ser utilizado como meio de propaganda pela ditadura militar, adequou-se às mudanças políticas, econômicas e sociais do mundo pós-Guerra Fria. Contemporaneamente, a lógica mercadológica ainda persiste e não demonstra sinais de recuo, pelo contrário, acentua-se cada vez mais.

2 - O ESTATUTO DO TORCEDOR E OS OBJETIVOS POR TRÁS DA "VONTADE DO LEGISLADOR"

A partir da década de 1990, a pressão exercida pelos grupos econômicos forçou uma remodelação total do futebol brasileiro, que passou a adotar uma nova lógica de ação, a de mercado. A pretexto de modernização, essas mudanças contaram com o amparo das reformas conduzidas pelo Estado como agente legislador e regulador.

Utilizar-se do aparato estatal para aprovar leis em benefício próprio não é uma tendência nova – naquela época, Santos¹² já denunciava tal mecanismo. No entanto, esta prática exige uma investigação mais específica, por meio de uma análise crítica acerca do sistema jurídico vigente. Para efeitos deste trabalho, é suficiente averiguar a "vontade do legislador". Este é um termo amplamente difundido pela doutrina jurídica, mas que não passa de um conceito vazio e abstrato, com o intuito de ocultar quem de fato está por trás das alterações legislativas, ditando os rumos do país.

Isso porque, de acordo com Aguiar,¹³ "quem legisla é o grupo social que detém o poder, por deter o controle da vida econômica e conseqüentemente política de uma sociedade". Dessa forma, é o grupo social dominante, situado nos níveis mais altos das relações verticais, que detém o poder, que controla os demais grupos e que se apropria do que lhe é mais conveniente.¹⁴ A partir desse entendimento, é possível compreender a vontade do legislador como uma forma de difundir a ideologia do grupo dominante, sendo a sua visão de mundo transfundida no teor das normas jurídicas.

¹²SANTOS, Tarcyanie Cajueiro. Globalização, mundialização e esporte: o futebol como megaevento. In: ALABARCES, Pablo (Ed.). **Peligro de gol**. Estudios sobre deporte y sociedad em América Latina. Buenos Aires: Clacso, 2000, p. 66.

¹³ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, Poder e Opressão**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984, p. 23-24.

¹⁴ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, Poder e Opressão**, p. 24.

Exemplificadamente, basta observar a elaboração de leis importantes para a modernização do esporte brasileiro, como a Lei 8.672, de 1993 (Lei Zico), posteriormente revogada e substituída pela Lei 9.615, de 1998 (Lei Pelé). São normas jurídicas, emanadas do Poder Legislativo, cuja finalidade aparente é tão somente regular a prática do desporto no Brasil. Contudo, o que está implícita é a vontade do grupo dominante, utilizando-se da mitológica vontade do legislador, de tornar o futebol uma grande mercadoria geradora de lucros.

Do ponto de vista específico do torcedor, a legislação que regula seu comportamento nos estádios é a Lei 10.671, de 2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor). Curiosamente, a pretexto de proteger o torcedor, essa lei trouxe como principal inovação equipará-lo juridicamente à figura de consumidor (vulnerável e hipossuficiente), por meio do artigo 40.¹⁵ A fim de facilitar a defesa de seus direitos, a vontade do legislador deixa subentendido o objetivo primordial do grupo dominante: valorizar apenas um certo tipo de torcedor, qual seja, aquele que vai ao estádio unicamente para consumir os produtos e serviços oferecidos, como um simples observador do espetáculo, preocupado apenas com o próprio conforto e segurança.

O Estatuto do Torcedor é resultado do poder do "microlegislador", termo cunhado por Aguiar¹⁶ para designar a legislação para pequenos grupos. O torcedor é o destinatário do mandamento, o que lhe confere direitos e obrigações, os quais balizam o âmbito da sua liberdade. Dentro desses parâmetros, o microlegislador é livre para desenvolver uma exegese específica,¹⁷ adaptando a norma de acordo com as características específicas de cada grupo. No caso dos torcedores, ao disciplinar a maneira que se dará o comportamento deles no interior dos estádios, o Estatuto atribui o sentido de "torcer" que lhe é mais conveniente.

Trata-se de uma estratégia minuciosamente orquestrada pelo grupo dominante, que controla não apenas a elaboração e aplicação das leis, mas sobretudo os demais processos que visam legitimar sua visão de mundo excludente. Nesse sentido, desenvolve um ideário, isto é, um fundamento para coesão, subsistência e continuidade¹⁸ da sua ideologia, com intuito de persuadir a comunidade de que os rumos tomados são necessários e benéficos. Para tanto, utiliza-se de discursos que contenham expressões como "evolução", "modernização" ou "reformulação", atribuindo a elas uma conotação positiva.

Clube, estádio e cultura torcedora são frutos de esforços comuns, produzidos pelos torcedores no convívio social, mas expropriados pelo Estado e pelo mercado.¹⁹ A pretexto de modernizar o

¹⁵ Art. 40. A defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹⁶ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, Poder e Opressão**, p. 30-31.

¹⁷ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, Poder e Opressão**, p. 31.

¹⁸ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, Poder e Opressão**, p. 24.

¹⁹ SANTOS, Irlan Simões da Cruz; HELAL, Ronaldo. Do espectador ao militante: a torcida de futebol e a luta pelo direito ao estádio e ao clube, p. 64.

esporte, o processo de mercantilização do futebol brasileiro, iniciado lá na década de 1990, atingiu seu ápice em 2014, quando o país recebeu a Copa do Mundo. Para convencer a sociedade, foi preciso incutir a ideia de que sediar o megaevento seria algo positivo para o Brasil. Assim, o grupo dominante reproduziu discursos insinuando, por exemplo, que os (1) estádios estavam ultrapassados e (2) as arquibancadas inseguras. Além disso, (3) apenas bares e restaurantes já não eram suficientes, pois (4) os torcedores eram merecedores de novos espaços.

Como consequência, (1) no lugar de antigos estádios, constrói-se modernas arenas: troca-se os pontos cegos do campo por pontos cegos sociais.²⁰ (2) As arquibancadas, antes locais democráticos a baixo custo, dão lugar a confortáveis cadeiras numeradas: agora, o torcedor/consumidor escolhe previamente seu próprio assento, como se estivesse indo a um espetáculo da Broadway. (3) Os espaços internos são alargados para que sejam ocupados por empresas: elas oferecem os mais variados produtos e serviços – de barbearias a roupas de grife. Por fim, (4) as arenas são segmentadas em setores, ganhando diversas áreas exclusivas e, portanto, excludentes: esses novos espaços contam com serviço de bufê, decoração customizada, poltronas ergonômicas etc.²¹

Como observado, nos últimos tempos houve uma mudança radical no ambiente futebolístico para atender aos interesses do mercado: a transformação do esporte em um grande negócio, a reconstrução dos estádios e, sobretudo, a valorização do torcedor/consumidor. Se, por um lado, o processo de mercantilização, financiado pelo grupo dominante com o apoio da legislação, dificilmente será revertido tão logo, por outro, já é possível enxergar uma oposição crescente, a qual emerge dos próprios torcedores e está ativa nas arquibancadas.

3 - O SURGIMENTO DOS COLETIVOS: LUTA E RESISTÊNCIA NAS ARQUIBANCADAS

O torcedor de futebol tem como vocação tradicional apoiar incondicionalmente o seu clube do coração. Isso se manifesta por meio do incentivo, do agito das bandeiras e da entoação de cânticos. Além disso, permanece em pé o tempo todo, independente do resultado em campo.

Estes são comportamentos baseados em regras implícitas e informais, as quais tendem a reproduzir uma maneira de torcer mais participativa, que não se enquadra em um modelo burguês de distanciamento afetivo e controle da manifestação pública das emoções. Por isso, ao invés de aprisionar, a tradição social não aceita ser moldada pelos novos padrões de comportamento.²²

²⁰CAMPOS, Flávio. Arquitetura da exclusão: apontamentos para a inquietação com o conforto. *In*: _____; ALFONSI, Daniela (Orgs.). **Futebol objeto**. São Paulo: Leya, 2014, p. 358-359.

²¹LOPES, Felipe Tavares Paes; HOLLANDA, Bernardo Borges Buarque de. "Ódio eterno ao futebol moderno": poder, dominação e resistência nas arquibancadas dos estádios da cidade de São Paulo. p. 214.

²²LOPES, Felipe Tavares Paes; HOLLANDA, Bernardo Borges Buarque de. "Ódio eterno ao futebol moderno": poder, dominação e resistência nas arquibancadas dos estádios da cidade de São Paulo. **Tempo**, Niterói, v. 24, n. 2, ago. 2018, p. 220.

A oposição do torcedor ao processo de mercantilização do futebol tem sido objeto de estudos acadêmicos, principalmente a partir da década de 1990. No entanto, as primeiras expressões de descontentamento "*occurred in the post-war period as a response to the increasing professionalization of the transfer market and increasing bourgeois engagement with football*".²³ Em que pese a tentativa de "higienização social" dos estádios, liderada pelo grupo dominante, os conflitos seguem irrompendo em todo mundo.

No Brasil, a situação não é muito diferente. Aqui, a formatação das arenas simboliza o processo de exclusão de um setor menos favorecido da sociedade, ao passo que doutrina e cerceia diversas formas de práticas e modos de torcer.²⁴ Nesse ínterim, o processo de mercantilização fomentou a profusão de protestos espontâneos nas arquibancadas. Isso culminou no surgimento de movimentos organizados com pautas estabelecidas: trata-se dos coletivos, isto é, grupos de torcedores que reivindicam, contestam e resistem às mudanças elitistas do futebol.

A disseminação de uma nova cultura contestatória nas arquibancadas simboliza o nascimento de uma maneira de torcer diferente, que denuncia a excludente visão de mundo neoliberal, não apenas no âmbito do futebol, mas também nas relações sociais, políticas e econômicas. Conforme Giulianotti,²⁵ trata-se do "pós-torcedor", em razão de sua participação política ativa e da capacidade de reflexão crítica.

Embora esse movimento seja um fenômeno recente na história brasileira, ao todo já são mais de 28 coletivos ativos pelo país.²⁶ A maioria surgiu após 2014, principalmente pela insatisfação de acompanhar que a transformação dos estádios em arenas, a mando da FIFA para a realização da Copa do Mundo, levou à elevação no preço dos ingressos. Além de pautas ligados ao futebol, esses grupos se destacam por participar ativamente da vida política do país, inclusive comparecendo à manifestações de rua, em conjunto com outros movimentos sociais.²⁷

Neste sentido, diferenciam-se completamente das torcidas organizadas e dos "*barra bravas*". Estas são formas de torcer mais antigas, cujo principal objetivo é apoiar o time em campo, por meio de cânticos. De um modo geral, atuam apenas como mecanismo de pressão dentro do próprio clube, não tendo, fora do âmbito esportivo, posição ideológica definida. Além disso, possuem estrutura

²³NUMERATO, Dino. Who says "no to modern football?" Italian supporters, reflexivity, and neo-liberalism. **Journal of Sport and Social Issues**, 2014, p. 3.

²⁴SANTOS, Irlan Simões da Cruz; HELAL, Ronaldo. Do espectador ao militante: a torcida de futebol e a luta pelo direito ao estádio e ao clube, p. 65.

²⁵GIULIANOTTI, Richard. **Sociologia do futebol**: dimensões históricas e socioculturais do esporte das multidões. Tradução de Wanda Brant e Marcelo de Oliveira Nunes. São Paulo: Nova Alexandria, 2002, p. 84.

²⁶MEDEIROS, Matheus. A ascensão das torcidas antifascistas no futebol brasileiro. **Vice Sports**, 31 mai. 2017. Disponível em:

<https://www.vice.com/pt_br/article/vb458j/a-ascensao-das-torcidas-antifascistas-no-futebol-brasileiro>. Acesso em: 01 dez. 2018.

²⁷ROSSI, Amanda et al. #EleNãO: a manifestação histórica liderada por mulheres no Brasil vista por quatro ângulos. **BBC News Brasil**, 30 set. 2018. Disponível em:

<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45700013>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

claramente hierárquica e visam confrontar torcedores de clubes rivais, às vezes até de maneira violenta.

Por outro lado, os coletivos têm um modelo de atuação horizontal e se posicionam politicamente à esquerda no espectro ideológico. Os movimentos apoiam abertamente pautas consideradas progressistas, lutando pelo fim da intolerância, homofobia, machismo, racismo, xenofobia etc., sendo que muitos carregam o termo "antifascista" no próprio nome.²⁸ Também valorizam a cultura "*do it yourself*", por meio da confecção de bandeiras simples, feitas à mão, as quais carregam mensagens politizadas com o intuito de conscientização social.

A atuação dos coletivos tende a ser benéfica tanto para o esporte como para sociedade, haja vista a busca pela união entre torcedores de diferentes equipes, mas que compartilham das mesmas pautas ideológicas. Isso é algo incomum na história do futebol brasileiro, tendo em vista que, culturalmente, torcidas de clubes rivais não têm o costume da confraternização, pelo contrário, as inimizades envolvem até mesmo o confronto físico.

Ao denunciar o ambiente de dominação e poder, tanto no esporte como na sociedade, os coletivos provam que é possível construir um espaço de participação política ativa dentro dos estádios. Dessa forma, sua disseminação é um importante passo para reconectar o futebol com os problemas sociais, políticos e culturais contemporâneos. No entanto, é imperioso ressaltar que esses grupos ainda não estão consolidados: além de minoria na arquibancada, não raro enfrentam resistência dentro do próprio clube e entre os próprios torcedores.

Nesse momento, portanto, o mais importante é garantir aos coletivos o meio pelo qual será possível atingir seu fim: trata-se de proteger o direito fundamental à liberdade de expressão, a fim de que consigam passar adiante a mensagem de conscientização.

4 - A NECESSIDADE DE SALVAGUARDAR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS TORCEDORES

O direito democrático de protesto e manifestação política decorre do exercício da liberdade de expressão nos limites da Constituição de 1988. Mesmo amplamente garantida no arcabouço do ordenamento jurídico como um direito fundamental, a liberdade de expressão tem sofrido restrições perigosas, uma vez que o grupo dominante desenvolveu um discurso poderoso: dentro dos estádios, o torcedor só deveria "torcer" (como se existisse apenas uma definição para tal). Por consequência, as arquibancadas não seriam locais adequados para protestos e reivindicações políticas.

²⁸ MEDEIROS, Matheus. A ascensão das torcidas antifascistas no futebol brasileiro. **Vice Sports**, 31 mai. 2017. Disponível em: <https://www.vice.com/pt_br/article/vb458j/a-ascensao-das-torcidas-antifascistas-no-futebol-brasileiro>. Acesso em: 01 dez. 2018. Entre eles: Botafogo Antifascista, Grêmio Antifascista, Palmeiras Antifascista.

A liberdade de expressão, sobretudo em uma dimensão social e política, relaciona-se com a garantia da democracia e do pluralismo.²⁹ Nesse sentido, a profusão dos coletivos evidencia as inúmeras conexões existentes entre esporte e sociedade e, mais especificamente, entre política e futebol. Dessa maneira, "*a social tissue made of relations among supporters can nourish the emotional energy for anti-neo-liberal initiatives. There is likely no better space to train protests than the space of football terraces*",³⁰ afinal, são ambientes plurais e democráticos.

Além disso, a liberdade de expressão está intimamente ligada ao direito de protestar, que se trata de "*el primer derecho*" para Gargarella:³¹ surge como a possibilidade de se exigir a recuperação de todos os demais. Respeitá-lo é aprofundar os princípios democráticos e a soberania popular, pois o Estado de Direito deve operar no sentido de considerar legítimo o conflito de ideias. Nos estádios, o direito de protestar garante o exercício da cidadania, abre novos espaços de liberdade, possibilita a abertura do dissenso e expressa a confiança do Estado na capacidade crítica dos torcedores. Dessa maneira, as arquibancadas são o instrumento pelo qual o torcedor efetivamente exercerá a cidadania, em manifestações que, ao fim e ao cabo, sempre serão políticas.³²

Porém, não é incomum que, de forma autoritária, os protestos sejam proibidos, sob justificativa de que o estádio não é local para reivindicações. Aliás, para defender essa posição arbitrária, o fundamento jurídico utilizado é, curiosamente, o próprio Estatuto do Torcedor, seja pela redação do *caput* do artigo 13³³ ou pelo inciso IV do artigo 13-A.³⁴ Contudo, em uma leitura de acordo com a Constituição, tais argumentos, repisa-se, pautados no discurso do grupo dominante, não se sustentam.

Um fato que ganhou notoriedade nacional foi quando, após assassinato de Marielle Franco, o coletivo "Resistência Azul Popular" do Cruzeiro Esporte Clube, levou ao estádio faixas em homenagem à vereadora, exigindo a investigação dos responsáveis pela sua morte. No entanto, a manifestação foi censurada pelos seguranças da administradora do estádio e, ato contínuo, os instrumentos utilizados pela torcida foram recolhidos pela Polícia Militar.³⁵ Para coibir tais abusos,

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; ROBL FILHO, Ilton. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 8, n. 14, jan-jun. 2016, p. 118-119.

³⁰ NUMERATO, Dino. Who says "no to modern football?" Italian supporters, reflexivity, and neo-liberalism, p. 12.

³¹ GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta: el primer derecho**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005, p. 19.

³² BARTHES, Roland. An introduction to the structural analysis of narrative. **New Literary History**, v. 6, n. 2, 1975, p. 239-244. O discurso sempre será político, pois carrega consigo uma dimensão ideológica. Portanto, qualquer manifestação do pensamento expressa alguma compreensão, qualquer que seja, a qual é formulada a partir de uma experiência social.

³³ Art. 13. O torcedor tem direito a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos antes, durante e após a realização das partidas.

³⁴ Art. 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei:

[...] IV - não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas, inclusive de caráter racista ou xenófobo.

³⁵ FERNANDES, Thiago; LOPES, Pedro. Retirada de faixa pró-Marielle fere Constituição e não tem base no Estatuto. **UOL**. São Paulo e Belo Horizonte, 20 mar. 2018. Disponível em: <<https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas->

apresentou-se o Projeto de Lei 10.702/2018, que está em fase de tramitação no Congresso Nacional. De autoria do deputado federal Glauber Braga, altera o inciso IV, do artigo 13-A, do Estatuto do Torcedor, para acrescentar textualmente:

Artigo 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei:
IV - não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas, inclusive de caráter racista ou xenófobo, **garantindo-se a liberdade de expressão, inclusive manifestações políticas, conforme assegurado pelo artigo 5.º, IV, da Constituição Federal** (grifou-se).³⁶

Em linhas gerais, em que pese seja uma alteração legislativa significativa, dificilmente será promulgado, haja vista a pressão exercida pelo grupo dominante. O legislador, pertencente ao aparelho do Estado e oriundo dos grupos mais fortes, jamais legislará contra a sua ideologia.³⁷ Outrossim, a liberdade de expressão já está amplamente garantida como um direito fundamental. Isso, por si, já bastaria, devido a força normativa da Constituição. A Carta Magna, além de ser o elo que une política e direito, é também um eficiente remédio contra as maiorias, pois traz, na sua essência, um núcleo político que apenas pode ser extirpado a partir de uma ruptura institucional.³⁸

Defender a livre manifestação dos coletivos é reafirmar o compromisso com os princípios democráticos que sustentam a Constituição de 1988. De fato, a liberdade de expressão, assim como os demais direitos fundamentais, não tem caráter absoluto.³⁹ Entretanto, apenas em hipóteses absolutamente excepcionais são admissíveis restrições prévias a seu exercício, pois a regra geral que se infere da Lei Maior é de que os eventuais abusos devem ser sancionados posteriormente.⁴⁰

Esporte e sociedade, futebol e política estão intimamente interligados. Por isso, deve ser respeitada a liberdade de expressão em sentido amplo, que engloba tanto a manifestação política como o direito de protestar. Não é possível tolerar proibições arbitrárias, como a da Polícia Militar no caso envolvendo o coletivo do Cruzeiro, tampouco consentir com quaisquer tentativas de censura prévia pelos agentes do Estado. Afinal, dentro dos limites da Constituição, os torcedores devem ter ampla liberdade para exercer a cidadania.

noticias/2018/03/20/em-acao-ilegal-faixas-por-marielle-foram-tiradas-por-teor-politico-em-mg.htm>. Acesso em: 01 dez. 2018.

³⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10702/2018. Altera o inciso IV, do artigo 13-A, da Lei nº 10.671, de maio de 2003 que dispõe sobre o estatuto de defesa do torcedor. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182665>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

³⁷ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, Poder e Opressão**, p. 26.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 461.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270. A liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, além daqueles descobertos pela colisão deste direito com outros de mesmo *status*.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, IV, CF. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 257.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o objetivo de contribuir para a análise do surgimento e atuação dos coletivos nas arquibancadas. Inicialmente, argumentou-se que o futebol teve função relevante na história do país: pelo lado negativo, ao servir como o instrumento político de diversos governos; pelo lado positivo, por ser importante na formação da identidade cultural do povo brasileiro. Outrossim, em meio a crise do esporte e da política, foi com a ascensão do discurso neoliberal na sociedade, sobretudo após a década de 1990, que o mercado do futebol passa a ser visado como um produto a ser explorado e, portanto, capaz de gerar lucros.

A seguir, investigou-se a figura do legislador, argumentando-se que o poder de elaborar leis pertence, na verdade, ao grupo dominante, que se utiliza do Estado para governar as massas de acordo com sua ideologia. Nesse sentido, um dos objetivos do microlegislador é o de controlar grupos específicos: no âmbito do futebol, o mecanismo encontrado para regular o comportamento do torcedor foi elaborar a Lei 10.671, de 2003 (Estatuto do Torcedor).

A valorização do torcedor como consumidor, e não como protagonista da festa, contribuiu para o surgimento dos coletivos. Estes, levam ao estádio pautas culturais, políticas e sociais contemporâneas, as quais não se limitam à questões ligadas exclusivamente ao futebol. Essa nova cultura contestatória nas arquibancadas, com a finalidade de conscientização social, simboliza uma maneira de torcer diferente: trata-se do pós-torcedor, que não se amolda ao conceito de torcedor/consumidor estabelecido na lei pelo grupo dominante.

Por fim, foi discutido a possibilidade de o Estado proibir protestos e manifestações políticas nas arquibancadas. Conclui-se que, dentro dos limites impostos pela Constituição, é perfeitamente possível que os torcedores exerçam a cidadania por meio da liberdade de expressão, uma vez que futebol e política se misturam. O esporte como fenômeno sociocultural está inserido na sociedade e, portanto, é um importante meio de expressão popular.

Portanto, mesmo que não se concorde com a pauta dos coletivos, defender a livre manifestação dos torcedores é uma obrigação tanto do Estado como da sociedade. Afinal, trata-se de respeitar os princípios democráticos que sustentam a Constituição de 1988, um compromisso firmado por todos após o fim da ditadura militar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, Poder e Opressão**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

BARTHES, Roland. An introduction to the structural analysis of narrative. **New Literary History**, v. 6, n. 2, p. 237-272, 1975. Disponível em: <https://www.uv.es/fores/Barthes_Structural_Narrative.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BERNAL-MEZA, Raúl. A política exterior do Brasil: 1990-2002. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 45, n.1, p. 36-71, jun. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000100002>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10702/2018. Altera o inciso IV, do artigo 13-A, da Lei nº 10.671, de maio de 2003 que dispõe sobre o estatuto de defesa do torcedor. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182665>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

CAMPOS, Flávio. Arquitetura da exclusão: apontamentos para a inquietação com o conforto. In: _____; ALFONSI, Daniela (Orgs.). **Futebol objeto**. São Paulo: Leya, 2014.

DAMATTA, Roberto. Esporte na sociedade: um ensaio sobre o futebol brasileiro. In: _____, Roberto et al (Orgs.). **Universo do Futebol: esporte e sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Pinakotheke, 1982.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta: el primer derecho**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.

GEERTZ, Clifford. **The Interpretation of Cultures: Selected Essays**. New York: Basic Books, 1973.

GIULIANOTTI, Richard. **Sociologia do futebol: dimensões históricas e socioculturais do esporte das multidões**. Tradução de Wanda Brant e Marcelo de Oliveira Nunes. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

HELAL, Ronaldo. **Passes e Impasses: futebol e cultura de massa no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1997.

HELAL, Ronaldo; GORDON, Cesar. A crise no futebol brasileiro: perspectivas para o século XXI. **Eco-Pós**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 37-55, jan-jul. 2002. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/eco_pos/article/view/1155>. Acesso em: 01 dez. 2018.

LEVER, Janet. **A loucura do futebol**. Rio de Janeiro: Record, 1983.

LOPES, Felipe Tavares Paes; HOLLANDA, Bernardo Borges Buarque de. "Ódio eterno ao futebol moderno": poder, dominação e resistência nas arquibancadas dos estádios da cidade de São Paulo. **Tempo**, Niterói, v. 24, n. 2, p. 206-232, ago. 2018. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042018000200206>. Acesso em: 01 dez. 2018.

MEDEIROS, Matheus. A ascensão das torcidas antifascistas no futebol brasileiro. **Vice Sports**, 31 mai. 2017. Disponível em:

<https://www.vice.com/pt_br/article/vb458j/a-ascensao-das-torcidas-antifascistas-no-futebol-brasileiro>. Acesso em: 01 dez. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

NUMERATO, Dino. Who says "no to modern football?" Italian supporters, reflexivity, and neo-liberalism. **Journal of Sport and Social Issues**, p. 1-19, 2014. Disponível em: <https://is.muni.cz/el/1423/jaro2015/SOC271/um/54748782/Numerato_Who_says_no_to_modern_football.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2018.

OURIQUES, Nilso. O gol contra do rei: a lei Pelé e suas consequências. **Motrivivência**, Florianópolis, n. 12, p. 37-64, jan. 1999. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/motrivivencia/article/view/14412>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

ROSSI, Amanda et al. #EleNão: a manifestação histórica liderada por mulheres no Brasil vista por quatro ângulos. **BBC News Brasil**, 30 set. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45700013>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

SANTOS, Irlan Simões da Cruz; HELAL, Ronaldo. Do espectador ao militante: a torcida de futebol e a luta pelo direito ao estádio e ao clube. **Triade**, v. 3, n. 7, p. 54-69, jun. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.uniso.br/ojs/index.php/triade/article/view/2469>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

SANTOS, Tarcyanie Cajueiro. Globalização, mundialização e esporte: o futebol como megaevento. In: ALABARCES, Pablo (Ed.). **Peligro de gol**. Estudios sobre deporte y sociedad em América Latina. Buenos Aires: Clacso, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; ROBL FILHO, Ilton. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 112-142, jan-jun. 2016. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/estadoIlton.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, IV, CF. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

**A PROBLEMÁTICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O PATRIMONIALISMO
NO BRASIL**

**THE PROBLEMATIC OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS AND THE
PATRIMONIALISM IN BRAZIL**

Janaína Rigo Santin¹

Anna Gabert Nascimento²

RESUMO

A referente pesquisa visa estudar de forma crítica como se dá o fenômeno das parcerias público-privadas, tencionando verificar possíveis dificuldades institucionais ao realizar esse método administrativo, em especial no Brasil, quando se tem um histórico de práticas patrimonialistas e de apropriação privada da coisa pública. O conhecimento para este artigo se deu pelo método dedutivo, eis que partiu da legislação brasileira sobre o tema, para se chegar a sua aplicação nos Municípios. Sendo assim, é demonstrado que há soluções alternativas, aplicáveis a alguns modelos de Estado, mas há a necessidade de cooperação de várias partes do sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Gerencial. Parcerias Público-Privadas. Práticas Patrimonialistas.

ABSTRACT

This research studies, in a critical form, it wash appens the phenomenon of public-private partner ships, intending check the institutional difficulties to realize this administrative method, especially in Brazil, at where have a historic of the patrimonialist practices. The knowledge for this article happened with the deductive method, because started of the brasilian legislation bout this theme, toarrive of atapplication in the cities. Thus, is demonstated that there are alternatives solutions, applicable at some statemodels, but there is a need of cooperation of the various system parts.

KEYWORDS: Gerencial Administration. Public-Private Partnerships. Patrimonialist Practices.

INTRODUÇÃO

O cenário brasileiro é conhecido por uma extensa sucessão de problemas na condução da coisa pública. Um dos elementos mais relevantes neste contexto é a questão do alto custo e do histórico de práticas de corrupção e malversação dos recursos públicos pelo qual estão sujeitas muitas das instituições estatais da administração direta e indireta, o que é um fator importante no grande déficit econômico verificado neste limiar do século XXI.

¹ Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa(Bolsa CAPES). Doutora em Direito UFPR. Mestre em Direito pela UFSC. Advogada e professora do Mestrado em Direito e do Doutorado em História da UPF. Professora Visitante do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola. Email: janainars@upf.br

² Estudante da Graduação do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista de iniciação científica FAPERGS. Email: 171415@upf.br

Para combater tais problemas, uma das alternativas é a redução do tamanho do Estado e das empresas estatais. Assim, em concomitância com o quadro de reformas instaurado atualmente no país, percebe-se a adoção de instrumentos que possibilitem novos modelos de gestão pública como, por exemplo, as parcerias público-privadas. O presente artigo tenciona verificar alguns pontos positivos e possíveis dificuldades institucionais ao realizar esse método administrativo, em especial no Brasil, que possui um histórico de apropriação privada da coisa pública. É necessário ressaltar que mesmo sendo um ótimo instrumento para reduzir o tamanho do Estado e diminuir seus custos, também há graves problemas, como a fuga do regime jurídico administrativo e a retirada indevida de sua atuação em pontos estratégicos, como forma de abstenção da atuação dos entes públicos em obras de infraestrutura.

Justifica-se este estudo pois ações como essas, de buscar uma reforma do modelo administrativo e de trazer para o meio estatal entes particulares, pode tornar-se um grande objeto de auxílio no saneamento das contas públicas, principalmente aos municípios. Por vezes, as receitas municipais não conseguem custear tudo aquilo que é lhe dado como obrigação pela Constituição Federal de 1988 e o fenômeno das parcerias público privadas podem contribuir para o cumprimento de suas obrigações constitucionais. Contudo, é necessário que haja um largo fortalecimento das instituições que supervisionam esses tipos de concessões, e que além de haver esses tipos de auditorias, que também haja uma extensa fiscalização popular, por meio de audiências públicas e mecanismos de controle, que darão a ratificação do trabalho feito pelo sistema público.

O conhecimento para esta pesquisa se dará pelo método dedutivo, eis que se partirá da legislação brasileira sobre o tema, para se chegar a sua aplicação nos Municípios. Deste modo, pretende-se com este estudo, comprovar que há soluções alternativas, aplicáveis a alguns modelos de Estado, desde que haja a cooperação de várias partes do sistema.

1 - ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL E PARCERIAS COM ENTES PRIVADOS

Em decorrência de uma sucessão de falhas na condução da coisa pública e com o insucesso da administração burocrática³ teorizada por Weber,⁴ os gestores públicos passam a aplicar diretrizes que trariam características da Administração Gerencial, com o intuito de incluir os cidadãos ditos

³PEREIRA, Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. In: PEREIRA, Bresser e SPINK, Peter(Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. p.237.

⁴ A administração burocrática foi teorizada pelo alemão Max Weber em alguns pontos nos quais as funções e cargos seriam elaborados com requisitos formais com suas hierarquias e por meritocracia, sem que a figura do gestor tivesse uma intervenção, culminando com a separação entre patrimônio público e privado, porém ele nunca foi aplicado de forma pura. WEBER, Max. **Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva**. Tradução de: José Medina Echavarría2 ed. México: Fondo de Cultura Económica,1996.p.173-179.

comuns no auxílio da Administração do Estado.⁵Nesse tipo de administração, o gestor público possui a tarefa de regular as relações entre o ente público e o privado, facilitando ações conjuntas e a descentralização das atividades administrativas. Visa também reduzir os custos da máquina estatal e combater o apadrinhamento e desvirtuamento do setor público, já que haveria uma redução da máquina estatal.

Todavia, há de se salientar que ocorre uma gama de riscos ao implementar esse tipo de gestão. Pois, suas relações serão guiadas por contratos e licitações extremamente complexas. Desta forma, ao aplicar concessões e privatizações, o gestor em verdade poderá estar fazendo uso de práticas patrimonialistas e favorecendo sua barganha política em troca de benefícios.

Na sequência serão analisadas ferramentas aplicadas na administração gerencial como terceiro setor, privatizações, concessões e as parcerias público-privadas.

1.1 Terceiro setor

Surge a partir de reformas de Estado implementadas no Brasil a partir da década de 90 do século XX. Aposta-se em novas ferramentas de administração pública, onde os entes privados são interpostos para auxiliar na administração pública. Com isso, pode-se considerar que há um engajamento de diversos setores da sociedade, que dentro de um ideal único unem-se para colaborar com a concessão de direitos sociais, que em outras formas de gestão seriam unicamente papel do governo.

O terceiro setor é um exemplo disso, visto que, corresponde a organizações não governamentais e organizações sociais, caracterizadas como um setor intermediário ao público e ao privado, também denominado de público não estatal. Sua institucionalização se deu a partir da Lei nº 9.637/98, onde interpõe-se que:

O Poder Executivo poderá qualificar como organização sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, a pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde.⁶

Sendo assim, este setor público não estatal visa auxiliar o Estado na prestação de seus fins sociais, sem ter perspectiva de adquirir algo pra si próprio, apenas para o bem comum.⁷ Atualmente as parcerias entre as organizações da sociedade civil e a Administração Pública estão reguladas pela Lei 13.019/2014 e suas posteriores alterações, denominada Marco Regulatório do Terceiro Setor, e

⁵PEREIRA, Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. In: PEREIRA, Bresser e SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. p.237.

⁶ BRASIL, Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1988.

⁷OLIVEIRA,Rafael Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 3ª ed. São Paulo: Metodo,2014.

as organizações sociais continuam reguladas pela Lei 9.637/98 para as organizações sociais. Desta forma, aplica-se em estados democráticos, onde há uma liberdade de escolha, de tal forma que no Brasil existem várias entidades estabelecidas, onde cada uma visa aplicar-se a uma determinada área, tendo como objetivo comum o bem-estar social.

Pode-se verificar que essas instituições têm contribuído significativamente para o crescimento do país, de tal forma que setores que antes não usufruíam do que era seu de direito pela Constituição Federal de 1988, com a ação do terceiro setor passam, atualmente, a ter seus direitos sociais efetivamente assegurados.

Portanto, torna-se benéfico ao Estado esse tipo de auxílio. Posto que, ao estabelecer uma divisão entre público e privado em suas atividades, contempla a toda sociedade que antes era esquecida, por diversos motivos, principalmente em momentos de crise, como a que está sendo presenciada há alguns anos.

1.2 Privatizações

A partir de um cenário político no qual se verificaram práticas de corrupção desmensurada em várias estatais, a discussão popular sobre as privatizações volta a ser levantada. É notória a falha da administração pública em estatais que eram até então empresas de grande porte e que por diversos fatores tiveram sua falência decretada ou operaram com o mínimo possível de recurso, tendo um déficit colossal de suas receitas.⁸ Adota-se a ideia já implementada em alguns países, nos quais empresas que aqui são controladas pelo governo, são repassadas para a iniciativa privada, retirando assim a gestão do Estado da obrigação de tornar lucrativa a empresa. Reduz-se o tamanho do Estado em setores de atividade econômica, privatizando-se empresas públicas e entregando-as para a iniciativa privada, para que o Estado efetivamente se concentre no equilíbrio fiscal e em cumprir direitos sociais assegurados constitucionalmente.

O que se defende entre os economistas neoliberais é que, privatizando as empresas estatais, a preocupação do governo volta-se apenas em cumprir com compromissos que não podem ser realizados por entes privados, como equilíbrio fiscal, segurança pública, saúde e educação.

Contudo, existem graves exemplos de corrupção envolvendo as privatizações, bem como, há um certo problema em relação a falta de competitividade entre empresas onde ocorre monopólio, pois acaba não sendo benéfico para a população e sim somente para os empreendimentos privados, geralmente multinacionais, que adquirem o direito de explorar setores estratégicos com bom preço.

⁸ PEREIRA, Renée. **Em crise, estatais diminuem investimentos**. EXAME. DISPONÍVEL EM: <https://exame.abril.com.br/economia/em-crise-estatais-diminuem-investimentos/>. Acesso: jul 2018.

Nas palavras de Bresser Pereira, as empresas privatizadas passam a ser exploradas com vistas apenas ao lucro de seu dono ou de sua nação de origem, sem se importar com o consumidor nacional.⁹

1.3 Concessões

Uma das ferramentas de gestão compartilhada mais utilizadas são as concessões, nas quais são caracterizadas como um “contrato administrativo por meio do qual o (poder concedente) delega a execução de serviços públicos a terceiros.”¹⁰ Desta forma o Estado encontra nas concessões um subterfúgio para poder cumprir com seus deveres perante a sociedade. Contudo, pode-se salientar que mesmo sendo uma ferramenta de qualidade para o auxílio de um país com um baixo poder de investimento, há um grande ameaça na concretização pura dessa modalidade, tendo em vista a possibilidade de abstenção do governo, já que alguns serviços públicos são repassados para outro setor, privado, que visa o lucro.

Dentro disso, “no direito brasileiro, a concessão é, constitucional e doutrinariamente, um contrato administrativo, destinado a transferir a particulares certas atividades reservadas à Administração”.¹¹ Sendo assim, há uma larga discussão sobre as concessões, visto que pode ser considerado um objeto benéfico a sociedade em totalidade ou em verdade seria apenas uma forma do Estado se eximir de suas obrigações, transferindo ao privado.

A Lei nº 8.987/95 traz previsões sobre as concessões e permissões de serviços públicos no País, dado que nela são expressas normas como a chamada “Política Tarifária”, que rege as licitações, ou seja, o que os entes privados terão que realizar para ter sua concessão registrada, conjuntamente com as demais regras expressas na lei.¹² Neste caso, quando há uma concessão de obra pública, o Estado transfere essa construção para o ente privado, sem quaisquer garantias, colocando assim o concessionário a encarregar-se pelos riscos desse investimento.¹³

Um grave empecilho para que as concessões sejam realizadas com garantia de sucesso, é que em algumas licitações podem ocorrer um crime de fraude licitatória, que está descrito no art.90 da Lei 8.666/93. Nesse caso, sobrevém inúmeros exemplos que aconteceram no país em que houve as chamadas fraudes, nas quais se empregam práticas patrimonialistas de interesse próprio que culminam com o insucesso de muitas das concessões.

⁹ PEREIRA, Bresser Luiz Carlos. **Privatização condena Brasil a ser empregado de países ricos**. Takar, Téo. Uol. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/09/02/bresser-pereira-privatizacao-temer-rombo-crise.htm>. Acesso em: jun 2018.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e especial**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 301

¹² BRASIL, **Lei Nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995.

¹³ PIETRO, DI, Maria Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.p.132.

1.4 Parcerias Público-Privadas (PPPs)

Com a grande demanda de municípios endividados, devido a um escasso repasse da União, que se torna irrisório dado a toda a demanda que é de responsabilidade do ente municipal, as Parcerias Público-Privadas podem trazer uma alternativa a gestão da coisa pública, de modo que ao investir em infraestrutura, o ente privado pode auxiliar os cofres principalmente dos municípios de forma que se tenha contingência para investir em outros serviços básicos, e assim, auxiliar no cumprimento de alguns direitos previstos na Carta Constitucional de 1988.

A Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004 normatizou o uso de Parcerias Público-Privadas no Brasil, sendo alicerçada em âmbito municipal pelo Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001). Visto que, foi necessário buscar alternativas para velhas práticas que até o momento não vem tendo êxito. Dessa forma, foi criada no intuito de beneficiar e facilitar a gestão da coisa pública, sobretudo aos municípios, que são os maiores prejudicados em momentos de crise financeira.

As chamadas Parcerias público-privadas são um modelo de Concessão.¹⁴A Lei 11.079, art. 2 estabelece que "Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa." Além disso, há duas novas diretrizes para as concessões, a da divisão dos possíveis ônus do investimento e a responsabilidade do estado de arcar com sua quota parte.¹⁵ Indaga Marçal Justen Filho que,

Parceria público privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e(ou) prestar serviço público, com ou sem direito de remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público utilizável pelo Poder Público, utilizável para obtenção de recursos no mercado.¹⁶

Esse tipo de modelo, torna exequível o emprego de capital superior ao antes empregado.¹⁷ Deste modo, o que antes não era possível pela falta de recursos, causados por extensa crise financeira do Estado, torna-se factível. Neste caso as obras de infraestruturas podem ser realizadas por parcerias com entes privados, restando para o governo conduzi-las, sendo assim terá mais recursos e uma maior centralização na aplicação dos mesmos em serviços básicos.

¹⁴OLIVEIRA,Rafael Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor.**

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e especial.** p. 301

¹⁶JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005. p.549.

¹⁷PINTO, Marcos Barbosa. Parcerias Público-Privadas: Panorama da Nova Disciplina legislativa.In TALAMINI, Eduardo e JUSTEN,MonicaSpezia(Org.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.31.

Essa concessão patrocinada, quando não se tem um reembolso do investimento, pode ser complementada pelo ente público.¹⁸ Desta forma, o governo presta garantias a quem propõe-se a colaborar com o Estado.¹⁹ Essas garantias são convencionadas no momento da contratação, onde o parceiro privado e o ente público acordam uma data na qual irão promover uma espécie de “premiação” pela participação do agente não estatal.²⁰

Essa ferramenta de gestão pode ser favorável para a população, tendo em vista a escassez de recursos do Estado. Segundo Cretella Neto, “são mecanismos já testados em outros países como a Grã-Bretanha, a Espanha, Portugal e África do Sul.”²¹ Um exemplo no Rio Grande do Sul de parceria público privada bem sucedida, apesar do longo caminho percorrido para sua concretização, pode ser visto no processo de revitalização do Cais Mauá, uma parceria público-privada na qual o setor privado assumiu o compromisso de reestruturar, por meio de obras, essa região portuária da cidade de Porto Alegre.²²

Segundo Michal Gartenkraut, não tendo fundos para arcar com grandes obras de infraestrutura, o Estado deve ir em busca de parceiros para que as mesmas sejam realizadas.²³ É o que acontece com o Brasil, no qual os entes federativos, em todas as suas esferas, trazem problemas de déficit fiscal há alguns anos, situação agravada por uma grave crise política que paira sobre sociedade neste limiar de século XXI. Agregado a tais fatores há também uma inconstância na economia, com aumento da inflação e do dólar, depreciando-se a moeda brasileira. Neste caso, é inescusável obter soluções que possam assim trazer para a nação uma expectativa de cumprimento de funções que antes eram de única e exclusiva responsabilidade do Estado, passam a contar com colaboradores da esfera privada.

Há uma diferença nesse tipo de concessão, pois nela ambos os lados arcam com os com o perigo de falhas na execução,²⁴ tendo como resultado, a não concretização da finalidade do empreendimento. Outrossim, é de vasta relevância haver uma confiabilidade entre as partes e a sociedade, visto que a participação popular é fundamental, sobretudo em obras mais extensas e de

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP Brasileira e as Lições do Passado. In TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.19.

¹⁹ PIETRO, DI, Maria Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. p.145.

²⁰ CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei das Parcerias Público-Privadas**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p.56

²¹ CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei das Parcerias Público-Privadas**. p.9

²² **OBRAS de revitalização do Cais Mauá começam na próxima segunda, diz governo**. G1 RS. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/obras-de-revitalizacao-do-cais-maua-comecam-na-proxima-segunda-diz-governo.ghtml>> Acesso: jun 2018.

²³ GARTENKRAUT, Michal. Avaliação Geral sobre as Parcerias Público Privadas. in TALAMINI Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.323.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e especial**. P. 30

grande interesse público.²⁵ Posto que, o descrédito de uma das partes torna vulnerável e passível de vícios esse contrato de cooperação, tais como a corrupção, evidenciada no Brasil por muitas pessoas tanto do meio público quanto privado. Por certo, mesmo em formas modernas de administração pública como as parcerias público-privadas pode-se apresentar vícios de práticas patrimonialistas antigas, que acompanham a gestão pública brasileira desde sua colonização, passando por várias formas de governo e chegando a contemporaneidade.

Entende-se que as novas formas e ferramentas de gestão compartilhada podem ser benéficas, contudo é necessário que apresentem um acompanhamento contínuo dos órgãos de controle, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, bem como manifeste uma fiscalização popular, por meio de audiências públicas e mecanismos de denúncia de atos de corrupção.

Nesse sentido, a Lei 11.079/2004 em seu art. 4º traz previsto quais são os procedimentos para a contratação das parcerias público-privadas, nas quais apresentam previsões que protegem a função social, ou seja, traz mecanismos que em tese farão que o negócio entre Estado e ente privado beneficie e seja controlados pela sociedade.²⁶ Assim, a inserção de audiências públicas, torna mais eficaz a demanda,²⁷ visto que, dessa forma a sociedade estaria engajada em atribuir o que lhe é mais importante e também denomina-se a fiscalizar as ações conjuntas feitas pela gestão pública e privada, diminuindo possibilidades de existência de crimes administrativos.

Desta forma, é de importância desmedida verificar que práticas patrimonialistas presentes desde o período colonial, por vezes, ainda permanecem na gestão pública e só podem ser combatidas com maior transparência da gestão, controle da sociedade e principalmente o fortalecimento das instituições de controle estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir o presente artigo pode-se analisar que o país, sobretudo no âmbito municipal, passou por diversas formas de administração pública, algumas mais liberais, outras mais interventivas. Todavia, práticas patrimonialistas sempre acompanharam as formas de gestão, sendo prejudiciais para o pleno êxito da qualidade da administração pública do país.

Outrossim, o artigo tencionou-se a analisar possíveis causas de insucesso dessas formas e ferramentas de gestão, sendo que na sociedade contemporânea a principal causa seria a da inércia da

²⁵BORGES, Luiz. Riscos e sua Mitigação em Financiamento de Investimentos de Infra-estrutura em PPP-Parceria Público Privada in TALAMINI Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia (Org.) **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.163.

²⁶ BRASIL, Lei Nº 11.079 de 30 de Dezembro de 2004.

²⁷OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**.

população e do descrédito de algumas instituições fiscalizadoras, seja pela corrupção que assola o país de forma histórica ou, pela falta de recursos, que levam a ineficácia do plano de gestão estatal.

É importante salientar que ferramentas de gestão compartilhada, como o terceiro setor, as concessões e privatizações e, em especial, as parcerias público-privadas, são ótimas formas de auxílio ao Estado. Contudo, se seu propósito principal for atingido por práticas patrimonialistas, colocando o interesse do administrador público e do privado acima dos interesses da população, elas acabam se tornando um problema que poderá gerar implicações no orçamento público.

Portanto, conclui-se que, para que as receitas públicas sejam ajustadas e a gestão da coisa pública tome novos rumos, a população deverá exercer a sua cidadania em sentido lato, pois enquanto houver essa espécie de conformismo, que exerce os direitos políticos e a cidadania apenas em época eleitoral, as instituições públicas brasileiras continuarão debilitadas e velhas práticas nefastas de governo e de apropriação privada da coisa pública continuarão acompanhando o Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BORGES, Luiz. Riscos e sua Mitigação em Financiamento de Investimentos de Infra-estrutura em PPP-Parceria Público Privada. In: TALAMINI Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia. **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. 1ª ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005.p.163.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei das Parcerias Público-Privadas**.1ª ed.Rio de Janeiro:Forense, 2005.

GARTENKRAUT, Michal. Avaliação Geral sobre as Parcerias Público Privadas. In: TALAMINI Eduardo e JUSTEN,MonicaSpezia.**Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.323.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP Brasileira e as Lições do Passado. In TALAMINI, Eduardo e JUSTEN,MonicaSpezia. **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.19.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e especial**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OBRAS de revitalização do Cais Mauá começam na próxima segunda, diz governo. G1 RS. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/obras-de-revitalizacao-do-cais-maua-comecam-na-proxima-segunda-diz-governo.ghtml>> Acesso: jun. 2018.

OLIVEIRA,Rafael Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 3ª ed. São Paulo: Metodo, 2014.

PEREIRA, Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. In: PEREIRA, Bresser e SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e administração pública gerencial. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

PEREIRA, Bresser Luiz Carlos. **Privatização condena Brasil a ser empregado de países ricos.** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/09/02/bresser-pereira-privatizacao-temer-rombo-crise.htm>. Acesso em: jun 2018.

PEREIRA, Renée. **Em crise, estatais diminuem investimentos.** EXAME. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/em-crise-estatais-diminuem-investimentos/>. Acesso: jul 2018.

PIETRO DI, Maria Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO, Marcos Barbosa. Parcerias Público-Privadas: Panorama da Nova Disciplina legislativa. **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. 1ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.31.

WEBER, Max. **Economia y sociedad:** esbozo de sociologia comprensiva. Tradução de: José Medina Echavarría 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MODELO BUROCRÁTICO AO MODELO GERENCIAL

PUBLIC ADMINISTRATION OF THE BUREAUCRATIC MODEL TO THE MANAGERIAL MODEL

Leone Frizon¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é tecer considerações acerca dos modelos burocrático da administração pública brasileira. Com o intuito de compactuar o princípio da legalidade frente o modelo burocrático. Assim a tentativa de implementação da burocracia se deu em meados de 1930, com o advento do Estado Novo, do então Presidente Getúlio Vargas. A burocracia trouxe à época uma racionalização dos meios e modos de atuação da administração pública brasileira. Tornando-a mais racional e com funções previamente delineadas e com hierarquia definhada. Desse modo, a administração pública possui um funcionamento simétrico, onde o funcionário era especializado para determinada função, sempre pautado pelo cumprimento da estrita legalidade. Logo, com a evolução dos meios de comunicação e o alto grau dos fluxos de informações, a burocracia começou a perder sua razão de ser e se tornou um fim em si mesmo. Portanto, o Estado se tornou moroso, já não atingindo os anseios sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Burocracia. Princípio da Legalidade.

ABSTRACT

The purpose of this article is to make considerations about the bureaucratic models of the Brazilian public administration. With the intention of consolidating the principle of legality against the bureaucratic model. Thus the attempt to implement the bureaucracy took place in the middle of 1930, with the advent of the Estado Novo, the then President Getúlio Vargas. The bureaucracy brought to the time a rationalization of the means and modes of action of the Brazilian public administration. Making it more rational and with functions previously delineated and with a defined hierarchy. In this way, the public administration has a symmetrical functioning, where the employee was specialized for a certain function, always guided by compliance with strict legality. Thus, with the evolution of the media and the high degree of information flows, the bureaucracy began to lose its *raison d'être* and became an end in itself. Therefore, the State has become slow, no longer reaching social desires

KEYWORDS: Public administration. Bureaucracy. Principle of Legality.

INTRODUÇÃO

¹ Advogado e Administrador de Empresas. Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Graduado em Administração de Empresas pela Universidade de Passo Fundo (2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (2014). Experiência na área de Administração nas empresas Transportes Frizon LTDA (2004 a 2013) e comércio de Combustíveis Frizon LTDA (2003 a 2010), onde figurou como sócio em ambas as empresas de 2004 a 2012).

A administração pública brasileira passou por diversas transformações desde de à época do Brasil colônia, passando pela administração pública pautada pelo clientelismo e patrimonialismo. Onde a atuação administrativa pública era estritamente uma troca de cargos por votos, e as prebendas e sinecuras pautavam a administração pública.

Na década de 1930 o Brasil começa a sofrer uma onda de industrialização com a intromissão do estado no setor produtivo. Em 1938 o Brasil começou a era do Estado Novo, implantado pelo então Presidente Getúlio Vargas, que implantou o DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público).

Com a criação do DASP a administração pública passou a fortalecer o princípio da meritocracia, instituindo concursos públicos para seleção de servidores entre outras práticas anticlientelismo. A criação do departamento era o primeiro esforço governamental para romper com as práticas clientelistas e fortalecer a burocracia.

Após a era Vargas o DASP perdeu sua força e não chegou a ser implementado de forma plena. Então foi implementado o Decreto Lei 200,² de 1967, que trouxe grandes inovações para romper as barreiras do sistema burocrático e possibilitar uma descentralização da administração direta, uma vez que havia uma excessiva centralização administrativa.

Desse modo o decreto lei 200/67 foi o primeiro contato da administração pública brasileira com o gerencialismo. Com o advento da Constituição Federal de 1988,³ com a transição do autoritarismo para a democracia, houve um pequeno retrocesso quanto ao gerencialismo pregado pelo Decreto, uma vez que cargos públicos eram ocupados por políticos, remontando assim a volta do clientelismo.

Portanto, a administração pública brasileira passou por diversas nuances e transformações ao longo do último século. Assim, passando do modelo burocrático para um modelo gerencial, possibilitando uma adequação da administração pública para com a modernidade e o advento da globalização. Desse modo, o presente trabalho possui como foco somente o modelo burocrático da administração pública e suas implicações na sociedade.

1 - MODELO BUROCRÁTICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A tentativa de implementação da burocracia veio com o primeiro governo Vargas, e segundo Paludo o modelo patrimonialista, mesmo que de forma desorganizada, foi o primeiro modelo de administração pública brasileira, que era pautada por práticas clientelistas e patrimonialistas, ou seja,

² BRASIL. **Decreto Lei 200/67**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acessado em 05 de setembro de 2017.

³BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 05 de setembro de 2017.

não havia separação entre público e privado.⁴ Para Schwartzman, o uso da palavra “patrimonialismo” possui origem nos trabalhos de Max Weber,⁵ e, ainda, segundo o autor, “[...] foi utilizado para caracterizar uma forma específica de dominação política tradicional, em que a administração pública é exercida como patrimônio privado do chefe político.”⁶

Conforme Paludo o modelo burocrático da administração pública brasileira “[...] surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista.”⁷ Ainda, segundo Paiva:

“[...]no correr dos anos 1920 e mais explicitamente após à Revolução de 1930, quando uma sequência de reformas político-administrativas, dentro de um quadro geral de transformações sociais, conferiu nova organização ao aparelho do Estado.”⁸

Para Bresser Pereira “A administração pública burocrática foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos.”⁹

A burocracia Weberiana surgiu com o intuito de acabar com as práticas patrimonialistas,¹⁰ mas por outro lado o controle se torna a razão de ser do Estado, e, conseqüentemente há a perda do fim precípua da administração pública que é o de servir a sociedade.¹¹

Em Weber “a burocracia considera a atividade oficial como um âmbito independente da vida privada.”¹² e, ainda, segundo Weber “Os fundos e equipamentos públicos estão separados da propriedade privada do funcionário”.¹³ Desse modo o Estado fica enrijecido controlando seu próprio poder e embrutecendo sua atuação.

Chiavenato explicita que a burocracia possui concentração na adequação dos meios, assim “[...] é uma forma de organização humana que se baseia na racionalidade, isto é, na adequação dos

⁴ PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. São Paulo: Elsevier, 3ªed, 2013, p. 58.

⁵ SCHWARTZMAN, Simon. **Nota sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea**. 2006. Disponível em: <http://www.schwartzman.org.br/simon/patrimonialismo06.pdf>. Acessado em 28 de agosto de 2017.

⁶ SCHWARTZMAN, Simon. **Nota sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea**. 2006. Disponível em: <http://www.schwartzman.org.br/simon/patrimonialismo06.pdf>. Acessado em 28 de agosto de 2017.

⁷ PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. São Paulo:Elsevier, 3ª Ed, 2013, p. 63.

⁸ PAIVA, Carlos Henrique Assunção. **A Burocracia no Brasil: as bases da administração pública nacional em perspectiva histórica (1920-1945)**. São Paulo: História, 2009, p. 775.

⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da Administração Pública Burocrática À Gerencial**. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticagerencial.pdf>. Acessado em 28 de setembro de 2017

¹⁰ PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. São Paulo:Elsevier, 3ª Ed, 2013, p. 63.

¹¹ PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. São Paulo:Elsevier, 3ª Ed, 2013, p. 63.

¹² WEBER, Max. **O que é Burocracia**. Disponível em: http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf. Acessado em 03 de setembro de 2017, p. 09.

¹³ WEBER, Max. **O que é Burocracia**. Disponível em: http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf. Acessado em 03 de setembro de 2017, p. 11.

meios aos objetivos (fins) pretendidos, a fim de garantir a máxima eficiência possível no alcance desses objetivos.”¹⁴

Na mesma toada Chiavenato discorre que “as normas e os regulamentos passam a se transformar de meios em objetivos.”¹⁵ E, com isso, no apego excessivo as normas e aos regulamentos o funcionário cria “viseiras” esquecendo da flexibilidade que é uma característica da atividade racional.¹⁶ Segundo Chiavenato:

A burocracia é uma organização ligada por normas e regulamentos estabelecidos previamente por escrito. Em outros termos, é uma organização baseada em uma legislação própria (como a Constituição para o Estado ou os estatutos para a empresa privada) que define antecipadamente como a organização burocrática deverá funcionar. Essas normas e regulamentos são escritos e também são exaustivos porque abrangem todas as áreas da organização, prevêm todas as ocorrências e as enquadram dentro de um esquema definido capaz de regular tudo o que ocorre dentro da organização.¹⁷

Para Bresser Pereira “A administração burocrática clássica, baseada nos princípios da administração do exército prussiano, foi implantada nos principais países europeus no final do século passado.”¹⁸ No Brasil, a burocracia foi implantada em 1936, com a reforma administrativa¹⁹ que criou no ano de 1938 o DASP²⁰ que pretendia estabelecer uma integração com a maioria dos setores integrantes da administração pública com o intuito de promover a seleção e aperfeiçoamento do quadro de pessoal administrativo, usando o sistema de mérito que seria o único capaz de diminuir os interesses privados e políticos na ocupação de cargos públicos.²¹

Segundo Ribeiro o Departamento Administrativo do Serviço Público propiciou “a instauração da nova ordem burocrática, baseada em normas racionais e procedimentos legais para a consecução dos negócios públicos, em que se destaca o propósito de formação de uma burocracia profissional.”²²

¹⁴CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria Geral da Administração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 6ª Ed, 2002, p. 06.

¹⁵ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 8ª ed, 2011, p. 252.

¹⁶CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 8ª ed, 2011, p. 252.

¹⁷CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 7ª ed., 2004, p. 262-263.

¹⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da Administração Pública Burocrática À Gerencial**. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocrati.caageren.cial.pdf>. Acessado em 28 de setembro de 2017.

¹⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da Administração Pública Burocrática À Gerencial**. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocrati.caageren.cial.pdf>. Acessado em 28 de setembro de 2017.

²⁰Departamento Administrativo do Serviço Público

²¹DASP. **Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945) - Departamento Administrativo do Serviço Público**. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/DASP>. Acessado em 02 de setembro de 2017.

²² RIBEIRO, Sheila Maria Reis. **Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90**. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0043326.pdf>. Acessado em 01 de setembro de 2017.

Mas, ainda segundo Ribeiro “as iniciativas do DASP dentro do esforço de modernização do aparelho do Estado, cujos resultados foram irrelevantes do ponto de vista da superação do clientelismo.”

Portanto, os esforços na tentativa de implementação de um modelo burocrático puro não foram suficientes. O Brasil não chegou a instalar a burocracia definitivamente. De certo modo houve um arrefecimento das práticas patrimonialistas que eram escancaradamente usadas antes do Estado Novo, mas o clientelismo nunca deixou de fazer parte da administração pública brasileira, apenas houve seu abrandamento. Mas, não se pode negar que, de certo modo, a burocracia foi implementada na administração pública brasileira. Logo, a burocracia clássica em Weber possui modelos natos, que serão percorridos a seguir.

2 - MODELOS DOMINAÇÃO DA BUROCRACIA WEBERIANA

A burocracia clássica de Weber é pautada por três modelos de dominação, são eles o legal, o tradicional e o carismático. A dominação na visão de Weber é “[...] a probabilidade de encontrar obediência a um determinado mandato, pode fundar-se em diversos motivos de submissão.”²³ Ainda, Weber assevera que essa dominação pode depender de interesses podem ser considerações utilitárias de vantagens e inconvenientes por parte do que obedece.²⁴

O modelo de dominação carismático é instituído daquele que possui o fito de líder nato ou herói por algum ato de coragem. Segundo Weber a dominação carismática é “[...] em virtude de devoção afetiva à pessoa do senhor e a seus dotes sobrenaturais (carisma) e, particularmente: a faculdades mágicas, revelações ou heroísmo, poder intelectual ou de oratória.”²⁵ Importante salientar que não se trata na acepção pura da palavra carismático, que seria somente ao tocante de despertar carisma pra com o outro, mas sim o tipo que manda é o líder.²⁶

A dominação tradicional em Weber é “[...] em virtude da crença na santidade das ordenações e dos poderes senhoriais de há muito existentes. Seu tipo mais puro é a dominação patriarcal.”²⁷ Na dominação patriarcal há uma relação de senhor para súditos, onde o quadro administrativo é formado

²³ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 128.

²⁴ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 128.

²⁵ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 134.

²⁶ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 135.

²⁷ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 131.

por servidores.²⁸ Aqui a obediência se dá em virtude da sua dignidade, por tradição que redundam na fidelidade, e o conteúdo das ordens está fixado por tradição.²⁹

A dominação legal em Weber “em virtude de estatuto. Seu tipo mais puro é a dominação burocrática. Sua ideia básica é: qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quando à forma.”³⁰ A burocracia é o tipo mais puro de dominação legal, mas não é o único, podendo existir a burocracia eletiva, correspondem a essa dominação as modalidades de corpos colegiados de governo e administração.³¹

Esse modelo de dominação legal preconizado por Weber leva a ideia de que “[...] a legitimidade se estabelece através da crença na legalidade das normas estatuídas e dos direitos de mando dos que exercem a autoridade.”³² Nessa toada, há a criação racional de regras que os dominados se apegam excessivamente, seja por fé ou imposição. Segundo Santin:

Essa burocracia faz funcionar a dominação legal tendo por base o “estatuto”, legislação aprovada e sancionada seguindo as regras do direito positivo, o que lhe dá a legitimidade e garantias para o exercício do poder. Mediante esse sistema de completa separação entre o público e o privado, os administrados terão duas alternativas: obedecer à legislação e usufruir das vantagens proporcionadas pelo sistema, ou desobedecê-la e sofrer as sanções correspondentes.³³

Desse modo a burocracia aglutina a legalidade a seus métodos, possibilitando um controle racional dos métodos utilizados pelo modelo burocrático. Para Bonavides a legalidade dos sistemas políticos, redundam na observância das leis, ou seja, o procedimento que a autoridade estabelece deve estar em consonância com o direito estabelecido,³⁴ não há margem para atuação.

E, ainda, Bonavides discorre acerca de que o princípio da legalidade “[...] *traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula.*”³⁵ Para Wolkmer “a legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva.”³⁶

Segundo Meirelles “A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às

²⁸ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 131.

²⁹ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 131.

³⁰ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 128.

³¹ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 130.

³² QUINTANEIRO, T.; OLIVEIRA BARBOSA, M. L. de; MONTEIRO DE OLIVEIRA, M. G. **Um toque nos clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2ª Ed. Revista e ampliada, 1ª reimpressão, p. 122.

³³ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e Administração Pública no Século XXI: Novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 66.

³⁴ BONAVIDES, Paulo, **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª Edição, 8ª Tiragem, 2000, p.116.

³⁵ BONAVIDES, Paulo, **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª Edição, 8ª Tiragem, 2000, p.116.

³⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária**. In: Revista de Informação Legislativa, n. 124. Brasília, 1994, p. 180.

exigências do bem comum[...].”³⁷ para Mello [...] “legalidade” deve, pois, ser entendida como “conformidade à lei e, sucessivamente, às subsequentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricção.”³⁸

Para Chiavenato, durante a era da industrialização o modelo burocrático foi o ideal para as grandes organizações, ante o fato de que trabalhavam em um ambiente instável e de poucas mudanças,³⁹ mas:

As burocracias eram encontradas em organizações industriais, políticas, religiosas, educacionais, militares, etc. O tempo passou e o mundo mudou. Pena que a burocracia não tenha a menor aptidão para flexibilidade e inovação, tão necessárias em um mundo atual caracterizado por intensa mudança e instabilidade. Daí, a forte e generalizada tendência à desburocratizar não é apenas reduzir papelório, mas, sobretudo, reduzir o excesso de burocratização, ou seja, reduzir o grau de intensidade das dimensões burocráticas.⁴⁰

Com o advento da globalização, crescimento populacional e alto grau de tecnologia empregada na administração, seja ela pública ou privada, fazem com que o modelo burocrático se torne, de certo modo, ineficiente, ante ao arraigado apego aos métodos e formalismos. Conforme Santin

“[...] no capitalismo, as enormes desigualdades sociais geradas pelo Estado Liberal ensejaram a necessidade do reconhecimento de uma nova categoria de direitos, os direitos sociais, os quais impunham uma atuação estatal maior na economia [...]”.⁴¹

Portanto o modelo burocrático já não consegue fazer frente às demandas sociais e atrapalha o desenvolvimento social e econômico da população, abrindo brecha para o modelo gerencial, já preconizado pela administração pública brasileira. Assim, abre-se caminho para um novo modelo de gestão da administração pública, mais atinente ao modelo incorporado pelas grandes organizações empresariais, onde o Estado passa de provedor para promotor e interferindo menos na economia, ficando com um núcleo estratégico mínimo e deixando o fornecimento de bens e serviços para a iniciativa privada.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 35ª edição, 2009, p. 89.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 20ª edição, 2006, p. 72.

³⁹ CHIAVENATO, Idalberto. **Administração nos novos tempos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2ª ed., 8ª reimpressão, 2004, p. 42.

⁴⁰ CHIAVENATO, Idalberto. **Administração nos novos tempos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2ª ed., 8ª reimpressão, 2004, p. 42.

⁴¹ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e Administração Pública no Século XXI: Novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 68.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a burocracia clássica Weberiana teve ande influência nas maiores potencias Estatais, funcionando por muito tempo com um modelo ideal de administração pública. Possuía relevante interesse na época em que os meios de comunicação eram escassos e a atuação Estatal era especializada. Havia a racionalização dos meios e modos de atuação do funcionário público. Esse seguia fielmente as regras e normas contidas na legislação e nos estatutos. A hierarquia era outro fator preponderante na burocracia, onde as ordens sempre eram emanadas de cima para baixo, só era dado aos subalternos a escolha do cumprimento das ordens.

Hodiernamente, com o avanço desenfreado dos meios de comunicação, do aumento considerável da complexidade administrativa e do crescimento populacional vertiginoso, a burocracia já não atende os anseios sociais. Pois vidou um fim em si mesmo, ou seja, ela se retroalimenta, somente para manter a administração estatal funcionando. Logo, abriu-se passagem para um novo modelo de administração pública gerencial, muito mais afeito as novas tecnologias e a atenção ao cumprimento dos anseios sociais, que vem a cada dia suprimindo a burocracia, mas as duas caminham paralelamente, uma nunca suplantar a outra. Desse modo, a burocracia faz parte da administração pública, não podendo ser uperada por outro modelo.

REFERÊNCIAS DE FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. P. 94.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A Distinção Entre Princípios E Regras E A Redefinição Do Dever De Proporcionalidade**. Disponível em: file:///C:/Users/Leone%20Frizon/Downloads/47313-94245-1-PB.pdf. Acessado em 05 de setembro de 2017.

BARROSO, Luís R. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.147.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 42.

BONAVIDES, Paulo, **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª Edição, 8ª Tiragem, 2000, p.116.

BRASIL. **Constituição Federal de 1937**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 05 de setembro de 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 05 de setembro de 2017.

BRASIL. **Decreto Lei 200/67**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acessado em 05 de setembro de 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acessado em 04 de setembro de 2017.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE**. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acessado em 01 de setembro de 2017.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1995/98.ReformaAparelhoEstadoConstituicao.pdf>. Acessado em 04 de setembro de 2017.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da Administração Pública Burocrática À Gerencial**. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaagerencial.pdf>. Acessado em 28 de setembro de 2017.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial**. In: *BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: FGV editora, 2006, p. 244.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 19.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração nos novos tempos**. 2ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2ª ed., 8ª reimpressão, 2004, p. 42.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 8ª ed, 2011, p. 252.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. *Apud, A. V. Feigenbaum, Total Quality control: engineering and Management, Nova York, CxGraw-hill*, 1991. Rio de Janeiro: Elsevier, 8ª ed, 2011, p. 155.

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 67.

CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria Geral da Administração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 6ª Ed, 2002, p. 06.

CUNHA, Marcos A. da; RUIZ, Ivan A. **O Princípio Da Eficiência Na Administração Pública: Propostas Para A Otimização Da Cobrança Judicial Da Dívida Ativa**. Disponível em: http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/gestao_de_politicas_publicas_no_parana_coleta_nea_de_estudos/cap_8_administracao_e_previdencia/capitulo_8_3.pdf. Acessado em: 04 de setembro de 2017.

Diretrizes do Estado Novo.DASP- Departamento Administrativo do Serviço Público. Disponível em:[http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/Politica Administracao/DASP](http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/Politica_Administracao/DASP). Acessado em 02 de setembro de 2017.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13º ed. São Paulo: Editora Atlas. 2001, p. 83.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 42.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Eficiência administrativa*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jul. 2000, p. 168.
- LUSTOSA DA COSTA, Frederico. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**. Revista da Administração Pública. Rio de Janeiro, set/out. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5.pdf>. Acessado em 03 de setembro de 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 35ª edição, 2009, p. 89.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 85.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 98.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *et al.* **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 91.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 20ª edição, 2006, p. 72.
- MORAES, Alexandre de. **Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários**. Revista de Direito Administrativo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42538/41302>. Acessado em 05 de setembro de 2017.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 1999. P. 294.
- MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo. **Curso De Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral E Parte Especial**. 16ª Ed. Revista atualizada. Rio De Janeiro: Forense, 2014, p. 204.
- PAIVA, Carlos Henrique Assunção. **A Burocracia no Brasil: as bases da administração pública nacional em perspectiva histórica (1920-1945)**. São Paulo: História, 2009, p. 775.
- PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. São Paulo: Elsevier, 3ªed, 2013, p. 58.
- PASCARELLI FILHO, Mário. **A nova Administração Pública: Profissionalização, Eficiência e Governança**. São Paulo: DVS Editora, 2011, p. 44.
- PEIRANO, Mariza G. S. **Etnocentrismo às avessas: O conceito de “sociedade complexa”**. Revista de Ciências Sociais, Volume 26, n. 1. Rio de Janeiro, 1983, p. 110. Disponível em: http://www.marizapeirano.com.br/artigos/1983_etnocentrismo_as_avessas.pdf. Acessado em 03 de setembro de 2017.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. In BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Brasília, 1995, p. 19.

QUINTANEIRO, T.; *et al.* **Um toque nos clássicos: Marx, Durkheim e weber**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2ª Ed. Revista e ampliada, 1ª reimpressão, p. 122.

RIBEIRO, Sheila Maria Reis. **Reforma do aparelho de Estado no Brasil: uma comparação entre as propostas dos anos 60 e 90**. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0043326.pdf>. Acessado em 01 de setembro de 2017.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.45-46.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e Administração Pública no Século XXI: Novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 66.

SCHWARTZMAN, Simon. **Nota sobre o patrimonialismo e a dimensão pública na formação da América Latina contemporânea**. 2006. Disponível em: [http://www.schwartzman.org.br/simon/patrimonialismo 06.pdf](http://www.schwartzman.org.br/simon/patrimonialismo%2006.pdf). Acessado em 28 de agosto de 2017.

SOUZA FILHO, Rodrigo de; CUNHA, Elcemir Paço. **O PDRAE e a Contrarreforma Gerencial**. Disponível em: <http://www.apgs.ufv.br/index.php/apgs/article/viewFile/1750/pdf>. Acessado em 04 de setembro de 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 18.

WEBER, Max. **O que é Burocracia**. Disponível em: http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf. Acessado em 03 de setembro de 2017, p. 09.

WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 128.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária**. In: Revista de Informação Legislativa, n. 124. Brasília, 1994, p. 180.

A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NO PROCESSO CONSTITUINTE DE 1987-1988

THE PARTICIPATION OF WOMEN IN THE CONSTITUTIONAL PROCESS OF 1987-1988

Roberta Setti Reckziegel¹

Janaína Rigo Santin²

RESUMO

O objetivo central desta pesquisa é investigar a atuação feminina no processo constituinte de 1987-1988. Busca também apontar as decorrências dessa participação em termos de produção de legislação; discutir os trabalhos das mulheres da sociedade civil no período pré-Constituinte e durante o processo de elaboração do texto constitucional; e examinar a composição e atuação da chamada “bancada feminina” e sua relação com o Conselho Nacional de Direitos da Mulher. A metodologia utilizada consiste na conjugação de análises bibliográfica e documental, amparadas pelo uso do método histórico-dialético.

PALAVRAS-CHAVE: Assembleia Nacional Constituinte. Deputadas. Mulheres. Participação popular.

ABSTRACT

The main objective of this research is to investigate the female performance in the constitutional process of 1987-1988. It also seeks to point out the consequences of this participation in terms of producing legislation; discuss the work of women in civil society in the pre-Constituent period and during the drafting of the constitutional text; and to examine the composition and performance of the so-called "women's bench" and its relationship with the National Council on Women's Rights. The methodology used consists of the conjugation of bibliographical and documentary analyzes, supported by the use of the dialectical-historical method.

KEY WORDS: Constituent National Assembly. Deputy. Women. Popular participation.

INTRODUÇÃO

A década de 1980 constituiu agitado período da história brasileira, marcado por euforia política e insegurança econômica. Conforme destaca Barroso,³ a reivindicação por uma nova Constituição ganha força a partir das eleições de 1984, diante do término do regime militar. Tomando conhecimento acerca da elaboração de uma nova Carta, os movimentos sociais rearticularam-se e

¹ Acadêmica do segundo nível do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista Pibic/CNPq. E-mail: robii7r@hotmail.com

² Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa, com bolsa CAPES; Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora do Mestrado em Direito e do Mestrado e Doutorado em História da Universidade de Passo Fundo. Professora colaboradora do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Angola. Advogada. E-mail: janainars@upf.br.

³ BARROSO, Pêrsio Henrique. **Constituinte e Constituição: participação popular e eficácia constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

iniciaram discussões para tentar delimitar as propostas que gostariam de ver inseridas no texto. Dentre esses grupos, estavam os movimentos femininos e feministas, cuja atuação compreendeu todo o processo constituinte e foi de vital importância para que a nova Constituição reconhecesse os direitos da mulher e garantisse a isonomia entre os sexos no que remete à cidadania.

A extensa participação popular no processo de elaboração da atual Constituição foi um dos principais fatores que lhe renderam o apelido de “cidadã”. A penetração dos movimentos sociais no congresso constituinte representa a tentativa de retomada de poder por uma sociedade traumatizada por duas décadas de repressão política e constitui, dessa forma, um marco no processo de redemocratização do País.⁴

A participação feminina no processo se deu em duas frentes: popular e institucional. As mulheres formam o grupo de pressão que mais obteve conquistas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte; através da articulação bem-sucedida entre as principais organizações feministas do País e as deputadas constituintes, grande parte das demandas femininas passaram a constar do novo texto constitucional.

1 - A SITUAÇÃO DA MULHER NAS DÉCADAS DE 1970 E 1980

O pensamento feminista faz suas primeiras aparições no cenário político brasileiro na década de 1970. Segundo Cynthia A. Sarti,⁵ a expansão do mercado de trabalho e do sistema educacional, a “efervescência cultural de 1968” e a ampliação do acesso aos métodos anticoncepcionais e ao recurso das terapias psicológicas e psicanalíticas concorreram para o surgimento dos primeiros indícios de uma experiência feminista brasileira.

As primeiras mobilizações femininas se formaram em torno de problemas gerais da sociedade, que iam desde a necessidade de melhorias sociais ao cerceamento de direitos e liberdades ocasionado pela ditadura. Maria Amélia de Almeida Teles aponta que, com a repressão política nas fábricas e sindicatos, os bairros de periferia se tornaram os principais centros de resistência mobilizados pelas camadas populares. As mulheres, “que constituíam a própria vida desses bairros”,⁶ protagonizaram o processo de reivindicação de infraestrutura básica, renovação da legislação trabalhista e redução do custo de vida.⁷

⁴ SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do Poder Local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 139.

⁵ SARTI, Cynthia A. O início do feminismo sob a ditadura no Brasil: o que ficou escondido. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DA LASA, 21, 1998, Chicago. **Anais**. Chicago: set.1998, p. 04.

⁶ TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 82.

⁷ O Movimento Contra a Carestia, ampla manifestação popular que protestava contra a inflação e o arrocho salarial, teve início com a chamada Carta das Mães, elaborada por mulheres da periferia de São Paulo. O documento reivindicava o controle dos preços, aumento de salários, creches e escolas. As mulheres realizaram 2.000 pesquisas em bairros da região e levantaram dados estatísticos que comprovavam as elevadas despesas domésticas com as quais arcavam as classes

A reação das mulheres ao autoritarismo do regime foi outro elemento que, nos dizeres de Sarti,⁸ conferiu “coloração própria” ao feminismo brasileiro. A luta feminina pela redemocratização se faz particularmente notável através do Movimento Feminino pela Anistia⁹ e por sua contribuição às guerrilhas de resistência.¹⁰

O reconhecimento da Organizações das Nações Unidas como sendo 1975 o Ano Internacional da Mulher “favoreceu a criação de uma fachada para um movimento social que ainda atuava nos bastidores da clandestinidade”¹¹ e permitiu que as questões propriamente feministas passassem a permear os espaços de discussão nas universidades, sindicatos e esferas de decisão e planejamento, concorrendo para a efetiva articulação do feminismo enquanto movimento social organizado. A partir deste evento, no entendimento da autora, criaram-se os primeiros jornais direcionados ao público feminino que tratavam de temas candentes do feminismo: democracia doméstica, equidade salarial e, posteriormente, aborto, direitos reprodutivos e sexualidade.

Entretanto, não obstante as mulheres terem contribuído ativamente para a luta contra as arbitrariedades do regime militar, percebeu-se que o movimento estudantil, os partidos clandestinos e a Igreja demonstraram reservas em relação ao discurso feminista. Isso se justifica pelo fato de predominar, em toda a esquerda latino-americana, a ideia de que as feministas “[...] eram pequenos grupos de pequeno-burguesas desorientadas, desconectadas da realidade do continente, que haviam adotado uma moda e faziam o jogo do imperialismo norte-americano”.¹² Ademais, as organizações de resistência insistiam que as demandas das mulheres prejudicavam a luta conjunta pelas modificações sociais, o que contribuiu para que as feministas se tornassem alvo de discriminação nesses espaços. Essa série de fatores concorreu para reforçar a crença de que era necessário o rompimento com quaisquer manifestações políticas e ideológicas por parte das mulheres.

A reorganização partidária durante a década de 1980, entretanto, forçou as feministas a reconsiderarem sua posição frente ao Poder Público:

trabalhadoras. À medida em que o movimento crescia, sua direção passou para grupos sindicalistas e entidades de esquerda, “e a reivindicação creche desapareceu” (TELES, 1993, p. 80).

⁸ SARTI, Cynthia A. O início do feminismo sob a ditadura no Brasil: o que ficou escondido. 1998, p. 05.

⁹ De acordo com Teles (1993), o movimento pela anistia teve início com a formação de uma comissão de mães que reivindicavam a libertação de seus filhos, presos após incidente em Ibiúna, em 1968. A mobilização, que em princípio reunia apenas familiares próximas dos presos e desaparecidos políticos, passou a contar com a participação de mulheres dos mais diversos segmentos sociais. Em meados de 1975, nasce o Movimento Feminino pela Anistia, que tinha como proposta mobilizar a sociedade, a partir de uma ação conjunta de mulheres, contra as arbitrariedades do regime militar. Esta foi uma das muitas organizações a compor o Comitê Brasileiro pela Anistia, cuja atuação foi imprescindível para a aprovação da Lei da Anistia, em 28 de agosto de 1979.

¹⁰ Segundo levantamento realizado por Teles (1993), as mulheres correspondem a 11,7% das mortes e desaparecimentos políticos registrados pelo Comitê Brasileiro de Anistia.

¹¹ SARTI, Cynthia A. O início do feminismo sob a ditadura no Brasil: o que ficou escondido. 1998, p. 05.

¹² STERNBACH, Nancy Saporta, ARANGUREN, Marysa Navarro, CHUCHRYK, Patricia e Álvarez, Sonia E. Feminismo en América Latina: de Bogotá a San Bernardo. In. LEON, Magdalena (Org.). **Mujeres y participación política: Avances y desafíos en América Latina**. Bogotá: Tercer Mundo, 1994, p. 70.

O avanço do movimento fez do eleitorado feminino um alvo do interesse partidário e de seus candidatas, que começaram a incorporar as demandas das mulheres aos seus programas e plataformas eleitorais, a criar Departamentos Femininos dentro das suas estruturas partidárias. Até o principal partido da direita, o PDS, criou seu Comitê Feminino.¹³

São nessas condições em que surgem os primeiros órgãos de defesa da mulher. A criação dessas entidades, notoriamente a do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) em agosto de 1985, não foi facilmente assimilada por certas alas do movimento. O CNDM,¹⁴ resultado da articulação bem-sucedida entre as feministas do PMDB e Tancredo Neves, constituía um órgão vinculado ao Ministério da Justiça destinado a implementar políticas públicas para as mulheres. Conforme assevera Costa,¹⁵ ainda que sobrevivesse a crença de que a reaproximação com o Estado despia o movimento de sua autonomia, as feministas não puderam deixar de reconhecer, no aparato estatal, um “importante aliado” na luta pela transformação da condição feminina.

O CNDM logo se estabeleceu como um importante canal de comunicação entre o governo e a sociedade civil, contribuindo decisivamente, dessa forma, para que os anseios da população feminina passassem a ter ressonância junto às esferas de decisão e planejamento. Contrariamente ao que temiam muitas feministas, o Conselho e demais órgãos de defesa aos interesses da mulher não prejudicaram a autonomia do movimento; na verdade, apenas o fortaleceram, na medida em que sua presença junto ao governo lhe conferiu visibilidade e legitimou-o como movimento social organizado merecedor de reconhecimento.¹⁶

¹³ COSTA, Ana Alice Alcântara Costa. **O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política.** Gênero, Niterói, v. 5, n. 2, sem. 2005. p. 9-35, p. 06.

¹⁴ O CNDM foi criado pela Lei nº 7.353, de 29 de agosto de 1985. Segundo Jaqueline Pintanguy, o governador Tancredo Neves comprometeu-se a criar o órgão caso fosse eleito à Presidência. Com o trágico falecimento de Tancredo, as mulheres lutaram para que o compromisso assumido pelo Presidente fosse honrado por seu vice, José Sarney. Inicialmente, o Conselho organizou-se em comissões de trabalho, divididas segundo as áreas de: saúde, educação, creche, violência, legislação, Constituinte, cultura e trabalho. Entre os anos de 1985 e 1987, o CNDM realizou as seguintes atividades: na área da violência, promoveu o Encontro Nacional das Mulheres Delegadas, com os fins de avaliar a incidência de atos violentos contra a mulher, além de dar suporte à criação de novas delegacias da mulher e de elaborar um manual de defesa da mulher; no campo da saúde, organizou e coordenou a Conferência Nacional Saúde e Direitos da Mulher e publicou a cartilha Vida de Mulher, em parceria com o Ministério da Previdência e Assistência Social; a comissão de educação, “em conjunto com o INEP/MEC, elaborou o jornal “Em Dia Com a Mulher”, subsidiando os trabalhos desenvolvidos em mais de 200 mil escolas do país no Dia Internacional da Mulher, sobre o papel social da mulher”. Em convênio com a CAPES, também criou bolsas de estudos; a comissão de creche promoveu reuniões acerca da criação de políticas de atendimento à criação, ações junto ao Ministério da Educação e a elaboração de manuais de creche; na seara da legislação, criaram-se pareceres sobre questões relativas à mulher, além de se levantarem projetos de lei concernentes à mulher e de se acompanharem aqueles já existentes em trâmite no Congresso Nacional; na área da cultura, lançaram-se o prêmio Cora Coralina e filmes como “Mulher e Constituinte” e “Meninas da Calçada”, em evento realizado na FEST/RIO; no campo do trabalho, desenvolveu-se, junto aos sindicatos, o projeto fotográfico “Estas Somos Nós”; e, por fim, a comissão constituinte promoveu “uma ampla campanha a nível nacional”, que culminou com o Encontro Nacional Mulher e Constituinte e a elaboração da Carta da Mulher Brasileira aos constituintes (MULHERIO, 1987a, p. 22).

¹⁵ COSTA, Ana Alice Alcântara Costa. **O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política.** 2005.

¹⁶ COSTA, Ana Alice Alcântara Costa; SARDENBERG, Cecília Maria. Feminismos, feministas e movimentos sociais. In: BRANDÃO, Maria Luiza; BINGEMER, Maria Clara (Org.). **Mulher e relações de gênero.** São Paulo: Loyola, 1994, p. 106.

2 - A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS DA MULHER (CNDM)

Ana Alice Costa¹⁷ sustenta que a campanha nacional em prol participação das mulheres na Constituinte foi efetivamente lançada pelo Conselho Nacional de Direitos da Mulher (CNDM), em 26 de novembro de 1985. Batizada *Alerta Mulher para a Constituinte*, a campanha fora “criada com a pretensão de preparar e distribuir, por todo o país, 30 mil cartilhas contendo temas relacionados às demandas das mulheres, além de estimular candidaturas femininas à ANC”.¹⁸

A Campanha voltou-se, primeiramente, para a prestação de assistência aos Conselhos estaduais e municipais de condição feminina. O CNDM visitou todas as capitais, em um esforço de catalisação das propostas regionais para a Constituinte, dialogando com comitês sindicais, associações de domésticas e trabalhadoras rurais, clubes de mães, organizações de profissionais liberais, intelectuais, enfim, com uma pletera feminina composta pelos mais diversos segmentos sociais. Conforme destaca Silva:¹⁹

O resultado deste trabalho foi a surpreendente realização, de maneira criativa e bastante eficaz, de inúmeros atos públicos, seminários, debates, palestras, e atividades artísticas e culturais pelo Brasil afora, todas visando responder a seguinte pergunta “O que é preciso mudar?”, (em referência às leis constitucionais) indagada pelo Conselho Nacional.²⁰

Encerrada essa turnê, segundo Pintanguy,²¹ o CNDM promoveu a realização do Encontro Nacional Mulher e Constituinte, ocorrido em Brasília no dia 26 de agosto de 1986. O evento contou com a participação de cerca de 2.000 mulheres, que foram divididas em doze grupos de trabalho (GTs), organizados por tema, para deliberar e sistematizar as propostas a serem encaminhadas à Constituinte.

O encontro não dispunha de muitos recursos: apenas para telefone, fax, xérox. Passagens, só para as palestrantes e para as advogadas que sistematizariam os resultados dos GTs. Tínhamos poucos recursos financeiros, mas em compensação, uma vontade enorme de participar e muita coisa para mudar. Nos estados, as mulheres organizarambingos, rifas, almoços solidários e assim conseguiram os meios para chegarem a Brasília e realizaremos encontros em suas cidades.²²

¹⁷ COSTA, Ana Alice Alcântara Costa. **O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política**. 2005, p. 17.

¹⁸ SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011. Tese (Doutorado em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, 2011, p. 136.

¹⁹ SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011.

²⁰ SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011, p. 137.

²¹ PITANGUY, Jaqueline. Lobby do batom. In: **Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular**. Caderno de Textos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, p. 69-71, p. 70.

²² CABRAL, Gilda. Lobby do batom. In: **Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular**. Caderno de Textos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, p. 45-46, p. 45.

O resultado desse esforço foi a elaboração da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes. Em linhas gerais, a Carta foi a condensação das principais demandas encaminhadas ao Conselho por organizações de mulheres de todas as camadas sociais e diferentes regiões do País e também por iniciativa individual de mulheres “interessadas em colaborar com o debate”.²³ O documento mesclava temas como violência, família, trabalho, saúde, educação, dentre outros.

Ainda que a maioria das proposições enfocasse questões específicas das mulheres, a Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes não se furtou de incluir em seu texto temas de ordem social: medidas contra a discriminação racial, valorização do trabalho das domésticas e donas de casa, previdência igualitária, reforma agrária e extinção da legislação repressiva remanescente do período militar.

No dia 26 de março de 1987, realizou-se a entrega solene ao então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, no Salão Nobre da Câmara dos Deputados, “que, pela primeira vez, era composto quase que totalmente por mulheres”.²⁴ Paralelamente, a Carta também foi remetida, no mesmo dia, a todas as Assembleias Legislativas do País, simbolizando a articulação nacional das mulheres e afirmando-as como o movimento social mais bem-organizado a ocupar a Constituinte.

3 - A BANCADA FEMININA

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987 foi um momento de extrema importância para a mulher brasileira nos planos jurídico e político. O processo constituinte encabeçou uma série de mudanças que alteraram não somente os índices de participação feminina no Congresso, mas também a maneira como os legisladores se posicionavam frente às questões relativas à mulher.

Não apenas o número de congressistas do sexo feminino estabeleceu uma marca inédita na história do País, como também a quantidade e a qualidade das proposições apresentadas pelas deputadas constituintes não encontram paralelo na história progressiva da política brasileira”.²⁵

²³ SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011, p. 152.

²⁴ SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011, p. 158.

²⁵ SOUZA, Marcio F. B. de. **A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988**. In: **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Senado Federal, 2008. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outraspublicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-aparticipacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: julho de 2018, p. 08.

Nas eleições de 1986, o País elegeu 536 constituintes, 487 para a Câmara dos Deputados e 49 para o Senado Federal. Em um pleito histórico, 26 mulheres²⁶ – todas para a Câmara Federal – se elegeram para compor a Assembleia Nacional Constituinte. As representantes da chamada “bancada feminina” compunham apenas 5% dos parlamentares constituintes. Contudo, Souza²⁷ assinala que, embora reduzido, nunca antes um percentual tão elevado havia sido alcançado: as 26 eleitas em 1986 deputadas federais representavam mais que o triplo das deputadas eleitas no pleito anterior (1982).

Tabela 1: Deputadas federais eleitas 16 de novembro de 1986.

NOME	PARTIDO	ESTADO	FORMAÇÃO PROFISSIONAL
ABIGAIL FEITOSA	<i>PMDB</i>	BA	Médica
ANNA MARIA RATTES	<i>PMDB</i>	RJ	Advogada
BENEDITA DA SILVA	<i>PT</i>	RJ	Auxiliar de enfermagem
BETE MENDES	<i>PMDB</i>	SP	Atriz
BETH AZIZE	<i>PSB</i>	AM	Advogada
CHRISTINA TAVARES	<i>PMDB</i>	PE	Jornalista
DIRCE TUTU QUADROS	<i>PSC</i>	SP	Pesquisadora
EUNICE MICHILES	<i>PFL</i>	AM	Professora
IRMA PASSIONI	<i>PT</i>	SP	Professora
LÍDICE DA MATA	<i>PC do B</i>	BA	Economista
LÚCIA BRAGA	<i>PFL</i>	PB	Assistente social
LÚCIA VÂNIA	<i>PMDB</i>	GO	Jornalista
MÁRCIA KUBITSCHK	<i>PMDB</i>	DF	Jornalista
MARIA DE LOURDES ABADIA	<i>PFL</i>	DF	Professora
MARIA LÚCIA	<i>PMDB</i>	AC	Professora
MARLUCE PINTO	<i>PTB</i>	RR	Empresária
MOEMA SÃO THIAGO	<i>PDT</i>	CE	Advogada
MIRIAM PORTELLA	<i>PDS</i>	PI	Advogada
RAQUEL CÂNDIDO	<i>PMDB</i>	RO	Técnica em saúde
RAQUEL CAPIBERIBE	<i>PMDB</i>	AP	Professora
RITA CAMATA	<i>PMDB</i>	ES	Jornalista
RITA FURTADO	<i>PFL</i>	RO	Jornalista
ROSE DE FREITAS	<i>PMDB</i>	ES	Jornalista
SADIE HAUACHE	<i>PFL</i>	AM	Jornalista
SANDRA CAVALCANTI	<i>PFL</i>	RJ	Professora
WILMA MAIA	<i>PDS</i>	RN	Professora

²⁶A deputada Bete Mendes abandonou o cargo de deputada para atuar na Secretaria de Cultura de São Paulo, não chegando a participar processo constituinte. A bancada feminina, portanto, compunha-se de 25 mulheres (MULHERIO, 1987b, p. 11).

²⁷

SOUZA, Marcius F. B. de. **A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988**. Acesso em: julho de 2018.

Fonte: SOUZA, Marcius F. B. de. A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988. In: *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Senado Federal, 2008. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outraspublicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-aparticipacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: julho de 2018.

A distribuição geográfica das deputadas eleitas ocorreu da seguinte forma: Região Norte: 8 deputadas; Região Sudeste: 8 deputadas; Região Nordeste: 7 deputadas; Região Centro-Oeste: 3 deputadas. A Região Sul não elegeu nenhuma mulher para a Constituinte. Sobre essa questão, o jornal *O Mulherio* apontou um fenômeno interessante: juntas, as regiões Norte e Nordeste constituíam 62% da bancada feminina na Assembleia. No entanto, o movimento feminista era muito mais atuante em estados como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, estados cujos representantes somados totalizavam 259 constituintes, o equivalente a 53% dos eleitos no pleito de 1986. Ademais, o maior contingente de mulheres disputou as eleições justamente nos estados mais politicamente influentes. Portanto, essa desproporcionalidade representativa não teria se dado em função de um número reduzido de candidaturas femininas. O jornal *Mulherio* supõe precisamente o contrário: porque estavam inseridas em sítios eleitorais muito amplos, as mulheres sofreram com isolamento dentro dos partidos e baixo apoio material e financeiro às suas campanhas. “Nestas eleições o coro do ‘já ganhou’ dentro do partido acabou comprometendo a eleição de muitos candidatos, sem falar que não houve qualquer tipo de apoio durante a campanha. Não tive espaço no horário político, nem nos palanques”, declarou a deputada Irma Passioni, líder do PT na Câmara Federal, ao jornal *Mulherio*.²⁸

Leôncio Martins Rodrigues, citado por Fanny Tabak, observou que a presença feminina estava concentrada em partidos pequenos. Das 257 cadeiras ocupadas pelo PMDB, maior partido na Constituinte, apenas 11 pertenciam a mulheres. Em contrapartida, dos 16 representantes eleitos pelo PT, duas eram mulheres. Na percepção de Tabak, isso atesta um “declínio na proporção de mulheres nas bancadas, à medida que cresce o número de cadeiras de cada partido na Câmara”.²⁹

As deputadas ocupavam posições diversas no espectro ideológico. A direita marcava presença através de figuras como Sandra Cavalcanti (PFL), Lúcia Vânia de Abrão Costa (PMDB) e Tutu Quadros (PSC), ainda que a última tenha surpreendido ao se mostrar favorável à questão do aborto.³⁰ Lucia Braga (PFL), ao defender uma reforma agrária radical e maior controle do Estado sobre o capital estrangeiro no País, foi outra deputada da ala conservadora que contrariou a pauta do partido. Sobre essa questão, Tabak aponta que:

²⁸ MULHERIO. São Paulo: n. 27, ed. dez/fev 1987a. Disponível em: https://www.fcc.org.br/conteudos/especiais/mulherio/arquivo/VII_27_1987menor.pdf. Acesso em: agosto de 2018, p. 11.

²⁹ TABAK, Fanny. *A mulher brasileira no Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1989, p. 127.

³⁰ MULHERIO. São Paulo: n. 27, ed. dez/fev 1987a. Acesso em: agosto de 2018, p. 11.

A legenda partidária não pode realmente servir de parâmetro absoluto para a definição do perfil ideológico de cada uma das constituintes. O partido, ou melhor, o programa partidário, parece não ter sido determinante na escolha da legenda, num momento anterior à eleição (TABAK, 1989, p. 131).

Esse desvio em relação às inclinações do partido pode ser parcialmente justificado pelo fato de que muitas deputadas que se elegeram por legendas maiores – e mais tradicionais – o fizeram em razão do prestígio de pais, maridos e parentes próximos. Márcia Kubitschek (PMDB) e Tutu Quadros (PSC) são nítidos exemplos de beneficiadas pela herança política dos pais, ambos ex-presidentes. Wilma Maia (PDS) pertencia à família Maia, de longa tradição política, e era casada com o ex-governador do Rio Grande do Norte e senador constituinte, Lavoisier Maia. A candidatura de Rita Camata também se beneficiou do prestígio do marido, que havia sido governador do Espírito Santo, assim como a de Anna Maria Rattes (PMDB), esposa do prefeito de Petrópolis. Com isso, Tabak³¹ sugere que a opção por determinadas legendas não se deu em função de identificação com o programa partidário, mas porque, através delas, as candidatas tinham acesso a uma máquina eleitoral completa – recursos financeiros, horário político, visibilidade – pelo fato de serem esposas, filhas ou parentes de membros influentes no partido.

Como se viu, a bancada feminina possuía configuração extremamente plural em termos de distribuição regional, experiência política e perfil ideológico. No entanto, é possível afirmar de prontidão que sua característica mais marcante – e frequentemente apontada pelos estudiosos – foi sua natureza suprapartidária. Conforme destaca Souza,³² “a designação “bancada feminina” jamais deve ser confundida com “bancada feminista””. Tabak³³ complementa com a observação de que poucas constituintes aceitariam a condição de feministas.³⁴ A impressão que se tem, no entretanto, é a de que a identificação com o movimento não teve grande relevância no círculo da bancada – feministas ou não, as deputadas constituintes buscaram suprimir suas divergências em prol de um objetivo maior: a defesa dos interesses da mulher enquanto indivíduo no novo texto constitucional. A grande maioria das propostas delimitadas foi apresentada em bloco, desconsiderando-se a pauta ou as tendências dos partidos. Os autores acreditam que foi essa atuação conjunta o trunfo da bancada feminina e que fez das mulheres o grupo de pressão que mais aprovou emendas na Constituinte.

³¹ TABAK, Fanny. **A mulher brasileira no Congresso Nacional**. 1989.

³² SOUZA, Marcius F. B. de. **A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988**. Acesso em: julho de 2018.

³³ TABAK, Fanny. **A mulher brasileira no Congresso Nacional**. 1989.

³⁴ A deputada Rita Camata, em declaração ao jornal *Mulherio* (1989a, p.12), afirmou ser “mais feminina do que feminista”. Até meados dos anos 1970, a designação possuía conotação negativa, frequentemente associada à imagem da mulher bruta e assexuada. Como já explicitado, o Ano Internacional da Mulher encabeçou uma série de mudanças que contribuíram para que, aos poucos, o tabu do feminismo fosse desmitificado. Ainda assim, muitas das impressões antigas perdurariam por um longo tempo.

Outro fator que contribuiu decisivamente para essa conquista foi a aliança das deputadas com o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Entre os anos de 1985 e 1987, o CNDM operou como porta-voz da sociedade civil frente ao Parlamento. Através de uma campanha nacional, tencionou catalisar as propostas de mulheres e organizações femininas à nova Constituição, sintetizando-as sob a forma de uma carta encaminhada ao Congresso. O protagonismo do Conselho, no entanto, não se limitou à elaboração da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes – durante todo o processo constituinte, ele acompanhou os trabalhos diários desenvolvidos no âmbito da Assembleia, monitorando as decisões tomadas e buscando assegurar que os interesses das mulheres que representavam fossem considerados. O acompanhamento diário da movimentação no Congresso era tarefa importante – muitas das demandas apresentadas enfrentavam poderosa oposição no Plenário, e, conforme destaca Silva,³⁵ o que era conquistado num dia poderia ser facilmente perdido no outro.³⁶

Entre as deputadas e o CNDM se estabeleceu um forte diálogo. Em certa medida, a Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes ajudou a estruturar a pauta da bancada feminina, o que justifica a contribuição do Conselho para a delimitação e elaboração das proposições defendidas.

Os trabalhos desenvolvidos pelos grupos de mulheres junto ao Congresso Nacional ficaram conhecidos como *lobby* do batom. Gilda Cabral elucida a bem-humorada origem do nome da campanha:

Quando entrávamos nos corredores do Congresso, invariavelmente retocávamos o batom e alguns gaiatos diziam: lá vem o lobby do batom. De tanto ouvir a piadinha, resolvemos responder com nosso sempre presente bom humor: mandamos imprimir um selo que trazia as duas colunas do Congresso como um batom e escrito “lobby do batom”. Foi ótimo passar pelos piadistas e perguntar: quer um? Quer entrar também nesse lobby?³⁷

Jaqueline Pintanguy, citada por Salete Maria da Silva,³⁸ explica que o lobby, coordenado pelo CNDM, era composto por grupos sindicais, associações de mulheres rurais, organizações feministas, conselhos municipais, enfim, “tudo o que constituía o chamado movimento de mulheres”.³⁹

Além de dar suporte às deputadas no processo de formulação de suas emendas, o lobby do batom também apresentou propostas de cunho próprio, que foram defendidas no âmbito das

³⁵ SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011.

³⁶ As intempéries encaradas pelas questões trabalhistas expõem com precisão essa realidade. De acordo com Silva (2011), as mulheres travaram uma intensa batalha com os lobbies empresariais para fazerem passar emendas como a licença maternidade de 120 dias, a licença paternidade e a aposentadoria feminina aos 25 anos de contribuição.

³⁷ CABRAL, Gilda. **Lobby do batom**. 2008, p. 45.

³⁸ SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011.

³⁹ SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011, p. 193.

audiências públicas. As ditas emendas populares careciam de um mínimo de 30.000 assinaturas e da subscrição de pelos menos três entidades associativas para serem protocolizadas perante a Comissão de Sistematização (art. 24, *caput*, RIANC, Resolução nº 2, de 1987). Não obstante os poucos meios de comunicação disponíveis à época, o Conselho sucedeu em rearticular as entidades femininas do País, que, a seu turno, mobilizaram campanhas em âmbito regional e estadual com fins de reunir apoio às proposições que se pretendia defender na tribuna. Ao cabo desse processo, o lobby do batom conseguiu apresentar quatro emendas populares.⁴⁰

A emenda popular de nº 19, endossada por 132.528 assinaturas, introduzia a possibilidade de aposentadoria das donas de casa pela Previdência Social.⁴¹ Ela se apresentava como uma espécie de “medida reparadora” às mulheres que tiveram de renunciar a suas atividades profissionais para se dedicarem aos serviços do lar. Apesar de ter sido a emenda que mais reuniu apoio, muitas desavenças se deram entre donas de casa e feministas no tocante à questão, argumentando as últimas que a proposta reforçava a instituição da família patriarcal, prejudicando o esforço pela emancipação feminina que vinha tentando se fazer refletir no novo texto constitucional. A proposta de aposentadoria das donas de casarão logrou êxito nas fases de votação, sendo refutada pelo argumento de que o Estado era incapaz de assumir tão elevado ônus orçamentário, conforme ilustra Silva.⁴²

A emenda nº 20, que contou com um total de 45.162 assinaturas⁴³ versava, em linhas gerais, sobre o fim de todas as formas de discriminação, dando atenção especial à discriminação contra a mulher. Seus redatores postulavam que, ainda que já consagrado pela Constituição anterior, o princípio da isonomia carecia de institutos que assegurassem o seu efetivo cumprimento. Nessas condições, o lobby do batom dedicou-se a elaborar uma legislação através da qual se tornasse possível a materialização do referido dispositivo, buscando-se reiterar a igualdade entre os sexos – sem, contudo, desconsiderar-se as particularidades decorrentes da condição feminina, *vide* gestação, parto e função social de mãe – nas searas do Trabalho, Família e outras nas quais as mulheres se viam especialmente afetadas.

Entre 1950 e 1980, o contingente de mulheres trabalhadoras cresceu exponencialmente, saltando de dois milhões para 14 milhões. Na lição de Bourdieu⁴⁴, a inserção da mulher no mercado de trabalho, todavia, não a desvincula da condição de protetora do lar que lhe é atribuída por um

⁴⁰ MICHILES, Carlos et al. **Cidadão constituinte: a saga das emendas populares**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 305.

⁴¹ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE 1987-88. **Emendas Populares**. Textos e justificativas. V. 231. Brasília: Centro Gráfico do Senado, 1987. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-231.pdf>. Acesso em: setembro de 2018, p. 19.

⁴² SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011.

⁴³ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE 1987-88. **Emendas Populares**. Textos e justificativas. Acesso em: setembro de 2018, p. 20.

⁴⁴ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

intenso trabalho de naturalização das diferenças socialmente estabelecidas entre os sexos. Nessas condições, ainda que profissionalmente capacitada e, até mesmo, economicamente emancipada, ela não se isenta da responsabilidade pelas atividades relativas ao ambiente doméstico.

O fato de que o trabalho doméstico da mulher não tenha uma retribuição em dinheiro contribui realmente para desvalorizá-lo, inclusive a seus próprios olhos, como se este tempo, não tendo valor de mercado, fosse sem importância e pudesse ser dado sem contrapartida, e sem limites [...] aos membros da família.⁴⁵

Pelo entendimento de que a trabalhadora possui o ônus adicional das tarefas domésticas, o lobby do batom julgou ser “injusta a generalização do tempo de aposentadoria”⁴⁶ entre os sexos e buscou estabelecer uma maneira de honrar a dupla jornada enfrentada pelas mulheres. A solução apresentada se deu sob a forma da emenda popular nº 23, que fixava em 25 anos o tempo de contribuição para a trabalhadora brasileira. A proposta foi subscrita por um total de 32.040 eleitores e sucedeu em obter a aprovação do Congresso(idem, ibidem).

A quarta e última emenda apresentada pelo lobby do batom à Comissão de Sistematização foi, certamente, a mais polêmica. A emenda popular nº 65 previa a possibilidade de a mulher interromper a gravidez indesejada até noventa dias após o seu início. A proposta de descriminalização do aborto havia sido incluída na Carta das Mulheres, mas foi retirada por receio do Conselho em expor a matéria à fúria das bancadas religiosas. O ordenamento jurídico brasileiro permitia o aborto nos casos de gravidez resultante de estupro e risco à vida da gestante. Temia-se que, ao se postular a efetiva legalização, as mulheres arriscariam perder as únicas possibilidades em que a prática era permitida por lei.⁴⁷ Nesse contexto, as mulheres concordaram que seu silêncio na Constituinte lhes garantiria a oportunidade posterior de introduzir o tópico no âmbito das leis ordinárias. Apesar de suas tentativas em fazer com que a questão “passasse em branco”, a Igreja empreendeu uma agressiva campanha pela criminalização definitiva, que eliminava, inclusive, as hipóteses em que o aborto já detinha consentimento legal. Dadas as condições, o CNDM respondeu com emenda a favor do planejamento familiar, reivindicando, dentre outras coisas, “o direito de conceber, evitar a concepção ou interromper a gravidez indesejada até 90 (noventa) dias de seu início”.⁴⁸ Subscrita por 32.995 eleitores (idem, ibidem), a proposta fez frente à emenda pela criminalização do aborto proposta pela Igreja, a qual contava com mais 500.000 assinaturas.⁴⁹ Ao final do processo constituinte, nenhuma

⁴⁵ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2012, p. 117.

⁴⁶ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE 1987-88. **Emendas Populares**. Acesso em: setembro de 2018, p. 23.

⁴⁷ MULHERIO. São Paulo: n. 30, ed. jul 1987c. Disponível em: https://www.fcc.org.br/conteudos/especiais/mulherio/arquivo/VII_30_1987menor.pdf. Acesso em: agosto de 2018, p. 05.

⁴⁸ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE 1987-88. **Emendas Populares**. Acesso em: setembro de 2018, p. 65.

⁴⁹ MULHERIO. São Paulo: n. 30, ed. jul 1987c. Acesso em: agosto de 2018, p. 06.

das proposições foi inserida no novo texto constitucional, permanecendo inalteradas as previsões legais vigentes.

4 - OS DIREITOS CONQUISTADOS

A Constituição de 1988 incorporou uma série de novos direitos e garantias que foram importantes para a ampliação da cidadania das mulheres brasileiras. As mudanças são perceptíveis tão logo quanto a partir do inciso IV do art. 3º, que determina:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

...

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além da proibição da discriminação em razão de sexo, a nova Carta prescreve a isonomia de tratamento legal conferido aos sexos, em seu art. 5º, I. A igualdade formal entre homens e mulheres estava prevista na Constituição de 1934, mas foi omitida nas Constituições de 1946 e 1967, bem como na Emenda Constitucional nº1. Conforme o depoimento de Iáris Ramalho Cortês, a implementação de dispositivos que garantissem essa isonomia era uma importante reivindicação feminina:

Passávamos horas analisando onde poderia ser incluída a palavra “mulher”, onde já existia a palavra “homem” [...] Sabíamos, por experiência própria, que a palavra “homem” poderia ser entendida como “ser humano”, mas o poderia não significava o deveria, e as mulheres, ao longo da história, já haviam sido postas de lado por esta ortografia má interpretada.⁵⁰

Conforme Santos, Brandão e Aguiar,⁵¹ desde 1964, Trabalho e Previdência representavam duas grandes constantes na pauta feminina no Parlamento. A equiparação de salários e a coibição das diferenças nos critérios de admissão, promoção e demissão eram bastiões dos movimentos feministas e de mulheres, dadas as profundas modificações no mercado de trabalho que atravessaram a segunda metade do século XX. Ao final do processo constituinte, as mulheres obtiveram importantes conquistas em relação à matéria, previstas majoritariamente no art. 7º. Dentre estas, podem-se citar a ampliação da licença maternidade para 120 dias (art. 7º, XVIII); a criação da licença paternidade (art. 7º, XIX); a proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX); a igualdade salarial entre homens e mulheres pelo mesmo trabalho desempenhado, bem como a equiparação dos critérios de admissão

⁵⁰ CORTÊS, Iáris Ramalho. Relembrando passagens da Constituinte. In: **Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular**. Caderno de Textos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, p. 57-59, p. 59.

⁵¹ SANTOS, Eurico A.G.C. dos; BRANDÃO, Paulo H.; AGUIAR, Marcos M. de. Um toque feminino: recepção e formas de tratamento das proposições sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004. In: SENADO FEDERAL. **Proposições legislativas sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004**. Brasília: Senado Federal, Comissão Temporária do Ano da Mulher/Subsecretaria de Arquivo, 2004.

e ascensão profissional (art. 7º, XXX); a extensão dos direitos trabalhistas às empregadas domésticas e às trabalhadoras rurais (art. 7º, parágrafo único). Ademais, o art. 189, parágrafo único concedeu à mulher o direito à titularidade da terra redistribuída por reforma agrária.

Santos, Brandão e Aguiar⁵² apontam que, durante grande parte da história brasileira, a questão feminina era compreendida como algo intrinsecamente vinculado às instituições da família e do casamento. Não surpreende, na perspectiva dos autores, que Família figure, junto com Trabalho e Previdência, como um dos temas mais recorrentes das proposições apresentadas ao Parlamento. Algumas das conquistas mais notórias em relação a este tópico foram o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, §3º) e a igualdade entre os cônjuges na sociedade conjugal (art. 226, §5º), deixando o marido de ser considerado o chefe da família diante da lei. Ainda conforme Santos, Brandão e Aguiar,⁵³ Constituição de 1988 também foi pioneira ao incorporar previsão que coibisse a violência no âmbito das relações familiares, conforme prescrito no §8º do mesmo dispositivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal Brasileira de 1988 ampliou consideravelmente o rol de direitos da mulher, reflexo da necessidade de modernização da legislação diante da crescente participação feminina no mercado de trabalho e no meio político. As novas garantias conquistadas foram fruto do intenso trabalho da bancada feminina junto ao Conselho Nacional de Direitos da Mulher.

Desempenhando o papel de intermediário entre a sociedade civil e os parlamentares, o Conselho não apenas traduziu os anseios da população feminina ao Legislativo como também pressionou para que este criasse os dispositivos necessários para coibir injustiças ainda tão presentes na sociedade brasileira. Em certa medida, as sugestões canalizadas pelo Conselho e sintetizadas sob a forma da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes constituíram o primeiro material sobre o qual se debruçou a bancada feminina para delinear os contornos iniciais de seu projeto para a nova Constituição.

Apesar de estarem em número reduzido e possuírem perfis ideológicos marcadamente diferentes, as deputadas constituintes buscaram suprimir suas divergências em torno de uma problemática comum – as dificuldades que atingem as mulheres brasileiras como um todo. Apresentando as propostas em bloco, as mulheres fixaram bases sólidas na Assembleia e se estabeleceram como o grupo de pressão que mais aprovou emendas ao novo texto constitucional.

⁵² SANTOS, Eurico A.G.C. dos; BRANDÃO, Paulo H.; AGUIAR, Marcos M. de. Um toque feminino: recepção e formas de tratamento das proposições sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004. 2004.

⁵³ SANTOS, Eurico A.G.C. dos; BRANDÃO, Paulo H.; AGUIAR, Marcos M. de. Um toque feminino: recepção e formas de tratamento das proposições sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004. 2004.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE 1987-88. **Emendas Populares**. Textos e justificativas. V. 231. Brasília: Centro Gráfico do Senado, 1987. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-231.pdf>. Acesso em: setembro de 2018.
- BARROSO, Pêrsio Henrique. **Constituinte e Constituição: participação popular e eficácia constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Resolução nº 2, de 1987. **Assembleia Nacional Constituinte: Diário**. Brasília: n. 33, 1987.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CABRAL, Gilda. Lobby do batom. In: **Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular**. Caderno de Textos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, p. 45-46.
- CORTÊS, Iáris Ramalho. Relembrando passagens da Constituinte. In: **Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular**. Caderno de Textos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, p. 57-59.
- COSTA, Ana Alice Alcântara Costa. **O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política**. Gênero, Niterói, v. 5, n. 2, sem. 2005. p. 9-35.
- COSTA, Ana Alice Alcântara Costa; SARDENBERG, Cecília Maria. Feminismos, feministas e movimentos sociais. In: BRANDÃO, Maria Luiza; BINGEMER, Maria Clara (Org.). **Mulher e relações de gênero**. São Paulo: Loyola, 1994.
- MICHILES, Carlos et al. **Cidadão constituinte: a saga das emendas populares**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- MULHERIO. São Paulo: n. 27, ed. dez/fev 1987a. Disponível em: https://www.fcc.org.br/conteudos especiais/mulherio/arquivo/VII_27_1987menor.pdf. Acesso em: agosto de 2018.
- MULHERIO. São Paulo: n. 28, ed. mar/abr 1987b. Disponível em: https://www.fcc.org.br/conteudos especiais/mulherio/arquivo/VII_28_1987menor.pdf. Acesso em: agosto de 2018.
- MULHERIO. São Paulo: n. 30, ed. jul 1987c. Disponível em: https://www.fcc.org.br/conteudos especiais/mulherio/arquivo/VII_30_1987menor.pdf. Acesso em: agosto de 2018.

PITANGUY, Jaqueline. Lobby do batom. In: **Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular**. Caderno de Textos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, p. 69-71.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do Poder Local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SANTOS, Eurico A.G.C. dos; BRANDÃO, Paulo H.; AGUIAR, Marcos M. de. Um toque feminino: recepção e formas de tratamento das proposições sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004. In: SENADO FEDERAL. **Proposições legislativas sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro, 1826-2004**. Brasília: Senado Federal, Comissão Temporária do Ano da Mulher/Subsecretaria de Arquivo, 2004.

SARTI, Cynthia A. O início do feminismo sob a ditadura no Brasil: o que ficou escondido. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DA LASA, 21, 1998, Chicago. **Anais**. Chicago: set.1998.

SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011. Tese (Doutorado em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, 2011.

SOUZA, Marcius F. B. de. **A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988**. In: **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Senado Federal, 2008. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outraspublicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-aparticipacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: julho de 2018.

STERNBACH, Nancy Saporta, ARANGUREN, Marysa Navarro, CHUCHRYK, Patricia e Álvarez, Sonia E. Feminismo en América Latina: de Bogotá a San Bernardo. In. LEON, Magdalena (Org.). **Mujeres y participación política: Avances y desafíos en América Latina**. Bogotá: Tercer Mundo, 1994.

TABAK, Fanny. **A mulher brasileira no Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1989.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

**NOVAS TECNOLOGIAS DA ENGENHARIA GENÉTICA: O DIREITO FUNDAMENTAL
À HERANÇA PATRIMONIAL DOS EMBRIÕES INSEMINADOS *POST-MORTEM***

**NEW TECHNOLOGIES OF GENETIC ENGINEERING: THE FUNDAMENTAL RIGHT
TO THE HERITAGE OF EMBRYOS INSEMINATED *POST-MORTEM***

Talissa Trucolo Reato¹

Morgan Stefan Grando²

RESUMO

O objetivo principal da investigação é avaliar as implicações jurídicas da inseminação artificial de embriões excedentários *post-mortem* no Direito Civil e no Direito Constitucional. O problema é verificar se o embrião criopreservado tem direito ao quinhão hereditário e qual a situação hodierna da legislação brasileira na tutela desses casos. A metodologia foi desenvolvida mediante leitura pelo método hipotético-dedutivo. Trata-se de pesquisa básica, exploratória e bibliográfica, estruturada em três fragmentos. A fase inicial analisa o Direito Fundamental à Herança. A segunda parte aborda a Criopreservação e o impacto jurídico do descongelamento de embriões. A última etapa reporta ao intento inicial, isto é, verificar as correntes de pensamento acerca do reconhecimento da legitimidade da sucessão dos embriões em comento.

PALAVRAS-CHAVES: Criopreservação. Direito Fundamental à Herança. Embriões. Herança. Sucessão.

ABSTRACT

The main objective of the research is to evaluate the legal implications of artificial insemination of *post-mortem* surplus embryos in Civil Law and Constitutional Law. The problem is to verify if the cryopreserved embryo is entitled to the hereditary share and what the current situation of the Brazilian legislation in the protection of these cases. The methodology was developed through reading by the hypothetical-deductive method. This is basic, exploratory and bibliographic research, structured in three fragments. The initial phase analyzes the Fundamental Right to Inheritance. The second part talk about Cryopreservation and the legal impact of embryo thawing. The last step refers to the initial objective, that is, to verify the currents of thought about the recognition of the legitimacy of the succession of the embryos in question.

KEY WORDS: Cryopreservation. Embryos. Fundamental Right to Inheritance. Inheritance.Succession.

¹ Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo, 2018. Especialista em Direito Processual pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Erechim, 2016. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Erechim, 2014. Advogada. <talissareato@hotmail.com>

² Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Damásio Educacional, 2018. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Erechim, 2015. Advogada. <morgangrando@gmail.com>

INTRODUÇÃO

A investigação se justifica pela conveniência de examinar no âmbito do direito questões alusivas às novas tecnologias da engenharia genética. Um dos motivos da pesquisa é verificar o respeito ao Direito Fundamental à Herança dos embriões excedentários inseminados *post-mortem*, visto que não há uma lei ou uma mudança no Código Civil que regulamente o direito sucessório neste caso.

A pesquisa indaga qual o impacto jurídico da inseminação de embriões criopreservados *post-mortem*. O objetivo principal visa avaliar os argumentos da corrente que anui com o direito hereditário dos referidos embriões, bem como as alegações da corrente que nega tal prerrogativa para, após, apurar hiatos legais.

Destarte, o primeiro objetivo específico é analisar o Direito Fundamental à Herança. Para tanto, inicia-se conceituando o que é um Direito Fundamental e o que é Herança. Após, entra-se especificamente na herança patrimonial e nas questões de testamento ou vocação hereditária. Por fim, tendo em vista que a herança serve para transmitir à prole meios de conforto, sugere-se que esta pode ser ampliada mesmo após a abertura de uma sucessão.

O objetivo da parte intermediária é expor aspectos da criopreservação e o impacto jurídico do descongelamento de embriões. Sendo assim, aborda-se a criopreservação como um destino aos embriões excedentários, de modo que a implementação pode ser póstuma à vida do genitor. Nesse sentido, examina-se o conceito de embriões e de criopreservação, de modo que as consequências jurídicas tangem o direito de família, o direito civil e o direito constitucional.

No terceiro fragmento é que as implicações da inseminação artificial de embriões excedentários *post-mortem* serão avaliadas. Após verificar prismas do Direito Fundamental à Herança e da criopreservação, reconhece-se que há duas correntes opostas acerca do direito hereditário do embrião inseminado *post-mortem*. Nessa oportunidade, objetiva-se apurar a legislação envolvendo o tema.

Na investigação a linguagem textual está posta via leitura sistemática. Usa-se o método hipotético-dedutivo. Classifica-se como uma pesquisa básica e exploratória, tendo em vista que utiliza levantamento bibliográfico. Com relação aos procedimentos técnicos a pesquisa é bibliográfica.

1 - DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Para exprimir definições e elucidações sobre o Direito à Herança e sua respectiva fundamentalidade, cabe, primeiramente, expor o que se entende por Direito Fundamental. Destarte, conforme os ensinamentos de Ingo Sarlet,

Um direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional (sendo ou não também um direito humano) mas não se trata de um mero direito constitucional. Numa outra formulação: entre um direito fundamental e outra simples norma constitucional (a despeito da terem em comum a hierarquia superior da constituição e o fato de serem todas parâmetro para o controle de constitucionalidade) situa-se um conjunto, maior ou menor, de princípios e regras que asseguram aos direitos fundamentais um status, representado por um regime jurídico, diferenciado.³

É possível complementar a noção precípua dos Direitos Fundamentais expondo que, de acordo com a teoria tripartite de Gregorio Peces-Barba, Direitos Fundamentais são compostos por três dimensões, a primeira envolve o fato de um Direito Fundamental ser uma pretensão moral justificada na dignidade da pessoa humana, na igualdade, entre outros, generalizável e atribuível a todos os destinatários para obtenção da justiça. A segunda dimensão é jurídica, de modo que um Direito Fundamental deve ser uma norma positiva acompanhada de sua garantia. Por fim, a terceira dimensão é a chamada ética ou social, isto é, um Direito Fundamental deve condizer com a realidade social em que está inserido.⁴

Exibido o significado da abordagem dos Direitos Fundamentais, cumpre expor o que se entende por herança. Destarte, “herança é tudo aquilo que nos é transmitido biológica, psíquica, social, econômica, cultural e juridicamente. A herança tem uma perspectiva transgeracional e intergeracional.”⁵

Em termos mais minuciosos, pode-se dizer que no instante em que uma pessoa nasce, ela recebe uma herança biológica por meio dos genes, bem como recebe uma herança social e econômica, uma vez que a família está inserida em um lócus. Ademais, a pessoa aúfere uma herança cultural pois está inserida em um contexto tomado por valores, crenças, linguagem, símbolos, etc. Além disso, há também a herança religiosa (ensinamentos relacionados à espiritualidade) e a herança psíquica, advinda de uma rede de intersubjetividade.⁶

Contanto, em teor jurídico, isto é, na conjuntura do Direito Sucessório, herança pode ser verificada como a “transferência do acervo patrimonial deixado por uma pessoa falecida”, a qual é um direito que integra o rol dos Direitos e das Garantias Fundamentais da pessoa humana.⁷

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>> Acesso em: 22 jun. 2017.

⁴ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. p. 100-204 (segunda parte, capítulos IV, V y VI).

⁵ OSORIO, Luiz Carlos; VALLE, Maria Elizabeth Pascual do (organizadores). **Manual de Terapia Familiar** [recurso eletrônico] Volume II. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 101.

⁶ OSORIO, Luiz Carlos; VALLE, Maria Elizabeth Pascual do (organizadores). **Manual de Terapia Familiar** [recurso eletrônico] Volume II. Porto Alegre: Artmed, 2011.

⁷ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 01.

Assim, Rolf Madaleno dilucida que a herança é um Direito Fundamental garantido pelo artigo 5º, inciso XXX, da CF/88, essencial para a estrutura

E para o crescimento do Estado Democrático de Direito, porque dá consistência e preserva o instinto que têm os parentes de construir e conservarem riquezas materiais criadas para a transmissão aos seus sucessores mais próximos, dando sequência à vida, justificando as conquistas dos que criam riquezas, além de garantir a subsistência das pessoas ligadas por laços sanguíneos ao sucedido.⁸

Destarte, pode-se afirmar que “no exato momento do óbito do autor da herança transmite-se a herança aos herdeiros legítimos e testamentários.” Este é o princípio da *saisine*, advindo do direito francês: “*Le mort saisit le vif.*”⁹ Cumpre destacar, sem embargo, que “a Constituição firmou tão somente que é garantido o direito de herança, sem estabelecer porcentagens e sem excluir a tributação.”¹⁰ Assim, leis infraconstitucionais devem regulamentar tais prerrogativas.

No Direito Fundamental à Herança o que se tem, portanto, é a mudança da titularidade do acervo patrimonial deixado por uma pessoa falecida, de modo que a transmissão é operada por vontade do testador expressa em documento hábil, outorgando os bens aos sucessores nomeados, ou por disposição da lei, que determina pessoas habilitadas segundo a ordem da vocação hereditária.¹¹

O Direito Fundamental à Herança é corolário ao Direito de Propriedade, visto que o reafirma mesmo após a morte do titular dos bens, com a consequente transmissão aos seus herdeiros.¹² No entanto, Direito Fundamental à Herança e Direito de Propriedade não se fundem, mesmo este sendo consectário daquele, pois herança se enquadra nas dimensões do conceito de Direitos Fundamentais.

Sendo assim, a herança é uma pretensão moral justificada na dignidade da pessoa humana, na igualdade entre os filhos, bem como na socioafetividade. Ademais, a herança está positivada na Constituição Federal expressamente no rol dos Direitos e das Garantias Fundamentais, além de ser, em geral, efetivada sua existência no meio social, uma vez que no caso da herança não se verifica o problema da escassez de bens, como se verifica no Direito de Propriedade, de acordo com a teoria de Gregorio Peces-Barba.¹³

⁸ MADALENO, Rolf. **O filho do avô**. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br>> Acesso em: 26 jun. 2017.

⁹ FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões: teoria e prática**. 7 ed. / rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 223.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 01.

¹² GOBBO, Edenilza; FAVERO, Gustavo. **Dimensões materiais e eficácia do direito fundamental à herança: imprescritibilidade da petição**. Anais eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/>> Acesso em: 22 jun. 2017.

¹³ Gregorio Peces-Barba se ocupa da escassez para justificar sua reflexão no sentido de que a propriedade não é generalizável ou sequer igualitária, uma vez que não se pode garantir a todos, justamente por ser um bem escasso. PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. p. 100-204.

Por fim, cumpre dizer que o Direito Fundamental à Herança pode ser reconhecido como “um dos mais poderosos vetores e estímulos da atividade humana. Nada mais do que o desejo de transmitir à prole os meios necessários ao seu conforto e bem-estar”.¹⁴ Ocorre que o avanço da ciência hoje permite o congelamento de embriões, de maneira que a prole pode ser ampliada mesmo após o falecimento do autor da herança. Destarte, passa-se a observar aspectos relativos à criopreservação dos ovócitos.

2 - CRIOPRESERVAÇÃO: O IMPACTO JURÍDICO DO DESCONGELAMENTO DE EMBRIÕES

Asserções referentes à engenharia genética, em especial em relação à reprodução humana assistida, provocam debates, sobretudo em decorrência “do forte componente religioso, moral e ético que envolve à questão”.¹⁵ Dessa forma, as técnicas de reprodução assistida ocasionam, até mesmo, uma reformulação na compreensão e interpretação de normas do ordenamento jurídico do Brasil.¹⁶

Um dos aspectos da biogenética que causa impacto na seara jurídica diz respeito aos embriões excedentários. Os processos de fertilização artificial envolvem a fecundação de um elevado número de embriões, pois em maiores quantidades as chances de sucesso da implementação para gerar uma gravidez crescem. Ocorre que nem todos os embriões podem ser implementados no útero materno porque esta prática geraria risco à mulher.¹⁷ Destarte, o direito intervém para ceder proteção aos embriões sobresselentes.¹⁸

Primeiramente cabe expor que existem alocações diversas para evitar a destruição dos embriões supranumerários, frustrando ofensas diretas ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Assim, as destinações mais comuns são a criopreservação e a doação dos embriões para outra

¹⁴ GOBBO, Edenilza; FAVERO, Gustavo. **Dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental à herança: imprescritibilidade da petição.** Anais eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/>> Acesso em: 22 jun. 2017.

¹⁵ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. **Reprodução assistida.** Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/>> Acesso em: 27 jun. 2017, p. 111.

¹⁶ SOUZA, Janice Bonfiglio Santos. **A reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão.** Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovada pela Banca Examinadora em 08/11/2006. Disponível em: <<http://www3.pucrs.br>> Acesso em 27 jun. 2017.

¹⁷ SANTOS, Emerson Martins dos. **O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido *in vitro*.** Disponível em: <<http://www.esdc.com.br>> Acesso em: 27 jun. 2017.

¹⁸ Embriões excedentários são também chamados de supranumerários. São embriões que não foram transferidos para o útero materno, ou seja, que permanecem criopreservados no estágio de embrião pré-implantatório. ELES, Kalline Carvalho Gonçalves. **A qualificação humana da pessoa: uma análise ético-jurídica dos embriões excedentários.** Dissertação de Mestrado da acadêmicos da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2015. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <<repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/1965>> Acesso em: 27 jun. 2017.

família. Dessa forma, a criopreservação (congelamento dos ovócitos até que possam ser implantados no útero)¹⁹ será destacada neste segmento.

Sobre a crioconservação, tendo em vista que a espécie humana tem decifrado os enigmas da reprodução, não é espantoso que o estágio atual do desenvolvimento autorize a preservação de células por um tempoprolongado, mantendo as propriedades biológicas dos embriões após o descongelamento”.²⁰

Nessa perspectiva, considerando que “temas do início e do fim da vida são extremamente atuais e importantes no âmbito da bioética”²¹ (e também do direito) e que ambos estão sendo observados (reprodução humana esucessões combinado com o Direito Fundamental à Herança), cabe aferir conceitos, como a definição de embriões e, em maiores detalhes, de criopreservação.

Destarte, embrião é a nomenclatura “dada ao ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento.”²² Criopreservação de embriões é quando os embriões, em fases iniciais de desenvolvimento, ficam armazenados para uso posterior dos embriões excedentes, isto significa que foram produzidos *in vitro*,²³ mas que não serão implantados em um primeiro momento.²⁴

Isto posto, nota-se que não é o intuito primordial discutir em que átimo inicia a vida, ou quais as técnicas de reprodução humana assistida, ou qual deve ser o destino adequado aos embriões excedentários com base em parâmetros éticos ou, qual o tempo máximo de armazenagem destes embriões. Cumpre aqui observar que a criopreservação é uma realidade e que os embriões conservados podem ser descongelados e implantados no útero, insubmisso à vida do homem e, até mesmo da mulher, que dispuseram do seu material genético ao embrião.

Como mencionado, o embrião humano é protagonista da preocupação do Direito. Nesse itinerário, a criopreservação tem implicações jurídicas. Um dos envoltimentos no campo do direito tange o fato da criopreservação de embriões poder ensejar a deturpação do arcabouço genético

¹⁹ SANTOS, Emerson Martins dos. **O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido *in vitro***. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br>> Acesso em: 27 jun. 2017.

²⁰ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. **Reprodução assistida**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br>> Acesso em: 27 jun. 2017, p. 120.

²¹ KIPPER, Délio José; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (orgs.). **Ética em pesquisa: reflexos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 55.

²² KIPPER, Délio José; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (orgs.). **Ética em pesquisa: reflexos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 55.

²³ Para elucidar, cumpre expor que “a fecundação “*in vitro*” é uma técnica sob a qual o material genético do casal é obtido e manuseado em laboratório, ocorrendo a fecundação antes de o embrião ser implantado no útero. Uma das principais características desse tipo de reprodução assistida é que apenas alguns embriões são implantados, sendo os demais mantidos em criopreservação, ou seja, resfriados e congelados, para que possa vim a ser utilizado no futuro.” MIRANDA, Fátima. **Direito a sucessão hereditária do embrião fecundado post mortem**. Disponível em: <amitafamitaf.jusbrasil.com.br> Acesso em: 28 jun. 2017.

²⁴ KIPPER, Délio José; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (orgs.). **Ética em pesquisa: reflexos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 56.

familiar, pois o nascimento do embrião que foi inseminado pode ultrapassar o período de existência de seus preceptores genéticos.²⁵

Uma das consequências da criopreservação, portanto, é a possibilidade de implementação do embrião *post-mortem*. É objeto de discussão a viabilidade e as implicações jurídicas do cônjuge sobrevivente prosseguir com o processo de procriação artificial, usando embriões congelados para futura implantação, com o intuito de ou realizar desejo de última vontade do *de cujus* ou por razões de caráter econômico, como a geração de possíveis herdeiros.”²⁶

Embriões excedentários ensejam muitas discussões no âmbito jurídico (como a proteção do nascituro, a natureza e o amparo jurídico, a relação com os Direitos Fundamentais, a destinação, etc.). Desta maneira, embriões mantidos via criopreservação para inseminação *post-mortem* geram implicações no Direito Sucessório (Civil) e Direito Fundamental à Herança. Referidos imbróglios serão abordados no fragmento final.

3 - IMPLICAÇÕES DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS *POST-MORTEM* NO DIREITO SUCESSÓRIO E NO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Ao interpelar a possibilidade real de inseminação artificial de embriões excedentários *post-mortem*, reflete-se acerca da instrumentalização da vida. O anseio de perpetuação encontra na criopreservação de embriões um método de garantia da reprodução enquanto o embrião sobreviver sem degenerar as suas qualidades.²⁷

Desse modo, deve-se atentar ao fato de que esta possibilidade escapa os quadros em que se assenta o ordenamento jurídico. Isto ocasiona óbices no ponto de vista familiar,

Pela confusão das gerações; no ponto de vista sucessório, porque ou põe em causa as aquisições operadas por morte, ou obriga à suspensão do fenômeno sucessório até que seja segura a ocorrência do nascimento ou pelo contrário, a sua impossibilidade.²⁸

A maior parte da doutrina reconhece que a filiação não é o imbróglio excelso, mas sim as implicações no Direito Fundamental à Herança e no direito sucessório. Destarte, existem os direitos

²⁵ SANTOS, Emerson Martins dos. **O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido *in vitro***. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br>> Acesso em: 27 jun. 2017.

²⁶ SANTOS, Emerson Martins dos. **O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido *in vitro***. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br>> Acesso em: 27 jun. 2017.

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O início da vida**. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>> Acesso em 28 jun. 2017.

²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O início da vida**. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>> Acesso em 28 jun. 2017.

do concepturo (futuramente concebido com sêmen congelado), do embrião criopreservado e do embrião implantado no útero materno antes do falecimento do seu genitor.²⁹

Acerca da sucessão e do Direito Fundamental de Herança do embrião criopreservado, não é unânime o pensamento dos juristas, de forma que uma corrente descaracteriza tal direito, enquanto que outra o preserva. O segmento mais flexível entende que hodiernamente houve a expansão do conceito de nascituro, englobando tanto a concepção *in vivo* quanto a concepção *in vitro*.

Sendo assim, a ampliação da definição de nascituro:

se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que nascituro, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o lócus da concepção.³⁰

Nesse viés, tomando em consideração o avanço das novas tecnologias, embora a legislação em geral esteja descompassada, o artigo 1.597 do Código Civil brasileiro parece pertinente, já que reconhece a presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial *post-mortem*, desde que homóloga, ou seja, contanto que seja utilizado material genético apenas do próprio casal. Logo, quanto ao reconhecimento da filiação não há maiores controvérsias.³¹

A corrente em tela entende que, independente do autor da herança ter deixado testamento, quando se detecta no inventário a possibilidade de ainda ser usado material genético do *de cuius* (dado que sua vontade está registrada no banco de sêmen), a fim de evitar litígio futuro ou qualquer prejuízo no Direito Fundamental à Herança, surge a necessidade de reservar bens para esta prole eventual sob pena de, efetuado o procedimento, vier o herdeiro nascido após a morte do genitor pleitear (via petição de herança) seu quinhão hereditário.³²

Este pensamento está coerente com o Estado Democrático de Direito, uma vez que considera ser possível garantir aos filhos havidos por inseminação *post-mortem* direitos hereditários.³³ Respalado em princípios do ordenamento jurídico brasileiro, não conceder o Direito Fundamental à Herança para a prole póstuma, fere a igualdade entre os filhos e a dignidade da pessoa humana.

²⁹ MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. **Inseminação Post Mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões.** Revista da ESMESC, v. 19, n. 25, ano de 2012. Disponível em: <<https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49>> Acesso em: 28 jun. 2017.

³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 28 jun. 2017

³¹ ASSUNÇÃO JÚNIOR, Ivanildo Anísio de. **Fecundação Artificial realizada post mortem e suas repercussões no âmbito jurídico.** Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Estadual da Paraíba. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br>> Acesso em: 28 jun. 2017.

³² CAHALI, Francisco José. **Curso Avançado de Direito Civil.** Vol 6: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

³³ ASSUNÇÃO JÚNIOR, Ivanildo Anísio de. **Fecundação Artificial realizada post mortem e suas repercussões no âmbito jurídico.** Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Estadual da Paraíba. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br>> Acesso em: 28 jun. 2017.

Ocorre que esta opinião não é uníssona. De acordo com o artigo 1798³⁴ do Código Civil Brasileiro vigente, o embrião fecundado *post-mortem* não teria direito sucessório algum, visto que não é pessoa nascida ou sequer concebida, exceto os casos em que o embrião ainda não estava fecundado, porém o pai doador sabia de sua existência e, via testamento, lhe cedeu o *status* de sucessor. Porém, se decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o novo herdeiro, os bens reservados (salvo disposição em contrário do testador) caberão aos herdeiros legítimos.”³⁵

Esse ponto de vista entende que o direito sucessório, em regra, não se estende aos filhos concebidos *post-mortem*, embora tenha abrigo no direito de família. A tutela no direito de família se deve pelo reconhecimento no Código Civil da presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial *post-mortem* homóloga (presumem-se concebidos na constância da união).³⁶

Dessa forma, a polêmica está, de fato, no direito sucessório e no Direito Fundamental à Herança, mais precisamente em relação à sucessão legítima, visto que na sucessão testamentária o Código Civil dispõe sobre a questão da prole eventual, limitando o tempo de dois anos para a concepção dos referidos filhos não concebidos quando da abertura da abertura da sucessão.³⁷

Ocorre que “apesar das divergências doutrinárias, há uma tendência para o reconhecimento pleno de todos os direitos, seja de família ou sucessões, aos filhos havidos por inseminação artificial *post-mortem*.”³⁸ Tal reconhecimento é basilar para a proteção do Direito Fundamental à Herança do embrião que está criopreservado, Direito Fundamental este que é, inclusive, de primeira geração.

Isto posto, é evidente que a legislação ainda é pouquíssimo avançada ao abordar a situação do direito sucessório de um filho concebido após a morte. Essa situação gera insegurança jurídica, de modo que são utilizados princípios para dirimir eventuais conflitos, o que também é um tanto criticável, embora seja a maneira emergente de solver o problema, até o advento de uma lei singular.

Destarte, o princípio da igualdade de filiação, que sugere o tratamento isonômico de todos os filhos, é importante para que seja resguardado o Direito Fundamental à Herança do embrião inseminado *post-mortem*. Cumpre salientar que, no caso, o falecimento de qualquer um dos genitores

³⁴ Art. 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 jun. 2017.

³⁵ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos>> Acesso em: 28 jun. 2017.

³⁶ ASSUNÇÃO JÚNIOR, Ivanildo Anísio de. **Fecundação Artificial realizada post mortem e suas repercussões no âmbito jurídico**. Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Estadual da Paraíba. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br>> Acesso em: 28 jun. 2017.

³⁷ ASSUNÇÃO JÚNIOR, Ivanildo Anísio de. **Fecundação Artificial realizada post mortem e suas repercussões no âmbito jurídico**. Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Estadual da Paraíba. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br>> Acesso em: 28 jun. 2017.

³⁸ MIRANDA, Fátima. **Direito a sucessão hereditária do embrião fecundado post mortem**. Disponível em: <amitafamitaf.jusbrasil.com.br> Acesso em: 28 jun. 2017.

enseja tal direito de sucessão. Ademais, a dignidade da pessoa humana veda discriminações entre os filhos, isto é, impede limitações ao concebido *post-mortem*.³⁹

Como enuncia Tobias Barreto, “[...] o direito não é filho do céu. É um produto cultural e histórico da evolução humana”,⁴⁰ é evidente que a evolução da engenharia genética torna necessária a regulamentação do direito hereditário no caso de inseminação dos embriões excedentários *post-mortem*. Contudo, é preciso cautela para preservar não apenas o direito do nascituro, mas também dos demais herdeiros, que não devem sofrer com a insegurança jurídica, com a falta de efetividade e morosidade do processo de inventário e partilha.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que prejudica tanto o Direito Fundamental à Herança dos embriões inseminados *post-mortem*, quanto dos demais herdeiros, é a falta de uma legislação cônica que harmonize as novas tecnologias da engenharia genética e a realidade social. Primeiramente, infere-se que, de acordo com disposições elementares da Constituição Federal do Brasil, está na contramão do avanço do ordenamento jurídico o bloqueio do direito sucessões de embriões excedentários inseminados *post-mortem*. Logo, conforme a nova interpretação do conceito de nascituro e do pacificado reconhecimento da filiação homóloga após o falecimento do genitor, parece inviável sustentar o impossibilidade do embrião em tela ser herdeiro.

Considerando que é necessária uma autorização prévia para o uso de material biológico criopreservado e que é possível resguardar no inventário um quinhão caso for detectada a viabilidade de uso do referido complexo genético, não existe razão suficientemente resistente para impedir o direito sucessório dos embriões analisados. Nesse sentido é que urge uma legislação adequada para resguardar o Direito Fundamental à Herança dos embriões e demais herdeiros, de modo a evitar desfazimentos de partilhas ou suspensão de inventários.

Ocorre que a única forma atual para que seja garantido aos embriões o recebimento de seu quinhão hereditário, respeitando o Direito Fundamental à Herança, é por meio de um testamento deixado pelo genitor no qual conste que reconhece a existência de uma prole eventual, podendo o testador desafixar o prazo legal de dois anos para a inseminação (desde que resguardado um lapso razoável para que as propriedades do ovócito sejam preservadas).

³⁹ MIRANDA, Fátima. **Direito a sucessão hereditária do embrião fecundado post mortem**. Disponível em: <amitafamitaf.jusbrasil.com.br> Acesso em: 28 jun. 2017.

⁴⁰ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 156.

No entanto, a ampliação do prazo de dois anos expande uma margem que afeta o direito dos demais herdeiros, isto porque o devido processo legal pode ser prejudicado no caso do período que o testador conferir para ocorrer a inseminação for tão amplo que suspenda por um longo tempo o fenômeno sucessório, o que retira a efetividade do Direito Fundamental à Herança.

Ademais, na ocorrência da inseminação do embriões *post-mortem*, em geral, pondera-se o falecimento paterno, caso em que o ovócito é implementado no útero sem maiores óbices, de modo que um testamento reconhecendo a prole eventual atualmente seria um expediente possível. Ocorre que no caso da morte da mãe, o embrião pode ser implementado em outro útero, de modo que esta eventualidade também deve ser contemplada pelo legislador na elaboração de uma futura norma, mesmo que nos dias de hoje a mãe igualmente possa testar.

O que se tem atualmente é uma insegurança jurídica, uma vez que na aplicação prática, princípios são utilizados como mananciais para uma legislação vindoura. Princípios são normas deveras importantes, mas na situação prática, dada a sutileza do tema que envolve vida e patrimônio, é essencial a existência de uma lei, de uma mudança na legislação civil, a qual deve ser construída, por sua vez, respaldada no princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade entre os filhos e do melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos>> Acesso em: 28 jun. 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O início da vida**. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>> Acesso em 28 jun. 2017.

ASSUNÇÃO JÚNIOR, Ivanildo Anísio de. **Fecundação Artificial realizada post mortem e suas repercussões no âmbito jurídico**. Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Estadual da Paraíba. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br>> Acesso em: 28 jun. 2017.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 jun. 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso Avançado de Direito Civil**. Vol 6: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ELES, Kalline Carvalho Gonçalves. **A qualificação humana da pessoa: uma análise ético-jurídica dos embriões excedentários**. Dissertação de Mestrado da acadêmicos da Universidade Federal de Juiz

de Fora, 2015. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/1965> Acesso em: 27 jun. 2017.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões**: teoria e prática .7 ed. / rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GOBBO, Edenilza; FAVERO, Gustavo. **Dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental à herança**: imprescritibilidade da petição. Anais eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/>> Acesso em: 22 jun. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 28 jun. 2017

KIPPER, Délio José; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (orgs.). **Ética em pesquisa**: reflexos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

MADALENO, Rolf. **O filho do avô**. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br>> Acesso em: 26 jun. 2017.

MIRANDA, Fátima. **Direito a sucessão hereditária do embrião fecundado post mortem**. Disponível em: <amitafamitaf.jusbrasil.com.br> Acesso em: 28 jun. 2017.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. **Inseminação Post Mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões**. Revista da ESMESC, v. 19, n. 25, ano de 2012. Disponível em: <<https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49>> Acesso em: 28 jun. 2017.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSORIO, Luiz Carlos; VALLE, Maria Elizabeth Pascual do (organizadores). **Manual de Terapia Familiar** [recurso eletrônico] Volume II. Porto Alegre: Artmed, 2011.

PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. p. 100-204 (segunda parte, capítulos IV, V y VI).

PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. **Reprodução assistida**. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/reproducaoassistida>> Acesso em: 27 jun. 2017.

SANTOS, Emerson Martins dos. **O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido *in vitro***. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br>> Acesso em: 27 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>> Acesso em: 22 jun. 2017.

SOUZA, Janice Bonfiglio Santos. **A reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão**. Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovada pela Banca Examinadora em 08/11/2006. Disponível em: <<http://www3.pucrs.br>> Acesso em 27 jun. 20

**RESUMOS - GT 1 – DIREITO, ECONOMIA E
SUSTENTABILIDADE**

A NECESSIDADE DA COBRANÇA DO USO DA ÁGUA: SEUS REFLEXOS AO MEIO AMBIENTE E A SOCIEDADE

THE NEED TO CHARGE FOR THE USE OF WATER: ITS EFFECTS ON THE ENVIRONMENT AND SOCIETY

Joline Picinin Cervi¹

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo demonstrar a importância dos recursos hídricos e a necessidade da sua preservação qualitativa e quantitativa para a manutenção de uma vida digna para todas as formas de vida, buscando, sempre, uma distribuição igualitária dos recursos naturais, “*en síntesis, los seres humanos debemos tener garantizado nuestro derecho a acceder al agua: cantidad y calidad son aspectos fundamentales*”.² Desta forma e, tendo em conta a sua importância, será apregoadado sobre as regras estabelecidas pela legislação brasileira em relação ao conflito de interesses gerado pelo uso da água, mais precisamente pela cobrança do seu uso como forma de controle e garantia ao seu acesso, uma vez que, “*la gestión de los recursos debe estar a disposición para ver cómo viabilizar los derechos y no a la inversa: que los derechos dependan de la capacidad adquisitiva de los sujetos involucrados*”.³ Levando em consideração as diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos estabelecidos pela Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997,⁴ lei que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, com o fim de estabelecer a necessidade da cobrança do uso da água, seus reflexos ao meio ambiente e à sociedade. Com o fim de encontrar uma “[...] possibilidade de produzir conceitos práticos para orientar uma transformação produtiva fundada nos princípios da gestão ambiental do desenvolvimento e do manejo sustentável dos recursos”,⁵ buscando encontrar maneiras de solucionar os conflitos gerados pelo uso da água, utilizando o meio de cobrança do seu uso. O tema possui relevância social, uma vez que se procura demonstrar a importância dos recursos hídricos para os seres humanos, levando sempre em consideração que sem água de boa qualidade e em quantidade suficiente não existe vida saudável, bem como os objetivos e finalidades da cobrança. Ainda, refere-se à pesquisa básica, que tem como base lógica operacional o método dedutivo. Quanto ao método de procedimento, este será o monográfico. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental e a bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos e legislações.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Especialista em Direito Previdenciário, teoria e prática, pela LFG. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista FAPERGS/CAPES. Integrante da linha de pesquisa "Jurisdição Constitucional e Democracia". Faz parte do grupo de pesquisa "Proteção jurídico ambiental transnacional e o paradigma da sustentabilidade no novo constitucionalismo latino-americano". E-mail: jolinepcervi@gmail.com.

² ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza. **Agua. Um derecho humano fundamental**. Quito-Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2010, p. 31.

³ ECHAIDE, Javier. **El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2008, P. 14.

⁴ BRASIL, 1997. **Lei nº 9.433 de 08 de janeiro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm>. Acesso em: 13 nov. 18.

⁵ LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. 5. ed. -São Paulo: Conez, 2010, p. 70.

PALAVRAS-CHAVE: Água. Meio Ambiente. Sociedade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza. **Agua. Um derecho humano fundamental.** Quito-Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2010.

BRASIL, 1997. **Lei nº 9.433 de 08 de janeiro de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm>. Acesso em: 13 nov. 18.

ECHAIDE, Javier. **El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones.** 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2008.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental.** Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. 5. ed. -São Paulo: Conez, 2010.

A PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA INTERCULTURAL NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E DO PODER LOCAL NOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO DAS MISSÕES¹

INTERCULTURAL COMMUNITY PARTICIPATION IN THE IMPLEMENTATION OF ENVIRONMENTAL AND LOCAL PUBLIC POLICIES IN THE MUNICIPALITIES OF THE MISSÕES REGION

Murilo Manzoni Boff²

Jacson Roberto Cervi³

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo principal o estudo da participação comunitária intercultural na participação das políticas públicas ambientais na região das Missões. Para esta pesquisa foram mapeados cinco municípios principais desta região: Santo Ângelo, São Luiz Gonzaga, Porto Xavier, Santo Antônio das Missões e São Miguel das Missões, com fins de destrinchar quais são as políticas públicas ambientais destes municípios e quais tem sido as principais demandas ou anseios da comunidade para com o meio ambiente à luz dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente. Para tanto, estudos iniciais são indispensáveis para que se possa conceituar quais são o papel do cidadão dentro do convívio da sua comunidade, como a formação dos indivíduos se dá e como as questões ambientais passam a ser parte indispensável dos seres humanos. Dentro disso, o necessário estudo entre comunidade-mercado-Estado merece ser feita, sua relação com o meio ambiente, a Constituição de 1988 e a influência dessas esferas no processo de desenvolvimento do país e na preservação do meio ambiente pela esfera local, que encontra respaldo nos Conselhos Municipais do Meio Ambiente que garantem a participação da comunidade na tomada de decisões. Segundo Waldman,⁴ as atuais complexidades que envolvem as discussões ambientais e a cidadania requerem a efetivação da *cidadania ambiental*, que pode ser categorizada em três esferas, sendo a primeira a administração pública, que abrange os níveis federal, estadual e municipal. Em segunda esfera, há a sociedade, que abrange as escolas, bairros, igrejas, sindicatos, movimentos urbanos e rurais, universidades, empresas de capital privado que tenham incluídas preocupações ambientais; e a terceira esfera, que se materializa individualmente, sendo o cidadão que atua na sua cidade, em seu bairro, em seu local do *status quo*. Todas elas articuladas conjuntamente para a resolução de conflitos ambientais para que se estabeleça uma relação mais harmoniosa com a natureza. É nesse cenário de atuação conjunta entre comunidade, Estado, e mercado que as possibilidades de um exercício de cidadania em convívio com o meio ambiente se tornam realidade. Etzioni faz o

¹ Pesquisa integrada aos Projetos de Iniciação Científica: “A participação comunitária intercultural no processo de municipalização das políticas públicas ambientais nos municípios das Missões”, com fomento PIBIC/CNPq (2017-2018); e “O poder local e a tutela de interesse local”, com fomento PIIC/URI (2018-vigente).

² Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista de Iniciação Científica PIIC/URI “O estado ambiental e a tutela de interesse local”. E-mail: murilo_boff@hotmail.com

³ Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), com estágio doutoral na Universidade de Sevilha – Espanha. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor na Graduação e no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo – RS. Orientador do Projeto de Pesquisa em Iniciação Científica “O estado ambiental e a tutela de interesse local”. Advogado. E-mail: jrcervi@san.uri.br

⁴ WALDMAN, Maurício. *Natureza e sociedade como espaço de cidadania*. IN: PISNKY, Jaime; PISNKY, Carla Bassanazi (Org). *História da cidadania*. 6 ed. São Paulo: Contexto, 2003.

estudo do comunitarismo responsivo, que se justifica pelos visíveis sinais de esgotamento do atual modelo de organização e desenvolvimento social, baseados no mercado de consumo e no individualismo. Fatores como a revolução tecnológica e seus efeitos sobre as relações mercantis, a primazia da oferta sobre a procura, a globalização do mercado, a sobreposição dessas relações mercantis em todos os setores sociais, aspectos que se somam ao processo de secularização, vista como uma redução da importância da vida espiritual, favorecem a consolidação de uma cultura consumista, pautada na relação *eu-coisas*, o que vem acarretando sérias disfunções estruturais na sociedade, as quais, por sua vez, a tornam insustentável no longo prazo.⁵ Basicamente, a teoria comunitarista de Etzioni⁶ consiste em contribuição valiosa para o bom desenvolver da sociedade, objeto deste estudo, que propõe um equilíbrio entre Estado-mercado-sociedade, o que, não longe disso, Amartya Sen,⁷ Prêmio Nobel de Economia em 1998 ilustra os princípios básicos para o exercício de uma democracia participativa, de modo que a participação política e social tem valor intrínseco para a vida e bem-estar humanos. Ser impedido de participar na vida política da comunidade é uma grande privação. A *boa sociedade*, como define o estudioso Etzioni, é amparada por princípios, dentre eles, de tratar as pessoas como um fim de si mesmos. Nesse sentido, como bem explica, a boa sociedade comporta os indivíduos “como conjuntos pessoais e não como fragmentos; como membros de uma comunidade, unidos por laços de afeto e compromisso mútuo, e não apenas como empregados, comerciantes, consumidores, ou até mesmo, concidadãos.⁸ Nesse sentido, a justiça social deve ser desenvolvida de forma completa pelos vínculos criados reciprocamente entre os integrantes da comunidade, amparados pelos valores como o amor, lealdade, o cuidado, reforçando o princípio do tratamento das pessoas como fins de si mesmas, de modo que esses valores arraigados criam o *diálogo moral*. Por esse diálogo, a boa sociedade teria a capacidade de encontrar o equilíbrio entre os três atores, também conferindo direitos individuais alienáveis e responsabilidades sociais aos seus integrantes.⁹ Assim, o comunitarismo responsivo de Etzioni reforça o reconhecimento de sociedades plurais, o reconhecimento das diferenças e oferece a aproximação do ideal de justiça com as comunidades, tendo em vista que essa justiça se realiza pela soberania popular de participação política que se traduz na prática da cidadania. Para isso, frente as adversidades das questões ambientais, a perspectiva liberal e individualista se torna insuficiente para a resolução de conflitos.¹⁰ Também há a falta de conscientização da sociedade e também do Poder Público em não exercer a tutela ambiental adequadamente, o que não quer dizer que os meios de exercício não existam, mas sim que são ineficientes. Desse modo, a proposição de diálogos morais pode contribuir no engajamento da sociedade na participação ambiental, pois a participação da comunidade nas esferas que envolvam Estado e mercado traz um protagonismo necessário para que mudanças ocorram e as normas ambientais possam ser cumpridas sem a coação estatal que é a forma que tem prevalecido, via de regra.¹¹ Com a necessidade de se estabelecerem diálogos

⁵ CERVI, Jacson Roberto. O necessário equilíbrio entre Estado-comunidade-mercado para uma política ambiental sustentável e efetiva. In: **Direito Ambiental e sociedade**. Caxias do Sul, v.6, n.2, 2016. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/issue/view/203>>. Acesso em 20 jul. 2018, p. 30-35.

⁶ ETZIONI, Amitai. **La terceravía: hacia una buenasociedad**. Madri: Trotta, 2001.

⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 .

⁸ ETZIONI, Amitai. **La terceravía: hacia una buenasociedad**. Madri: Trotta, 2001, p. 19.

⁹ ETZIONI, Amitai. **La terceravía: hacia una buenasociedad**. Madri: Trotta, 2001, p. 23-42.

¹⁰ TAVARES, Felipe Cavalieri. **O comunitarismo e o seu ideal de Justiça**. In *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2014. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/515>>. Acesso em 20 jul. 2014, p. 38-41.

¹¹ LAMY, Eduardo de A.; KREBS, Hélio, R.D. **Educação Ambiental e democracia participativa: A Tutela coletiva do meio ambiente por meio das associações civis**. Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 11, n.15, p.54-68, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica>>. Acesso em 20 jul. 2018, p. 57-60.

para o exercício da democracia, da educação para a cidadania e para o convívio entre setores da sociedade com interesses diferentes nas questões ambientais, os Conselhos Municipais de Meio Ambiente, sigla COMDEMA, como será aqui chamado, estabelecem pautas conforme as necessidades locais, funcionando como um fórum público em que há integrantes do poder executivo, do setor empresarial e da sociedade civil, em que suas decisões possuem caráter deliberado, consultivo e normativo.¹² O que se verificou na pesquisa é que a participação comunitária intercultural no processo das políticas públicas ambientais na região das missões é relativa a município e relativa a matéria ambiental. Em linhas gerais, ainda há muito o que se evoluir para que o direito humano ao meio ambiente seja um bem acessível e que a comunidade possa participar e exercer de fato das tomadas de decisões e sentir-se parte do meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Municípios da Região das Missões. Participação comunitária. Políticas Públicas ambientais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL, **Política Nacional do Meio Ambiente, 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 20 jul. 2018.

ETZIONI, Amitai. **La terceravía: hacia una buenasociedad.** Madri: Trotta, 2001.

CERVI, Jacson Roberto. O necessário equilíbrio entre Estado-comunidade-mercado para uma política ambiental sustentável e efetiva. *In: Direito Ambiental e sociedade.* Caxias do Sul, v.6, n.2, 2016. Disponível em: <<http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/issue/view/203>>. Acesso em 20 jul. 2018.

LAMY, Eduardo de A; KREBS, Hélio, R.D. **Educação Ambiental e democracia participativa:** A Tutela coletiva do meio ambiente por meio das associações civis. *Opinião Jurídica,* Fortaleza, ano 11, n.15, p.54-68, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica>>. Acesso em 20 jul. 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Conselho Municipal do Meio Ambiente – CMMA.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/conselhos/conselhos.cfm>>. Acesso em 20 jul. 2018.

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

TAVARES, Felipe Cavalieri. **O comunitarismo e o seu ideal de Justiça.** In *Legis Augustus,* Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2014. Disponível em: <<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/515>>. Acesso em 20 jul. 2014.

WALDMAN, Maurício. **Natureza e sociedade como espaço de cidadania.** IN: PISNKY, Jaime; PISNKY, Carla Bassanazi (Org). *História da cidadania.* 6 ed. São Paulo: Contexto, 2003.

¹² MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Conselho Municipal do Meio Ambiente – CMMA.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/conselhos/conselhos.cfm>>. Acesso em 20 jul. 2018.

**AS RELAÇÕES DIALÓGICAS ENTRE DIREITO E ECONOMIA: SOBRE A
(IM)POSSIBILIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA COMO ESTRUTURANTE DO
DISCURSO JURÍDICO**

**THE DIALOGICAL RELATIONS BETWEEN THE LAW AND THE ECONOMY:
ON THE (IM) POSSIBILITY OF ECONOMIC ANALYSIS AS A STRUCTURER OF
THE LEGAL DISCOURSE**

Pamela De Almeida Araújo¹

Paulo Roberto Ramos Alves²³

RESUMO

O direito opera na sociedade como um sistema comunicativo dotado de extrema complexidade, a qual é produzida a partir de uma paradoxal busca pelo controle da complexidade de seu ambiente (estruturação sistêmica da complexidade do entorno). Como um sistema cognitivamente aberto, ainda que operacionalmente fechado, o direito opera sob condições de extrema incerteza, potencializando sua complexidade a partir de irritações, perturbações e acoplamentos estruturais com outros sistemas parciais da sociedade. Um dos sistemas parciais que adquire relevância para o estudo proposto é precisamente o subsistema econômico, o qual igualmente constrói sua realidade autopoieticamente. Tendo o direito a função de construir expectativas sobre expectativas (normativas) e a economia a função de regulação da escassez, ambos os sistemas mantêm pontes de contato, as quais podem ser observadas pela figura dos contratos e da previsão constitucional quanto à ordem econômica e financeira. Tais exemplos situam direito e economia como sistemas em permanente interrelação recíproca, ainda que não seja possível atribuir primazia de um sobre o outro. Desse modo, o presente trabalho busca analisar a realidade brasileira (com exemplos da atual tendência liberal) de acordo com a perspectiva sistêmica, avaliando eventuais problemas decorrentes da sobreposição do código ter/não-ter sobre o código direito/não-direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Discurso Jurídico. Economia.

¹ Mestranda em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista Capes. Integrante do Grupo de Pesquisa “Constitucionalismo fragmentário e alteridade sistêmico-organizacional”. Email: pam.ufg@gmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2015) com estágio pós-doutoral na Universidade de Passo Fundo (2016). Atualmente é professor na Universidade de Passo Fundo e Advogado. Email: pauloalvess@yahoo.com.br

³ Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa “Constitucionalismo fragmentário e alteridade sistêmico-organizacional” e fruto de colaborações entre os autores e participações oriundas da disciplina de Teoria do Direito (2018/1), ambos liderados pelo Professor Drº Paulo Roberto Ramos Alves, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Universidade de Passo Fundo (UPF).

**RESUMOS - GT 2 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO
PLANO INTERNACIONAL**

**IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES COMETIDOS DURANTE A DITADURA
MILITAR BRASILEIRA EM RAZÃO DO *JUS COGENS***

**IMPRESCRITIBILITY OF CRIMES COMMITTED DURING THE BRAZILIAN
MILITARY DICTATORSHIP DUE TO *JUS COGENS***

Caroline Andreis de Oliveira⁴

RESUMO

O artigo trata da possibilidade de imprescritibilidade dos crimes cometidos durante a ditadura militar brasileira, diante da gravidade das condutas cometidas e dos bens jurídicos atingidos, bem como dos direitos humanos violados, considerando-se que foram crimes contra a humanidade, ainda que com interesses políticos, e não passíveis de anistia, sob a perspectiva do *jus cogens*, fonte suprema do direito internacional público, formado por conjunto de regras não convencionais e imperativas, aceitas pela sociedade internacional, que se sobrepõe à autonomia de vontade dos Estados. A temática é relevante e bastante atual, abordando a recente decisão tomada pela justiça brasileira do Tribunal de Justiça de São Paulo, na 13ª Câmara Extraordinária Cível, que considerou prescrita a pretensão punitiva em face do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, na ação movida pelos familiares do jornalista Luiz Eduardo Merlino, morto e torturado em 1971. A abordagem pela prescritibilidade de tais condutas, em nome da limitação do *ius puniendi* decorrente do lapso temporal, ratifica a impunidade e afronta as normas de direito internacional público, os direitos humanos tutelados, e também, a memória dos familiares envolvidos nas atrocidades.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes contra a humanidade. Ditadura Militar. Imprescritibilidade. *Jus cogens*.

⁴ Possui graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2008). É advogada desde 2009. Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo.

A CONCEPÇÃO HISTÓRICA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

THE HISTORICAL CONCEPTION OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS AND THE RIGHT TO EDUCATION IN BRAZIL

Débora Almeida Duarte¹

RESUMO

O objeto de estudo deste trabalho é a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988, levando em consideração sua intensificação e importância dentro de uma sociedade-democrática, assim como a ponderação do Estado-membro brasileiro para a aplicação destes direitos aos cidadãos residentes, bem como a implantação das políticas públicas para uma garantia de direito efetiva, preferencialmente o direito à educação. Para a concretização da pesquisa será abordado o conceito histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua relevância para a criação da Constituição Federal de 1988. Em outro momento, como foi a maneira de abordar estes direitos e como as políticas públicas entraram no cenário brasileiro para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Após este momento, será abordado também a forma com que a educação se fez presente dentro do sistema e quais são as políticas públicas pertinentes para sua garantia. É inegável a presença constante dos direitos humanos na vida de todo o cidadão, presente desde 1917, os direitos humanos transformaram a forma de como o indivíduo se torna sujeito de uma sociedade, rico em direitos e deveres. Basicamente, será abordado o conceito histórico dos direitos humanos, desde sua primeira aparição ao seu efetivo conceito oficial em 1945 pela ONU e, também, o conceito histórico da Constituição Federal de 1988, com toda a sua rigorosa história e difícil entrada em vigor. Para a concretização e efetivação dos direitos humanos, tratados como fundamentais dentro deste Estado Democrático de Direito, fez-se necessário uma organização estatal efetiva para garantir a possibilidade de todos os cidadãos serem beneficiados por estes direitos. Criaram-se, então, as políticas públicas, tema indispensável também dentro deste trabalho. As políticas públicas afetam a vida de todos os cidadãos, permitindo que direitos como educação e saúde sejam garantidos por órgãos específicos com o tema. As políticas públicas são políticas que vem de programas, ações ou decisões tomadas pelo governo com participação de entes públicos e/ou privados que visam assegurar os direitos fundamentais existentes na Constituição Federal e decorrentes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O objetivo principal é demonstrar como foi importante da DUDH dentro do país brasileiro para transformá-lo em Estado Democrático de Direito, além da presença constante de rigorosas políticas existentes até 1988 que impossibilitaram a criação de uma Carta Política Nacional, que hoje é considerada uma das mais ricas em direitos aos cidadãos. Além disso, a criação de um conjunto de projetos com ações e de caráter decisórios – as políticas públicas – para tanto por meio político ou administrativo, fazer com que direitos subjetivos sejam garantidos a todos os cidadãos sem distinção de classe, credo, cor ou orientação sexual, sempre dando uma ênfase no direito à educação.

¹Acadêmica de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Frederico Westphalen/RS. Bolsista PIIC no projeto “A Judicialização das Políticas Públicas Educacionais”. Email: almeidaduarte@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Declaração Universal dos Direitos Humanos. Direito à educação. Constituição Federal brasileira.

**A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO
REFUGIADO AMBIENTAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL FRENTE AO
DIREITOS HUMANOS**

**THE IMPORTANCE OF RECOGNIZING THE LEGAL STATUS OF THE
ENVIRONMENTAL REFUGEE IN THE INTERNATIONAL CONTEXT
REGARDING HUMAN RIGHTS**

Izadora Buziki dos Santos¹

RESUMO

Em virtude da violência generalizada e deslocamentos forçados de pessoas no período da Primeira e Segunda Guerra Mundial surgiu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujo objetivo maior é estabelecer direitos mínimos e proteção aos seres humanos. É nessa seara que o Direito dos Refugiados se insere, com a proteção de pessoas perseguidas em virtude de raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opinião política e que por encontrarem-se em situação de vulnerabilidade atravessam as fronteiras de seus países de origem em busca de proteção. Acontece que o mundo vem sofrendo com as mudanças climáticas, em virtude do aquecimento global, consequência da globalização e do desenvolvimento industrial, surgindo então uma nova categoria de deslocados, conhecida como Refugiados Ambientais. No presente estudo faz-se uma análise das mudanças climáticas, cada vez mais frequentes, as formas de deslocamento ambiental, que podem ser de caráter voluntário ou forçado e ainda, as violações de direitos que esses indivíduos enfrentam. Portanto, busca-se compreender, através da pesquisa científica, a importância de estender-se amparo legal a essas pessoas, os quais carecem de proteção no âmbito do Direito Internacional. Para tanto, expõem-se as posições existentes a respeito de seu reconhecimento ou não, como forma de garantir a proteção internacional do indivíduo afetado por esses acontecimentos e assegurando-lhe condições adequadas de sobrevivência, amparados pelos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH).

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Direitos Humanos. Refugiados. Refugiados Ambientais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMORIM, João Alberto Alves. Refugiados ambientais: a interconexão entre direitos humanos, meio ambiente e segurança internacional. *In:* BRAVO, Álvaro Sanchez; MISAILIDIS, MirtaLerena (Orgs). **Os direitos fundamentais dos refugiados (deslocados) ambientais e da exclusão socioeconômica**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 45-79.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UPF). E-mail: izadorabuziki@gmail.com. Orientação: Me. Francine Cansi.

CHUEIRI, Vera Karamde; CÂMARA, Heloísa Fernandes. **Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade.** *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.36, p.158-177, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/210/190>>. Acesso em: 19 nov. 2018

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

FURONI, Rosa Maria. **O direito internacional público e a proteção dos refugiados ambientais: um estudo sob a ótica dos direitos fundamentais.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/09102013_144028_rosa.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

MOBILIDADE HUMANA E A FILOSOFIA MORAL EM KANT: O COMBATE À CRIMINALIZAÇÃO DO MIGRANTE

HUMAN MOBILITY AND MORAL PHILOSOPHY IN KANT: COMBATING THE CRIMINALIZATION OF THE MIGRANT

Letícia da Silva Nigris¹

RESUMO

A pesquisa analisa o fenômeno da migração nos séculos XX e XXI, e como o migrante atualmente está sendo adequado à figura do inimigo apresentado por Gunther Jakobs, em sua teoria do Direito Penal do Inimigo. Objetiva demonstrar a falácia dos discursos que apontam a necessidade da criminalização da condição de migrante no atual panorama de gerenciamento da vida humana como instrumento biopolítico a permitir uma governança corporativa voltada a interesses político-econômicos, tão somente. Assim, pretende demonstrar urgência da transformação da mentalidade social, através de um resgate moral, conforme discorre Kant, para evitar que a sociedade seja influenciada por um medo abstrato, disseminado por governantes que o propagam como uma moeda de troca eleitoral, e que colocam o migrante como responsável pela desordem social, sendo assim, a vida estranha e descartável dos dias atuais. A pesquisa proposta partirá de premissas teóricas gerais acerca da criminalização da condição de migrante dada ao atual fenômeno da mobilidade humana, a fim de extrair dedutivamente respostas à problemática proposta de como o resgate da moral humana pode intervir na forma como a própria sociedade encara discursos que instrumentalizam a vida humana e a utilizam como simples forma a atender interesses políticos e econômicos, em sua grande maioria. Nessa linha, a adequação a este cenário, de teorias extremistas como a teoria do Direito Penal do Inimigo, responsável, em suma, por observar a sociedade de forma bipartida, composta de cidadãos e “inimigos”. A recusa do conceito de cidadão ao definir inimigos desconstituídos de personalidade jurídica, negando para tais, direitos e garantias fundamentais. Assim, partindo de tal premissa, a problemática se dá ao passo que se torna inaceitável a aplicação da teoria supra, que renega de forma evidente os princípios basilares da dignidade humana, ao cenário da migração, ora em debate, onde pessoas passam a ser consideradas criminosas, pelo simples estado de migrante. Isso porque, conforme explica Guia,² há uma reclassificação do papel dos imigrantes, visível em quase todos os países, principalmente, europeus: inicialmente bem-vindos, mesmo que em estado ilegal, logo após, tolerados por conta da força de trabalho que representam, e, por último, excluídos e apontados como sendo uma ameaça para a economia e a própria sociedade, fazendo surgir o mito do imigrante ilegal e potencialmente criminoso. Isso aponta para uma tendência cada vez mais presente, a da política da inimizade, que está a percorrer diversos cenários do mundo e aponta para a existência de um Direito Penal de guerra, onde o Estado passa a combater um inimigo sem limites ou restrições garantistas, cria um Estado de Exceção permanente, onde se suspende a ordem jurídica sem que as normas sejam revogadas.³ Portanto, o que se pretende é a

¹ Mestranda PpgDireito UPF. Linha de Pesquisa: Relações Sociais e Dimensões do Poder. Bolsista Capes Taxa. Pós-Graduada em Direito Tributário Empresarial e Graduada pela Universidade Luterana do Brasil. Email: leticianigris@hotmail.com.

² GUIA, Maria João. **Imigração e Criminalidade: Caleidoscópio de Imigrantes Reclusos**. Edições Almedina. Coimbra, 2008.

³ NETO, Moysés Pinto. **O rosto do Inimigo: Um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Criminologias: Discursos para a academia. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2012.

indagação sobre quais medidas a serem adotadas: investir no aumento de normas que nos afaste de um perigo imaginário ou permitirmo-nos a reflexão sobre o próprio comportamento social que fecha as portas para aquele que necessita? Por fim, o que se pretende é a criação de um alerta para a necessidade do ser humano analisar o próximo como um similar, demonstrando que o estado de imigrante ou refugiado, pode ser o estado de qualquer ser humano parte do globo. Necessário se faz colocar em evidência as realidades ocultas nas soluções perversas apresentadas por políticos, ao mesmo tempo que é necessária a instigação da própria relação moral existente entre os seres humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia Moral. Kant. Mobilidade Humana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

GUIA, Maria João. **Imigração e Criminalidade: Caleidoscópio de Imigrantes Reclusos.** Edições Almedina. Coimbra, 2008.

NETO, Moysés Pinto. **O rosto do Inimigo: Um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo.** Criminologias: Discursos para a academia. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2012.

**A IMPRESCRITIBILIDADE DOS DELITOS CONTRA OS DIREITOS HUMANOS:
BREVES CONSIDERAÇÕES NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**THE IMPRESCRIPTIBILITY OF CRIMES AGAINST HUMAN RIGHTS: BRIEF
CONSIDERATIONS IN THE BRAZILIAN LEGAL CONTEXT**

Lucas Hahn Spalding¹

Carime Tagliari Estacia²

RESUMO

O sistema jurídico brasileiro prevê a possibilidade de perda de determinada pretensão, por parte do sujeito de direito. É o instituto da prescrição, definido por Ivan Luís Marques³ como a extinção do poder-dever de punir do Estado pelo seu não exercício, em certo lapso temporal. Ocorre que há delitos que violam bens jurídicos de modo tão grave que se sobrepõem aos efeitos do tempo. Deveras, suas marcas se evidenciam independentemente do período transcorrido. O repúdio social e a afronta à dignidade humana são tamanhos, que clamam pela imprescritibilidade de tais condutas. Logo, a Carta Magna nacional expressou serem imprescritíveis os crimes de racismo e de ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII e XLIV da CF/88). Tratando-se a imprescritibilidade de delitos contra os direitos humanos como tema global, é possível aventar a hipótese de ampliação do rol de crimes ditos imprescritíveis a partir dos princípios de Direito Internacional assumidos pelo país, os quais gozam, de aplicabilidade imediata no ordenamento interno. O próprio artigo 5º da Lei Maior consagra, em seus parágrafos, a subordinação do país aos ditames do Direito Internacional, constitucionalizando a ingerência das normas internacionais convencionadas no sistema jurídico pátrio. Uma vez previsto o princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade em tais regramentos de ordem internacional - e a inclusão do Estado brasileiro nesse cenário -, conclui-se, logicamente, ser plausível a ampliação do catálogo de condutas delitivas abarcadas por este instituto. Tal princípio encontra-se positivado no art. 29 do Estatuto de Roma, referindo que os crimes de competência desse Tribunal não prescrevem. Já anteriormente, a Resolução nº 2.391/68 da Assembleia-Geral da ONU trouxe a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade,⁴ reiterando o entendimento da comunidade

¹Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Integrante, no presente ano de 2018, do grupo de pesquisa “A efetividade da proteção aos Direitos Humanos no plano internacional”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: lucas_hs1909@hotmail.com.

² Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Complexo de Ensino Superior Meridional – IMED. Graduada pela Universidade de Passo Fundo/RS. Advogada. E-mail: carimetestacia@gmail.com.

³ MARQUES, Ivan Luís. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil. *In*: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org). **Crimes da Ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile e Uruguai**. São Paulo: RT, 2011. pgs. 313-335.

⁴ **Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade**. (Adotada pela Resolução nº 2.391, da Assembleia Geral das Nações Unidas, Nova Iorque, Estados Unidos, em 26 de Novembro de 1968). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.->

internacional de que esses delitos não poderiam se beneficiar da prescrição, pois severamente atentatórios aos direitos humanos. Recentemente, no ano de 2014, a Justiça brasileira apreciou denúncia do MPF contra seis envolvidos no atentado à bomba no Rio centro, fato ocorrido em 30/04/1981. *Incasu*, considerou-se que os crimes configuram delitos contra a humanidade e, por essa razão, são imprescritíveis frente a ordenamentos jurídicos de quaisquer Estados, nos termos do Direito Internacional Público. Na decisão, a magistrada entendeu que “a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é um princípio geral de Direito Internacional amplamente aceito pelos Estados e, portanto, incorporado aos costumes internacionais”, para além de configurar “verdadeiro *jus cogens*, que não pode ser ignorado pelos Estados”.⁵ A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é princípio de Direito Internacional que impede que se olvidem as barbáries e atrocidades já cometidas contra o ser humano. A internalização de tal aparato nos ordenamentos internos, através do *jus cogens*, é imprescindível para que a tutela dos direitos do cidadão norteie as atividades do Poder Público, parte integrante de um Estado que vivencia uma nova cultura jurídica orientada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Delitos. Direitos Humanos. Imprescritibilidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. (Adotada pela Resolução nº 2.391, da Assembleia Geral das Nações Unidas, Nova Iorque, Estados Unidos, em 26 de Novembro de 1968). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.(ISBN 9788530979423. Livro *online*).

MARQUES, Ivan Luís. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil. *In:* GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org). **Crimes da Ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile e Uruguai.** São Paulo: RT, 2011. pgs. 313-335.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria dos direitos humanos na ordem internacional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (ISBN 9788547202781. Livro *online*).

Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.(ISBN 9788530979423. Livro *online*).

ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DA APATRIDIA, NACIONALIDADE E CIDADANIA – REFLEXÕES A PARTIR DO CASO MAHA MAMO¹

STUDY ON THE INSTITUTE OF STATELESSNESS, NATIONALITY AND CITIZENSHIP - REFLECTIONS FROM THE MAHA MAMO CASE

Stéfani Reimann Patz²

Letícia Mousquer Ritter³

RESUMO

Quando se aborda o instituto da apatridia, refere-se a questões que envolvem a nacionalidade, a formação dos Estados, suas fronteiras e ordenamentos jurídicos. Pelo instituto da nacionalidade, existe uma vinculação jurídico-político de um indivíduo com o Estado. Ocorre que no momento da fixação de critérios de concessão ou perda desse instituto, alguns indivíduos podem tornar-se apátridas, ou seja, um sem pátria, sem vínculo com quaisquer Estado-nação. Tal condição gera uma série de repercussões, como a violação dos direitos humanos e a extinção de quaisquer resquícios de cidadania. De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), órgão das Nações Unidas, a partir dos critérios de aquisição ou perda de nacionalidade, hoje, existem no mundo cerca de 10 milhões de pessoas com o status de apátridas. A fim de compreender melhor o fenômeno e traçar um diálogo com o caso Maha Mamo, que o presente resumo se apresenta. O método de abordagem é o indutivo/dedutivo, o método de procedimento envolve uma abordagem sócio analítica e a técnica de pesquisa abrange documentação direta e indireta. O caso em análise é o das ex-apátridas, Maha e Souad Mamo, irmãs nascidas no Líbano. As irmãs não puderam ser registradas no país, porque lá se exige que os nascidos sejam filhos de pais e mães libaneses (Critério *ius sanguinis*). Seus pais, de nacionalidade síria, também não puderam registrá-las no país de origem, pois na Síria, as crianças só são registradas por pais oficialmente casados, o que não era o caso deles, visto que o país não aceita o casamento de pessoas de diferentes religiões, como é no caso em estudo (uma muçulmana e um cristão). Por falta de uma certidão de nascimento e outros documentos de identidade, muitas vezes as irmãs foram impedidas, por exemplo, de frequentar a universidade, receber atendimento médico e viajar para fora do país. Portanto, a história de Maha e Souad guarda estreita relação com a disciplina de Direito Internacional, na medida em que verifica-se temas como apatridia, nacionalidade e condição jurídica do estrangeiro. Estes temas complexos ganham, através dos relatos das irmãs, uma linguagem mais leve, propiciando ao interlocutor uma visão mais empática destes temas, bem como uma reflexão importante acerca da humanização do Direito Internacional. Nesse sentido, existe uma necessidade de debater sobre a apatridia, tendo em vista o vasto contingente de pessoas afetadas, bem como suas repercussões.

PALAVRAS-CHAVE: Apatridia. Cidadania. Nacionalidade.

¹ Resumo realizado no âmbito do II Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais e II Mostra de Trabalhos Científicos – PPGD/UPF

² Aluna do oitavo semestre do Curso de Graduação em Direito da URI Santo Ângelo, bolsista PIIC/URI no projeto de pesquisa Crisálida: Direito e Arte. E-mail: stefani.patz@hotmail.com

³ Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Professora na Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Membro do Projeto de Pesquisa: novas formas de proteção dos direitos culturais e do patrimônio cultural: aproximação entre direito, inovação e política e do Grupo de Pesquisa: Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. Advogada. E-mail: leticiaritter@san.uri.br

**RESUMOS - GT 3 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS
PÚBLICAS**

MÃE E FILHO NO CÁRCERE: UMA RELAÇÃO INVISÍVEL

MOTHER AND SON IN PRISON: AN INVISIBLE RELATIONSHIP

Débora Jaeli Millani da Silva¹

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar as garantias legais das mulheres parturientes e a relação com o filho recém-nascido dentro do sistema prisional. Em uma sociedade em que tudo que se relaciona ao feminino é visto como inferior e não tido como prioridade, quando se trata do cárcere a invisibilidade das mulheres e o descaso tomam proporções desumanas. Nesse sentido, o presente trabalho se justifica na necessidade de trazer à tona o debate sobre esta parcela da população carcerária esquecida tanto socialmente quanto pelos órgãos que possuem a responsabilidade e o dever de assistir essas vidas. Assim, são analisadas as previsões legais que discorrem sobre a relação mãe e filho, qual deveria ser a função do Estado frente a tal conjuntura calamitosa, especialmente o direto que estes vínculos sejam mantidos. Toda construção de leis que são positivadas em uma sociedade é feita a partir da moral e costumes do contexto em que se está vivendo. Historicamente os fundamentos básicos acerca de gênero estão firmados pelo machismo, misoginia e patriarcado. Não bastando tais princípios reproduzidos há séculos, quando se trata de mulheres gestantes ou parturientes dentro do sistema prisional o descaso aumenta. Mulheres não são tratadas como mulheres e necessidades básicas, como absorventes e exames durante a gestação, não são atendidas. Elementos fundamentais para entender a presença (ou não) do Estado e suas garantias jurídicas nesse espaço. De acordo com esta pesquisa, que faz parte de um trabalho de conclusão de curso e linha de pesquisa continuada, as possibilidades que a legislação prevê para que o laço entre a mãe e o filho não seja rompido são estas: prisão domiciliar e suspensão de pena, sendo que ambas possuem um prazo determinado para o retorno ao cárcere sem o filho. Tais previsões não garantem que o laço afetivo não se desfaça, o que gera uma série de danos tanto para o filho recém-nascido quanto para a mãe. Tal descaso por parte do Estado quanto a essa situação gera outros problemas para a segurança pública, pois para não perder o contato com o filho muitas apenadas acabam foragindo do sistema ao não comparecer no dia de retorno ao cárcere. Com a realização do presente trabalho, tem-se por conclusão que as garantias previstas pelo Estado, que se expressam em forma de lei, não asseguram que o laço afetivo entre mãe e filho não seja rompido. O que causa uma série de outros problemas, sendo necessário que os órgãos responsáveis não se omitam quanto a esta situação e que tenham outros olhos frente a atual conjuntura dessa parcela da população carcerária. Assim, os princípios constitucionais podem ser efetivos tanto para as mães em situação de cárcere, quanto aos filhos, que não cumprem pena alguma.

PALAVRAS-CHAVE: Cárcere. Filho recém-nascido. Mulheres parturientes. Relação invisível.

¹ Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: millanidebora@gmail.com

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Brasília, DF: Senado Federal: **Centro Gráfico, 1988**. 292 p.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. **Lei de Execução Penal. Lei nº 7210, 11 de julho de 1984**.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas**. Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Traduzida por Raquel Ramallete; 29ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

FARIA, Josiane Petry. URIARTE, Carlos. Apresentação. *In: **criminologias e política criminal I***. Anais do V encontro internacional do Conpendi Montevideú. Florianópolis, 2016.

A ONTOLOGIA DO DELITO: UM DEBATE CRIMINOLÓGICO ATUAL

THE ONTOLOGY OF CRIME: A CURRENT CRIMINOLOGICAL DEBATE

Eduardo Tedesco Castamann¹

A criminologia crítica, com a desconstrução dos discursos que a antecederam, se tornou um marco do discurso criminológico moderno. Por conta disso também foi influência para o surgimento de vertentes, que, inclusive, questionaram seus posicionamentos. Mesmo na década de 1960 já houveram questionamentos sobre alguns dos aspectos da criminologia crítica, um deles sobre o construtivismo social que envolve a noção de delito. Atualmente, o realismo crítico, tem ganhado força com novas propostas para a questão criminal. Esta teoria busca desconstruir o fenômeno da forma que foi concebido pela primeira, considerando uma dada realidade ontológica ao delito. Essa verificação parece ser um dos principais pontos para o estudo da criminologia, razão pela qual o objetivo aqui é de criar algumas bases para uma possível verificação da realidade no que diz respeito ao conceito de delito. A partir disso, é possível reunir o posicionamento de criminólogos críticos, bem como de realistas, sempre críticos, e abrir possibilidade de análise mais plausível das posições de cada discurso acerca do fenômeno. Enquanto a criminologia crítica afasta uma possível realidade, o realismo crítico à admite, ao menos parcialmente. Conforme Baratta² e Batista,³ o crime é um produto construído socialmente, conseqüentemente, não possui qualquer causa natural ou realidade ontológica, mas somente uma justificativa formal com um objetivo específico de servir como instrumento de poder. O realismo crítico não nega essa concepção, mas acrescentando dados de realidade, forma uma visão pluralista, micro e macrosociológica. Matthews,⁴ Anitua,⁵ Lea e Young,⁶ defendem a concepção do crime como um problema real. Muito embora haja a assunção do manejo do sistema criminal para a manutenção do poder, é imprescindível destacar que o crime em si não decorre somente dessa gestão política, mas também de causas alheias ao sistema. A privação relativa, explica a criminalidade do colarinho branco, assim como o dano real é percebido pelas vítimas que já são marginalizadas pelo sistema político-econômico e agora pelo sistema criminal. A premissa de que o delito é real, muito embora também seja criado, é objeto de crítica pelos primeiros criminólogos por dar conta de um novo estudo de causas, uma nova etiologia, tão criticada por eles em relação ao positivismo criminológico. Contudo, os realistas críticos não negam o sistema, muito menos o ignoram, apenas edificam novas concepções dada a insuficiência teórica acerca do delito nas teorias anteriores. A par de conclusões, parciais, importante salientar que o realismo crítico parece corresponder há alguns anseios na explicação do delito. Evitar um determinismo tão criticado pela criminologia crítica,

¹ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade de Passo Fundo (UPF-RS); especialista em Direito Penal e Processo Penal – IMED; Integrante do Projeto de Pesquisa “Estado de direito, Sistemas de justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política” (UPF-RS); Advogado; e-mail: ecastamann@gmail.com

² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. 3. reimp. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

³ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁴ MATTHEWS, Roger. **Realist Criminology**. London: Palgrave Macmillan, 2014.

⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. El realismo de izquierda todavía estaba ahí. In: **Revista Crítica Penal y Poder**. Barcelona, n. 11, p. 58-64, set. 2016.

⁶ LEA, John; YOUNG, Jock. **¿Qué hacer con la ley y el orden?** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

mas homenageado com a criação de um conceito fechado de delito, é possível mediante uma visão ponderada e não excludente das demais causas reais do delito.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia crítica. Desconstrução. Ontologia do Delito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. El realismo de izquierda todavía estaba ahí. In:**Revista Crítica Penal y Poder**. Barcelona, n. 11, p. 58-64, set. 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. 3. reimp. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

LEA, John; YOUNG, Jock. **¿Qué hacer con la ley y el orden?** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

MATTHEWS, Roger. **Realist Criminology**. London: Palgrave Macmillan, 2014.

**A EFICÁCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

**THE EFFECTIVENESS OF THE AUDIT OF CUSTODY IN THE BRAZILIAN
CRIMINAL PROCESS**

Maura da Silva Leitzke¹

RESUMO

O presente trabalho enfatiza um estudo a respeito da audiência de custódia, tema escolhido por tratar de mudanças e adequações necessárias em nosso ordenamento. Com a promulgação da Lei nº 12.403/2011, a chamada Lei das Medidas Cautelares, introduziu-se algumas mudanças em nosso ordenamento jurídico, contudo insuficientes para garantir importantes direitos do preso, deixando lacunas, dentre elas a ausência da audiência de custódia. Nos últimos anos, a legislação processual penal brasileira tenta adequar-se, às necessidades de conformação com institutos internacionais. O foco deste trabalho bibliográfico foi direcionado para os primeiros diplomas legais que trataram sobre a audiência de custódia, como projetos, emendas constitucionais e resoluções, tudo para adequação do ordenamento jurídico brasileiro com os textos internacionais. A audiência de custódia já possui regulamentação através da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça e exige dos operadores do direito uma maior responsabilidade, pois, juízes, promotores e advogados devem trabalhar com prudência, buscando o resguardo da dignidade da pessoa humana com ênfase no devido processo legal constitucional, bem como a humanização do Direito Processual Penal, dentro dos critérios da legalidade e da eficiência. Portanto, a audiência de custódia, é implantação relevante, quer para assegurar o respeito às garantias individuais como também para prevenir que pessoa presa, que apresente periculosidade à sociedade, seja posta em liberdade de imediato, ou seja, ao lado de atender os interesses da pessoa presa, deve atender os interesses da sociedade, visando reduzir a população carcerária e economizar recursos. Conclui-se que há avanços significativos para o desenvolvimento no país da temática, apesar das dificuldades enfrentadas, dos desafios e críticas, na efetivação concreta de sua implementação, a audiência de custódia caminha a passos lentos para a algo que seria o ideal e justo no Brasil. Nesse contexto, a audiência de custódia é um importante instrumento para reduzir o encarceramento provisório, por meio da utilização mais ampla das medidas alternativas à prisão, ficando está reservada apenas para situações excepcionais em que tais medidas não sejam suficientes ou adequadas. A inserção da audiência de custódia, mostra-se medida emergencial, a fim de evitar prisões ilegais, arbitrárias e desnecessárias e até mesmo potencializando a humanização da prisão preventiva, além de coibir as práticas de atos de tortura, viabilização das garantias constitucionais, renovação das credenciais do Brasil no cenário internacional e adequação ao ordenamento jurídico interno para cumprimento de obrigações internacionais.

¹ Doutoranda no PPGEDU da Universidade de Passo Fundo. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2013). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Comunitária de Chapecó - UNOCHAPECÓ (2009). Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo- UPF (2006). Professora da Universidade de Passo Fundo. Acadêmica do Curso de Pedagogia e Especialização em Ensino em EAD pela Universidade Paulista, Advogada atuante desde 2006, tendo trabalhado nos Escritórios de Advocacia Beux e Pandolfi, entre 2006 a 2009 e Escritório de Advocacia Bortolotto Advogados Associados entre 2009 e 2010. Atualmente advogado junto ao Escritório Silva e Leitzke Advogados.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia. Eficácia. Processo Penal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABISSAMRA FILHO, José. **Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia**. IBCCRIM. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/309-268-Marco2015>. Acesso em: 10 out. 2017.

ALFLEN, Pablo Rodrigo; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de custódia comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

Audiência de custódia no Processo Penal Brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BRASIL JR., Samuel Meira et al. **Audiência de custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CANINEU, Maria Laura. **O Direito à audiência de custódia de acordo com o Direito internacional**. Informativo Rede de Justiça Criminal, 5 ed., 2013. Informativo Rede Justiça Criminal. Disponível em: https://www.iddd.org.br/boletim_audienciacustodia_redeJusticaCriminal.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo. Atlas, 2014.

LOPES JR, Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1)**. Conjur. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

MELO, Rafael. **Audiência de custódia no Processo Penal**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MULHERES NOS ESPAÇOS DE PODER: A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA

WOMEN IN POWER SPACES: THE IMPORTANCE OF WOMEN'S PARTICIPATION IN POLITICS

Thatiane Mandelli¹

Orientadora: Gabriela Werner Oliveira²

RESUMO

O presente trabalho lança um olhar sobre as mulheres nos espaços de poder, ocupando cargos na política e a importância que isso se dá no processo democrático e a problemática da inserção das mulheres nesses espaços, uma vez que em se tratando do Brasil, embora tenha ocorrido mudanças na lei 13034/2009 que destina 30% dos cargos para o gênero feminino, não há sanção caso esse preenchimento dos cargos ocorra. A participação feminina no processo democrático tem sido considerada importante para o desenvolvimento da própria democracia, entretanto, ainda imperam muitos obstáculos para que essa participação de fato ocorra no âmbito da política.¹ As dificuldades da participação da mulher na política surgem de todas direções, desde a criação de estereótipos que são reforçados pela mídia, a cultura do patriarcado que exclui a mulher do ambiente da política, e também a questão do gênero feminino ligado a incapacidade, submissão, incompetência, há também o argumento da maternidade como um entrave, e a ideia de que uma mulher não seria racional quando a política exige racionalidade. Barsted expõe que o reconhecimento dos direitos humanos para às mulheres teve avanços ao longo da trajetória feminina, sendo possível por meio de amplas articulações políticas dos movimentos feministas em vários países, denunciando a sociedade e o estado como violadores desses direitos. Ademais, ressalta-se a importância do implemento e do incentivo ao cumprimento das cotas de gênero partido de uma análise da política de cotas da Bolívia, país referência nesse sentido na América Latina por deter o maior número de mulheres na Câmara e no Senado. A questão da igualdade é abordada no sentido de que somente a igualdade formal não garante a efetiva inserção das mulheres nesses espaços, diante disso, a inclusão não deve significar unicamente a igualdade formal e abstrata de todos os membros de uma comunidade política como cidadãos. É preciso ressignificar o reconhecimento de forma explícita das diferenciações e divisões sociais, e estimular grupos diferentes a dar voz às suas necessidades, interesses e perspectivas sobre a sociedade de forma a atender às condições da razoabilidade e da publicidade.² Por fim, é possível afirmar a necessidade de inclusão das mulheres na política, pois, embora sejam a maioria da população, estão dentro das minorias quando se trata de representatividade em ambientes de decisões. O Brasil faz parte dos 128 países que adota um sistema de cotas de gênero, e o cenário que ainda persiste é de ineficácia de políticas públicas e de sanções, que não atuam para o aumento do número de eleitas e não promove condições para que as mulheres que conseguem ocupar os espaços políticos atuem em situação de igualdade perante os homens.

¹ LIMA, J. **Democracia no Brasil e participação das mulheres na política: algumas barreiras para o desenvolvimento democrático.** 1º Seminário Internacional de Ciência Política – Estado e Democracia em mudança no século XXI (Anais eletrônicos). Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/sicp/anais/democracia/>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

² YOUNG, I. **Representação política, identidade e minorias.** Lua Nova, São Paulo, n.67, p.139-190, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 nov. 2018

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres. Participação Feminina na Política. Poder.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, C. **Rotas de ingresso, trajetórias e acesso das mulheres ao legislativo: um estudo comparado entre Brasil e Argentina.** Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v.18, n. 2, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2010000200016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BIROLI, F. **Gênero e política no noticiário das revistas semanais brasileiras: ausências e estereótipos.** Cad. Pagu, Campinas, n. 34, p. 269-299, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332010000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 nov. 2018.

LIMA, J. **Democracia no Brasil e participação das mulheres na política: algumas barreiras para o desenvolvimento democrático.** 1º Seminário Internacional de Ciência Política – Estado e Democracia em mudança no século XXI (Anais eletrônicos). Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/sicp/anais/democracia/>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

YOUNG, I. **Representação política, identidade e minorias.** Lua Nova, São Paulo, n.67, p.139-190, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 nov. 2018

RESUMOS - GT 4 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

AS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E A SUA RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA

NEW INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES AND ITS RELATIONSHIP WITH DEMOCRACY

Janaína Rigo Santin¹

Caroline Simor da Silva

RESUMO

Com o avanço das novas tecnologias de informação e comunicação, as chamadas TIC's, os cidadãos puderam ter mais acesso a produção do conhecimento, a vida política e aos acontecimentos cotidianos. Da mesma forma, percebe-se o incremento cada vez maior do uso das redes sociais, mecanismos que surgiram como forma de compartilhamento diário de tudo que é feito pelas pessoas. Assim, tanto as novas tecnologias de informação e comunicação quanto as redes sociais atuam de forma direta no processo de democratização das informações e, conseqüentemente, na democracia, sistema político que coloca o povo como personagem principal na sociedade. Porém, juntamente com esses novos acessos, trocas de informações e possibilidade de interação entre comunidades, emergem desafios para que, embora cada pessoa possa ser hoje formadora de opinião, comunicadora ou analista de casos reais da sociedade, não se coloque em risco, com isso, a segurança jurídica, social e humana. Com base nessa realidade, este trabalho pretende compreender o papel da internet e das redes sociais no acesso à informação, bem como analisar como as novas tecnologias de informação e comunicação democratizam esse mesmo acesso e, por fim, fazer uma reflexão sobre o mau uso das tecnologias, dando ênfase às *fakenews*, notícias falsas compartilhadas e os riscos que elas trazem à democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Comunicação. Democracia. Informação. Novas Tecnologias.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

LEVY, PIERRE. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piiaget, 2002.

CASTELLS, MANUEL; OLIVEIRA, JOSÉ MANUEL PAQUETE DE; CARDOSO, GUSTAVO LEITÃO (Coord.). **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. v.

CASTELLS, MANUEL. **A sociedade em rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

¹ Orientação realizada pela Professora Janaína Rigo Santin. Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (Bolsa CAPES). Doutora em Direito UFPR. Mestre em Direito pela UFSC. Advogada e professora do Mestrado em Direito e do Doutorado em História da UPF. Professora Visitante do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola. Email: janainars@upf.br.

CASTELLS, MANUEL; OLIVEIRA, JOSÉ MANUEL PAQUETE DE; CARDOSO, GUSTAVO LEITÃO (Coord.) **A galáxia internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FERRARI, POLLYANA. Como sair das bolhas. Editora **Educ**. 2018

POLÍTICAS CULTURAIS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CULTURAL POLICIES IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL

Edimar Alexandre Rezende¹

RESUMO

Podemos pensar relações humanas constituídas e reconhecidas, como grupos em sociedade a partir de trocas de experiências compartilhadas repassadas ou transmitidas e percebidas por meio de práticas que podemos chamar de culturais. Essas experiências ou práticas, constituídas ou constituinte das relações humanas, espalham os valores, as crenças, as semelhanças de uma sociedade agrupada. A vida humana associada se organiza ao redor destas práticas que, por sua vez, assumem importância central no processo de desenvolvimento. Compreendê-las é fundamental para a construção de políticas públicas e de Estado que procurem encarar a problemática do desenvolvimento nas suas dimensões social, econômica e cultural. Nesta perspectiva, podemos perceber que é prematura a preocupação dos governos com relação ao planejamento e elaboração de políticas públicas que considerem a cultura, como, um elemento central e articulador das diretrizes de setores como o social e econômico. Neste sentido é necessário pensar no papel das políticas culturais e na relação que o Estado, por meio de seus governantes, estabelece com o campo da cultura, sobretudo, na perspectiva de investigar como as políticas de cultura no Estado vem sendo construídas. Desta forma, este estudo, busca refletir como se estabelece a formulação e implementação de políticas públicas no campo da cultura, usando como categoria de análise o conceito de cultura e o comportamento predominante do Estado nessa construção. Como eixo central deste estudo foi analisada a as políticas culturais praticadas pelos governadores do Estado do Rio Grande do Sul, a partir da criação e de sua Secretaria de Cultura até a lei que institui o Sistema Estadual Unificado de Apoio e Fomento às Atividades Culturais – PRÓCULTURA.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Culturais. Relações humanas. Rio Grande do Sul.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AVELAR, Romulo. **O Averso da Cena – Notas sobre Produção e Gestão Cultural**. Belo Horizonte: DUO Editorial, 2008.

BARROS, José Marcio. JUNIOR, José Oliveira (Orgs.). **Pensar e Agir com a Cultura: Desafios da Gestão Cultural**. Belo Horizonte: Observatório da Diversidade Cultural, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BOTELHO, Isaura. **Dimensões da cultura e políticas públicas**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

¹ Mestrando no Programa de Pós Graduação em História pela Universidade de Passo Fundo, com orientação do Professor Doutor Luiz Carlos Tau Golin.

BRANT, Leonardo. **O poder da Cultura**. São Paulo: Peirópolis, 2009.

BRANT, Leonardo (org.). **Políticas Culturais vol.1**. Barueri, SP: Manole, 2003.

FACOM/CULT, 2005. FRATESCHI, Celso E FERREIRA, Juca. **Incentivo ao teatro?** Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2008/03/27/incentivo-ao-teatro/>>. Acesso em jul. 2011.

RUBIM, Linda (org.) .**Organização e Produção da Cultura**. Salvador: EDUFBA.

VIEIRA, Marcelo Mileno Falcão. SILVA, Rosimeri Carvalho. RODRIGUES, Marcio Silva (Orgs.). **Cultura, mercado e desenvolvimento**. Porto Alegre: Dacasa Editora, 2010.

A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

THE ROLE OF CIVIL SOCIETY IN THE PROTECTION AND PROMOTION OF HUMAN RIGHTS

Gabriel Dil¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o crescimento e fortalecimento dos novos movimentos sociais, dentre os quais se inclui o movimento feminista, que funcionam como meio de pressão social e dão visibilidade para assuntos que, do contrário, não estariam na pauta estatal. Sendo assim, pode-se afirmar que quando existem direitos e garantias fundamentais sendo violados, a sociedade civil deve intervir de forma efetiva, sendo os movimentos sociais os principais “freios” para que o poder público funcione e atinja os seus fins, sem desrespeitar os indivíduos. Nesse sentido, verifica-se que os Direitos Fundamentais são conquistas históricas da humanidade e, somente foram possíveis após uma sequência de ações e acontecimentos, que modificaram a estrutura da sociedade. Ainda, insta salientar que a luta pelos Direitos Fundamentais jamais deixará de existir, uma vez que esses direitos não possuem um conceito estático ou absoluto, mas sim, tratam-se de fenômenos que acompanham a evolução da sociedade. Importante mencionar que os primeiros pensadores modernos não faziam distinção entre a sociedade civil e o Estado. No século XIX, passa-se a se fazer a diferenciação entre eles, sendo a sociedade civil tida como esfera intermediária entre a família e o Estado, conforme defendido por Hegel. Tal conceito de sociedade foi retomado especialmente na Europa Ocidental, instituindo noções de normas humanitárias e impulsionando a criação de um Tribunal Penal Internacional. Contudo, existe uma perspectiva clássica sobre movimentos sociais, no que se define como um conjunto de opiniões e crenças de um grupo social que representam preferências em alterar alguns elementos da estrutura social numa determinada sociedade. Nesse sentido, a Igreja Católica, por exemplo, tem atuado contra o avanço dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, no que tange a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, na tentativa de elevar a proteção absoluta do direito à vida desde a concepção até a morte natural. Nesta linha, a atuação da Igreja Católica foi significativa com relação ao *lobby* realizado pela mesma durante a Convenção Constituinte do Brasil em 1988. Tal *lobby* teve o objetivo de incluir na Constituição da República Federativa do Brasil, uma cláusula de proteção à vida desde a concepção, assim como na Colômbia em 1991 e na Argentina em 1994. Neste último caso, o movimento feminista conseguiu a premissa de impedir o avanço e influência religiosa sobre os textos constitucionais. Atualmente, o ativismo conservador tem direcionado sua atenção à política em nível nacional, com o objetivo de impedir a criação de serviços de aborto dentro dos parâmetros legais, ou para judicializar os casos de aborto que não são criminalizados. A conceituação do Estado democrático de direito remete à participação popular como um elemento indissociável para aproximar a sociedade do Estado na busca dos seus fins, especialmente os direitos humanos, o que reforça a própria legalidade. A participação da sociedade civil é peça angular de uma boa governança, que leva a condução articulada e concertada da atuação governamental com todos os atores sociais. Conclui-se que diversas conquistas alcançadas pela sociedade se devem à pressão imposta pela massa social,

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: adv.gabrieldil@gmail.com

levantando assuntos relevantes e promovendo uma discussão democrática, devendo sempre prevalecer o respeito aos Direitos Fundamentais, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Promoção. Proteção. Sociedade Civil.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CORRALO, Giovani da Silva; OLIVEIRA, Janaína. **Os Conselhos Municipais e a Legitimação das Políticas Públicas Locais**. Anais XII Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Academia Brasileira de Direito Constitucional. 2016. Disponível em: <www.abdconst.com.br>. Acesso em 21 mar. 2019.

DUPAS, Gilberto. **Atores e Poderes na Nova Ordem Global: Assimetrias, Instabilidades e Imperativos de Legitimação**. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

EHRENBERG, J. 1999, **Civil Society: The Critical History of an Idea**, New York/London, New York University Press.

GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980- 7791.

HTUN, Mala. **Sex and the State: abortion, divorce, and the Family under Latin American dictatorships and democracies**. New York: Cambridge University Press.

KALDOR, Mary. **L'idée de société civile mondiale, Recherches sociologiques et anthropologiques**. 1-38. Disponível em: <<http://rsa.revues.org/517>>. Acesso em 10 de abril de 2018.

MARQUES, Daniel Siqueira Pitta; MERLO, Edgard Monforte; NAGANO, Marcelo Seido. **A Questão da Avaliação da Legitimidade de ONGs. Caderno de Pesquisas em Administração**. Vol.12, n. 2, p. 67-84, abril/junho, 2005.

MCCARTHY, John & ZALD, Mayer. **“Resource mobilization and social movements: a partial theory”**. *American Journal of Sociology*, v. 82, n.6, p. 1212- 1241.

MEYER, David. **Movements, countermovements, and the structure of political opportunity**. *American Journal of Sociology*, v.101, n.6, p.1630-1645.

OLIVEIRA, Míguas Darcy de. **Cidadania e Globalização: A Política Externa Brasileira e as ONGs**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, p. 99-100, 2008.

PINTO, Céli Regina Jardim. **As ONGs e a Política no Brasil: Presença de Novos Atores.** Revista de Ciências Sociais – DADOS. Vol. 49, n. 3 - Rio de Janeiro, pp. 651 a 613. 2006.

PITANGUY, Jacqueline. **Advocacy: um processo histórico. O progresso das mulheres no Brasil, 2003-2010.** Rio de Janeiro: CEPIA, ONU Mulheres.

RUIBAL, Alba M. **Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina.** Ver. Bras. Ciênc. Polít. [online]. 2014, n.14, pp. 111-138. ISSN 0103-3352.

SORJ, Bernardo. **Internet y Movilizaciones Sociales: Tranformaciones del espacio público y de la sociedade civil. Plataforma Democrática. São Paulo: Edições Plataforma Democrática, 2015.**

UNITED NATIONS. Disponível em:< <http://www.un.org/en/sections/resources/civil-society/index.html>>. Acesso em 10 de abril de 2018.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização.** Rio de Janeiro: Record, 1997.

A JUDICIALIZAÇÃO DO CONSUMO E A (IN)UTILIDADE DA AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO DE “DESAFOGAMENTO” DO PODER JUDICIÁRIO

THE JUDICIALIZATION OF CONSUMPTION AND THE (IN) UTILITY OF PEOPLE'S ACTION AS A MECHANISM OF "DISPOSAL" OF THE JUDICIARY

Jennifer Leal Furtado Barreto Dalalba¹

Mônica Giusti Rigo²

RESUMO

O presente artigo investiga o fenômeno da judicialização no Brasil e a sua influência nas relações sociais, sobretudo nas de consumo. Analisa a (in)existência de vínculo entre o fenômeno da judicialização e (in)eficácia da legislação consumerista. Estuda as razões que legitimam o ajuizamento de ações de consumo decorrentes de práticas abusivas, em especial, as que inobservam interesses individuais homogêneos. Por fim, analisa a possibilidade de utilização de ações populares como mecanismo de frear o abarrotamento do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Ações de Consumo. Ações Populares. Judicialização. Mecanismos. Relações Sociais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialismo, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do Positivismo ao Pós-positivismo: o atual paradigma filosófico-constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, Brasília a. 48 n. 189, 2011.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade**. Tradução por: Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹Mestre em Direito pela IMED – Faculdade Meridional, linha de pesquisa “Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade”. Professora da disciplina de Direito Civil na Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. Advogada especialista em Direito Processual Civil. E-mail: jenniferlfbarroto@gmail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Professora de Direito Processual Civil na Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. E-mail: adv.monicagiustirigo@gmail.com.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A judicialização da política no Brasil [recurso eletrônico]: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária / Amandino Teixeira Nunes Junior. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. – (Série temas de interesse do legislativo ; n. 30)

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 461-461.

SARLET, Ingo. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 03 de jun. 2015.

ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

ARBITRATION IN LABOR LAW

Júlia Eliza Rubin¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

RESUMO

A arbitragem é um método alternativo de solução de conflitos que envolvam direitos disponíveis, se dá através da hetero composição, ou seja, o árbitro figura nesse procedimento como um terceiro imparcial, escolhido pelas partes, que irá ter o poder para resolver o litígio que foi submetido ao procedimento arbitral. A decisão proferida pelo árbitro vincula as partes, de modo que terá força de título executivo judicial, de acordo com o artigo 515 do CPC e os artigos 30 e 31 da Lei 9.307, que regulamenta a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. Para que seja possível instaurar a arbitragem as partes precisam antes acordá-la por meio da convenção arbitral, tal ato pode ocorrer de duas formas: através da cláusula arbitral/compromissória ou compromisso arbitral. O uso da arbitragem na seara trabalhista ainda é recente, mesmo já sendo previsto no artigo 114, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, só foi inserida na CLT após a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, que acrescentou ao texto da CLT o artigo 507-A. A submissão de conflitos trabalhistas à arbitragem é ilimitada, podem ser submetidos tanto dissídios coletivos quanto individuais. Tal questão ainda é bastante discutida, uma vez que se tem entendimento de que tais direitos são considerados indisponíveis e por isso não poderiam ser submetidos a arbitragem. No entanto, pode-se observar que os direitos do empregado são considerados indisponíveis enquanto o contrato de trabalho vigorar, após a sua extinção tais direitos são considerados disponíveis. Os direitos trabalhistas nem sempre são indisponíveis, nas palavras de Enoque Ribeiro dos Santos, se assim fossem, jamais poderiam ser objeto de transação ou mesmo de negociação coletiva de trabalho (2018, p.80). Além disso, se tem a questão de que o empregado é hipossuficiente, fato que prejudicaria a igualdade entre as partes no procedimento e supostamente violaria o artigo 5º, XXXV, da CF. Percebe-se que o legislador ao admitir a arbitragem no direito do trabalho se inspirou no entendimento do STJ sobre o uso da arbitragem no direito do consumidor. Dessa forma o conflito apenas será submetido a arbitragem se tiver a total concordância do empregado, fato este que não enseja na questão de que o empregado não terá acesso à justiça, uma vez que a arbitragem se mostra um meio alternativo ao Poder Judiciário. Sendo assim, resta claro que o empregado não será obrigado a aceitar a arbitragem, podendo optar por ingressar no Poder Judiciário, entretanto tal método alternativo de resolução de conflitos trás diversos benefícios, se mostrando mais célere e eficaz, evitando assim o desgaste das partes de enfrentarem um processo muitas vezes longo e desgastante na esfera federal.

¹Acadêmica cursando o oitavo semestre do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo, estagiária voluntária do projeto de extensão Balcão do Trabalhador. E-mail: 147977@upf.br.

²Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos (2007) Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho (2004). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1997). Docente de Graduação e Pós Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Coordena o Projeto de Extensão Balcão do Trabalhador/Faculdade de Direito/UPF. E-mail: mairatonial@upf.br

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Direito do Trabalho. Solução de conflitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Leandro Francois de. **Reforma trabalhista: cláusula compromissória e o (des) acesso à Justiça do Trabalho.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276191,101048Reforma+trabalhista+clausula+compromissoria+e+o+des+acesso+a+Justica>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Arbitragem nos conflitos trabalhistas individuais.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/guilherme-amaral-arbitragem-conflitos-trabalhistas-individuais>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

BERNARDES, Felipe. **Arbitragem no processo do trabalho após a reforma trabalhista.** Disponível em: <<http://www.granadeiro.adv.br/clipping/doutrina/2018/02/08/arbitragem-no-processo-do-trabalho-apos-reforma-trabalhista>>. Acesso em 13 de novembro de 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

CALDAS, Renato Vinicius; SILVA, Ricardo Kobi da. **A arbitragem nas relações de consumo.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264259,91041-A+arbitragem+nas+relacoes+de+consumo>>. Acesso em 13 de novembro de 2018.

DIDIER, Jr Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil.** 19.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios.** 3.ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2018.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Arbitragem na Reforma Trabalhista.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258392,61044Arbitragem+na+Reforma+Trabalhista>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. 2.ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2018.

A GESTÃO COMPARTILHADA NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

SHARED MANAGEMENT IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM

Laís Franciele de Assumpção Wagner¹

Daniel de Paula²

RESUMO

A situação do sistema prisional brasileiro como um todo se mostra extremamente caótica, as casas prisionais estão superlotadas e totalmente insalubres, não existem políticas públicas eficientes para garantir a reintegração do preso, a integridade física e moral dos detentos estão sendo violadas constantemente por estas situações, em muitos presídios é possível localizar um verdadeiro depósito humano. A estatística demonstra que a totalidade de pessoas presas ultrapassam o limite de vagas fornecidos pelos Estados, em muitos casos mais que o dobro do que seria permitido e isto tem acarretado diversos problemas e questionamentos a respeito do tema, pois de fato se está diante de um verdadeiro desrespeito por parte do Estado ao princípio primordial, a dignidade da pessoa humana. Neste cenário, um fator importante a ser lembrado é que a Lei de Execuções Penais detém como objetivo principal a reintegração do preso à sociedade, o princípio da ressocialização. Todavia, este fator está longe de ser alcançado pelo Estado, pois falta investimento e infraestrutura para que pessoa trabalhar para este fim. Diante desta situação, trazendo um assunto próprio do direito administrativo e também trabalhista, no que se refere às parcerias público-privadas, se cogitou a possibilidade do Estado em parceria com o setor privado pudessem trabalhar com os detentos, como forma de amenizar esta situação do sistema penal, possibilitando a reintegração do preso, mediante trabalho digno, à sociedade. Este procedimento já é utilizado em diversas penitenciária Estadunidense e em outros Estados. No Brasil o assunto ainda é novo e sua implementação aos poucos está sendo implementada, no entanto alguns resultados (positivos) já foram colhidos. Apesar da crítica de parte da doutrina, referindo a inconstitucionalidade da privatização das cadeias públicas, a maior parte dos doutrinadores tem aceitado esta possibilidade como uma forma efetiva de se alcançar os interesses e objetivos da LEP. Nesse sentido, o presente artigo busca solucionar a seguinte problemática: As parcerias público-privadas é um argumento válido à solução dos problemas encontrados no âmbito do sistema prisional e poderá ser uma saída à ressocialização do preso? Para a problemática apresentada há duas hipóteses, a primeira consiste na inconstitucionalidade das PPP com o sistema penitenciário, consubstanciada no fato de que não se pode delegar ao setor privado, as questões de cumprimento de pena que são exclusivas do ente Estatal. A segunda hipótese trabalha, ao revés, na possibilidade das PPP com o sistema carcerário, porquanto é um meio eficaz de assegurar as garantias constitucionais dos presos, bem como pelo fato de que não se estaria delegando ao ente privado as matérias relativas ao cumprimento de pena que continuariam a cargo do Estado. Com a presente pesquisa objetivar-se-

¹ Advogada. Aluna Especial do PPG em Direito com linha de pesquisa na área de Relações Sociais e Dimensões do Poder pela Universidade de Passo Fundo – UPF, 2018. Especializanda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC. Especialista em Direito Tributário e Empresarial pela Faculdade Meridional – IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail: laisfranciele.a.w@gmail.com

² Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional – IMED, 2018. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo em 2016.. E-mail: ddpaola.advocacia@gmail.com

de forma geral, analisar os posicionamentos divergentes acima e, de maneira específica, verificar os resultados e consequências das PPP para o detento, a sociedade e para o Estado. Para responder aos questionamentos, a presente pesquisa será utilizada o método hipotético-dedutivo, ao qual se partirá de premissas doutrinárias para sua análise das hipóteses e após a exclusão de premissas, será possível chegar a conclusão que melhor resposta a problemática apresentada.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Compartilhada. Parcerias. Sistema Penitenciário.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS EM SEDE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA GAÚCHA

MEDIATION OF CONFLICTS IN THE GAÚCHA JUDICIAL POLICE

Michelle Ângela Zanatta¹

RESUMO

O presente artigo busca investigar a mediação de conflitos realizada pela polícia civil no estado do Rio Grande do Sul. Para tanto, inicialmente, discorre-se sobre o instituto da mediação de conflitos, para, em seguida, estudar sobre a mediação em sede de instrução criminal pela polícia judiciária gaúcha. No Brasil, a mediação penal carece de referências conceituais e normativas, ou seja, a trajetória da mediação no âmbito da segurança pública não possui um marco legal que a defina. No entanto, existem dispositivos que garantem o uso dessa alternativa de solução de controvérsias, de forma a complementar o sistema judicial em vigor, tais como a Constituição da República Federativa do Brasil, o Código de Processo Civil e a Lei n. 9.099/1995. No Rio Grande do Sul, a mediação de conflitos realizada pelos policiais nas delegacias de polícia é regida, em consonância com as legislações citadas, pela Portaria n. 168/2014 que institui e estabelece as diretrizes para o Programa Mediar/RS. O método de mediação utilizado pela Polícia Civil é o Transformativo, voltado ao futuro das relações dos envolvidos. O foco não é no acordo, mas nas próprias pessoas, para que elas reconheçam em si e no outro, possibilidades e capacidade de escolha e decisão, promovendo a transformação de uma relação de conflito para uma relação de paz. A implementação dessa estratégia de mediação dá-se nos autos dos feitos policiais instaurados nas Delegacias de Polícia. Caberá a mediação nas infrações penais cuja ação penal seja disponível ou que sejam passíveis de composição entre as partes e nas relações continuadas. O procedimento policial seguirá o mesmo rito aplicado até então. O que difere é que, no correr das investigações, apurada a autoria do delito, será oportunizado à vítima a realização de audiência de mediação com seu ofensor. Esse evento será registrado em Ata, ou Termo de Mediação, onde serão transcritos o fato criminal havido, as partes envolvidas e a resolução a qual chegaram. O mediador não poderá, em momento algum, forçar um entendimento, sua função será apenas de orientador das partes, deixando que delas emanem as decisões, estimulando-as ao diálogo, a um trato social pacífico e respeitoso, pois daí se dará a resolução dos conflitos. Após a mediação, será assinada a ata, sendo as partes liberadas. A ata, ou Termo de Mediação, será juntada ao feito policial, formalizando-se sua conclusão, e, mediante despacho da autoridade policial, será encaminhado ao Poder Judiciário. Após a audiência, a equipe responsável pelo Mediar fará acompanhamento com as partes envolvidas durante dois meses, monitorando o desenvolvimento do processo. Pode-se concluir com a presente pesquisa que a mediação penal realizada pela Polícia Civil visa a resolução do conflito e não somente a definição do culpado, bem como promover e

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Erechim/RS. E-mail: mazanatta@yahoo.com.br

estimular interações sociais positivas com vistas à diminuição de violência, utilizando tal procedimento como ferramenta alternativa. Ademais, a mediação da forma aqui apresentada acaba por aproximar o poder público das pessoas, criando oportunidades de entendimento, além de despertar no policial um viés pedagógico, permitindo-lhe ensinar às pessoas como resolver pacificamente suas demandas. E, ainda, denota-se que a mediação de conflitos realizada pela polícia judiciária não acarreta o aumento de trabalho nas delegacias, tendo em vista a ação mediativa ser multiplicadora, ou seja, ao serem resolvidas pacificamente as demandas, outras, de mesma origem envolvendo aquelas partes, acabam por serem evitadas.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos. Mediação. Polícia Judiciária.

O PAPEL DO SISTEMA LEGISLATIVO NA EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE ROLE OF THE LEGISLATIVE SYSTEM IN EFFECTING THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Regina Alves¹

RESUMO

A busca pela consolidação da democracia é um desejo que deve ser latente nos sistemas de justiça de nosso país, tendo em vista que este passou por diversos desafios até se chegar no estado democrático de direito hoje reconhecido. Neste sentido, tem-se a pretensão de analisar o papel do sistema legislativo na busca pela concretização da democracia, de acordo com os objetivos constitucionais, observando a elaboração das leis propostas por este sistema de justiça, verificando se estas estão de acordo com a constituição federal. A pesquisa terá como enfoque a reforma trabalhista que está em vigor, com finalidade de averiguar-se a mesma traz uma maior efetivação no acesso à justiça, ou se contraria este princípio constitucional. Para a construção do presente trabalho utiliza-se o método indutivo e a pesquisa bibliográfica. O poder legislativo que tem como função a elaboração das leis em nossa sociedade, e tendo em vista que essa sociedade é mutável, o legislador tem que estar por dentro das transformações que estão emergindo, para que assim possa constituir leis de acordo com as mudanças dos fatos sociais apresentados. A constituição federal em seu artigo 59, elenca os procedimentos para criação de novas leis, que podem ser propostas pela iniciativa dos membros das comissões da câmara dos deputados, ou do senado, assim como qualquer um de seus membros, o presidente da república, o supremo tribunal federal, os tribunais superiores, o procurador geral da república, e os cidadãos através das ações populares. Todo projeto de lei antes de ir para votação, deve passar pela comissão de constituição e justiça, para verificar a concordância desta com os princípios constitucionais, e após esta análise segue para a votação na câmara dos deputados e depois na câmara do senado. Este procedimento imposto pelo constituinte da carta magna de 1988, tem como objetivo, garantir que seja observado a democracia na elaboração das futuras leis. Pois segundo Habermas o princípio da democracia busca validar e legitimar, este processo de normatização. No entanto, percebemos que este processo democrático realizado por este sistema de justiça não tem observado os princípios constitucionais em suas práticas legislativas. A lei 13.467 de 2017, relativa a reforma trabalhista, que veio com o propósito de modernizar a legislação, tem inúmeras previsões inconstitucionais, como por exemplo a possibilidade de aumento da jornada de trabalho que poderá ser de até 12 horas por dia, o que é um retrocesso social, e uma afronta a constituição que prevê a jornada máxima de 8 horas diárias. A lei supramencionada, também vem a dificultar o acesso à justiça gratuita com a imposição dos honorários de sucumbência, bem como de pagamento de custas por não comparecimento à audiência, dentre tantas outras restrições e flexibilizações. As mudanças instituídas por esta normativa, vem apenas para beneficiar os empresários, flexibilizando os

¹Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da universidade de Passo Fundo, Bolsista CNPQ de iniciação científica. E-mail 160762@upf.br

direitos trabalhistas e impondo ao empregado a aceitação de péssimas condições de trabalho. Não cumprindo assim o sistema legislativo, com o seu papel de buscar uma maior efetivação da democracia em nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Estado democrático. Efetivação. Sistema Legislativo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I.** Tradução, Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA APLICAÇÃO NAS ESCOLAS

RESTORATIVE JUSTICE AND ITS APPLICATION IN SCHOOLS

Vinícius Francisco Toazza¹

Leda Mara de Souza²

RESUMO

O presente estudo apresenta o tema da justiça restaurativa e sua aplicação no ambiente escolar, tendo como premissa a explanação mais específica dos Círculos de Construção de Paz. Para tanto, aborda-se brevemente sobre o histórico da justiça restaurativa no mundo e no Brasil, trazendo às claras a possibilidade da aplicação de algumas práticas em sala de aula. Essas abordagens vislumbram beneficiar a convivência entre os alunos, bem como, com os professores. Já que a metodologia, pauta-se na abertura de uma comunicação não violenta e respeitosa, que possivelmente torna a convivência mais acessível e menos penosa aos diversos atores envolvidos. A busca em desenvolver uma cultura de paz em alguns espaços e, mais especificamente, nas escolas, baseia-se na necessidade decorrente dos inúmeros casos de violência visualizados neste contexto e narrado pelas mídias televisionadas. Nesse sentido, os processos circulares apresentam-se como uma metodologia capaz de melhorar o diálogo, já que desde suas origens, em épocas remotas onde os indígenas sentavam-se em círculos ao redor do fogo para conversar e tomar decisões sobre a convivência naquela comunidade. Muitos países já adotaram círculos restaurativos para combater ou diminuir a violência, como Japão, Austrália, Estados Unidos, Canadá e também o Brasil. Busca-se resgatar valores, princípios e restaurar as relações, retomando o convívio social com resolução para os conflitos mais próximas das necessidades dos participantes. No Brasil a cultura de paz ainda é recente, foi em meados de 2004 que surgiu este processo de justiça. Um dos Marcos da Justiça Restaurativa foi a Reforma do Judiciário o qual foi promovido juntamente com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD- na ocasião do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, por ocasião foi formulada a Carta de Araçatuba que proclama os começos do padrão restaurativo. A discussão sobre a Justiça retributiva era em torno de sua morosidade, ineficiência, ineficácia, e que esta também não estava buscando a resolução dos conflitos. Os moldes de justiça restaurativa no Brasil tiveram influencia dos modelos vindos do exterior, porém há padrões que não se equiparam à realidade aqui praticada, houveram algumas adaptações sobre os princípios de outros países, em cima desta questão Pinho (2009,p. 246) cita a presente presunção: Por consequência natural, os conceitos da justiça restaurativa chegaram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo a baila suas premissas aplicações e experiências que lograram êxito. Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação

¹ Mestree graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Presidente do Conselho da Comunidade do Sistema Penitenciário do Presídio Regional de Passo Fundo. Professor da Faculdade de Direito da UPF. Advogado. Conciliador Cível do Juizados Especiais Cíveis do TJ/RS. Facilitador Judicial do TJ/RS. Coordenador do Mediajur. E-mail: vinitoazza@hotmail.com.

² Assistente Social, Especialista em Direitos Humanos e Relações étnico Raciais pelo Instituto de Filosofia Berthier. Especialista em Gestão Social: Políticas, Redes de Defesa de Direitos E-mail: leda-souza@susepe.rs.gov.br

integral da justiça restaurativa. Ademais, como a justiça restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira. Desta forma a Carta de Araçatuba trouxe princípios e valores básicos da forma a apresentar a Justiça Restaurativa neste país, sendo assim, vislumbram-se possibilidades de aplicação. Se tratando de comunicação não violenta é uma forma de conseguir passar suas mensagens para outras pessoas sem que esta mensagem seja de forma agressiva, ou que possa magoar o próximo, esta prática foi muito bem explicada por Marshall Rosenberg, autor do livro comunicação não violenta. Este método comunicativo desenvolvido pelo psicólogo norte-americano foi fruto de anos de experiência como mediador de conflitos. Há uma pluralidade de métodos a serem aplicados na seara escolar, os círculos aquário são uma dessas formas, que consiste em trabalhar temas polêmicos em grupo maiores de alunos, onde se formam dois círculos, sendo um círculo interno onde os participantes serão mais ativos, enquanto no círculo externo os demais observam as proposições discutidas, uma sugestão é que no centro fique uma cadeira vazia para que ao final quem se sentir à vontade possa dar sugestões. Já os círculos de construção de paz foram essenciais para compreensão de que existem maneiras de se prevenir as demasiadas formas de violência, a partir do diálogo e da expressar das emoções/sentimentos, acessando o mais íntimo de cada um. Isso cria um espaço favorável ao encontro e desperta a empatia entre os participantes, proporcionando uma comunicação mais assertiva, resultando na efetivação da paz. O conceito de justiça restaurativa, segundo Salm, é um modelo de justiça para resolução de um conflito, com base em um conjunto de princípios que propicia, por meio de técnicas e ritos a participação, o diálogo, a deliberação, o consenso, a inclusão, a gratificação e a responsabilidade das partes envolvidas no conflito, assim como, a restauração das relações interpessoais que fortalecem a comunidade, oferecendo um conjunto de princípios humanizadores. Nesse sentido, que os círculos restaurativos: vítima-ofensor-comunidade são um processo que foca na perspectiva das necessidades de cada uma das partes. Para a vítima é oportunizado expressar sua dor, junto à sua comunidade de apoio e ao ofensor explicar o que está por trás da “ofensa” que o mesmo cometeu a outra pessoa. Este processo precisa ser consensual. Brancher explica que a justiça restaurativa é um processo através do qual todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa se reúnem para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro. Logo, as diversas metodologias de justiça restaurativa vem como uma forma inovada à justiça tradicional, não que esta deva ser esquecida ou abolida, mas que possa dar alternativa a punição. Também, com os círculos de construção de paz nas escolas, projetam uma nova forma de se comunicar e de escutar as pessoas, proporcionando um espaço favorável a diminuição da violência e a construção da cultura de paz.

PALAVRAS-CHAVE: Ambiente Escolar. Aplicação. Justiça Restaurativa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRANCHER, Leoberto. **Iniciação em Justiça Restaurativa- Subsídios de Práticas Restaurativas para a Transformação de Conflitos**. AJURIS. 2006.

PINHO, Rafael Gonçalves de. **Justiça Restaurativa: um novo conceito**. Revista Eletrônica de Direito Processual- REDP da Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Volume III. Ano 3. 2009

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo: Palas Athena. 2010.

SALM Joao, PhD, MPA, BL, palestra proferida no curso de Justiça Restaurativa da Escola Paulista da Magistratura, 2013.

ROSENBERG, Marshall. Comunicação Não Violenta. Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 2ª Edição. São Paulo: Editora Ágora, 2006.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: O USO DA COMUNICAÇÃO NÃO-VIOLENTA COMO ALTERNATIVA NA SUPERAÇÃO DE CONFLITOS

RESTORATIVE JUSTICE: THE USE OF NON-VIOLENT COMMUNICATION AS AN ALTERNATIVE IN CONFLICT OVERLAY

Vinícius Francisco Toazza¹

Karen Cristine Campanha Massucatto²

RESUMO

O presente estudo apresenta a contextualização da realidade resultante de estudo aplicado sobre a perspectiva teórico-prática relacionada à mediação de conflito, usando como estratégias uma linguagem mais compassiva na comunicação e o conhecimento de ferramentas de desenvolvimento humano, como a Comunicação Não-Violenta e a Inteligência Emocional. Através da pesquisa bibliográfica, apresenta-se como o conflito pode ser um problema sério nas relações sociais e como a mudança na comunicação pode resultar em relações mais saudáveis no âmbito comunitário, ao passo que também pode construir relações positivas. Logo, ao observar o desenvolvimento destrutivo do conflito, sua projeção e as consequências geradas, verifica-se as dimensões que o conflito pode alcançar do nível pessoal ao cultural, por fim a transformação do conflito pelo uso da boa comunicação. Justamente, tendo a compreensão que os conflitos são próprios das relações humanas e do convívio social. Eles tendem a surgir devido ao encontro das diferenças entre as pessoas, de acordo com suas distintas opiniões, desejos, necessidades, interesses, crenças, valores e costumes. Um conflito não é nada além de um dos modos de interação entre indivíduos, uma expressão de divergências de opinião, interesses ou crenças. Uma maneira de evitar o conflito é harmonizar as causas dissociativas, apaziguar os debates verbais e estabelecer um fluxo de conversa compassiva entre as pessoas. Para este fim, torna-se fundamental aprender uma linguagem que permita construir uma relação de confiança com o próximo, de modo a aumentar a disposição de cooperação e apoio entre os indivíduos. Neste sentido, a Comunicação Não-Violenta, proposta por Rosenberg, é um processo de entendimento que visa facilitar a cooperação para as necessidades dos indivíduos de maneira empática, através de uma mudança de foco na comunicação. Segundo Rosenberg, “toda violência é a manifestação trágica de uma necessidade não atendida”, o qual destaca que “o objetivo da CNV não é mudar as pessoas e seu comportamento, para conseguir o que queremos, mas, sim, estabelecer relacionamentos baseados em honestidade e empatia, que acabarão atendendo às necessidades de todos”. É viável adotar a CNV como uma ferramenta poderosa na vida, em vários âmbitos. Ela torna comunicação daquilo que realmente se sente acessível e possível, incentiva o conhecimento aprofundado do próprio eu em relação com o mundo, rasgando o véu da alienação e da culpa. Além disso, enfraquece o sistema no qual as pessoas se protegem dos seus sentimentos, por medo de serem machucadas, e se tornam voláteis quando se trata de relações interpessoais. Ao usar a CNV para fazer a ponte entre a

¹ Mestree graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Presidente do Conselho da Comunidade do Sistema Penitenciário do Presídio Regional de Passo Fundo. Professor da Faculdade de Direito da UPF. Advogado. Conciliador Cível do Juizados Especiais Cíveis do TJ/RS. Facilitador Judicial do TJ/RS. Coordenador do Mediajur. E-mail: vinitoazza@hotmail.com.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: .176200@upf.br.

linguagem e a maneira consciente de resolver os conflitos, surge a inteligência emocional. Através dela é possível construir o respeito mútuo, a empatia e a compaixão necessária para enfraquecer a liquidez dos atos humanos reduzindo a violência da sociedade dos dias atuais. Ainda sobre responsabilidade de cada um no mundo, é fundamental reconectar-se com o próximo e deixar de lado os valores arcaicos de bem e mal para conseguir ver e sentir o universo que habita dentro do outro ser humano, para que não se cometa a injustiça de tratar o outro da maneira que não se gostaria de ser tratado. Ter a consciência de que o dano que foi causado merece ser reparado, não por culpa ou por medo de uma punição, e sim porque a humanidade vai ter a capacidade de respeito, empatia e compaixão de se pôr no lugar do outro humano, dimensionar as suas necessidades, e agir mutuamente como seres inteligentes.

PALAVRAS-CHAVE: Comunicação. Justiça Restaurativa. Superação de conflitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno.** Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2013.

GOLEMAN, D. **Inteligência emocional:** a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995.

PENIDO, Egberto de Almeida. **O valor do sagrado e da ação não-violenta nas dinâmicas restaurativas.** TJSP. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/Pdf/JusticaRestaurativa/Artigos/TextoOSagradoEaJr.pdf>>. Acesso em: 27 Ago. 2018.

PENIDO, Egberto. **A arte do encontro na Justiça.** Revista Casa em revista, Página 14-23. São Paulo, ano II, N 3. Dez. 2010 acesso em: 28 Ago. 2018 Disponível em: <http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/files/efcp/revistascasa/CASA_em_Revista_AnoII_n3.pdf>. Acesso em 21 mar. 2019.

ROSENBERG, Marshall. **Comunicação Não Violenta. Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais.** 2ª Edição. São Paulo: Editora Ágora, 2006.

STIGERT, Ludmila. **Comunicação não violenta.** Belo Horizonte: Centro universitário Newton Paiva, 2017.

VARMA, ShriRavindra, 2002, **Os Valores e a Paz,** Thot, N 77 São Paulo, Editora da Palas. Acessado em 28 Ago. 2018. Disponível em: <http://www.palasathena.org.br/revista_thot.php>. Acesso em 21 mar. 2019.

**RESUMOS – GT 5 – DIREITO, CIDADANIA E
DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO**

AS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE CIDADANIA

THE NEW INFORMATION TECHNOLOGIES AND THE DEMOCRATIZATION OF THE RIGHT TO COMMUNICATION AS A CONDITION OF CITIZENSHIP

Ana Paula Graboski de Almeida¹

RESUMO

Com o fim da ditadura militar, recuperou-se no Brasil o direito à liberdade de imprensa e livre manifestação e circulação de ideias. Entretanto, é válido questionar quem efetivamente tem direito de se expressar através dos veículos de mídia, uma vez que esta representa, segundo Dantas,¹ “uma coluna de sustentação de poder”. A pauta da democratização da mídia não recebeu, até o presente momento, o engajamento popular que merece, especialmente porque as abordagens teóricas sobre o tema tendem a pensá-lo sob o prisma do acesso à informação ou direito à liberdade de expressão. Todavia, em que pese seja essa a concepção expressa no ordenamento jurídico, não se trata apenas de garantir o acesso à informação como receptor, mas do direito de cada um de ter acesso aos meios de comunicação social na condição de emissor de conteúdo e da democratização do poder de comunicar como condição de cidadania, considerada em sua dimensão cultural, econômica e política. Nesse sentido, as tecnologias digitais surgem como potencializadoras do acesso do indivíduo ao poder de comunicar, sendo o ciberespaço um ambiente onde pode se exercitar a cidadania comunicacional e o direito de comunicação de modo livre e autônomo, encontrando, na maior parte do tempo, apenas obstáculos relativos à questão da infraestrutura e do acesso à internet. Assim, trata-se de uma comunicação interativa, onde os atores sociais abandonam a posição de meros receptores passivos da informação e passam a produzi-la livres de paradigmas midiáticos tradicionais, a exemplo da Mídia Ninja,² que se apresenta como uma rede de comunicadores que produzem e distribuem informação em movimento, através da troca de informações diretas entre as pessoas, sem a presença dos velhos intermediários. O uso da internet, sobretudo das redes sociais, foi de fundamental importância no movimento social que mexeu com o País em Junho de 2013, criando canais alternativos de comunicação e confrontando a grande mídia, reinventando formas de transmitir informações pela incorporação das tecnologias disponíveis no seu tempo. Irene León³ em pronunciamento feito durante o IV Fórum Social Mundial disse que “não se deve pensar a comunicação como um direito que se restringe ao acesso à produção de informação e seus mecanismos técnicos, mas ao poder, pois na sociedade da informação, nada é mais poderoso que construir pensamentos críticos, plurais e autônomos”. Assim, através do método dedutivo, conclui-se que se a grande mídia está sob o controle de poucos e, portanto, sujeita a determinados interesses, a apropriação de meios comunitários de comunicação, do ciberespaço e das novas tecnologias de informação se apresenta como possibilidade de democratização do direito à comunicação e emancipação coletiva.

¹ DANTAS, Marcos. **A lógica do capital informação: a fragmentação dos monopólios e amonopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

² MÍDIA NINJA. **Quem somos.** Disponível em: <<https://ninja.oximity.com/partner/ninja/about>>. Acesso em 12 nov. 2018.

³ BURCH, RALLY. CMSI: Acuerdos mínimos y compromisos débiles. **www.movimientos.org/foro_comunicacion/show_text.php3**, 2003, p. 02.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Ditadura Militar. Tecnologias.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BURCH, RALLY. CMSI: Acuerdos mínimos y compromisos débiles. [www./movimientos.org/foro_comunicacion/show_text.php3](http://www.movimientos.org/foro_comunicacion/show_text.php3), 2003.

DANTAS, Marcos. **A lógica do capital informação:** a fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

MÍDIA NINJA. **Quem somos.** Disponível em: <https://ninja.oximity.com/partner/ninja/about>. Acesso em 12 nov. 2018.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS AN INSTRUMENT OF EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY IN PUBLIC ADMINISTRATION

Danubia Desordi¹

Carla Della Bona²

RESUMO

O princípio da eficiência, positivado a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, passou a integrar o rol de princípios que regem a Administração Pública e que estão expressamente previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. A inclusão do referido princípio simbolizou a consagração de um dever específico do administrador, de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, que já era defendido pela doutrina antes mesmo de sua inserção no texto constitucional. A eficiência administrativa importa na mensuração dos custos da satisfação das necessidades públicas em relação ao grau de utilidade alcançado. Algumas características são inerentes ao princípio em comento, como o direcionamento à efetividade do bem comum, a imparcialidade, a neutralidade, a transparência, a participação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e a busca de qualidade. Sabe-se que, muitas vezes, por motivos de déficit de pessoal e de recursos financeiros, a Administração Pública não consegue atingir a eficiência almejada, o que gera, além da insatisfação pela deficiência na prestação do serviço público, dificuldades em controlar eventuais fraudes e atitudes corruptas no âmbito dos órgãos públicos. Diante disso, desenvolve-se a problemática orientadora do trabalho, que consiste em analisar como o uso da inteligência artificial (AI) pode contribuir para a efetivação do princípio da eficiência na Administração Pública. A tecnologia trouxe diversos benefícios para as mais variadas áreas, inclusive para o setor público, que pode se valer de mecanismos como a inteligência artificial para aperfeiçoar suas atividades. Vários órgãos públicos brasileiros já estão utilizando sistemas de AI para otimizar sua operacionalidade, como é o caso do Tribunal de Contas da União (TCU), que conta com a ajuda dos robôs Alice, Sofia e Monica para identificar possíveis irregularidades em contratações públicas envolvendo recursos federais. Alice, acrônimo para Análise de Licitações e Editais, emite relatórios diários das contratações públicas publicadas, indicando em quais há indícios de irregularidades para que os auditores possam se ater à análise mais detalhada de tais casos, com economia de tempo e recursos. A Alice já ajudou os auditores a frear diversos procedimentos licitatórios irregulares pelo país, demonstrando a sua contribuição para a otimização, agilidade e eficiência do serviço público prestado pelo órgão. Exemplos como esse, e outros que serão apresentados no desenvolvimento do trabalho, levam à conclusão que a Administração Pública tem na inteligência artificial um grande aliado para a consecução da eficiência que lhe é inerente, considerando a possibilidade de coibir sonegações fiscais, irregularidades em licitações e contratos administrativos, atos de corrupção, além de possibilitar a transparência de seus atos de forma mais ágil e eficiente. Quanto aos aspectos metodológicos, ressalta-se que o estudo

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – PPGD/UPF. E-mail: danubiadesordi@hotmail.com

² Doutoranda em Ciências Jurídicas – CDCJ pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciências Jurídicas – PPCJ, da Universidade Vale do Itajaí-UNIVALI. E-mail: carladebona@tpo.com.br/dellabona@upf.br

será realizado através de pesquisa bibliográfica básica, a partir do exame da doutrina jurídica e de artigos publicados acerca do tema. O método a ser utilizado é o sistêmico. O desenvolvimento do trabalho se dará em três partes. Em um primeiro momento será analisado o princípio da eficiência da Administração Pública. Na sequência, serão tecidas considerações acerca de sistema de inteligência artificial (AI) que podem ser utilizados pela Administração. Por fim, serão estudados alguns casos em que a AI já está sendo utilizada pelos órgãos públicos, no intuito de comprovar a hipótese perseguida, qual seja, que a utilização de inteligência artificial constitui um mecanismo importante para a efetivação da eficiência administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Inteligência artificial. Princípio da eficiência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

TCU. Tribunal de Contas da União. **Inteligencia artificial aumenta la productividad del TCU**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa-2/noticias/inteligencia-artificial-aumenta-la-productividad-del-tcu.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO, O AGIGANTAMENTO DO ESTADO E AS CONSEQUÊNCIAS PÓS-88

COALITION PRESIDENTIALISM, THE ENLARGEMENT OF THE STATE AND THE POST-88 CONSEQUENCES

Lucas Parizzi Bernardi¹

RESUMO

O presente resumo tem como foco principal expor o intuito do artigo científico intitulado ‘O presidencialismo de coalizão, o agigantamento do Estado e as consequências pós-88’. Desse modo, o artigo supratranscrito terá como **objetivo principal** analisar o regime democrático adotado no Brasil e de que forma o mesmo tem contribuído para o chamado ‘inchaço’ do Estado, bem como as consequências que tem gerado para a estabilidade política e econômica do país. Assim, surge o seguinte **problema de pesquisa**: como a governabilidade se dá ante ao presidencialismo de coalizão e quais as consequências de tal prática? Por conseguinte, observase **os objetivos específicos** que, em um primeiro momento, abordará a questão histórica do presidencialismo de coalizão, o qual para Mariana Batista,² “tem por base um presidente eleito diretamente e com mandato próprio, mas que para governar conta com o apoio de uma coalizão multipartidária”, ou seja, o presidente governa com a ajuda de vários partidos políticos, que ocupam cadeiras ministeriais ou até mesmo comandam estatais, a fim de garantir que a agenda do chefe do executivo seja aprovada no Congresso Nacional. Logo mais, discorrer-se-á sobre o agigantamento do Estado com o intuito de garantir a governabilidade, isto é, como a criação de novos ministérios e de inúmeras estatais fizeram com que as agendas presidenciais, especialmente as ditas “pautas-bomba” fossem aprovadas no legislativo. Além disso, desenvolver-se-á, em um panorama geral, a problemática da política do “toma lá, dá cá”, bem como as consequências de uma coalizão mal formada, com partidos polarizados, que nas palavras de Sérgio Abranches,³ “a ruptura é, freqüentemente, precedida por um “fracionamento polarizado”, no qual cada segmento nega legitimidade aos demais. Esta deslegitimação recíproca compele cada parceiro a se distanciar dos outros e a enfatizar, mais radicalmente, suas diferenças”, gerando instabilidade política e, ainda, abrindo margem para a corrupção. Para a elaboração do presente artigo, como **metodologia** será adotado o método dedutivo, através da leitura de bibliografias, artigos científicos e periódicos. Em suma, o artigo buscará entender como funciona o presidencialismo de coalizão na República Federativa do Brasil e como o mesmo tem colaborado para a contínua instabilidade política, desde a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, bem como se percebe o crescimento do Estado brasileiro, em

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Pesquisador voluntário no grupo ‘Poder e Relações Sociais’. Orientação Prof. Dra. Janaína Rigo Santin. E-mail: 170663@upf.br.

² BATISTA, Mariana. **O Poder no Executivo: explicações no presidencialismo, parlamentarismo e presidencialismo de coalizão**. *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, n. 57, p. 127-155, mar. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000100127> Acesso em: 11 nov. 2018, P. 01.

³ ABRANCHES, Sérgio H. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. Disponível em: <<https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018, P. 29.

todas as suas esferas, apenas para a criação de cargos políticos, o que também contribuiu para o agravamento da crise econômica que assola o povo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Presidencialismo. Regime democrático.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRANCHES, Sérgio H. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro.** *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. Disponível em: <<https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BATISTA, Mariana. **O Poder no Executivo: explicações no presidencialismo, parlamentarismo e presidencialismo de coalizão.** *Revista de Sociologia e Política*, v. 24, n. 57, p. 127-155, mar. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000100127> Acesso em: 11 nov. 2018.

O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO COMO ALTERNATIVA PARA A DESBUROCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO TOCANTE A FACILITAÇÃO DE ABERTURA DE EMPRESAS

TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT AS AN ALTERNATIVE FOR THE BUREAUCRATIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION IN RELATION TO THE FACILITATION OF THE OPENING OF COMPANIES

Luigi Thomaz do Amaral Tolotti¹

RESUMO

Hoje em dia, boa parte da vida das pessoas passa pelo uso das redes de comunicação, prática que já está incrustada no cotidiano da sociedade, como nos explica Manuel Castells, ao denotar que as redes de comunicação digital são a coluna vertebral da sociedade em rede. Porém, neste mesmo cenário, a burocracia demorada que muitos empresários enfrentam para colocar seu empreendimento em funcionamento no Brasil é quase que inadmissível. Conforme pesquisa realizada pelo G1, em São Paulo, o tempo médio para abrir uma empresa é de 74 dias e para regularizar o imóvel são 529. Esses números variam de uma cidade para a outra, mas, em média, alguém que pensa em começar um negócio no Brasil leva dois meses apenas para abrir a empresa. Já para conseguir todas as licenças e alvarás, são mais de nove meses de espera. O grande problema em todo esse processo é que muitas vezes esses documentos acabam se tornando repetitivos, ou seja, uma mesma licença que deve ser expedida por dois órgãos diferentes. E ainda existe o fator da total falta de organização interna que alguns órgãos da administração pública (direta e indireta) possuem, o que acaba aumentando ainda mais o tempo de espera para regularização completado empreendimento, situação que poderia ser resolvida com a inserção das redes de comunicação como uma forma de agilizar o processo, diminuindo ainda mais o tempo que o empresário fica preso a essa burocracia, visto que essa política já faz parte do modelo gerencial da administração pública. É inevitável o reconhecimento de que as grandes empresas assumem o protagonismo do desenvolvimento econômico de uma determinada região, entretanto, em decorrência das mudanças no mercado, por conta das crises vivenciadas pelo nosso país, outras organizações acabaram tomando enfoque, as micro e pequenas empresas, que se tornam uma alternativa de renda em cenários onde as taxas de desemprego alcançam níveis muito elevados. Segundo Fábio Rogério Banterli e Friendhilde Maria K. Manolescu, a microempresa surgiu devido a política de desburocratização que teve início no final da década de 1970, visando estimular o surgimento e o funcionamento de pequenos negócios. Tais empresas ainda contam com regime tributário específico, instituído pela Lei Complementar nº. 123 de 14 de dezembro de 2006, título legal que traz ainda as garantias que esses institutos têm direito, como a simplificação e a desburocratização de seus atos. Essa desburocratização através do emprego das novas tecnologias é o que terá por objeto essa pesquisa, que será realizada pela metodologia hipotético-dedutiva, uma vez que não há como se falar em agilidade e desburocratização quando a comunicação entre os órgãos da administração pública é muito precária. Comunicação essa que, segundo Elizabeth Brandão, pode ser conceituada, pode ser conceituada como uma comunicação organizacional, isto é, a área que trata de analisar a comunicação no interior das organizações entre ela e seus públicos. É nesse sentido que o

¹Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Integrante do Programa de Extensão Balcão do Trabalhador UPF. E-mail:152888@upf.br.

desenvolvimento tecnológico deve atuar, promovendo a agilidade da comunicação entre os órgãos responsáveis pela expedição dos laudos necessários para a abertura e funcionamento das empresas. O que poderá diminuir o tempo médio de meses para dias, fomentando ainda mais a economia e diminuindo os índices de desemprego do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Desburocratização. Desenvolvimento.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Abrir empresa no Brasil é exercício de paciência contra a burocracia. Jornal Nacional G1, São Paulo. Edição de 27 de nov. de 2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/abrir-empresa-no-brasil-e-exercicio-de-paciencia-contraburocracia.html>>. Acesso em 13/11/2018.

BANTERLI, Fábio Rogério; MANOLESCU, Friendhilde Maria K. **As micro e pequenas empresas no Brasil e a sua importância para o desenvolvimento do país.** XI Encontro Latino Americano de Iniciação Científica e VII Encontro Latino Americano de pós-graduação – Universidade do Vale do Paraíba. São José dos Campos-SP – Brasil, 2007. Disponível em:<http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2007/trabalhos/sociais/inic/INICG00512_01O.pdf>. Acesso em: 13/11/2018.

BRANDÃO, Elizabeth Pazito. **Conceito de comunicação Pública.** Goiânia: FASAM, 2016. Artigo disponível em: <<http://fasam.edu.br/wp-content/uploads/2016/07/Historia-da-Comunica%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica.pdf>>. Acesso em 13/11/2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 13/11/2018.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política;** Conferência. Belém (Por): Imprensa Nacional, 2005. Disponível em: <http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 13/11/2018.

NOVAS RELAÇÕES ADVINDAS DAS NOVAS TECNOLOGIAS: O CASO UBER

NEW RELATIONSHIPS ADVISED OF NEW TECHNOLOGIES: THE UBER CASE

Thami Covatti Piaia¹

Murilo Manzoni Boff²

RESUMO

Criada em março de 2009 em São Francisco, nos Estados Unidos, atualmente a Uber está disponível em 600 cidades do mundo, 65 países, em todos os continentes, sendo a *startup* com o maior valor do mercado, equivalente a 70 bilhões de dólares, o que faz do aplicativo um dos mais procurados por usuários que acessam a internet e desfrutam das novas relações advindas das tecnologias *PeertoPeer*, conhecida como P2P. São essas relações, denominados *PeertoPeer*, como já mencionado anteriormente, que tem reconfigurado a liberdade de escolhas dos consumidores e popularizado o acesso a esse tipo de transporte devido ao alto custo benefício do serviço. Contudo, observa-se que a chegada dessas tecnologias tem surtido efeitos sociais e jurídicos positivos e negativos, pois a alteração de uma cultura que privilegiava monopólios passa por uma mudança abrupta de poder a qual os usuários poderão escolher qual serviço acreditam ser mais eficiente. Segundo informações dispostas no site do aplicativo, a Uber funciona como um transporte sob demanda em que usuários têm a possibilidade de contratar serviços de transporte aos motoristas parceiros, por meio de localização via GPS que seleciona os motoristas mais próximos ao local do usuário e o leva ao destino solicitado, permitindo ao usuário acesso a informações prévias e privilegiadas como o modelo de carro, tempo de espera e a identificação do motorista. A empresa é devidamente cadastrada no Brasil, conforme se verifica no cadastro na Receita Federal, apresentando sua atividade econômica principal como “atividades de intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral, exceto imobiliários”, e como atividades secundárias o “desenvolvimento e licenciamento de programas de computador customizáveis”; “suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação”; “atividades de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica”; “consultoria em publicidade”; “portais, provedores de conteúdo e outros serviços de informação na internet”. Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o empírico-dialético, com suporte em revisão de literatura e análise descritiva dos fenômenos pesquisados.

PALAVRAS-CHAVE: Efeitos sociais. Efeitos jurídicos. Responsabilidade. Uber.

¹Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa: Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático. Membro do Grupo de Pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: thamicovatti@hotmail.com.

²Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo/RS. Membro do Projeto de Pesquisa: Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático. Membro do Grupo de Pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: murilo_boff@hotmail.com.

**A CONVERGÊNCIA DAS CIÊNCIAS ECONÔMICAS E JURÍDICAS PARA UM
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA PERSPECTIVA DE AMARTYA SEN E
RONALD COASE**

**THE CONVERGENCE OF ECONOMIC AND LEGAL SCIENCES FOR
SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE PERSPECTIVE OF AMARTYA SEN
AND RONALD COASE**

Neuri José Maciel¹²

RESUMO

O presente trabalho irá buscar fazer uma análise da convergência necessária: a) dos ideais da Economia de Amartya Sen, cujo desenvolvimento econômico é baseado na expansão da liberdade enquanto justiça social distributiva e analisar também b) acerca da mesma imperatividade sendo encontrada no teorema de Coase, após acatar críticas a seu trabalho inicial, mesclando os paralelos dos objetivos da Economia, do Direito, e de outras ciências. Nesse contexto, Coase se aproxima de Amartya Sen, e culmina na necessidade de sustentabilidade do direito para o meio ambiente do desenvolvimento humano repercutindo para todos sem exclusões que desmereçam a dignidade humana, sendo essa igual e homogênea, com preocupações principalmente ontológicas a mais das metodológicas. Considera-se também imprescindível a publicização dos fatos e das ações e projetos econômicos, enquanto políticos, jurídicos e sociais, e tecnológicos. Diante disso, a presente pesquisa também irá considerar a publicidade como transparência e como possibilidade de fiscalização, verificação, e interconfluência dos objetivos e métodos próprios de ambas as ciências mencionadas. Além das interferências e correções mútuas, porquanto se jungem Economia e Direito para o desenvolvimento das condições do homem, dentro dos ditames e origens da democracia e da republicanidade avançadas histórica e culturalmente, em equilíbrio e harmonia na mesma realidade fática repercutiente.

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela PUC-RS. Professor de História na Faculdade Porto Alegrense de Educação, Ciências e Letras. Aluno Especial do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Email: neuri_jose@hotmail.com

² Este trabalho foi desenvolvido no âmbito da disciplina de Análise Econômica do Direito, ministrada pela Professora Dr^a Karen Beltrame Becker Fritz, vinculada ao Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Universidade de Passo Fundo (UPF).