GEDHUF

Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais

II ENCONTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DO CARIRI

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E EFETIVIDADE ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

ANAIS DO II ENCONTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO CARIRI (URCA)

(GEDHUF/URCA)

EDIÇÃO 1 2019

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ

DEPARTAMENTO DE DIREITO DA URCA

FELIX AD SATVM

UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI.URCA

PREFÁCIO

Com a temática "Direitos Humanos, Democracia e Efetividade entre a Teoria e a Prática", o Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF), da Universidade Regional do Cariri – URCA, realizou o II Encontro de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais do Cariri (GEDHUF/URCA), em 2015, que reuniu pesquisadores de graduação e pós-graduação no Cariri, Sul do Ceará.

O GEDHUF é uma iniciativa do Departamento de Direito da URCA, liderado pelo Prof. Dr. José Patrício Pereira Melo e pelo Prof. Me. Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva. O evento, nesta edição, contou com a coordenação do Prof. Me. Moisés Saraiva de Luna e da Bela. Renata Macedo Leite compondo a equipe de organização desta publicação.

Criado em 2008 e registrado no CNPQ (http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/12770), a área de predominância do GEDHUF é Ciências Sociais Aplicadas e Direito. Os contatos para o grupo podem ser dirigidos aos líderes através dos e-mails patricio.melo@urca.br e cristovao.teixeira@urca.br. Imerso no complexo geográfico da biorregião do Araripe, uma região diferenciada no interior do Nordeste, entre os Estados do Ceará, Pernambuco e Piauí, o grupo segue as metas de alcançar o desenvolvimento humano sustentável, incluindo no território do Cariri Cearense os ideais de efetividade para os direitos humanos fundamentais, que se justificam a partir dos seguintes argumentos centrais:

1) A consolidação da pesquisa em direitos humanos fundamentais como campo de estudo autônomo (atualmente no Brasil ainda é incipiente) para promover um processo de educação permanente junto às populações, capazes de mudar a dinâmica da violência perpetrada contra minorias, pessoas de baixa renda, mulheres, índios, quilombolas e aqueles alijados pelo processo de desenvolvimento econômico excludente;

2) A continuidade dos estudos e pesquisas realizados no âmbito dos cursos de Especialização *lato sensu* em Direito das Famílias, Direito Previdenciário e Trabalhista e Direitos Humanos Fundamentais e a divulgação científica através de publicações, seminários, encontros e programas de extensão.

3) O fortalecimento da pesquisa institucional, por meio da criação e expansão de grupos de pesquisa na URCA e da fomentação de pesquisadores dentro dessa linha de estudo, que compreendam a importância e pertinência das questões relacionadas aos direitos humanos fundamentais à vida, liberdades, educação, saúde, previdência, habitação etc.

4) A necessidade de introdução de linha interdisciplinar de estudo e pesquisa em Direitos Humanos Fundamentais, com foco na cultura, na democracia e na sociobiodiversidade, nos cursos de formação de profissionais na área de Direito.

Formado por um conjunto de professores e estudantes pesquisadores da região do Cariri, atualmente com pesquisa em oito linhas temáticas, a saber: Estado, Direitos Humanos e Justiça Socioambiental, com 16 pesquisadores atuantes; Democracia, Memória, História e Estado de Exceção, com 10 pesquisadores atuantes; Direito Internacional dos Direitos Humanos, com 2 pesquisadores atuantes; Direitos Fundamentais nas relações Privadas e na Ordem Econômica, com 1 pesquisador atuante; Direitos Humanos e Grupos Vulneráveis, com 10 pesquisadores atuantes; Direitos Humanos e Segurança Pública, com 1 pesquisador atuante; Efetividade dos Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Educação em Direitos Humanos, com 27 pesquisadores atuantes; e Filosofia e Teoria dos Direitos Humanos com 1 pesquisador atuante. O GEDHUF mante-se com o apoio institucional e de pesquisa da Fundação Cearense de Amparo à Pesquisa – FUNCAP, através do Projeto Intitulado Comunidade Sítio Poço Dantas, Auto identificação Étnica e Direitos: um estudo de casos sobre a presença de remanescentes Cariri no Sul do Ceará.

Com atos de violência de gênero presentes no cotidiano, ao mesmo tempo em que exibe diversidade cultural popular, recursos ambientais únicos, e pulula em crescimento econômico, sem a correspondente distribuição de renda, o Cariri se destaca no cenário regional e nacional como espaço complexo de avanços e retrocessos sociais. Esse ambiente, tão profícuo de interesses político, econômico, social e jurídico, é local para inovação e reflexão acadêmica, que entenda os caminhos para onde deve apontar a dinâmica de reflexões e mudanças sociais em torno da defesa de direitos humanos e da efetividade desses direitos na sociedade.

Tema que tem merecido atenção da URCA e das pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais do GEDHUF. Os esforços de manutenção e atuação de grupos de pesquisas no Brasil é intenso e difícil. A atuação coletiva e valorização das pesquisas e pesquisadores desta temática exsurge, portanto, como essencial para o crescimento e expansão da consciência de que a defesa de direitos humanos é uma **luta universal** para todas as pessoas independente de classe social, credo religioso, orientação sexual, etnia ou cor da pele. **Educar**, para gerar participação social com autonomia e cidadania, é o papel que nos cabe como grupo de pesquisa em direitos humanos fundamentais e instituição pública de Ensino Superior.

Universidade Regional do Cariri - URCA

Prof. Dr. José Patrício Pereira Melo

Prof. Me. Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva

Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva (org.)
José Patrício Pereira Melo (org.)
Moisés Saraiva de Luna (Org.)
Renata Macedo Leite (Org.)

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E EFETIVIDADEENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

ANAIS DO II ENCONTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO CARIRI (URCA)

Universidade Regional do Cariri - URCA

Crato – CE, 2015

ALGUNS DIREITOS RESERVADOS. UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI (URCA). 2015.
ESTA OBRA ESTÁ LICENCIADA EM CREATIVE COMMONS, ATRIBUIÇÃO NÃO COMERCIAL. COMPARTILHA IGUAL. PARA DETALHES DESSA LICENÇA, ACESSE:
HTTP://CREATIVECOMMONS.ORG/LICENSES/BY-NC-SA/4.0/

DISPONÍVEL TAMBÉM EM:
http://www.urca.br/semanadedireito
http://www.urca.br

CATALOGAÇÃO DA PUBLICAÇÃO-NA-FONTE (CIP)

ISBN :978-85-65425-24-7 TÍTULO DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E EFETIVIDADE ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA: ANAIS DO II ENCONTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO CARIRI (GEDHUF/URCA) Edição 1 Ano Edição 2015 Tipo De Suporte E-Book - Pdf Páginas 619 Editor(A) Urca Avenida Teodorico Teles N° 645 - Bairro São Miguel, Crato – Ceará Telefone: (88) 3102-1245 E-mail de contato: direitoshumanosurca@gmail.com

COMISSÃO CIENTÍFICA

PROFA. DR. MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE
PROFA. MS. ANA ELISA LINHARES DE MENESES BRAGA
PROFA. MS. FRANCISCA EDINEUSA PAMPLONA DAMACENA
PROFA. MS. IVANNA PEQUENO DOS SANTOS
PROF. MS. JOSÉ PATRÍCIO PEREIRA MELO
PROF. ESP. CRISTOVÃO TEIXEIRA RODRIGUES SILVA
PROFA. ESP. JAHYRA HELENA PEQUENO DOS SANTOS
PROF. ESP. MOISÉS SARAIVA DE LUNA
RENATA MACEDO LEITE
JOANA D'ARC DE SOUSA ALMEIDA

ORGANIZAÇÃO:

CRISTÓVÃO TEIXEIRA RODRIGUES SILVA
JOSÉ PATRÍCIO PEREIRA MELO
MOISÉS SARAIVA DE LUNA
RENATA MACEDO LEITE

REVISÃO ORTOGRÁFICA, GRAMATICAL E NORMALIZAÇÃO:

RENATA MACEDO LEITE E JOANA D'ARC DE SOUSA ALMEIDA

ESTA É UMA OBRA COLETIVA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DO II ENCONTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO CARIRI, ORGANIZADA E EDITADA PELO GRUPO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS - GEDHUF
A OPINIÃO CONTIDA NOS CAPÍTULOS DESTE LIVRO É DE INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS SEUS AUTORES.

ESTUDOS E PESQUISAS EM DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DO CARIRI

Durante a organização dos trabalhos do II Encontro em Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos e Fundamentais do Cariri, evento idealizado pelo Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos e Fundamentais (GEDHUF) em parceira com o Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), foi proposto e aprovado a apresentação e publicação de artigos científicos, de membros e não membros do grupo no evento, organizados em grupos de trabalho (Gts).

Para tanto, em forma de refletir as discussões centrais do GEDHUF, as linhas de pesquisa do grupo foram reproduzidas nas temáticas dos grupos de trabalho do evento, grupos estes que representavam a menor divisão possível por assuntos correlatos, o que agregou pesquisadores e estudantes com artigos de similaridade teórico-prática numa discussão mais rica, clara e coesa durante o evento, contribuindo para as próprias pesquisas do GEDHUF.

Foram 04 (quatro) os GTs, a saber, GT 01 – Direito Ambiental, Direito Público e Direitos Humanos; GT 02 – Direito das Minorias, Direito Indígena, Direito do Idosos e Direitos Humanos; GT 03 - Efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais, Direito das Famílias e Educação em Direitos Humanos e; GT 04 – Democracia, Decisionismo, Estado de Exceção e Direitos Humanos.

A proposta do GT 01 foi aproximar as temáticas de desenvolvimento social sustentável, preservação do meio ambiente, princípios, normas e regulamentos do Direito Ambiental, como área do Direito Público, com o entendimento já pacífico de que a proteção à terra se coaduna como direito humano fundamental, até mesmo na contestada teoria das gerações dos direitos humanos (DHs). Essa linha de pesquisa reflete, igualmente, o patrimônio geológico, biológico e material existente na região do Cariri e que se perfaz nas ações de promoção da sustentabilidade no âmbito de ação institucional da Fundação Universidade Regional do Cariri (URCA), em especial no Geopark Araripe.

No GT 02, o olhar do GEDHUF se volta a um dos alvos prioritários dos direitos humanos, que é os grupos sociais vulneráveis. Nessa toada, inclui-se a aproximação não etnocêntrica com as culturas nativas, membros primeiros das terras do Cariri cearense, os índios Kariris, que tal qual seus irmãos e irmãs ao redor do país foram atingidos com a perseguição, destruição e genocídio de suas comunidades. É de se reconhecer o aspecto minoritário, no conceito amplamente utilizado de minoria, como grupos que não tem sua forma de vida respeitada e aceita como válida e plena. Outro grupo que sofre com discriminação e preconceitos são os idosos, população crescente no Brasil e no mundo, na virtude de reconhecer ações afirmativas, políticas e estratégias amplas e irrestritas para garantir a adaptação dos espaços públicos e privados para convivência destes.

Se os dois primeiros GTs abordaram temáticas caras ao espectro de ação da URCA e da população local, o terceiro GT abrange aquelas pesquisas que não são direcionadas ao idoso, ao indígena, ao meio ambiente e ao Direito Público, sobretudo diante da temática da efetivação dos direitos humanos fundamentais, reconhecendo que há outros espaços de ampliação da luta pela efetividade e pelo reconhecimento das vozes. Um desses espaços de excelência está no reconhecimento da pluralidade das organizações familiares, que não apenas estão centrados na família natural, mas nas outras formas de organização familiar, como monoparental, homoafetiva, etc.

Como é no espaço familiar que a criança têm o primeiro contato com o processo educacional, também é nesse locus que a educação em direitos humanos tem a primeira oportunidade de se

manifestar, tendo então, similarmente, espalhadas nas instituições de educação formal (escolas, igrejas, faculdades, etc) como nos espaços de aprendizagem informal. Em todos esses temas, os aspectos familiares, educacionais e de formulação de políticas públicas conversam com a efetividade dos direitos humanos.

Se as temática anteriores trataram de verificar os limites de aplicação e o direcionamento dos DHs a grupos e temáticas específicas, o quarto GT propõe fazer a interconexão entre Direito, Política e Filosofia. Então, discutir a reformulação do Estado de Direito, formulação onde os DH se organiza em nível macrossocial, fruto das revoluções liberais do Oitocentos, revoluções estas que reorganizaram a forma de ser fazer política e direito na modernidade, são pontos de discussão.

Nesse espaço, encontramos como as experiências e regimes ditatoriais, autoritários e totalitários, longe de terem sido extirpados dos Estados nação aos quais foram implantados, permanecem de maneira latente através de práticas, teorias e legislações oriundas desses períodos de exceção e como a relativização do rol de direitos humanos e fundamentais, mesmo com a justificativa de relativização de alguns direitos para a preservação de outros pode e ocorre para afetar a cultura política e institucional dos direitos humanos.

Prof. Me. Moisés Saraiva de Luna

SUMÁRIO

PREFÁCIO 2

ESTUDOS E PESQUISAS EM DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DO CARIRI 6
Prof. Me. Moisés Saraiva de Luna

GT1 – DIREITO AMBIENTAL, DIREITO PÚBLICO E DIREITOS HUMANOS

A PROPRIEDADE PRIVADA E O CAPITAL: ANÁLISE SOCIAL E CONSTITUCIONAL SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DO LATIFÚNDIO 13
Adriano Ferreira Silva
Sâmi Edla Ribeiro Grangeiro

AS CONTROVÉRSIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL 26
Iuri Gondim Trajano Alcântara Tavares
Francisca Edineusa Pamplona Damacena

DIREITO AMBIENTAL E SAÚDE PUBLICA: O SANEAMENTO BáSICO COMO GARANTIA DA SAÚDE AMBIENTAL 40
Lucas Paoly de Araujo Morais
Newton João dos Santos Sobral Junior
Francisco William Brito Bezerra II

POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ENTRE OS ANOS DE 2010 A 2015 53
Roberta Gonçalves Bezerra de Menezes
Luênea Leite de Albuquerque
Francisca Edineusa Pamplona Damacena

POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO: CONCEITOS E FUNDAMENTOS 70
Ana Elisa Linhares de Meneses Braga
Robson Gomes

UM NOVO PARADIGMA AMBIENTAL: O ESTUDO DAS ÁGUAS SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS 83
Rárisson Jardiel Santos Sampaio
Ivanna Pequeno dos Santos

UMA PERSPECTIVA SOBRE A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO 103
Brenda Bezerra Teles
Lívia Maria Nascimento Silva
Ana Elisa Linhares de Meneses Braga

GT2 – DIREITO DAS MINORIAS, DIREITO INDÍGENA, DIREITO DO IDOSO E DIREITOS HUMANOS

ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS: DISCUSSÕES E PRÁTICA ANTES E APÓS A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 119
Jefferson da Conceição Duarte

ÂNUS LIVRES: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS DO NÚMERO 19 DO IMPRESSO HOMOSSEXUAL LAMPIÃO DA ESQUINA 137
Débora Alencar Ribeiro
José Anderson Freire Sandes
Ribamar José de Oliveira Junior

HISTÓRIA DO TRABALHO: DIVISÃO SEXUAL E IDENTIDADES DE GÊNERO NA CONTEMPORANEIDADE 152
Antoniel dos Santos Gomes Filho
Eva Maria Campos Pereira
Miguel Ângelo Silva de Melo

MOVIMENTOS SOCIAIS E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE DAS INICIATIVAS EFICAZES QUE GARANTE A IGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS 172
Maria Clara Arraes Peixoto Rocha
Jahyra Helena Pequeno dos Santos

O PAPEL DA EDUCAÇÃO NO COMBATE E PREVENÇÃO A HOMOFOBIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS 186
Luciana Dantas Ferreira
Jéssica Maria Alves Pereira
Aianne da Silva Moura

POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS, MULHERES POBRES E NEGRAS NO SISTEMA PRISIONAL: SELETIVIDADE PENAL E AMPLIAÇÃO DE VULNERABILIDADES 199
Bruna Stéfanni Soares de Araújo
Juliana Serretti de Castro Colaço Ribeiro

REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO: FEMINISMO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS HUMANOS ... 219
Emannuelly Cabral
Adriano Ferreira Silva

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: O PIONEIRISMO DA LEI MARIA DA PENHA COMO MEIO DE GARANTIR E EFETIVAR A DIGNIDADE HUMANA DA MULHER 236
Clara Skarlleth Lopes de Araujo

GT3 – EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS DAS FAMÍLIAS E DIREITOS HUMANOS

A CONSTRUÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: UMA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 254
José Sarto Fulgêncio de Lima Filho
Valter Witalo Nelo Lima

A CONTRIBUIÇÃO DA ABORDAGEM ALTERNATIVA DO DIREITO PARA A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA HOMOAFETIVO 275
Raynara Sousa Andreza
Cícera Camila Olegário de Lima
Jahyra Helena P. dos Santos

A DISCRIMINAÇÃO RELACIONADA AOS ADOLESCENTES QUE ESTÃO EM CONFLITO COM A LEI: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS PERCEPÇÕES DOS ADOLESCENTES QUE ESTÃO EM CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NA CIDADE DE JUAZEIRO DO NORTE-CE 291
Aldair Péricles Bezerra Monteiro
Ana Luíza de Melo Pinho
Claudiana Avelino Almeida
Suelen Saraiva da Cruz Alexandre

A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA E PARA A CONSCIÊNCIA CIDADÃ..... 314
Mariana Lacerda Cervantes De Carvalho

A INFLUÊNCIA HISTÓRICO-TEÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO TOCANTE À ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL..... 336
Robson Gomes
Ana Elisa Linhares de Meneses Braga

A INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS HUMANOS ACERCA DA VIOLAÇÃO À LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL 353
Robson Gomes

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DO IDOSO NO CENÁRIO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM BASEADA NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PROMOÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL 376
Luênea Leite de Albuquerque
Roberta Gonçalves Bezerra de Menezes

A VISÃO NEGATIVA DA SOCIEDADE PERANTE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR PARTE DA POLICIA 397
Ana Jéssica Pereira Alves

ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06: O REFLEXO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL (CONSTITUCIONALMENTE) FALIDA 411
Arthur Gomes Pontes

EDUCAÇÃO TRANSMUTADA EM PREPARAÇÃO PARA O MERCADO DE TRABALHO PRECARIZADO E VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE CARÁTER TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DO CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO 426
Sophia Alencar Araripe Luna

LUTAS POPULARES POR HABITAÇÃO: A EXPERIÊNCIA DO CONJUNTO HABITACIONAL NOSSA SENHORA DE FÁTIMA EM JUAZEIRO DO NORTE (CE) 448
Vicência Maria de Souza Silva

MULHERES QUE LUTAM: UMA ANÁLISE DA RESISTÊNCIA DAS TRABALHADORAS RURAIS DA CHAPADA DO APODI/RN A PARTIR DO CONCEITO DE ECOLOGIA DE SABERES PARA UMA CONSTRUÇÃO MATERIAL DE DIREITOS HUMANOS 465
Maria Luiza Caxias Albano

O HOMEM MECÂNICO: EUGENIA E 'COISIFICAÇÃO' ENQUANTO POSSIBILIDADES TECNOLÓGICAS À LUZ DA AUTODETERMINAÇÃO ÉTICA FUNDADA NA DIGNIDADE PESSOAL 482
Ramiro Ferreira De Freitas

O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA CRÍTICA A RORTY A PARTIR DA AMÉRICA LATINA 496
Maria Luiza Caxias Albano
Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira

A UNIVERSIDADE ABERTA À TERCEIRA IDADE (UnATI) E SEU PAPEL COMO PROMOTORA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DO IDOSO NO BRASIL: UMA NOVA FORMA DE ENCARAR A VELHICE 513
Luênea Leite de Albuquerque

GT4 – DEMOCRACIA, DECISIONISMO, EXTADO DE EXCEÇÃO E DIREITOS HUMANOS

A EDUCAÇÃO EM DIREITO DE RESISTÊNCIA COMO UM CAMINHO PARA A AÇÃO TRANSFORMADORA 536
Danielly Pereira Clemente
Antônia Gabrielly Araújo dos Santos

A IDÉIA HABERMASIANA DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA E SUAS (IM)POSSIBILIDADES 549
Ramiro Ferreira De Freitas

AS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR (2008) E DA BOLÍVIA (2009) COMO INTEGRANTES DO CICLO DO CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL À LUZ DA CLASSIFICAÇÃO DE RAQUEL FAJARDO E DO PENSAMENTO DESCOLONIAL 561
Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira

DIREITO DO TRABALHO NÃO OPERA MILAGRES OPERA O CAPITALISMO 588
Emanuelle de Castro Moreira
Antônia Gabrielly Araújo dos Santos

"JORNADAS DE JUNHO" DE 2013 NO BRASIL: PERSPECTIVAS DE UMA "NOVA" DEMOCRACIA 603
Maria Luiza Caxias Albano

GT1 – DIREITO AMBIENTAL, DIREITO PÚBLICO E DIREITOS HUMANOS

A PROPRIEDADE PRIVADA E O CAPITAL: ANÁLISE SOCIAL E CONSTITUCIONAL SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DO LATIFÚNDIO

THE PRIVATE PROPERTY AND THE CAPITAL: SOCIAL AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS ON THE SOCIAL FUNCTION OF LARGE PROPERTY

Adriano Ferreira Silva[1]
Sâmi Edla Ribeiro Grangeiro[2]

RESUMO

O presente artigo foi desenvolvido por meio de revisão bibliográfica, utilizando-se do método dialético; com o objetivo, a partir da análise da questão agrária no Brasil, verificar o momento histórico em que o problema da propriedade da terra apareceu no país, assim como seu deu sua evolução e a reação da sociedade brasileira, com o estudo da distribuição da terra e o início do latifúndio no Brasil. Sob a apreciação da construção histórica e filosófica da propriedade privada, na busca de esclarecer a relação existente entre o capital, o trabalho e a propriedade privada. Examinando as nuanças de preceitos constitucionais, em sentido lato, alcance-se a ideia de inexistência de Função Social da Propriedade, em se tratando do latifúndio.
PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Privada. Latifúndio. Capital.

ABSTRACT

This article was developed through bibliographical revision, using the dialectical method; with the goal, from the analysis of the agrarian question in Brazil, check the historical moment in which the problem of land ownership appeared in the country, as well as his gave his evolution and the reaction of the Brazilian society, with the study of the distribution of the Earth and the beginning of the patroonship in Brazil. Under the appreciation of the historical and philosophical construction of private property, in seeking to clarify the relationship between capital, labour and private property. Examining the nuances of constitutional principles, in a broad sense, reach the idea of inexistence of the Social function of property, in the case of large estates.
KEYWORDS: Private Property, Large Property And Capital.

[1] Estudante de graduação do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri - URCA.
[2] Estudante de graduação do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri - URCA.

1. INTRODUÇÃO

Os primeiros estudiosos da economia política introduziram o termo "questão agrária" para a análise de como o capitalismo se desenvolvia na agricultura. Na atualidade, a questão agrária pode ser definida como uma área do conhecimento científico que procura estudar genericamente a organização de cada sociedade quanto ao uso, posse e propriedade da terra. Assim como também busca estudar as organizações sociais ao longo do tempo e como se deram as produções agrícolas para atender ás necessidades inerentes a cada sociedade.

Na literatura da economia política ainda se encontra o conceito de "questão agrária" como sinônimo da existência de um problema agrário na sociedade. Para os estudiosos clássicos, no modo de produção capitalista, tal problema é definido como sendo a concentração da propriedade de terra.

Partindo do conceito mais amplo de "questão agrária", observa-se que os problemas agrários podem ter natureza e característica distintas em cada sociedade. A análise dessa questão no Brasil busca verificar o momento histórico em que o problema da propriedade da terra apareceu no país, assim como se deu sua evolução e a reação da sociedade brasileira diante do mesmo.

De maneira geral, a existência de problemas agrários é constada em qualquer país. Sempre que a distribuição da terra, seu uso e propriedade constituam um entrave para o abastecimento satisfatório de toda a população e para o seu progresso social e econômico surgem os problemas agrários.

O uso e ocupação da terra sempre receberam atenção especial das sociedades ao longo da história. O motivo de toda essa atenção se dá pelo fato de que o sustento de cada sociedade, isto é, seus alimentos e remédios dentre outras coisas necessárias para subsistência, foi tirado da terra. As sociedades foram se organizando de acordo com as possibilidades que a terra em que viviam lhe fornecia.

É recente a prática de concentrar a produção em um espaço de terra e essa concentração ser de direito exclusivo de uma única pessoa. Conforme ensina o professor Carlos Frederico Marés, na medida em que as sociedades agrícolas sedimentares foram dando cada vez mais importância aos produtos da terra, estes

passaram a ser restringidos, sendo feita uma ligação entre os frutos da terra e o homem que os produziu. Enquanto os caçadores e coletores repartiam tudo em harmonia com as plantas e demais animais, os agricultores fizeram da terra um espaço privado onde cada homem passou a controlar o seu produto. A partir daí houve uma mudança no comportamento ético do homem, passando este a se considerar o destinatário do Universo, subjugando todos os animais e plantas e, ao final, a supremacia de alguns homens sobre todos os homens. (MARÉS, 2003)

Assim, a terra e seus frutos passaram a ter donos e surgiu um direito excludente, acumulativo e individual.

2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E FILOSÓFICA DA PROPRIEDADE PRIVAD

O pensamento cristão serviu de base para os teóricos que viriam a construir os alicerces do Estado e do Direito contemporâneo. No século XIII, Santo Tomás de Aquino reconheceu a existência da propriedade, mas não a considerava um direito natural. Ele fez a distinção entre o usar e o dispor: dispor seria a faculdade do proprietário de escolher como entregar aos necessitados o seu excesso de produção. O direito de usar era um direito natural inerente a todos os homens, o direito de dispor, portanto, seria um direito positivo. Para São Tomás o que sobejava não podia ser acumulado, mas distribuído entre os necessitados. (MARÉS, 2003)

Depois de Santo Tomás, no século XIII, até o século XIX, houve um silêncio da Igreja acerca do assunto. Somente depois que a teoria política e as leis passaram a tratar a propriedade como um direito natural foi que a Igreja Católica a reconheceu como tal, legitimando dispositivos como a Constituição Portuguesa de 1822 que reconhecia a propriedade como um direito sagrado e inviolável.

Antes do surgimento da teoria de John Locke no século XVII, a civilização cristã via a propriedade como uma utilidade, a partir dele e na construção capitalista ela passa a ser um direito subjetivo. Locke aprofunda a ideia de Santo Tomás agregando o conceito de bens corruptíveis, isto é, bens deterioráveis. Ele entende que o bem para não pertencer ao proprietário deve estar correndo o risco de ser deteriorar, não sendo, portanto, a falta de uso que descaracteriza a propriedade e sim a possibilidade de deterioramento. Assim, contanto que os frutos

sejam não deterioráveis, bens duráveis, pode-se tê-los à vontade. Essa lógica foi o ponto chave para a construção da legitimidade da acumulação capitalista futura, pois restringia o bem comum às coisas corruptíveis.

Em sua construção teórica Locke justificou a acumulação capitalista, reconhecendo que a propriedade pode ser legítima e ilimitada desde que transformada em capital. O limite da propriedade, para Locke, é a ilegitimidade da propriedade de bens corruptíveis não trocados, não sendo lícito a alguém possuir mais bens deterioráveis do que possa usar sem transformá-lo em capital.

> Quer dizer, Locke inicia sua reflexão afirmando que a única propriedade legítima é a produzida pelo trabalho e somente pode se acumular até a quantidade corruptível. Se o bem não é corruptível é infinitamente acumulável, mas como se junta tantos bens? Com a possibilidade de pagar pelo trabalho alheio, já que o trabalho produz propriedade. Esta elaboração teórica e moral se encaixava como uma luva para o pensamento burguês e suas necessidades de acumulação de capital. Daí a importância para o capitalismo do contrato livre entre partes formalmente iguais. Toda teoria jurídica posterior vai assentar a legitimidade da propriedade de bens na transferência contratual e na legitimidade originária da aquisição, normalmente um contrato de trabalho. (MARÉS, 2003, p. 25-26)

Para Locke, a propriedade da terra estava diretamente ligada à produção, ou seja, proprietário seria quem a usasse, o capitalismo, no entanto, transformou-a em bem jurídico sujeito a uma propriedade privada e estabeleceu valor de troca. Com o crescimento do capitalismo a terra passou ser mercadoria e passou a reduzir as propriedades comuns de campos e pastagens a proprietários únicos devido a transformação agrária na Inglaterra. Duzentos anos após Locke a terra já era propriedade privada, legitimada pelo contrato e tendo como origem um ato do governo que a cedia ou reconhecia sua ocupação, deixando de ser provedora de alimento para ser uma reprodutora do capital.

A concepção de propriedade atual foi sendo construída com o mercantilismo ao longo de 300 anos. A Revolução Francesa e a elaboração das Constituições nacionais foram marcos jurídicos fundamentais da propriedade moderna. A revolução francesa finalmente fez da burguesia a senhora do poder civil da sociedade.

A partir da Constituição Francesa de 1793 as demais constituições se propuseram a organizar o Estado e garantir direitos. O Estado moderno foi

teoricamente construído para garantir a igualdade, a liberdade e a propriedade. A igualdade se faz essencial para a relação entre homens livres, pois só é válido o contrato entre iguais, sendo necessária a presença do trabalhador livre para a existência do Estado, da propriedade de terras e de outros bens.

3. A RELAÇÃO CAPITAL, TRABALHO E PROPRIEDADE PRIVADA

O anseio impulsionador das principais motivações econômicas da contemporaneidade pode ser sintetizado, grosso modo, como a busca por propriedade privada, expressando a finalidade do agir humano, na qual se imagina constituir o elemento essencial a satisfação da necessidade para a sobrevivência; passando a ser algo naturalizado, e aceito, extraordinariamente, em detrimento de uma ideal legitimidade social.

Assim, a maneira específica de existência na sociedade capitalista consiste na busca privada de propriedade, que consequentemente priva outros indivíduos do usufruto desta mesma propriedade; afastando-se, imensamente, de outras formas de propriedade, como a comunitária, a social, ou mesmo da posse.

Esta forma de propriedade possui, nos dias atuais, uma consolidada legitimidade ideológica; que em essência fica despercebida facilmente esta característica pelo grupo social, que acarreta na escravidão ao consumismo, e no pressuposto de uma possível apropriação legítima privada do trabalho alheio, mesmo com a inexistência de ameaças e coações físicas.

A partir de simples reflexões e observações de fatos que vivemos na sociedade, neste momento histórico contemporâneo, ainda sobre muita influência da herança da modernidade com o surgimento do capitalismo, podemos visualizar a relação existente entre a propriedade privada e o trabalho, na perspectiva do capital. Como por exemplo, no fato de se examinar a relação direta do trabalhador e produção, como expõem Karl Marx:

> O trabalhador fica mais pobre à medida que produz mais riqueza e sua produção cresce em força e extensão. O trabalhador torna-se uma mercadoria ainda mais barata à medida que cria mais bens. A desvalorização do mundo humano aumenta na razão direta do aumento de valor do mundo dos objetos. O trabalho não cria

> apenas objetos; ele também se produz a si mesmo e ao trabalhador como uma mercadoria, e, deveras, na mesma proporção em que produz bens (MARX, 1975).

Esta contradição social, atual, proporciona o entendimento de que o produto, como sendo o objeto produzido pelo trabalho, valoriza inversamente proporcional, em detrimento da vida dos trabalhadores, o mundo das coisas e o poder daqueles que o dominam, em se tratando do fato que as riquezas advindas da produção não são apropriadas por quem as produziu.

Isto ocorrendo devido um processo de alienação provado pelo trabalho, em si, que desencadeia na exteriorização da própria essência humana, onde na produção, o produto, que dela adveio, torna-se um ser estranho e autônomo da própria figura do produtor, sendo a execução do trabalho, concomitantemente, sua objetificação. Aumentando, assim, o poder da coisa sobre o poder humano.

A alienação do ser humano em face de seu produto, ao processo de produção e a si mesmo, interfere diretamente na relação dos homens com os outros homens, pelo consequente desenvolver de uma auto alienação, pois como explica Marx "Toda auto alienação do homem, de si mesmo e da natureza, aparece na relação que ele postula entre os outros homens, ele próprio e a natureza" (MARX, 1975).

Ou seja, por intermédio do trabalho alienado, o trabalhador, externo ao trabalho, origina a relação de um ser não trabalhador, que não participa da produção, com o seu trabalho, que se apropriará do que foi produzido. Surgindo assim a relação do capitalista com o trabalho, onde este obterá propriedade privada, pelo o que foi produzido.

Resultando assim na concepção que "a propriedade privada é, portanto, o produto, o resultado inevitável, do trabalho alienado, da relação externa do trabalhador com a natureza e consigo mesmo" (MARX, 1975).

A propriedade privada reciprocamente é o alicerce e o motivo do trabalho alienado, tão quanto uma consequência deste trabalho, estando em sua essência subjetiva, como uma atividade em si mesma. Pois "o estranhamento e a indiferença dos homens na relação uns com os outros se mostra, portanto, como sendo o fundamento social mais profundo da alienação e não a propriedade privada" (SCHUTZ, 2008).

4. A PROPRIEDADE DA TERRA E O INÍCIO DO LATIFÚNDIO NO BRASIL

Até a chegada dos europeus ao continente americano, a terra era tratada como um bem coletivo pelos nativos, não havia propriedade da terra. A chegada do homem branco em terras americanas foi resultado da expansão do capitalismo comercial europeu. O novo mundo foi dominado por meio de força militar para o controle absoluto da apropriação da terra e de outros bens da natureza aqui existentes.

A Coroa portuguesa possuía o direito do monopólio da propriedade da terra no Brasil. A partir desse direito, os portugueses foram entregando a posse e o uso hereditário da terra àqueles que possuíssem mais recursos a fim de explorar as terras e produzir os bens que o capitalismo comercial europeu necessitava (STÉDILE, 2011).

O sistema de capitanias hereditárias foi a primeira forma de distribuição da terra aplicada pela Coroa. Nesse sistema grandes extensões de terra eram destinadas a membros da nobreza de Portugal ou prestadores de serviços à Coroa denominados donatários. Essas concessões eram dadas em troca de favores e tributos sendo os donatários obrigados a explorar e proteger a terra, tendo o direito de legá-las a seus herdeiros.

> Com o tempo e o aumento da população e, principalmente, depois da instalação da Corte portuguesa no Brasil, em 1808, a extensão das terras concedidas foi diminuindo. No entanto, se mantiveram ainda as proporções gigantescas, se levarmos em conta os parâmetros atuais de propriedade de terra. Em geral, os limites da propriedade eram definidos obedecendo-se apenas a acidentes geográficos, usando-se a légua como medida básica. (STÉDILE, p. 15).

O século XIX foi marcado por grandes transformações sociais no Brasil. A luta dos escravos por liberdade crescia e havia grande pressão internacional pelo fim do tráfico de escravos e libertação dos mesmos. Preocupada com a situação a Coroa legislou o processo de posse, restringindo o acesso à terra e assegurando a disponibilidade de mão de obra, tendo em vista que os escravos libertos permaneceriam nas fazendas como trabalhadores assalariados.

Durante o mesmo período, na Europa, a tensão social se agravava no campo, onde crescia o número de miseráveis compelidos a migrar para a América. O sonho de terem uma nova terra onde pudessem reconstruir sua vida movia-os rumo ao novo mundo.

> Foi nesse contexto histórico-social que dom Pedro II promulgou a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, conhecida como a "Primeira Lei de Terras", que definiu a forma como seria constituída a propriedade privada da terra no Brasil. Essa determinava que somente poderia ser considerado proprietário da terra quem legalizasse sua propriedade nos cartórios, pagando certa quantia em dinheiro à Coroa. Essa lei discriminou os pobres e impediu que os escravos libertos se tornassem proprietários, pois nem uns nem outros possuíam recursos para adquirir parcelas de terra da Coroa ou para legalizar as que já possuíam. (STÉDILE, p. 16)

Essa lei instituiu a propriedade privada da terra no Brasil. Até então a propriedade pertencia a Coroa e ao donatário era cedida a posse da terra, que poderia ser deixada como herança, porém não era permitida a sua compra e venda. A consolidação do latifúndio foi a principal consequência social dessa lei. Os donatários que haviam recebido as sesmarias regularizaram suas posses e asseguraram o domínio da principal riqueza do país: suas terras.

O acesso às terras públicas não se baseou de maneira democrática. Somente poderia ser proprietário de terra aquele que possuísse recursos financeiros para compra-la e legaliza-la perante a Coroa e não quem dela precisasse para seu trabalho e subsistência.

5. A FUNÇÃO SOCIAL DO LATIFÚNDIO

A propriedade privada rural, de grande extensão, também chamada de latifúndio, por sinal nome este nos herdado do latim pela expressão *Latifundium*, possui culturalmente respaldos jurídicos e sociais na sociedade brasileira, historicamente, como apontada anteriormente; entretanto para a propriedade imóvel em geral lhe é imputando uma exigência normativa constitucional de cumprir com sua função social, na qual está elencado no rol das garantias fundamentais, presente no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal.

Esta função social possui advento com o surgimento do ideário de uma ordem fundiária mais justa que consistisse no uso da terra, unido ao momento de implementação do Estado de Bem Estar Social, que se caracterizava pela "regulação da ordem econômica, geração de sistemas previdenciários, e direta intervenção nos contratos, especialmente no de trabalho e nos agrários, que se ligam diretamente à produção e reprodução do capital" (MARES, 2003, p. 86).

Tratando-se de latifúndios ocioso, sem cumprir com essa função, por mais que não sirva ao capitalismo, dificilmente há ou houve obstáculos que ocasionasse risco para os grandes proprietários de terras, pois, principalmente hoje como parlamentares, sempre possuíram poder político e sempre foram parceiros do capital.

A Constituição Federal atribuiu, para as propriedades que não atingisse sua função social, a possibilidade de desapropriação, como estabelece em seu artigo 184:

> **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.

A desapropriação, regulada constitucionalmente, se define como "o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, [...] ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, [...], mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro (MELO, 2004)".

Tal qual para interesse público, a desapropriação ocorre para fins de reforma agrária, sendo esta maneira uma estratégia do capital em ainda manter a integridade patrimonial do latifundiário ao ponto que lhe fornece dinheiro, mediante indenização por meio da ação de desapropriação, para seguir com seus investimentos no mercado.

O Estatuto da Terra de 1964, já no governo de militares, proporcionou uma natureza reformista, quanto a questão agrária, entretanto preservou toda a herança latifundiária de ocupação de terra, mantendo a hegemonia dos valores da propriedade privada em detrimento de questões social.

Este diploma legal, acima citado, estabelece em seu artigo 2º quando, objetivamente, um imóvel rural alcança e desempenha integralmente a sua função social, na qual é assegurado o acesso à propriedade da terra, quando esta propriedade favorece o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores, que nela trabalham; quando mantém níveis satisfatórios de produtividade; quando assegura a conservação dos recursos naturais e quando observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho daqueles que possuem e cultivem a terra.

A produtividade da propriedade é definida pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), através da instrução normativa número 11, de 2003, como aquela que explora econômica e racionalmente atingindo, simultaneamente, Grau de Utilização da Terra (GUT) igual ou superior a 80% (oitenta por cento) e Grau de Eficiência na Exploração (GEE) igual ou superior a 100% (cem por cento).

Cominado com o Estatuto da Terra, a lei 8.629/93, que dispõem sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, elenca os requisitos constitucionais, em seu artigo 9º, para uma propriedade atender a sua função social, na qual é cumprida quando a propriedade, segundo graus e critérios estabelecidos em leis e instruções normativas, atinge aproveitamento racional e adequado, como também utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Os requisitos das normas jurídicas acima, citadas diretamente, não esgotam a concepção, em sentido lato, do que seja função social, pois é insignificante resumir este pressuposto apenas no aproveitamento econômico da terra, em sua mera produtividade, sem observar todo o complexo axiológico, presente na Constituição Federal, que fundamenta a natureza e a necessidade da reforma agrária.

Destarte, o latifúndio, em si mesmo, é improdutivo socialmente, não atinge uma função social, por ser obstáculo para a efetivação de uma justiça social no país e dos direitos humanos, tendo em mente que sempre foi e é árdua a luta pelo direito a morada, a luta pela terra, emperrando a implementação plena de uma reforma agrária, esta sim que proporciona a produção de alimentos saudáveis, distribuição

de renda, geração de postos de trabalho e desenvolvimento econômico e social com sustentabilidade ambiental.

6. CONCLUSÃO

A propriedade da terra, historicamente, no Brasil sempre apresentou problemas, tal qual é constado em muitos outros países, na perspectiva de se demonstrar como obstáculo para o progresso social no satisfatório abastecimento alimentar e na justa distribuição de terra. Isto, devido à existência de latifúndios, resultados pela estratégia exploratória da corte portuguesa.

Entretanto, é reconhecido o valor da função social que o imóvel rural deve atender, desde a implementação ideológica do Estado de Bem Estar Social até nossos dias, assegurado normativamente pela Constituição Federal e demais legislações, podendo ocorre, inclusive, a perda da propriedade.

O latifúndio, em sua essência ontológica, como expressão maior da propriedade privada, que preserva a alienação do trabalho, objetificando o ser humano, no nosso sistema econômico de produção capitalista, mesmo enquadrando-se nos requisitos jurídicos constitucionais, como a produtividade, não atende a sua função social.

Os problemas sociais, ainda existentes neste país, em grande parcela, é provocado estruturalmente pela existência de grandes propriedades de terras nas mãos de latifundiários, que são mínimos quantitativamente; justamente, devido o legado da política exploratória realizada pela corte portuguesa, no que circunda a questão agrária.

O latifúndio concentra renda, não possibilitando amenizar intensas desigualdades sociais, com uma justa distribuição de renda. Como também, não alimenta a população do país, propriamente dito, por existirem para a finalidade de produção de monoculturas e criação pecuarista para a exportação.

Contudo, a abordagem constitucional e normativa que incide sobre a função social da propriedade, bem associada ao aspecto de produtividade, não atende suficientemente os anseios sociais de justiça, ao ponto que existe tutela jurídica para o latifúndio, que atende formalmente esta tida função social, mas ocasiona

problemas sociais, por concentrar renda e preservar a nefasta propriedade privada que aliena o trabalho, objetificando o humano; assim o latifúndio sendo existencialmente improdutivo socialmente.

7. REFERÊNCIAS

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

BRASIL. INCRA. Instrução Normativa n° 11 de 04 de abr. de 2003. Estabelece diretrizes para fixação do Módulo Fiscal de cada Município. **Diário Oficial da União**, n. 74, 16 de abril de 2003, Seção 1, p. 101.

BRASIL. Lei n.º 4504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 30 nov., 1964.

BRASIL. Lei n.º 8629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 25 set., 1993.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Lisboa: Edições 70, 1975.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, J.P.P, MONTEIRO, W.G. A Propriedade e sua Função Social: Uma Visão Contemporânea do Direito Civil Constitucional. **Direito e Dialogicidade.** Crato, CE, v. 4, n. 2, dez. 2013. Disponível em: < http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog>. Acessado em:05 out. 2015.

SCHUTZ, Rosalvo. Propriedade Privada e Trabalho Alienado: desvendando imbricações ocultas. *Revista Espaço Acadêmico,* Porto Alegre, nº 87, Agosto de 2008. Disponível em:

http://www.espacoacademico.com.br/087/87schutz.htm. Acessado em: 08 de set. 2015.

STÉDILE, João Pedro. **Questão agrária no Brasil**. 11ª ed. São Paulo: Atual, 2011.

VICENTINO, Claúdio. **História geral**. 9ª ed. São Paulo: Scipione, 2002.

AS CONTROVÉRSIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

CONTROVERSY THE RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL JUDICIALIZATION

Iuri Gondim Trajano Alcântara Tavares[1]
Francisca Edineusa Pamplona Damacena[2]

RESUMO

Este trabalho analisa o fenômeno da judicialização do direito à saúde sob diferentes perspectivas, com o objetivo de verificar sua legitimidade e identificar as principais consequências na seara política. Para isso, utilizou-se do método dialético, através de uma pesquisa bibliográfica, contrapondo as principais tendências que elencam o debate. Destacou-se a posição ativista dos tribunais e as polêmicas suscitadas a partir desta postura. Se por um lado a atuação do judiciário gera consequências positivas perante as ações individuais levadas à apreciação dos tribunais, por outro lado, o fornecimento de medicamentos ou a concessão de um procedimento médico-hospitalar pressupõe a realocação de recursos não previstos pelo gestor público, que deveriam ser destinados à saúde da coletividade. Conclui-se que embora as decisões judiciais tenham como objetivo promover o acesso à saúde, criam distorções no sistema, aumentando ainda mais a exclusão dos grupos sociais mais vulneráveis.
PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Direito à saúde; Controvérsias.

ABSTRACT

This paper analyses the phenomenon of judicialization of rights to healthcare from different perspectives, aiming to verify its legitimacy and identify the main consequences in politics. For this, we used the dialectical method, through a bibliographic research, contrasting the main trends that we list to debate. It was highlighted the courts' activist stance and the controversies arisen from this stance. On the one hand, the judiciary's performance creates positive consequences face individual actions brought to the appreciation of the courts; on the other hand, the supply of medicines or the granting of a physician-hospital procedure requires the reallocation of resources not foreseen by the public administrator, which should be allocated to health of the community. We conclude that although the court decisions have as objective to promote access to health care, those create distortions in the system, further increasing the exclusion of the most vulnerable social groups.
KEYWORDS: Judicial activism; Right to health care; Controversy.

---

[1] Graduando em direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA
[2] Professora da Universidade Regional do Cariri - URCA.
Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC-PR. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal Ceará - UFC. Diplomada em Estudos Avançados em Direito Administrativo pela Universidade de Santiago de Compostela - USC-Espanha. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representa um marco na política do país. Historicamente, o acesso aos serviços públicos de saúde, eram bastante restritos, destinando-se apenas aos trabalhadores formais, considerados estes os que possuíam carteira assinada. Somente a partir da nova CF/88, o direito à saúde passou a ser considerado como um direito social fundamental de todos.

Na dicção dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, verifica-se uma expressa vinculação dos órgãos estatais na promoção do direito à saúde no país. Portanto, é função do Estado promover os meios necessários para tornar a efetivação deste direito possível, seja por meio da implementação de políticas públicas, pela regulamentação de leis específicas ou até mesmo através de decisões judiciais (LINS e SARLET, 2008, p.2).

Embora seja competência do Estado promover o acesso integral à saúde para a população, na prática verifica-se que não é o que ocorre. Diante da omissão e da insatisfação da coletividade perante os órgãos públicos, vários grupos organizados da sociedade ingressam pela via judicial, objetivando assegurar esse direito.

Sobre as decisões judiciais referentes ao direito à saúde destacam-se as articulações dos grupos organizados da sociedade. Durante a década de 1990, vários movimentos sociais auxiliaram, através de ações judiciais, à nova compreensão do artigo 196, que antes era compreendido como norma programática, passando a ser considerada uma norma de eficácia plena. Isso configura um aspecto positivo da judicialização do direito à saúde (MACHADO, 2008, p.79).

Por outro lado, as decisões judiciais que satisfazem as demandas individuais, muitas vezes pressupõe a realocação dos recursos públicos que já estavam destinados à saúde da coletividade, representando assim um aspecto negativo, por realizar uma micro-justiça ao invés de promover o acesso para todos.

Do exposto, este trabalho analisa os aspectos positivos e negativos da judicialização da saúde, tendo como objetivo verificar a legitimidade do poder judiciário para promover decisões no âmbito do direito à saúde. Serão analisadas as principais implicações decorrentes desta postura dos tribunais, dentro da seara

da política, identificando se, em linhas gerais, a judicialização da saúde é benéfica ou não para a sociedade.

2 O PAPEL DOS PODERES PÚBLICOS NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal assegura a saúde como um direito social de todos e atribui ao Estado a competência de prover a estrutura necessária para que este direito seja exequível de forma igualitária.[3]

Assim, sendo função do Estado, todos os poderes públicos estão comprometidos com a realização deste direito, cada um dentro de suas devidas atribuições. Esta vinculação dos poderes públicos na promoção do direito à saúde remete ao surgimento do Estado social, que exigiu do Estado um comportamento ativo perante a sociedade como instrumento de realização da justiça social[4].

No que se refere à atuação do poder legislativo, destaca-se a importância do princípio da vedação ao retrocesso. Segundo MELO (2010, p. 65), este princípio afirma que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder praticando algum outro ato que prejudique o direito implementado. Desta forma, impede-se que o legislador pratique algum ato contra um direito, sem que haja uma medida que compense o direito violado, de forma adequada.

Dentro da perspectiva do direito à saúde, o princípio da vedação ao retrocesso tem como objetivo proteger este direito fazendo com que o legislador não emita nenhuma lei que venha prejudicar a efetivação do direito em questão. Sobre este assunto, pontua LINS e SARLET (2008, p.1):

> No que tange à atuação do Poder Legislativo, verifica-se a importância do Princípio da vedação do Retrocesso que limita a

[3] O artigo 6º da Constituição Federal trata dos direitos sociais, dentre os quais está inserido o direito à saúde e o artigo 196º pontua que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

[4] A antiga doutrina liberal, que tinha como pressupostos o atrofiamento da atuação estatal e a valorização das liberdades individuais, mostrou-se ineficaz tendo em vista que nem todos os cidadãos possuíam condições de proverem suas necessidades individualmente. Tornou-se necessário ampliar a atuação do Estado abandonando a ideia da não-intervenção e adotando uma dimensão positiva e intervencionista Estado.

> atuação do legislador sem, contudo, desrespeitar a liberdade que a ordem democrática lhe confere. O Princípio tem o condão de proteger a norma constitucional, obrigando o legislador a não emitir leis que prejudiquem a efetivação do direito à saúde, na medida em que não poderá a norma constitucional ser esvaziada pela lei ordinária. Igualmente, não poderá o legislador revogar no todo ou em parte norma infraconstitucional que estabeleceu medidas para a concretização do direito à saúde, visto que permitir tal atuação implicaria uma violação à própria Constituição Federal, bem como o retrocesso na situação da população que já havia alcançado o benefício da efetivação do direito.

Ainda sobre o Poder Legislativo, em linha gerais, cabe ao legislador regulamentar e proteger o direito à saúde, definindo o seu conteúdo conforme os princípios constitucionais que deverão ser observados (LINS e SARLET, 2008, p.2).

No âmbito do Poder Executivo, a viabilização do direito fundamental à saúde ocorre, em regra, por meio da implementação de políticas públicas. No Brasil, a saúde está submetida a um regime jurídico único custeado por todos os entes federados. Esta descentralização tem como objetivo fortalecer os investimentos na respectiva área definindo a competência de forma solidária entre cada ente da federação[5] (LINS e SARLET, 2008, p.2).

Embora esta competência seja solidária entre os entes da federação, a União ainda é o principal financiador da saúde pública no país. Metade dos gastos neste segmento é feita pelo governo federal, sendo a outra metade feita pelos Estados e Municípios[6]. Compete ainda, à União, formular políticas nacionais, mas a implementação destas são feitas pelos Estados, Municípios e órgãos em colaboração com o poder público. Ao governo estadual cabe implementar políticas estaduais organizando o atendimento à saúde em seu território. Já os Municípios são responsáveis pela saúde pública de sua população local. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006).

---

[5] A partir desta descentralização, "foram criadas listagens de remédios escolhidos por técnicos da Administração
Pública com previsão na Lei Orçamentária regulamentadas por Portarias do Ministério da Saúde. Por essa razão, o município sozinho ou mediante consórcio deverá fornecer os medicamentos constantes na lista de sua competência, assim como o estado-membro será responsável pelo fornecimento dos seus, sem embargo da ação conjunta de todos os entes federados sempre que necessária, a fim de se cumprir o disposto no Art. 6º da Constituição Federal" (LINS e SARLET, 2008, p.2).

[6] A Emenda Constitucional 29 estabelece que os recursos da União deverão ser iguais ao do ano anterior, corrigidos pela variação do PIB. Já os Estados e Municípios devem garantir, respectivamente, 12% e 15% de suas receitas para o financiamento da saúde.

Com o pacto pela saúde de 2006 o gestor municipal passou a assumir a plenitude da gestão das ações e serviços de saúde oferecidos em seu território. No caso do município não possuir todos os serviços de saúde necessários para sua população, deverá pactuar com outras cidades da sua região, mediante negociação com o governo do Estado, buscando uma forma de promover um atendimento integral intermunicipal. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006).

No tocante à participação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde no país, cabe uma análise mais específica para lograr os fins objetivados neste estudo. O tópico seguinte abordará o fenômeno da judicialização da saúde com mais detalhes.

3 ASPECTOS GERAIS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No que se refere a participação do Poder Judiciário na construção do direito à saúde no Brasil, destaca-se, primeiramente, a posição ativista dos tribunais e as polêmicas geradas a partir desta postura[7]. A análise de determinadas demandas pelo Poder Judiciário possibilita que este órgão exerça atribuições que, tradicionalmente, eram exercidas pelos outros poderes. Este fenômeno conhecido como Judicialização da política[8] tem gerado inúmeras discussões a respeito da legitimidade destas decisões.

Ocorre que, quando uma lide é levada à apreciação do Poder Judiciário, o magistrado, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, deve analisar o caso concreto e decidir com base no pedido formulado. No caso do direito à saúde, o

[7] "O neoconstitucionalismo provoca a releitura de toda a ordem jurídica. Surge uma nova ótica pautada pelos valores constitucionais. É a chamada filtragem constitucional do direito. Como consequência desse movimento os juristas brasileiros se viram compelidos a administrar novos problemas. Não mais os conflitos de lei, no tempo ou no espaço que eram solucionados com a antinomia, ou seja, com o afastamento de uma lei em proveito da aplicação integral de outra. Ronald Dworkin e Robert Alexy ensinaram que nos casos de colisão entre princípios o questionamento é sobre peso e não validade." (CARLINI, 2010, p.6)

[8] "Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade." (BARROSO, 2012, p.3).

Poder Judiciário tem realizado várias decisões, em muitos casos sobre o fornecimento de medicamentos, gerando consequências ora positivas ora negativas (RIBEIRO, 2015, p.2).

Conforme afirma MACHADO (2008, p.76-80), os vários sujeitos e grupos organizados da sociedade civil, ao utilizarem a via judicial como meio para garantir a efetivação dos seus direitos, o fazem por duas frentes distintas: uma individual e outra coletiva. Nesta perspectiva, a busca pelo direito à saúde tem passado pela atuação de várias instâncias judiciais: Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública. Em menor escala, soma-se a atuação dos escritórios particulares de advocacia.

O Ministério Público, a Defensoria Pública e os escritórios particulares de advocacia atuam como provocadores do Poder Judiciário. O primeiro deles representa os interesses coletivos, enquanto a Defensoria Pública e os escritórios de advocacia representam os interesses individuais.

O Poder Judiciário tem se mostrado mais receptivo às ações que demandam direitos individuais, onde o processo diz respeito à compra de medicamento ou ao pagamento de um procedimento médico-hospitalar, do que nas ações de direitos coletivos, que demandam a interferência da ordem judicial na condução das políticas públicas, o que significaria uma intromissão direta nas atribuições dos outros poderes. O principal instrumento utilizado pelo Poder Judiciário tem sido a liminar tendo em vista que serve para garantir um acesso imediato em caráter de urgência.[9]

Segundo GOUVÊA (2003, p. 4-5) essa tendência atuante dos tribunais é recente. A partir dos anos noventa verificou-se uma frequência cada vez maior de ações judiciais visando o fornecimento de remédios para várias doenças. Inicialmente as ações tratavam quase que exclusivamente para o combate à AIDS

[9] "A estratégia dos sujeitos de garantirem seus direitos recorrendo ao Poder Judiciário tem acontecido, sobretudo, em duas frentes distintas: uma individual e outra coletiva. A busca pela garantia do direito à saúde tem passado pela atuação de diversas instâncias judiciais: o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Além desses, embora em escala reduzida, soma-se a atuação de escritórios particulares de Advocacia. Podemos, considerando a ação de cada uma dessas instituições, distinguir os seus diversos tipos de atuação." (MACHADO, 2008, p.76)

e tinham como fundamento o artigo 196[10] da Constituição, muito embora fossem rejeitadas reiteradas vezes pelos Tribunais que compreendiam que o dispositivo constitucional era uma norma meramente programática. Foi a partir das pressões e dos movimentos das associações de defesa de soropositivos que a norma constitucional passou a ser compreendida como norma de plena eficácia e, posteriormente, foi aprovada a lei nº 9313 que dispõe sobre a distribuição de medicamentos gratuita aos portadores do HIV[11].

Verifica-se, portanto, que o Poder Judiciário, por meio das pressões dos grupos organizados da sociedade civil, passou a atuar de forma mais incisiva adotando uma nova interpretação sobre o artigo 196 que antes era compreendido como mero dispositivo programático. Outrossim, a nova postura dos tribunais, juntamente com os movimentos dos grupos organizados civis, exerceu uma pressão positiva frente aos outros poderes que regulamentaram a lei 9313.

A ampliação do Poder Judiciário sobre estas questões, conforme CAPPELLETTI (1993, p.134), sanam as dificuldades que os outros dois poderes apresentam. Nesta perspectiva, a judicialização da saúde se apresenta de forma positiva.

Entretanto, se o surgimento de uma lei específica sobre o fornecimento de medicamentos deveria significar a diminuição da interferência do Poder Judiciário na área da saúde, observou-se justamente o oposto. Esta mudança do status normativo do artigo 196 impulsionou ainda mais as demandas individuais perante o Judiciário provocando novas decisões e consequências (MACHADO,2008, p.79).

---

[10] "O art. 196 é um daqueles dispositivos da Constituição que, tradicionalmente, seriam considerados meramente programáticos, a despeito de qualificar a saúde como "direito de todos e dever do Estado". Isto porque o termo saúde, à vista de seu caráter genérico, dificulta a definição de um campo preciso de indicação. Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente." (GOUVÊA, 2003, p. 10)

[11] A lei nº 9.313/96 não estabelece distinção econômica entre os portadores do HIV. Todos têm acesso ao recebimento gratuito dos medicamentos. No §1º de seu art. 1º, afirma-se que os medicamentos disponíveis serão aqueles dispostos em lista pelo Ministério da Saúde, devendo ser atualizada anualmente ou conforme novas descobertas científicas surjam.

4 OS PARADOXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Uma das perspectivas que levam à demasiada atuação do Judiciário no âmbito da saúde está relacionada com as diferentes perspectivas acerca do conceito de atendimento integral constante no artigo 198, II da Constituição.

> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

Conforme VIEIRA (2008, p.2), o conceito de integralidade para os tribunais está associado à noção de consumo, ou seja, nessa concepção, o direito à saúde se refere à oferta de medicamentos, sem levar em consideração o caráter fundamental de promoção e prevenção de doenças e agravos. Já na perspectiva do SUS, o sentido de integralidade é outro:

> No SUS, o sentido de integralidade constitui ponto pacífico. Significa empregar os meios necessários para a efetivação do cuidado, como: atendimento médico, exames, internação, tratamento, entre outros. Implica dispor tipos diferentes desses meios segundo o grau de complexidade da atenção à saúde, ou seja, exames para a atenção básica, para a média e alta complexidade; da mesma forma os medicamentos: uso ambulatorial e na atenção hospitalar. (VIEIRA, 2008, p.2-3)

Essa tendência adotada pelo SUS encontra amparo na lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde), que define a integralidade como "como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema." (BRASIL, 1990).

A perspectiva tomada pelos tribunais refere-se, portanto, a uma ótica limitada sobre o direito à saúde. Ao invés de criar meios favoráveis para a coletividade, preza pela realização de micro justiça que visa o atendimento individual de cada cidadão. Esta postura adotada pelos tribunais abrange o acesso a qualquer tipo de tratamento, mesmo aqueles não incluídos nos protocolos clínicos do SUS.

O principal problema das decisões judiciais de fornecimento de medicamentos ou de concessão de um procedimento médico – hospitalar refere-se à utilização de recursos, não previstos pelo gestor público, que deverão ser alocados em razão do cumprimento da ordem judicial expedida. Sobre o assunto CARLINI (2008, p. 2) afirma:

> No âmbito da saúde pública cuja reflexão é objeto deste trabalho, as consequências são aqui classificadas: as de ordem imediata e as de ordem mediata. As de ordem imediata têm sido estudadas face ao impacto das decisões judiciais nos orçamentos públicos dos estados e municípios. Afirmam os gestores públicos da área da saúde que não há peça orçamentária que possa ser administrada de forma racional sendo atingida, sistematicamente, por sentenças judiciais que obrigam o deslocamento de recursos para atender demandas individuais, muitas das quais extremamente custosas, como ocorre com os tratamentos médico-hospitalares e medicamentosos de moléstias raras.

Os recursos que deveriam ser alocados em função da saúde da coletividade, por meio das decisões judiciais, são alocados para atender interesses individuais. Essa tensão entre os limites financeiros do Estado e a necessidade do indivíduo diante da sua enfermidade acaba criando mecanismos que passa a privilegiar somente uma parcela da população: aqueles que têm consciência sobre seus direitos e condições de acesso aos órgãos jurisdicionais. Visando demonstrar em dados os danos que podem ser causados, pontua VIEIRA (2008, p. 03):

> Por exemplo, considere a seguinte situação hipotética, cujo cálculo é muito simples. A prevalência da hepatite viral crônica C no Brasil é estimada em 1% da população em geral. A população brasileira, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), era de 186.770.652 de pessoas em julho de 2006. Portanto, cerca de 1.867.706 delas possuem o vírus da hepatite C por esta aproximação. Supondo-se que o SUS trate 25% (466.927) dessas pessoas com o medicamento interferon peguilhado e como o tratamento deve ser feito com a aplicação de 180 mcg, uma vez por semana durante 48 semanas e, o preço da seringa preenchida de 180 mcg é de R$ 1.107,49, o custo estimando é de 24,8 bilhões de reais. Se esta situação tivesse acontecido, este valor corresponderia a 64% do gasto total executado pelo Ministério da Saúde em 2006 (38.8 bilhões de reais). Ou seja, dois terços do orçamento federal da saúde seria gastos para a oferta de um único produto farmacêutico com cobertura de 0,25% da população.

Desta forma, a visão limitada sobre o acesso à saúde cria distorções no sistema, fazendo com que grande parcela da população, aquela que não tem acesso

a bons advogados ou não tem conhecimento sobre os meios para ingressar em juízo, não tenha o devido acesso ao direito. Cria-se uma lógica reversa, diferente da pretendida, aumentando ainda mais a exclusão dos menos informados e de menor poder aquisitivo (DUARTE e FARIA, 2014, p.12).

Outro ponto contrário às decisões judiciais de fornecimento de medicamentos correlato ao problema da alocação imprevista dos recursos públicos, refere-se à falta de observância do Judiciário das normas já consolidadas, pelas políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, e que disciplinam o acesso à saúde no país. Assim, "a intervenção do Poder Judiciário sem observância às normas consolidadas que disciplinam o acesso à saúde, compromete o esforço do Poder Executivo e a organização legal do Sistema Único de Saúde". (VIEIRA,2008, p.4).

Verifica-se que são vários os desdobramentos causados pela pró-atividade dos tribunais nas decisões referentes à saúde. Seja pela noção equivocada acerca da integralidade dos serviços públicos de saúde, seja pela realocação dos recursos não previstos pelo gestor público, é certo que estas decisões acabam criando uma lógica reversa à promoção da saúde no país, designando vários aspectos nocivos à efetividade isonômica deste direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal, ao prever o direito à saúde como um direito fundamental de todos, atribui ao Estado a competência para criar condições necessárias à sua efetivação. Ante a omissão e insatisfação da coletividade perante os órgãos públicos, vários grupos organizados da sociedade ingressam pela via judicial objetivando assegurar esse direito.

Diante do exposto, verificou-se que o direito à saúde no país deve ser promovido em caráter solidário pelos os entes federativos, cabendo aos municípios zelar pelo direito à saúde local e instituindo, sempre que necessário, parcerias com outros municípios visando suprir possíveis déficits.

Percebeu-se, a partir do texto dos artigos 6º e 196º da Constituição Federal de 1988, que o direito à saúde no país é competência do Estado, devendo este criar

as condições necessárias para tornar a efetivação deste direito possível, seja por meio da implementação de políticas públicas, pela regulamentação de leis específicas ou até mesmo através de decisões judiciais.

Dentro da perspectiva do poder judiciário na promoção do direito à saúde no país, foram identificados vários pontos positivos e negativos. A atuação proativa do poder judiciário serve para fiscalizar os demais poderes na realização de suas atribuições, referentes à promoção e a efetivação dos direitos fundamentais.

Por outro lado, verificou-se que, na medida em que os tribunais concedem liminares para aquisição de medicamentos ou de algum procedimento hospitalar específico, há uma intervenção direta do poder judiciário nas reservas orçamentárias definidas pelo poder legislativo, que deveriam ser investidas na saúde da coletividade. Assim, a realocação de recursos não prevista pelo gestor público cria uma lógica reversa à promoção do direito à saúde, aumentando cada vez mais o déficit orçamentário do sistema público para atender à comunidade em geral.

Compreende-se que a atuação do poder judiciário é paradoxal, tendo em vista os argumentos favoráveis e desfavoráveis acima mencionados. Torna-se necessário que o poder judiciário, ao ponderar e decidir em cada caso concreto, busque sempre tomar decisões sem, contudo, deixar de perceber o problema em suas várias dimensões e consequências.

6 REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Syntheses, 2012.

BARROSO, L.R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.pge.rj.gov.br/sumario_rev63.asp>. Acesso em: 01 ago 2015.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 09 set. 2015.

_____. Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília 20 de set 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 7 ago 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARLINI, Angélica. **A judicialização da saúde no brasil e a participação política na construção de orçamentos**. In: Encontro nacional do conpedi, XIX, 2010. Fortaleza. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3201.pdf. >. Acesso em: 8 ago. 2015.

DUARTE, Fabrício Souza; FARIA, Edimur Ferreira. **A judicialização da saúde e a formulação de políticas públicas**. Minas Gerais, 2014. ISBN 978-85-68147-25-2. Disponível em: < http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=84>. Acesso em 8 ago. 2015.

GOUVÊA, Marcos Masilli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 370, 2003.

LINS, Litiane Cipriano Barbosa. SARLET, Ingo Wolfgang. O papel dos órgãos estatais na concretização do direito fundamental à saúde: uma análise sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado. III Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS. Rio Grande do sul: 2008.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. **Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil**. Ver. Direito Sanitário. vol.9. n.2, p. 73-91. São Paulo: 2008.

MELO, Geraldo Magela. **A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho.** Rev. Tribu. Reg. Trab. 3º Reg, vol.52, n.82, p.65-74. Belo Horizonte: 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Entendendo o SUS**. São Paulo, 2006.

NEVES, DIEMERSON LEONARDO DA SILVA. **Judicialização da saúde: a obtenção de tratamentos pela via judicial**. Barbacena: 2012.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de saúde como um direito fundamental ao cidadão**. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, n. 1, jan./2009, p. 16-35.

_____. **O direito humano fundamental à saúde pública**. Disponível em: < http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2015.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica.** Ciênc. saúde coletiva [online]. 2010, vol.15, n.5, pp. 2405-2414. ISSN 1678-4561.

RIBEIRO, Marcos Wesley Brandinho. **A legitimidade da judicialização da saúde. Instituto brasiliense de direito público**. vol. 2. N. 31, 2015. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/search/titles>. Acesso em: 08 ago. 2015.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. **A intervenção judicial como garantia da efetivação do direito à saúde**: possibilidades e limites no caso dos medicamentos. Direito e Justiça. Vol. 36, n. 1, p. 13-28. Jan./jun. 2010.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais and SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. *Physis* [online]. 2010, vol.20, n.1, pp. 77-100. ISSN 0103-7331.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS**. Rev. Saúde Pública [online]. vol.42, n.2, p. 365-369, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v42n2/6847.pdf.>. Acesso em 08 ago. 2015.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, P. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medica**: distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Rev. Saúde Pública, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

DIREITO AMBIENTAL E SAÚDE PUBLICA: O SANEAMENTO BÁSICO COMO GARANTIA DA SAÚDE AMBIENTAL

Lucas Paoly de Araujo Morais[1]
Newton João dos Santos Sobral Junior[2]
Francisco William Brito Bezerra II[3]

RESUMO

Esse trabalho tem como premissa básica o estudo de como o meio ambiente pode influenciar na saúde de uma determinada região, tanto de maneira positiva como de maneira negativa, observaremos que a manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado tem a capacidade de prevenir várias enfermidades onde o patógeno depende de um determinado tipo de ambiente para infectar a pessoa, iremos apresentar o sistema de saneamento básico como uma das formas eficazes de garantir a sadia condição humana e de como a saúde ambiental está se tornando cada vez mais uma área a ser pesquisada, e de que como o Direito Ambiental deve ser aplicado de maneira interdisciplinar para garantir que o equilíbrio ambiental seja mantido para garantir qualidade de vida para os que residem dentro desse ambiente.
PALAVRAS – CHAVE: Saúde Ambiental. Direito Ambiental. Saneamento Básico.

ABSTRACT

This work has as its basic premise the study of how the environment can influence the health of a particular region, either positively as negative way, we can observe that the maintenance of an ecologically balanced environment has the ability to prevent various illnesses where the pathogen depends on a certain type of environment to infect the person, we will present the basic sanitation system as one of the effective ways to ensure the human condition and sound like environmental health is becoming more and more an area to be searched, and that as the environmental law must be applied and interdisciplinary manner to ensure that the environmental balance is maintained to ensure quality of life for those who reside within that environment.
KEYWORDS: Environmental Health. Environmental Law. Basic Sanitation.

[1] Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio – UNILEÂO.
[2] Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio – UNILEÂO.
[3] Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pelo PRODEMA/UFPBP e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio – UNILEÂO.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

"Esta irmã clama contra o mal que lhe provocamos por causa do uso irresponsável e do abuso dos bens que Deus nela colocou. Crescemos a pensar que éramos seus proprietários e dominadores, autorizados a saqueá-la" (Papa Francisco, 2015). Iniciamos transcrevendo um trecho da Carta Encíclica Laudato Si' do Santo Padre, o Papa Francisco, onde por meio dela, podemos apresentar uma realidade inerente ao ser humano, durante quase toda a passagem do ser humano na terra, nós usamos, abusamos e destruímos a matéria ambiental que nos foi dada, porém, depois de tanto abuso e contaminação a Mãe Terra está mostrando sinais de fraqueza e isso está sendo refletido na saúde em diversas partes do globo.

Utilizaremos o conceito de saúde ambiental retirado da Organização Mundial de Saúde (OMS) onde temos que:

> Saúde Ambiental é o campo de atuação da saúde pública que se ocupa das formas de vida, das substancias e das condições em torno do ser humano, que podem exercer alguma influência sobre a sua saúde e o seu bem-estar. (Brasil – MS, 1999)

Assim sendo, a saúde ambiental é a área de atuação da saúde pública que estuda e trata as questões relacionadas a saúde e meio ambiente é o campo de estudo interdisciplinar que englobam profissionais e estudiosos das mais diversas formações acadêmicas.

Outro encontro importante realizada pela OMS que devemos apresentar é o realizado na cidade de Sofia, no ano de 1993 onde foi apresentado o documento chamado de Carta de Sofia onde dele podemos retirar a seguinte definição sobre saúde ambiental.

> Saúde ambiental são todos aqueles aspectos da saúde humana, incluindo a qualidade de vida, que estão determinadas por fatores físicos, químicos, biológicos, sociais e psicológicos no meio ambiente. Também se refere a teoria e pratica de valorar, corrigir, controlar e evitar aqueles fatores do meio ambiente que, potencialmente, possam prejudicar a saúde de gerações atuais e futuras. (OMS, 1993)

Quando pegamos as duas transcrições apresentadas, podemos separa-las em definições básicas e criar a nossa própria definição, sendo assim temos que Saúde ambiental é o ramo da saúde pública que de maneira interdisciplinar

estudam e atuam dentro da relação de fatores ambientais que influenciam de maneira positiva ou negativa na saúde do homem. Devido a essa premissa de saúde ambiental, podemos apresentar e nos resguardar a apresentar nesse estudo o Saneamento Básico como um dos mais importantes mecanismos garantidores da saúde ambiental.

1. O SANEAMENTO BÁSICO

Esse tópico do estudo será realizado de maneira fragmentada, para que desse modo seja melhor didaticamente absorvido pelos leitores, para que entendam premissas importantes que serão fundamentais para a conclusão que iremos apresentar no decorrer desse estudo.

2. CONCEITO DE SANEAMENTO BÁSICO

Segundo o TrataBrasil "Saneamento é o conjunto de medidas que visa preservar ou modificaras as condições do ambiente com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde (...)". Para a OMS saneamento "(TrataBrasil, 2013) é o controle de todos os fatores do meio físico do homem que podem prejudicar a sua saúde" de uma maneira geral temos que saneamento básico é um dos meios que se utilizam para garantir e preservar a saúde do ser humano.

2.1PRINCÍPIOS DO SANEAMENTO

O saneamento é legislado pela Lei 11.445 de 5 de Janeiro de 2007 e é do seu artigo 2º que vamos retirar os princípios mais importantes para o estudo em questão, devemos salientar que não iremos nos aprofundar no estudo detalhado da principiologia pois não se faz necessário esse estudo para atingirmos o nosso objetivo.

2.2.1 PRINCIPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO

Temos que o saneamento é um dos meios necessários para garantir o desenvolvimento da vida humana. Diante disso é evidente que o acesso ao saneamento é, assim como o meio ambiente, um direito de todos, cabendo ao estado o dever de possibilitar esse acesso de maneira universal, além de instigar a coletividade o deve de atuação, no combate as ações atentatórias, fiscalizando qualquer ausência de atendimento a um saneamento básico de qualidade.

2.2.2 PRINCIPIO DA INTEGRALIDADE

Princípio definido pelo próprio inciso II do Artigo 2º da Lei 11. 445/07, o referido dispositivo apresenta que a integralidade nada mais é do que o conjunto de serviços que formam o saneamento básico, capazes de proporcionar junta a população o acesso e a manutenção de um meio ambiente saudável e de qualidade, possibilitando a coletividade atenção aos seus anseios, bem como suas necessidades, sejam elas pessoais ou coletivas.

2.2.3 PRINCIPIO DA EFICIÊNCIA E SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA

Haja vista que o interesse público exerce papel fundamental no tocante ao estudo do direito ambiental, esse princípio nada mais é do que a obrigatoriedade de se considerar o binômio eficiência e economia. Isso posto, atenta-se que o saneamento deve ser executado de maneira eficaz, ou seja, atingindo a sua finalidade que é a de garantir a saúde pública de qualidade, levado em consideração a consciente sustentabilidade econômica que é o conjunto de práticas que visam o desenvolvimento econômico, preservando o meio ambiente e garantindo a manutenção dos recursos naturais.

Podemos auferir diante disso que o princípio da eficiência e da sustentabilidade econômica cuida que o saneamento deve ser eficiente e preocupando-se ao mesmo tempo com o dever de proporcionar o desenvolvimento,

respeitando o ambiente ecologicamente equilibrado e saudável, que garanta a saúde pública de qualidade.

2.3 SANEAMENTO PARA OS EFEITOS DA LEI

No artigo 3º, I, da Lei 11.445 é apresentado quais são as atividades que formam o saneamento básico no Brasil, atividades essas que temos devidamente descriminadas nos incisos que demonstramos na transcrição do artigo abaixo.

É prudente apresentar que não iremos nos prender especificamente a discriminar e debate do assunto dos incisos que esse artigo representa, visto que esse estudo é de responsabilidade daqueles que pretendem demonstrar o impacto do sistema de saneamento dentro da realidade brasileira, objetivo que não temos nesse estudo, pelo menos não de maneira direta.

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:
>
> I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:
>
> a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
>
> b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
>
> c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
>
> d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas. (Brasil, 2007)

Em concordância com o exposto, temos que saneamento básico são os serviços responsáveis pelo abastecimento de água potável, esgotamento sanitário,

limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo de aguas pluviais urbanas.

Em relação a agua temos uma limitação para o saneamento no seu artigo 4º que afirma que os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico, outra limitação a atividade do saneamento é a presente no artigo 5º da já referida lei que traz o seguinte texto

> Art. 5º Não constitui serviço público a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços, bem como as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador (Brasil, 2007)

Ou seja, ação de saneamento que é realizada por um indivíduo que não depende de terceiro para realizar o serviço ou ações de saneamento privado não constitui saneamento básico para os efeitos legais, sendo assim é de responsabilidade do particular que presta o serviço.

2.4 O TITULAR DO SANEAMENTO

O capítulo II da Lei 11.445 de 2007 é relacionado com a titularidade para o exercício do saneamento o título é composto do artigo 8º até o artigo 13. Porém, para o estudo somente nos atentaremos aos artigos 8º e 10, caput, devido ao fato de se referirem especificamente a titularidade do serviço de saneamento.

Os artigos trazem o seguinte texto:

> Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 (Brasil, 2007).
>
> Art. 10. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. (Brasil, 2007)

Nesse sentido temos que os titulares do serviço de saneamento básico poderão se utilizar do instrumento da delegação para a organização, regulação,

fiscalização e prestação do serviço, nos termos do que trata o artigo 204 da Constituição federal.

Temos também que a prestação do serviço de saneamento básico pode ser realizada por entidade que não faça parte da administração, dependendo exclusivamente que seja celebrado por meio de contrato.

3. SANEAMENTO BÁSICO E SUA RELAÇÃO COM A SAÚDE AMBIENTAL

Diante de tudo que já foi exposto sobre o tema, há uma necessidade de se ligar os pontos que determinaram a importância do Direito ao Saneamento Básico de qualidade, como proporcionador de uma saúde ambiental, em busca de uma sadia qualidade de vida.

Como supracitado na Carta de Sofia, a Saúde Ambiental é o conjunto de aspectos que incluem a saúde humana, e tudo aquilo que venham a proporcionar sua qualidade. Entre esses aspectos geradores, encontra-se o Saneamento Básico, haja vista que em um ambiente ecologicamente equilibrado, proporcionado por um saneamento básico de qualidade, a proliferação de bactérias, vírus, de doenças, ou de seus agentes causadores, vai existir em menor escala.

Desde as épocas mais remotas, já se sabia que elementos, como por exemplo a Água, se poluída com resíduos e/ou dejetos, ocasionaria a transmissão de doenças, onde se buscou em razão de tal fato, a preservação, tratamento e distribuição, bem como o uso consciente da água, no combate tanto a escassez como o uso sustentável. (CAVINATTO, 1992).

É nesse momento que se destaca o papel fundamental do Saneamento Básico na busca de uma vida limpa e sustentável, conforme afirma Cavinatto (1992):

> Evitar a disseminação de doenças veiculadas por detritos na forma de esgotos e lixo é uma das principais funções do saneamento básico. Os profissionais que atuam nesta área são também responsáveis pelo fornecimento e qualidade das águas que abastecem as populações. (Cavinatto, 1992)

Destacando que as doenças humanas são provocadas por microrganismos que parasitando no homem, tornando-o seu hospedeiro, ocasionando uma má

funcionalização do organismo humano, a melhor forma de se tratar tais moléstias é propiciando um ambiente ecologicamente equilibrado e limpo. Com isso, a maneira mais eficiente para se evitar doenças é preocupando-se com uma boa alimentação, a higienização dos locais de convívio social.

Ou seja, o saneamento básico mostra-se como fundamental no combate a proliferação de doenças e na busca de uma conservação dos ambientes de maneira ecológica evitando que sejam despejados resíduos sólidos, bem como o combate os vetores ocasionadores de doenças.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO

Diante da importância singular do saneamento básico, este é considerado como um direito fundamental, haja vista que garante e proporciona uma qualidade de vida tanto a um único individuo, assim com a sua pluralidade que chamamos de coletividade.

Destaca-se o saneamento básico, uma vez que sua atuação está em garantir um mínimo existencial social, ou seja, uma moradia digna e adequada a um ambiente ecologicamente sustentável, além de uma higiene local em todos os seus aspectos.

Regulado pela lei n° 11.445 de 2007, que normatiza sua Política Nacional, o Saneamento Básico está relacionado principalmente com os serviços de água – sua distribuição e seu tratamento -, bem como também o serviço de saneamento prestado pela máquina estatal, naquilo que se refere ao esgotamento sanitário e agua potável, como também a limpeza urbana e despejo de resíduos sólidos, além da destinação sustentável destes e o regular manejo das aguas pluviais urbanas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p.117-118).

Tendo em vista que trata o saneamento básico do tratamento sustentável e consciente da agua, haja vista que este é um elemento que infelizmente encontra-se atualmente em escassez, o saneamento básico torna-se fundamental para a vida humana de qualidade, haja vista que, sem o elemento essencial para a vida, que nada mais é do que o elemento químico H2O (Água), o saneamento básico é inquestionavelmente fundamental para uma digna qualidade de vida e equilíbrio

ecológico, garantindo a todos um direito a vida sustentável, tanto os que vivem, bem como aqueles que ainda venham a viver.

Assim, atua o saneamento básico na tentativa de adequar o combate à pobreza e a degradação do ambiente, numa forma de garantir que os serviços de agua a e esgotos, tidos como fundamentais, sejam eficazes na sua execução, e garantam o respeito à dignidade da pessoa humana (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 117). Ainda afirma Sarlet; Fensterseifer (2011, p. 117), que o saneamento básico "caracteriza-se como um direito e dever fundamental do indivíduo e da coletividade, além de serviço público essencial e, portanto dever do Estado".

Posto as necessidades hodiernas, asseverasse que o meio ambiente equilibrado e sustentável, é fundamental para a vida humana de qualidade, garantindo que o homem posso gozar de seus direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna, ainda como esclarece Bobbio que "o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: como o direito de viver num ambiente não poluído" (Bobbio, 1992).

5. A AUSÊNCIA DE SANEAMENTO BÁSICO E SUA CONSEQUÊNCIAS

É notório que a ausência de saneamento básico provoca o desequilíbrio no ambiente, o que provoca tal consequência na Saúde ambiental. No entanto, tal desinteresse da sociedade na conservação do meio ambiental, infelizmente é fruto do sistema capitalista que reina no meio social hodierno.

Tal sistema ocasiona uma produção desregrada de massas, que muitas vezes não vem a ser utilizadas em sua totalidade pelo seu destinatário final que é o ser humano, ocasionado o acumulo irregular dos resíduos sólidos, provocando um aumento significativo na produção de lixo, conhecido como um dos principais problemas da sociedade contemporânea.

Em razão da falta do saneamento básico, inúmeros são os impactos da ausência destes, afetando principalmente as sociedades mais carentes, em que o saneamento básico não existe nem nenhum de seus aspectos, fruto de um crescimento desenfreado da população, sem nenhum planejamento urbanístico, provocando diversos riscos ambientais, v.g., esgotos a céu aberto.

6. DIREITO A SAÚDE AMBIENTAL

É inquestionável que, mesmo diante de todas as consequências ocasionadas pela falta de estruturação para a proporcionar um saneamento básico de qualidade, o Poder Pública ainda peca no sentido de buscar a melhoria de tal setor, o que prejudica de maneira coletiva toda a sociedade.

O direito a saúde vem determinado no art. 196 da Constituição Federal, onde afirma que:

> "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (Brasil, 1988)

A falta de atenção ao setor da saúde, bem como a falta de políticas públicas no combate da presenção as doenças e proliferação de seus vetores, deve ser remodelo pelo poder público, na busca de sanar tais problemas, bem como incentivar uma participação maior da sociedade, integrando o combate a degradação, e utilização consciente da água.

Vale destacar o papel da saúde pública que nada mais é, segundo PHILIPPI JÚNIOR; SILVEIRA,

> a ciência e a arte de promover, proteger e recuperar a saúde por meio de medidas de alcance coletivo e de motivação da população. Esse conceito é tão amplo e diversificado que engloba a ciência como conhecimento racional humano e, ao mesmo tempo, precisa dos conhecimentos intuitivos e abstratos da arte para a consecução de seus objetivos.(Silveira, 2004).

7. CONCLUSÃO

Conforme todas as afirmações, e tendo em vista a atual situação da população brasileira, não resta dúvida de que o saneamento básico é fundamental para proporcionar uma saúde ambiental digna de ser considerada como um verdadeiramente um direito fundamental, estabelecido pela Constituição Federal.

Deve-se acrescentar ainda que, o população, assim como o Poder Público, devem trabalhar em conjunto, buscando sanar as dificuldades e consequencias de

um desequilibrío promovido pelo crescimento populacional desenfreado, além do inquestionável exodo rural que ainda sobrevive na sociedade contemporánea.

Contudo, o saneamento básico é o melhor caminho para se garantir uma efetivação dos direitos fundamentais, pois, garantindo o meio ambiente ecologicamente equilibrando, limpo e sustentável, poderá se falar verdadeiramente numa efetivação dos essencias direito fundamentais, para garantiar um dignidade da pessoa humana.

Já nos dis a carta constitucional de 1988 que todos tem direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, essencial para a sadia qualidade de vida e esse meio que se baseia no principio do Desenvolviemtno Sustentavel deve organizar três fatores essenciais para o sadio desenvolvimento, são eles a economia, a sociedade e a os direito ambiental, temos que o sanemamento basico instituido pelo poder publico é meio eficaz para garantir o desenvolvimento sustentavel de qualquer população.

Com isso, é inquestionavel que deve o poder público, integralmente com a conscientização da população nacional, buscar a prática do saneamento básico, para que a população tenha garantido a seu direito a um ambiente ecologicamento sadio e limpo, o que consequentimento, garantira um equilibrio ecologico, e qualidade digna da sáude ambiental, na preservação de doenças e de seus vetores, garantindo um ambiente agradável a esta e as próximas gerações.

8. REFERÊNCIAS

ACPO. **Saúde Ambiental.** Disponível em http://www.acpo.org.br/saude_amb.htm. Acessado em 09 de agosto de 2015

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998

Brasil. **Lei Nº 11.445 de 5 de Janeiro de 2007**, **Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm acessado em 08 de setembro de 2015

CAVINATTO, V. M. Saneamento básico: fonte de saúde e bem-estar. São Paulo: Ed. Moderna, 1992.

Curitiba. **Vigilância em Saúde Ambiental**. Disponível em http://www.saude.curitiba.pr.gov.br/index.php/vigilancia/saude-ambiental/vigilancia-ambiental. Acessado em 09 de setembro de 2015

EconomiaNet. **Saneamento Básico**. Disponível em http://www.economiabr.net/economia/3_saneamento_basico.html. Acessado em 09 de setembro de 2015

Exame.com. **OMS.** Disponível em http://exame.abril.com.br/topicos/oms. Acessado em 09 de setembro de 2015.

FMABC. **Gestão em saúde Ambiental.** Disponível em http://www.fmabc.br/graduacao/saude-ambiental. Acessado em 08 de setembro de 2015

Helena Ribeiro. **Saúde Pública e Meio Ambiente: Evolução do Conhecimento e da prática, alguns aspectos éticos**. Scielo Saúde soc. vol.13 no.1 São Paulo Jan./Apr. 2004 Disponível em http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v13n1/08.pdf. Acessado em 08 de setembro de 2015

PAHO. **Organização Pan-Americana da Saúde.** Disponível em http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=885&Itemid=672. Acessado em 09 de setembro de 201

PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; SILVEIRA, Vicente Fernando. Saneamento ambiental e ecologia aplicada. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet (Orgs.). Curso de Gestão Ambiental. Barueri, São Paulo: Manole, 2004. pp.19-52

Portal Educação. **Saúde Pública e Meio Ambiente**. Disponível em http://www.portaleducacao.com.br/biologia/artigos/27563/saude-publica-e-meio-ambiente. Acesso em 08 de setembro de 2015

Saneamento Básico. **Saneamento Básico, O Site.** Disponível em http://www.saneamentobasico.com.br/portal/. Acessado em 09 de setembro de 2015

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER,Tiago. Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ENTRE OS ANOS DE 2010 A 2015

PUBLIC POLICY AND FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: A JUDICIAL ANALYSIS AMONG THE YEAR 2010 2015

Roberta Gonçalves Bezerra de Menezes[1]
Luênea Leite de Albuquerque[2]
Francisca Edineusa Pamplona Damacena[3]

RESUMO

As políticas públicas constituem, no cenário brasileiro atual, um dos principais mecanismos capazes de promover e efetivar direitos constitucionalmente positivados. A administração possui a função precípua de criar programas voltados para implantação dos direitos humanos fundamentais e sociais, contudo quando esta se mostra omissa ou ineficaz na realização desse dever surge o fenômeno da judicialização de políticas públicas. O objetivo deste trabalho é realizar uma análise teórica e jurisprudencial sobre as decisões que envolvem políticas públicas proferidas pelo TJCE, utilizando-se como metodologia a pesquisa documental realizada entre os anos de 2010 a 2015 nas revistas de jurisprudências disponibilizadas pelo referido tribunal. Foram analisados um total de 865 decisões, dentre estas, retirou-se para estudo aquelas que versassem sobre a temática das políticas públicas como forma de efetivação dos direitos humanos fundamentais e sociais, afim de entender a postura do TJCE sobre a interversão judicial do campo das políticas públicas, bem como os argumentos e fundamentos adotados. Concluiu-se, que o TJCE vem ressaltando nas suas decisões a competência do judiciário para intervir em campo da administração quando esta não cumprir ou cumprir de forma ineficiente com seu dever, principalmente quando se tratar de questões voltadas para problemáticas sociais que atingem as camadas mais pobres da sociedade.
PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Direitos Humanos Fundamentais. Judicialização

ABSTRACT

Public policies are, in the current Brazilian scenario, one of the main mechanisms to promote and carry out constitutionally positivized rights. The management has the primary function of creating aimed at implementation of fundamental human rights and social

[1]Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri. Bolsista pelo programa PIBIC-URCA. Integrante do grupo de estudos e pesquisas em direitos humanos fundamentais
[2]Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri.
[3] Professora da Universidade Regional do Cariri - URCA.
Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC-PR. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal Ceará - UFC. Diplomada em Estudos Avançados em Direito Administrativo pela Universidade de Santiago de Compostela - USC-Espanha. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

programs, but when it shows missing or ineffective in carrying out this duty arises the phenomenon of public policy legalization. The objective of this study is to perform a theoretical and jurisprudential analysis of the decisions involving public policies handed down by the ECJ, using as methodology the documentary survey of the years 2010 to 2015 in the case law of magazines provided by the court. They analyzed a total of 865 decisions, among them, retired to study those versassem on the subject of public policies as a means of realization of fundamental human rights and social, in order to understand the ECJ stance on judicial interversão the field of public policies, as well as the arguments and adopted fundamentals. It was concluded that the ECJ has been emphasizing in its decisions the competence of the judiciary to intervene in the field of administration when it does not meet or comply inefficiently his duty, especially when dealing with issues facing social problems that affect more layers poor of society.
KEYWORDS: Public policy. Fundamental Human Rights. Legalization.

1 INTRODUÇÃO

As políticas públicas constituem hoje uma das principais formas de promover a efetivação dos direitos humanos fundamentais e sociais. Por meio de programas de Estado ou de governo, elas possuem o objetivo de tratar as demandas da sociedade através de programas e intervenções destinados a atuarem nas mais amplas demandas e problemáticas que surgem da vivência em sociedade.

Essas políticas, entretanto, não refletem atualmente apenas a competência dos poderes executivo e legislativo para sua criação, implantação e efetivação. Este trabalho enfatiza esta terceira etapa que é a da efetivação de políticas públicas, discutindo-se a interferência do judiciário como um dos poderes que, no contexto social hodierno, tem conquistado amplo espaço na discussão desta temática.

O artigo objetivou analisar a presença e interferência do fenômeno da judicialização de políticas públicas no estado do Ceará na busca pela efetivação dos direitos humanos fundamentais e sociais, bem como discutir os aspectos positivos e negativos apontados pela doutrina brasileira.

O fenômeno da judicialização de políticas públicas, ou seja, de levar essas políticas a análise e decisão do poder judiciário, gera uma série de discussões, principalmente, na seara doutrinária. Um dos pontos abordados neste estudo é justamente alguns dos aspectos passíveis de crítica contra a interferência judicial, contudo faz-se necessário uma contraposição com as correntes que apoiam a favor.

Ressalta-se, que a jurisprudência nacional já pacificou o entendimento quanto à legitimidade do judiciário intervir nas políticas públicas garantidoras do mínimo existencial por meio da (ADPF 45/DF), contudo a doutrina ainda discute alguns aspectos que podem ferir princípios constitucionais. Destarte, inicialmente, foi realizada uma revisão teórica sobre o surgimento, conceituação e positivação das políticas públicas no contexto brasileiro, para, posteriormente, analisar o fenômeno da judicialização.

O segundo tópico deste trabalho tratou o tema da judicialização levantando-se duas objeções do doutrinador Luiz Roberto Barroso sobre esse fenômeno. Essas críticas puderam ser discutidas e contrapostas com base na doutrina e nos dados obtidos com uma análise jurisprudencial de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJCE. Esta análise jurisprudencial, em um primeiro momento, visou demostrar quais as temáticas, relacionadas a efetivação de políticas públicas, são levadas a discussão no tribunal cearense.

Constatados os temas de maior relevo nessa temática no estado do Ceará, no tópico a seguir buscou-se analisar a postura do referido tribunal quanto a sua intervenção na efetivação de políticas públicas, para observar se as decisões, em sua maioria, são favoráveis; se defendem a procura da população pelo judiciário para interferir nessas questões; se as intervenções constituem efetivação de direitos coletivos, entre outras questões.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA DIMENSÃO JURÍDICA

Diante das transformações sociais o Estado adquiriu o papel de desempenhar inúmeras funções em favor de promover o bem-estar coletivo. Exemplificando: no século XVIII e XIX, o seu principal objetivo era garantir a segurança pública e a defesa contra ataques inimigos, posteriormente, com a expansão do ideal de democracia, as suas funções alargaram-se, abrangendo diferentes áreas prioritárias como a saúde, educação, meio ambiente, entre tantas outras.

É importante ressaltar que a partir dessas novas preocupações adquiridas pelo Estado, o estudo e a necessidade de implementação de políticas públicas ganharam espaço. Segundo SARMENTO (2006), até então o cenário social estava marcado pelo fenômeno da industrialização, ou seja, por um período que acentuou a exploração do homem, impossibilitando ao modelo de estado liberal presente naquela época propor soluções eficazes para reverter esse quadro de desigualdade social.

Para COMPARATO (2007) a igualdade formal assegurada nas leis não era mais suficiente para equiparar todos os indivíduos de forma efetivamente justa. A realidade de que nem todos, por seus próprios meios, poderiam prover sua subsistência eclodiu já na primeira metade do século XIX. A partir dessa realidade social, surgiram as mais variadas críticas ao liberalismo econômico, abrindo-se espaço para os movimentos socialistas de reconhecimento dos direitos econômicos e sociais.

Neste ponto, inicia-se a discussão entre a intrínseca relação das políticas públicas com o direito. BUCCI (2006) defende a necessidade de compreensão dessas políticas como categoria jurídica surge com a luta pela concretização dos direitos humanos, com ênfase nos direitos sociais. Tais direitos apareceram nos textos normativos a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, adquirindo papéis de direitos-meio, cuja finalidade seria assegurar que todos possuíssem condições de gozar dos direitos individuais.

No Brasil, os direitos sociais são positivados pela primeira vez na constituição de 1934, período este em que a estrutura econômica e social do país passava por profundas transformações. Entre a década de 20 e a de 80 o estado brasileiro deixava de ser considerado rural/agrícola e inseria-se em um modelo industrial. O percentual de 30% da população que vivia na cidade e 70% no campo, inverte-se neste período (IBGE, 2010). A partir dessas transformações, o estado brasileiro adquiriu caráter desenvolvimentista, conservador, centralizador e autoritário.

Não diferentemente do que ocorreu na esfera mundial, o Brasil também necessitou passar por um processo revisional na sua estrutura para poder assegurar direitos sociais e coletivos. As cartas constitucionais seguintes a de 1934

ainda não traziam a força necessária para provocar mudanças para real efetivação dos direitos sociais. Não se pode deixar de reconhecer alguns dos avanços trazidos pelas constituições anteriores à de 1988 como, por exemplo: garantias trabalhistas, assistência aos desamparados, proibição de diferença de salário, direito a saúde, educação gratuita, entre tantos outros.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 com seus capítulos sobre a Ordem Econômica e a Ordem Social, representa o grande marco não só na positivação desses direitos, mas na busca por sua concretização. Segundo BUCCI (2006, p. 10), essa constituição carrega em seu texto os direitos adquiridos com a redemocratização do país, estando sobrecarregada com "as aspirações relativas à superação da profunda desigualdade social produzida ao longo de sua história".

O Estado brasileiro hoje possui como uma das suas funções primordiais promover e proteger direitos que garantam uma existência digna para a população no meio social. Diante disso, a elaboração e execução de políticas públicas é um dos principais mecanismos capazes de promover e assegurar a igualdade de direitos, em especial os direitos humanos (BUCCI, 2006).

Feito um breve relato sobre o nascimento e importância adquirida por essas políticas, parte-se agora para o entendimento do significado de "políticas públicas". Para isso, é importante remeter, como título comparativo, as definições clássicas das escolas europeias e americanas, que muito contribuíram para construção conceitual, acadêmica e sistemática de tais políticas.

As políticas públicas receberam fortes contribuições da escola americana, pois nascem como uma disciplina acadêmica nos EUA, visando romper com o modelo europeu até então preponderante. A doutrina europeia via a criação dessas políticas somente como forma de obrigação ou papel do Estado e do governo, já o modelo americano deu ênfase para as ações governamentais, ou seja, abordava as políticas públicas como um ramo da ciência política e, a partir disso, buscava-se entender por que os governos optam por determinadas ações (SOUZA, 2006).

Segundo VALLE (2011), na escola americana, um dos primeiros textos a serem publicados com um olhar novo a respeito das políticas públicas foi o artigo

de autoria de H. Lasswell[4]. Nesse trabalho, defendia-se a criação de objetivos e métodos para que a ação pública superasse o modelo individualista que havia se formado na sociedade, propondo, assim, que o Estado agisse por intermédio de políticas púbicas. Contudo, essas políticas deveriam ser entendidas em seu aspecto processual e de inteligência: o primeiro é voltado para execução das políticas públicas, enquanto o segundo visa investigar a efetivação destas através da comunicação com aqueles que puderam ter o contato com tais políticas.

A dimensão do processo sobressaiu-se sobre a da inteligência, sendo esse aspecto melhor observado nas escolas subsequentes, como as sinópticas. Essas escolas estabeleceram sistemas e etapas de construção de uma política pública, podendo ser simplificado em seis fases: 1 - reconhecimento do problema (problema); 2 - formação de uma agenda para priorização de ações públicas (diagnóstico); 3 – formulação de política pública para o problema (solução); 4 – escolha da política pública a ser implantada (estratégia); 5 – implementação da política pública eleita (recursos); 6 – análise e avaliação da política pública executada (execução).

D. Easton[5], assim como Lasswell, também ofereceu significativas contribuições para compreensão das políticas públicas, contudo divergia quanto à ênfase dada ao racionalismo por este último. Easton defendia que as políticas públicas corriqueiramente eram influenciadas pelos partidos, mídia e grupos de interesse, fator que atingia diretamente nos seus resultados.

Posteriormente, houve a abertura para o pluralismo como novo meio de estudo e construção de políticas públicas. Aqui, perde-se um pouco a ênfase dada ao processo e entra-se em discussão o aspecto da inteligência, voltando-se, assim, para a avaliação dessas políticas como uma forma de proporcionar uma melhor qualidade da ação pública.

Hoje, no contexto brasileiro, podem-se retirar várias definições de políticas públicas. Para AITH *apud* SILVA (2012, p. 64) é "a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações, comprometida com a

[4] Trabalho intitulado de *"The policy orientation"*, publicado em 1951. Tentou introduz a expressão policy analysis (análise de política pública), ainda nos anos 30, como forma de conciliar conhecimento científico/acadêmico com a produção empírica dos governos e também como forma de estabelecer o diálogo entre cientistas sociais, grupos de interesse e governo (SOUZA, 2006).

[5] Cientista político americano de origem canadense. De 1947-1997 foi professor de ciência política na Universidade de Chicago.

consolidação do estado Democrático de Direito e a promoção e proteção dos direitos humanos". Para COMPARATO *apud* BUCCI (2006, p. 62):

> Política pública aparece antes de tudo como atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes a realização de um objetivo determinado. O que dá unidade à política é, portanto, sua finalidade. Podemos estabelecer, então, que uma só ação governamental não constitui política pública. Do mesmo modo, um único programa não chega a caracterizar uma política pública, sendo preciso o conjunto articulado de programas operando para realização de um objetivo, como partes de um todo.

Já na concepção de BUCCI (2002, p. 239) "políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados". Essa autora também destaca em outra obra que:

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Importante, ainda, diferenciar conceitualmente o que se considera política de Estado e de governo. As primeiras são consideradas como aquelas que devido a sua força e estruturação, conseguem ultrapassar períodos de governo, tornando-se permanente por mais que haja mudança no poder executivo. Já as segundas, são aquelas que não possuem uma durabilidade ampla, pois não resistes a tais mudanças de governo. A grande problemática que se discute hoje relacionada a essa temática consiste no fato de muitos autores considerarem que não deveria existir tal diferenciação, pois o fato dessas políticas atuarem no sentido de melhoria social deveriam constituir-se independentemente se siglas partidárias (GIOVANNI, 2010).

Explanadas as concepções de alguns renomados autores da temática, é importante demostrar o suporte legal das políticas públicas. Encontram-se positivadas nas disposições constitucionais, nas leis, em normas infralegais

(decretos e portarias), por exemplo. BUCCI (2006) mostra como exemplos claros de expressões jurídicas dessas políticas no texto constitucional a lei das diretrizes e bases orçamentárias (LDO), o plano plurianual (PPA) e a lei orçamentária.

A autora também destaca a política urbana (Capítulo II do Título VII da CF), política agrícola e fundiária e da reforma agrária (Capítulo III do Título VII da CF); além do Título VIII Da Ordem Social na Constituição federal, que é ordenado pela *retione materiae* por direitos como seguridade social, educação, cultura, ciência e tecnologia, comunicação, meio ambiente, etc.

Como observado em BUCCI (2006), com todas essas garantias constitucionais, ao direito cabe conferir expressão formal aos interesses sociais por meio de leis, normas, dispositivos fiscais para que a política possa realizar seu plano de ação e atuar revestida do princípio da legalidade. Assim, as políticas púbicas devem estar submetidas às regras do ordenamento jurídico brasileiro, obedecendo aos princípios do texto constitucional, além de possuírem como finalidade o interesse público.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS PRINCIPAIS CAMPOS DE INTERVENÇÕES NO ESTADO DO CEARÁ

A grande discussão atual quanto à temática das políticas públicas é a sua judicialização. Como visto no tópico anterior, essas políticas são consideradas programas de Estado ou de governo que, respaldadas pelo suporte jurídico, devem atuar na efetivação dos direitos humanos fundamentais e sociais. Contudo, quando uma política pública se torna ausente ou insuficiente o judiciário acaba interferindo no campo administrativo o que faz surgir o fenômeno da judicialização (RIBAS *et al*, 2014).

Destaca-se que segundo BARROSO (2009), judicializar significa levar ao crivo do judiciário discussões de largo alcance político e moral, ou seja, não decorrem da vontade do judiciário, mas sim do constituinte, pois surge, principalmente, do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade adotados pelo Brasil. Esta temática acarreta uma série de discussões entre correntes que opinam a favor ou contra essa interferência.

Duas objeções a judicialização podem ser destacadas: riscos para a legitimidade democrática e a capacidade institucional. A primeira refere-se ao fato dos membros do Poder Judiciário não serem agentes públicos eleitos, assim questionando-se a legitimidade para as suas decisões se sobreporem em relação as dos que exercem mandato popular.

A capacidade institucional é o segundo fenômeno destacado. Sendo esta, a determinação de qual poder está mais habilitado a proferir e melhor decisão sobre uma matéria específica, pois em determinadas questões que exijam, por exemplo, certo conhecimento técnico ou científico o juiz de direito pode não ser o arbitro mais apto.

Essas objeções a judicialização ganharam ênfase devido à intensa procura da população pelo judiciário, no intuito de levar ao seu crivo questões de competência administrativas, como a efetivação de políticas públicas. Com base nisso, foi realizada uma pesquisa documental a partir da análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará contidas na Revista de Jurisprudências disponibilizada no site do referido órgão nos últimos seis anos.

Essa pesquisa objetivou analisar quais as temáticas que estavam sendo discutidas no estado do Ceará, em âmbito judicial, relacionadas à efetivação dos direitos humanos por intermédio de políticas públicas. E, assim, tentar responder aos seguintes questionamentos: o judiciário cearense tem interferido em temáticas de competência da administração? Se sim, ele fundamenta suas decisões ressaltando a sua competência com quais argumentos? As temáticas de discussão abarcam campos diversos de conhecimento? Ao longo do trabalho tais questionamentos serão analisados e respondidos.

O período de tempo escolhido para realização da análise refere aos últimos seis anos, pois foi um momento no contexto brasileiro em que as políticas públicas e os direitos humanos ganharam forte notoriedade nos poderes legislativo, executivo e judiciário, acarretando discussões não só de cunho político, mas jurídico e social. A pesquisa ainda se caracterizou como descritiva, uma vez que buscou, após a análise documental e teórica, descrever os dados obtidos adquirindo natureza qualitativa.

A tabela 1 esquematiza as revistas conforme ano de publicação; quantidade elaborada em cada período, com ressalta ao ano de 2015, que até a data da análise só havia sido publicado um exemplar eletrônico da revista; volumes que correspondem a cada ano de publicação; e, quantidade recursos que tiveram como temática as políticas públicas e os direitos humanos fundamentais.

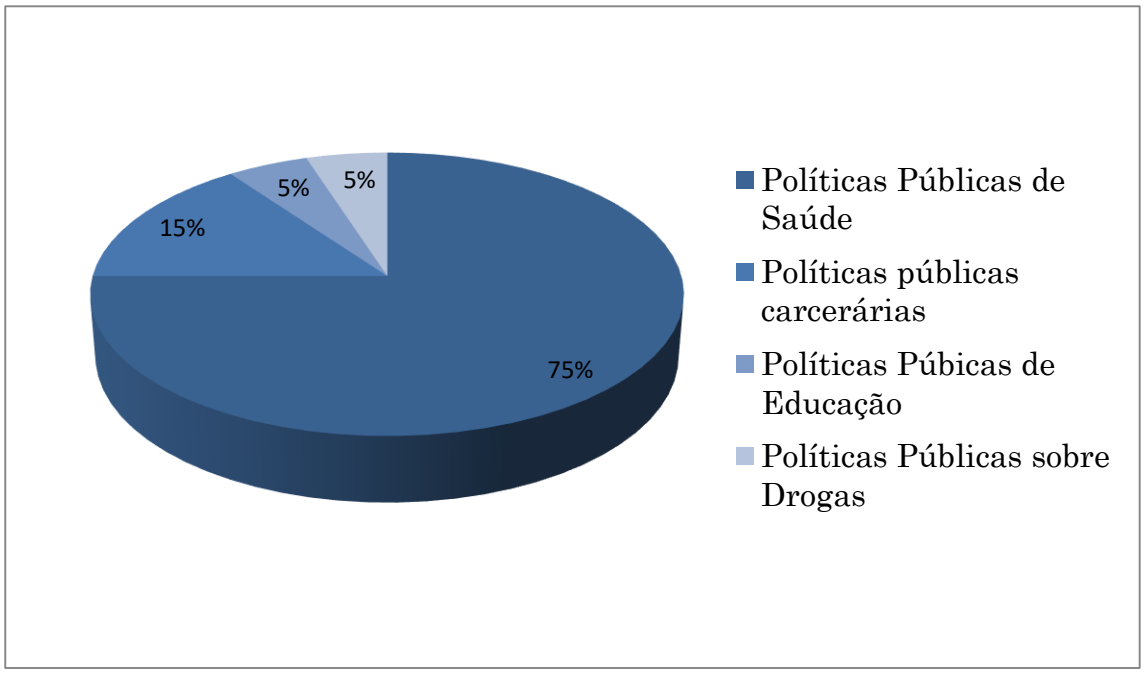
Tabela 1 – Esquematização das Revistas de Jurisprudências do TJCE

ANO	TOTAL DE REVISTAS PUBLICADAS	VOLUMES	TOTAL DE TEMAS RELACIONADOS A POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS
2010	4	33-36	6
2011	4	37-40	4
2012	4	41-44	3
2013	4	45-48	2
2014	4	49-52	3
2015	1	53	2

Fonte: próprio autor

Dos 865 recursos analisados entre os anos de 2010 a 2015, vinte abordavam especificamente sobre a temática das políticas públicas como forma de efetivação dos direitos humanos fundamentais. Percebe-se da análise do gráfico abaixo, que temáticas e medidas intervencionistas que pertenciam majoritariamente a competência do executivo encontram-se cada vez mais presentes na esfera de tomada de decisões do judiciário, no intuito de tornar efetivas as políticas públicas e atender os anseios da população.

Gráfico 1 – Temáticas relacionadas às políticas públicas e direitos humanos fundamentais identificadas na Revista de Jurisprudência do TJCE



Fonte: próprio autor

Ressalta-se que a população passou a enxergar o judiciário como um meio para se atingir os ideais democráticos positivados pelo legislador na Constituição Federal de 1988. Assim, como se percebe da análise do gráfico 1, temas como saúde, educação, sistema carcerário e combate as drogas encontram-se presentes em decisões que visam assegurar esses direitos sociais, humanos e fundamentais.

As objeções levantadas por Barroso quanto ao fenômeno da judicialização podem encontrar respostas tanto na doutrina como na análise dos dados expostos. Percebe-se que a legitimidade democrática para o judiciário intervir em temas de competência do executivo pode ser justificada a partir do seguinte fundamento:

> A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe

> atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito (BARROSO, 2009, p.11).

Compreendido o vasto campo de demandas que integram as decisões do judiciário, conforme análise do gráfico 1, a segunda objeção que foi levantada por Barroso insere-se neste momento. Como o autor afirmou, o judiciário não é capaz de lidar com todas as formas de conhecimentos técnicos que existem, assim questões estruturais, de planejamento orçamentário e econômicas elaborados pelo executivo e legislativo veem-se atingidas por essa esfera do poder.

Discute-se aqui se existiria uma conflitualidade entre o princípio constitucional da legalidade orçamentária e a intervenção do judiciário para concretização de eventuais políticas públicas que não estejam previstas no orçamento público. Seria o judiciário capaz de obrigar o cumprimento de políticas públicas pela administração? Se sim, o judiciário detém os dados estratégicos e financeiros da administração para compelir tão fato?

Respondendo a esses questionamentos, BORGES (2014) explica que a doutrina majoritária e a jurisprudência vêm firmando entendimento de que a alegação pela administração de inexistência ou exaustão de recursos financeiros deve ser comprovada e, não apenas, fruto de uma alegação genérica.

4 A POSTURA DO TJ-CE FRENTE A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Visto no tópico anterior as principais temáticas levadas pela população ao judiciário no estado do Ceará e entendidas as principais objeções quanto a essa intervenção em campo administrativo, este tópico discutirá as fundamentações adotadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará quanto ao entendimento da judicialização de políticas públicas, bem como ao reconhecimento dessas políticas como forma de efetivação dos direitos humanos.

A título exemplificativo, escolheu-se uma decisão proferida pelo TJCE relacionada à questão do direito à saúde, pois, como observado no gráfico 1, essa consiste em uma das principais demandas da população perante o judiciário. O julgado a seguir mostra como esse tribunal vem fundamentando suas decisões:

> **EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. PACIENTE PORTADOR DE ALERGIA ALIMENTAR MÚLTIPLA. FORNECIMENTO DE LEITE ESPECÍFICO DENOMINADO NEOCATE. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**
>
> 3. O fato de inexistir, nos autos, qualquer comprovação de que o composto nutricional fora requerido e negado pelo Poder Público não tira do Autor o direito de acionar o Poder Judiciário, porquanto não há necessidade de percorrer, tampouco esgotar a via administrativa para que somente então possa acionar a tutela jurisdicional do Estado, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Preliminar de ausência de interesse de agir do autor rejeitada.
>
> 6. A procedência da presente Ação de Obrigação de Fazer não violou o princípio da isonomia, porquanto restou suficientemente demonstrada a indispensabilidade do tratamento solicitado pelo Autor, não se tratando, por conseguinte, de privilégio concedido de forma individualizada em desfavor de outros cidadãos, mas sim de necessidade imprescindível para a sua sobrevivência.
>
> 7. No tocante à aplicabilidade do princípio da reserva do possível, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça é assente no sentido de que o aludido princípio, eminentemente de caráter financeiro, não pode ser obstáculo intransponível para efetivação das garantias constitucionalmente previstas, como a garantia à vida e à saúde. 8. Reexame Necessário e Apelação Cível conhecidos e desprovidos. Sentença mantida *(grifo nosso).*

Diante da fundamentação exposta, três questões merecem ser destacadas para que se compreenda a postura do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará: o momento devido para procurar as vias judiciais, o aspecto coletivo e individual da judicialização e a aplicabilidade do princípio da reserva do possível. Repisa-se que os entendimentos a seguir expostos, não referem-se apenas ao julgado citado, mas sim a um parâmetro linear observado nas demais decisões relacionadas a temática em comento.

A partir dos dados obtidos percebe-se que o TJCE, em suas decisões, reforça a ideia de que não é preciso esgotar as vias administrativas para que possa pleitear tais direitos. Assim, segundo SILVA (2008) impetra-se a ideia de que este poder é

um complementador de políticas públicas e que estará sempre auxiliando na realização dos direitos sociais, sendo assim competente para atuar em tais problemáticas sociais.

Outra questão pacifica entre as decisões do TJCE, referem-se ao fato de que casos isolados, como por exemplo, o fornecimento de medicamentos, não deve ser visto como privilégio concedido de forma individualizada em desfavor de outros cidadãos. Destarte, a doutrina majoritária compreende que mesmo em determinados casos as decisões atinjam diretamente uma única pessoa, deve ser compreendido, mesmo assim, com um direito social e coletivo (LIMBERGER; SALDANHA, 2011).

O último ponto corresponde ao fato do TJCE, considerar em suas decisões, que o princípio da reserva do possível não pode ser argumento para a não aplicação de políticas púbicas que visem garantir direitos básicos como a vida, saúde, entre outros. Como já evidenciado, é entendimento jurisprudencial pacifico que tal alegação de escassez de recursos deve ser comprovada pela administração, e mesmo assim, em casos extremos, não pode deixar de ser fornecido o devido auxílio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetivação dos direitos humanos fundamentais e sociais demandou um vasto período de transformações na sociedade em seus aspectos políticos, econômicos, sociais e jurídicos. Da análise do primeiro tópico deste artigo, observou-se que o estado brasileiro positivou e buscou colocar em prática, efetivamente, tais direitos na Constituição Federal de 1988, não se pode, obviamente, retirar o mérito das constituições anteriores, contudo nenhuma conseguiu abranger um rol tão amplo de garantias.

Constata-se que esta tardia inserção de direitos deveu-se principalmente ao contexto histórico em que o Brasil se consolidou, fruto de inconsistentes períodos que ora garantiam direitos, ora suprimia-os. Entretanto, hoje consolidado como um estado democrático de direito visa efetivar e proteger princípios como: a dignidade

da pessoa humana, igualdade formal e material, promover o bem de todos, entre tantos outros.

Para que esses princípios sejam concretizados, a administração brasileira precisa colocar em prática o rol de direitos humanos fundamentais e sociais presentes na CF/88. Cita-se, a título exemplificativo, direitos como: saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, assistência aos desamparados, entre tantos outros. Como visto, uma das principais formas de concretizar tais garantias é a criação, implantação e efetivação de políticas públicas.

Concorda-se com RIBAS *et al* (2014) que estes direitos não podem ser encarados como simples "líricas constitucionais", isso quer dizer que, quando não há criação de políticas públicas ou quando estas se tornam ineficientes, deve haver consequências para o poder responsável por sua concretização. Assim, cabe ao judiciário o papel de fiscal, por ser o poder está apto a fazer cumprir a constituição.

Devido esse papel adquirido pelo judiciário brasileiro, surgiu o fenômeno da judicialização de tais políticas. Conclui-se, com base nos dados analisados, que apesar da intervenção judicial em campo administrativo ensejar duras críticas não se pode subtrair do cidadão o acesso ao judiciário quando direito seu ou coletivo estiver ameaçado ou lesado, assim como, os poderes do estado devem ser regidos pala teoria dos pesos e contrapesos, não podendo alegar o princípio da reserva do possível quando estiver em questão um direito que garanta o mínimo existencial.

Apesar a judiciaização de políticas públicas sofrer críticas, a doutrina majoritária brasileira vem formando entendimento de que possui mais aspectos positivos do que negativos, sendo cada vez mais necessária. O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará vem firmando suas decisões como poder legitimado a realizar tal intervenção na busca pela efetivação dos direitos. Desta forma, este tribunal vem seguindo o entendimento já consolidado do Supremo Tribunal Federal, quanto à legitimidade constitucional para interferir e realizar controle de políticas públicas.

Conforme verificado, a efetivação, concretização e criação das políticas públicas constituem atividades primordiais da administração. No entanto, sendo o executivo e o legislativo omissos ou ineficazes, compete ao judiciário promover a

efetivação dessas políticas, para, com isso, concretizar os objetivos do Estado Democrático de Direito assegurados na Constituição Federal de 1988.

6 REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In **Seleções Jurídicas ADV**, 2009, p.34-40, Disponível em:< http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em: 10 de ago. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 28 jul. 2015.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas. Bahia: **Redae**, n. 37, 2014, p. 1-36.

BUCCI, M. P. D. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIOVANNI, G. D. Psicologia e Políticas Públicas. Rio de Janeiro: **Jornal do CRP-RJ,** n. 27, 2010. Disponível em:< http://www.crprj.org.br/publicacoes/jornal/jornal27-politicas-publicas.pdf>. Acessado em: 13 de ago. de 2015.

IBGE. Censo Demográfico 2010 - Características Gerais da População. **Resultados da Amostra**. IBGE, 2010. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/cnso2010. Acesso em: 02 de set. de 2015.

LIMBERGER, T.; SALDANHA, J. M. L. A judicialização da política pública e o direito à saúde: a construção de critérios judiciais e a contribuição do supremo tribunal federal. Joaçaba: **Espaço Jurídico**, v.12, n. 2, 2011, p. 283-302.

RIBAS, G. P. P.; SOUZA FILHO, C. F. M. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade,** n. 44, 2014, p. 36-50.

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Fortaleza: **Tribunal de Justiça do Ceará**, vol. 33- 53, 2010-2015- Trimestral, ISSN 2175-0874.

RIBEIRO, P. G. O direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Natal: **Revista eletrônica jurídico-institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, v.2, n.2, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Rogério Luiz Nery. Políticas públicas e administração democrática. Florianópolis: **Sequência**, n. 64, 2012, p. 57-84.

SILVA, Virgílio Afonso. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo a realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2008: 587-599.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. Porto Alegre: **Sociologias**, v.8, n. 16, 2006, p. 20-45.

VALLE, Vanice Lírio. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. **Revista da Faculdade de Direito da UNL**, Coimbra, n. 20-21, 2011, p.185-210.

POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO: CONCEITOS E FUNDAMENTOS

PUBLIC POLICY UNDER THE PRINCIPLED PERSPECTIVE OF LAW: CONCEPTS AND FOUNDATIONS

Ana Elisa Linhares de Meneses Braga[1]
Robson Gomes[2]

RESUMO

Este artigo procurará abordar, de forma clara, o fundamento e o alcance da expressão Políticas Públicas, utilizando-se inicialmente de um debate teórico acerca do tema, elaborando-se um conceito pragmático do termo e utilizando-se como base o conceito das palavras organização estatal, governabilidade, recursos, prioridades, desigualdades (nacionais e regionais), metodologias e estratégias da governança, funções estatais, exercício da cidadania: direitos e deveres, definição de princípios e normas, diferenças, caráter legal e tipos de princípios: dignidade, razoabilidade, proporcionalidade, gestão e soluções de demandas complexas em face da diversidade social e cultural, democracia: participação da sociedade civil no debate da gestão dos recursos e respeito aos aspectos legais, legitimidade, parcerias sociais e de outros setores, acesso democrático das informações. Deste modo, diante dessa análise, o artigo buscará estabelecer os fundamentos, o alcance e a importância das Políticas Públicas como o instrumento das ações do Estado, da gestão dos recursos e da aplicação destes na demanda social.
PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas, Estado, Democracia, Acesso à informação.

ABSTRACT

This article will seek to address clearly, the basis and the scope of public policy expression, using initially a theoretical debate on the subject, elaborating a pragmatic concept of the term and using as basis the concept of the words state organization , governance, resources, priorities, inequalities (national and regional), methodologies and governance strategies, state functions, the exercise of citizenship rights and duties, defining principles and standards, differences, cool character and types of principles: dignity, fairness, proportionality, and management solutions for complex demands in the face of social and cultural diversity, democracy: civil society participation in the discussion of the management of resources and respect for legal, legitimacy, social partners and other sectors, democratic access of information. Thus, on this analysis, it will seek to establish the foundations, scope and the importance of public policies, as the instrument of state actions, resource management and implementation of these social demand.

[1] Mestra e docente do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri - URCA
[2] Estudante do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA

KEYWORDS: Public Policy, State, Democracy, Access to information.

1 INTRODUÇÃO

A metodologia utilizada no presente artigo segue o desafio de concretizar uma multiplicidade de conceitos, incluindo-se as partes integrantes que compõem o termo "Políticas Públicas", considerando-se que a dedicação ao tema faz parte da construção e do reconhecimento textual e prático de um contínuo e diuturno processo evolutivo, de caráter político, acadêmico, legal e social. Neste pensamento, esclarece Bucci :

> As Políticas Públicas constituem temática oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública. Seu campo de interesse, as relações entre a política e a ação do Poder Público têm sido tratado até hoje, na Ciência do Direito, no âmbito da Teoria do Estado, do Direito Constitucional, do Direito Administrativo ou do Direito Financeiro. (...) Não obstante, definir Políticas Públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinaridade (BUCCI, 2013, p. 1).

Desse modo, observar-se-á, ao longo da elaboração do texto, o desenvolvimento de ideias voltadas para a origem, fundamentos e importância das Políticas Públicas, considerando-se que são definidas inicialmente como instrumentos das ações do Estado, exercendo seu "múnus" público e político, no atendimento às demandas da sociedade, cada dia mais complexa, e exigindo do poder estatal mais planejamento, racionalidade, eficiência na aplicação dos recursos submetidos a sua gestão e controle. Neste sentido, afirma DIAS

> O Estado é um fenômeno político que pode ser abordado quanto ao seu aspecto jurídico, sua função de organização social, ou ainda, do ponto de vista administrativo, reduzindo-o à instituição governamental. O Estado é uma entidade politicamente organizada, sendo responsável pela administração de recursos da sua população. É quem deve coordenar os esforços públicos, privados e sociais para o bem de toda sociedade, ou seja, o bem comum (DIAS, 2013, p. 278).

A formação do Estado obedece a critérios legais que estabelecem suas funções, sua organização, o atendimento e a gestão de suas demandas e recursos, bem como suas relações com a sociedade e as instituições.

Seu poder institucionalizado é o instrumento para o cumprimento de suas ações, garantindo-se um controle de correções e avaliações de suas competências. Deste modo, concede-se a esta entidade uma legitimidade de agir no controle de suas atribuições, todavia, garante-se uma participação popular na tomada de decisões, priorizando os interesses e carências sociais. Afirma, nessa direção, DIAS

> As necessidades e os objetivos da Política Pública devem ser identificados através de um processo que permita ampla participação social. A intervenção via Política Pública, em determinada área (saúde, educação, meio ambiente, turismo, etc.), não deve ser uma decisão de cima para baixo e limitada tão somente às expectativas de quem detém o poder político momentaneamente (DIAS, 2013, p.282).

Desse modo, na implementação e efetivação das políticas públicas, é necessária a participação de todos os atores sociais, de todas as instituições responsáveis pela sua gestão, da definição clara e objetiva de seus propósitos, estabelecendo-se mecanismos legais para administração dos recursos, priorizando as reais necessidades da sociedade. Preleciona, ainda neste sentido, DIAS

> O estabelecimento de prioridades, objetivos e metas a serem alcançadas constitui a espinha dorsal de uma Política Pública e sinaliza para toda a sociedade de quais são os parâmetros pelos quais se devem orientar as ações na área. De forma habitual a origem de uma política pública é a agenda pública, ou seja, o conjunto de temas que são objeto de discussão pública (DIAS, 2013, p.282-283).

O tema em debate se apoiará em autores que procuram esclarecer, elucidar, simplificar toda a instrumentalização adequada para a implementação das Políticas Públicas, definindo-as conceitualmente. Todavia, destacando-as diante de outras ações estatais, debatendo seu caráter legal, sua legitimidade, perseguindo sempre o ideal de efetivação e alcance das necessidades reais da sociedade para as quais foram escolhidas.

Discute-se, ainda, o cumprimento da agenda pública cujo debate constitui a origem e o planejamento das atribuições do Estado, em termos de Políticas Públicas, definindo, em linhas gerais, seu caráter político e participativo. Incluindo, nessa toada, no texto, o alcance dos conceitos de Democracia e Soberania, sua relação com os atores envolvidos, seu compromisso para com sua

efetivação, e mais ainda, a aceitação da existência de uma comunidade global que vai mais além da ordem interna.

2 PRINCÍPIOS, NORMAS, CONCEITOS E ORIENTAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Toda comunidade social, ao longo dos tempos, demonstra, em sua trajetória histórica, a necessidade de estabelecer regras que delimitem a convivência, considerando que coexistir, coabitar não é uma tarefa fácil em face da complexidade das relações humanas. Deste modo, afirma Wolkmer

> Toda sociedade tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existencialidade de padrões, regras e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social (WOLKMER, 2004, p.19-20).

Sendo assim, todos os conceitos de regras concorrem para uma necessidade: a de regulamentar conduta, estabelecendo, no grupo social, uma orientação normativa que estabelece a manutenção da ordem, da igualdade, do equilíbrio, sendo instrumentos indispensáveis na vida em sociedade, pressupondo, deste modo, a existência de um ideal comum a ser atingido.

O ordenamento jurídico de todas as sociedades estabelece, em seu corpo normativo, uma variada série de instruções e de regras de comando que vinculam os comportamentos, estabelecendo um padrão único. Considerando a convivência social como um produto de um feixe de uma conduta multifacetária, criativa, produtiva, inserida num processo constante de mudanças, faz-se sentir a necessidade de regulamentação, assegurando-se direitos, deveres, instrumentos de defesa de direitos e uma convivência pacífica e ordeira.

Notadamente, como se disse acima, regras de direito (normas e princípios) constituem-se em um conjunto de imperativos e de diretrizes a serem seguidas, possuindo em sua natureza pontos de convergência e de divergência, entre si, considerando os fins para os quais são propostos. Todavia, as suas peculiaridades não diminuem seu aspecto normativo e de comando, apenas os inserem em cada situação especifica e na sua área de atuação.

Os princípios, pela sua característica ampliadora e criativa, constituem o norte das cartas constitucionais dos Estados Modernos, posto que representam o ponto central do ordenamento jurídico, aceitos como responsáveis pela identidade do sistema, tendo em vista que concedem coerência, unidade e harmonia a todo o corpo de normas, obrigando a todos a sua observância.

Sem cristalizar nem fossilizar o direito, em razão da dinâmica social, os princípios realizam os valores eleitos pela sociedade, possibilitando sua aplicação em qualquer momento histórico, permitindo a constante renovação dos direitos, frutos de relações sociais. As demais normas possuem aplicação diversa, uma vez que necessitam para a sua observância, da existência ou ocorrência de um fato, inseridas em um grau de hierarquia inferior. Porém, com um caráter positivo e normativo, as normas são dotadas de conteúdo explícito e concreto.

Nesse diapasão, os princípios são tão relevantes para a sistemática jurídica que Dworkin procura advogar e reconhecer a tese da equalização do patamar principiológico às normas jurídicas stricto sensu, senão veja-se:

> Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudança adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover o assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio (DWORKIN, 2002, p. 36).

Desse modo, as regras e os princípios são importantes instrumentos para o exercício do direito, pois realizam interesses, mesmo obedecendo à sua existência e aplicação a critérios diferenciados. Porém, oferecem respostas às querelas sociais, posto que são dotados de um caráter impositivo e normativo inquestionáveis. Cumpre relevar, independente de nomenclaturas, aplicação, grau de hierarquia, que princípios e normas têm, em comum, uma finalidade: a pacificação das contendas sociais, a realização e proteção dos direitos e a consequente estabilidade do ordenamento e da sociedade. Esclarecendo, nesta matéria, Breus

> Desse modo, é inquestionável a necessidade de o sistema jurídico ser formado tanto por princípios como por regras, uma vez que cada uma dessas espécies normativas comportam funções diferenciadas no sistema, dando ensejo à criação desse critério denominado funcional (BREUS, 2007, p.95).

É a Constituição Federal, portanto, consagrada como documento introdutório dos valores de ordem superior, a responsável pela aplicação dos princípios inseridos como base do sistema jurídico, posto que são dotados de eficácia e normatividade, obrigando a todos o respeito a sua observância. Mais do que imperatividade, coercibilidade e defesa de direitos é a mencionada Carta, resultado de conquistas sociais, significando em seu preâmbulo a preocupação com a construção de uma sociedade fraterna, justa, pluralista e sem preconceitos.

Assim, pode-se afirmar ser a Carta Constitucional brasileira o documento que reconhece, de forma explícita, a existência e a efetivação dos valores éticos eleitos pela sociedade, dos princípios inerentes à Dignidade da Pessoa contra o aparelhamento de controle das leis e o arbítrio do Estado. O respeito ao princípio da igualdade, não obstante as características que distingam os homens e mulheres entre si, como as de natureza de gênero e culturais, faz parte do Texto Magno, enaltecendo o Princípio da Igualdade material ou Isonomia.

Em interpretação constitucional, a igualdade contemporaneamente pode ser compreendida como a extensão dos direitos dos sujeitos numa dada sociedade, aceitando a premissa de que a promoção à referida prerrogativa da 2ª dimensão fundamental é obedecer às peculiaridades individuais dos cidadãos. Há uma mitigação da igualdade puramente formal. Assevera tal argumento Flávia Piovesan:

> Em suma, ao lado do sistema geral de proteção, organiza-se o sistema especial de proteção, que adota como sujeito de direito o indivíduo historicamente situado, isto é, o sujeito de direito "concreto", na peculiaridade e particularidade de suas relações sociais. No caso brasileiro, o processo de especificação do sujeito de direito ocorreu fundamentalmente com a Constituição brasileira de 1988, que, por exemplo, traz capítulos específicos dedicados à criança, ao adolescente, ao idoso, aos índios, bem como dispositivos constitucionais específicos voltados às mulheres, à população negra, às pessoas com deficiência etc. Consolida-se, dessa forma, tanto no Direito Internacional como no Direito brasileiro, o valor da igualdade, com o respeito à diferença e à diversidade. (...) Na ótica contemporânea, a concretização do direito à igualdade implica a

> implementação dessas duas estratégias, que não podem ser dissociadas. Isto é, hoje o combate à discriminação torna-se insuficiente se não se verificam medidas voltadas à promoção da igualdade. Por sua vez, a promoção da igualdade, por si só, mostra-se insuficiente se não se verificam políticas de combate à discriminação (PIOVESAN, 2012, p. 169-170).

Como se pode ver, há inúmeras variáveis conceituais para a efetivação das Políticas Públicas, sendo importante destacar os princípios contidos na formação histórica do Estado Constitucional. Constituindo-se, assim, a sua observância à base de um sistema mais humano, vinculando o espírito de legalidade ao incentivo à participação da sociedade que, desta forma, facilitará a execução dos objetivos almejados pelo Estado na implantação de suas políticas, estabelecendo um canal de negociações que ampliará a gestão dos recursos e tornando-as mais legitimas.

3 PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA ORDEM DEMOCRÁTICA, DA SOBERANIA E SUAS RELAÇÕES COM A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Num modelo de Estado Democrático de Direito, o Princípio da Legalidade é responsável por manter a ordem nas relações entre o Estado, suas Instituições e os particulares, limitando comportamentos, liberdades, assegurando direitos, atribuindo-se obrigações, e, sobretudo, sendo instrumento de contenção de injustiças e contra o arbítrio do próprio Estado.

Suscita-se, aprioristicamente, que o Princípio da Legalidade pode ser dissecado sob dois aspectos: o do indivíduo, sujeito o qual pratica todos os atos que não são proibidos legalmente, havendo a consagração do Princípio da não contradição; e o do Estado, entidade a qual só pode agir nos casos permitidos pelo ordenamento posto, surgindo o Princípio da Subordinação.

Por isso, a Constituição Federal de 1988 expressa, em seu art. 5º, inc. II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Quanto à legalidade do sujeito estatal, podendo ser nomeada como administrativa, discorre, com clareza que lhe é peculiar, Celso Antônio Bandeira de Mello

> A Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer

> que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir um regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar (MELLO, 2005, p. 87).

O Princípio da Legalidade é uma ferramenta para frear os desmandos arbitrários estatais como forma de superação do Absolutismo monárquico vivenciado, no qual havia o cerceamento das liberdades individuais empreendido por um soberano monopolizador. Assim, em consonância com os dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), encontram-se os ensinamentos de um dos maiores administrativas brasileiros, o Hely Lopes Meirelles, ei-los

> A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37) significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 1993, p. 75).

A lei é, portanto, neste sistema, o instrumento do exercício do Princípio da Legalidade, compreendido com um preceito de ordem geral, vez que vincula a todos, emanada de um poder competente cuja representatividade o torna legitimo, aprovado através de um processo inerente a sua atribuição, e, acima de tudo, respeitando-se o consenso social e o interesse público. Neste pensamento, explica Breus:

> Ao tempo do Estado de Direito, como decorrência da busca pela submissão do poder do soberano à Legalidade, houve o delineamento do Direito Administrativo, que se constitui como o ramo jurídico voltado à proteção dos cidadãos em face dos poderes despóticos, assim como relacionado à disciplina jurídica dos fins do Estado, que se subsumiam à rubrica do interesse público (BREUS, 2007, p.105-106).

Para deixar claro o alcance do" interesse público", que mais tarde será um critério para conceituar as Políticas Públicas, adicionando-se à participação efetiva na proposição de interesses sociais, tornando as ações estatais mais legitimas, esclarece, ainda, BREUS

> Fundamentalmente, o Direito administrativo moderno se alicerçou sobre duas ideias fundamentais que constituíam o seu escopo: (i) a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, da qual se erigiu o princípio da legalidade e (ii) a necessidade de satisfação das necessidades e interesses coletivos, cuja implementação dependia

> da outorga à Administração Pública de prerrogativas e privilégios próprios. Dentre esses privilégios, caberia à Administração a possibilidade de escolha de quais necessidades coletivas e quais interesses públicos deveriam ser satisfeitos, sendo que, após terem sido eleitos, a sua realização não poderia ser objeto de transigência, pois estaria no âmbito de comprometimento (das sujeições) da Administração Pública (BREUS, 2007, p.106).

Deste modo, cabe a reflexão entre a legalidade, a legitimidade em atendimento à necessidade da participação popular nos grandes debates e planejamentos dos recursos estatais e sua aplicação em beneficio e atendimento do bem comum. E, na ausência desse quórum deliberativo, em face da representação política inadequada, pode-se estabelecer um traço inconfundível nas sociedades modernas, a crise de representatividade, chegando-se a identificar o Princípio da Ordem Democrática como um valor demagógico.

Em razão da complexidade da comunidade social, suas relações, recheadas de novos e urgentes direitos, sua ligação com outros povos e o desenvolvimento de relações surgidas a partir do avanço tecnológico e a nova realidade econômica e mundial, acabam por reformular velhos e tradicionais conceitos de Soberania, Democracia, proteção aos serviços internos e estratégicos. Passando a substituí-los, nesse cenário, por uma política de resultados e de aplicação célere dos bens e recursos que se encontram sob a guarda da gestão estatal e protegidas sob o manto da legalidade.

Como explica Bucci (2007, p.89): "O instrumental jurídico de análise centrado na norma e no ordenamento jurídico não é o mais adequado para captar o caráter eminentemente dinâmico e funcional das Políticas Públicas".

É imperioso relatar que a política de resultados tem uma destinação especifica que é o atendimento ao bem comum, e, em face disso, os procedimentos legais e burocráticos funcionam como entraves à concretização do direito e de suas respostas. Porém, a rapidez e a celeridade são alcançadas quando a urgência do caso requer, por exemplo, no caso de dispensa de licitação, em situações de emergência.

Dessa forma, o debate sobre esses fundamentos das Políticas Públicas, saído do cenário de outras ciências, é relativamente novo, o que demonstra ainda

um caminho e uma trajetória de conceitos ainda a serem concluídos, levando Bucci a esclarecer

> As Políticas Públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há menos de vinte anos, havendo pouco acúmulo teórico sobre sua conceituação, sua situação entre os diversos ramos do direito e o regime jurídico a que estão submetidas a sua criação e implementação (BUCCI, 2007, p. 89

4 A EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO E COMO ESTRATÉGIA DE GESTÃO DE RECURSOS E IMPLANTAÇÃO DE UMA POLÍTICA DE RESULTADOS

Inicia-se a reflexão sobre a eficiência com a coordenação de vários outros princípios cuja existência e conteúdo se aplicam à concretização da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cidadania e do atendimento, desta forma, ao da Dignidade da Pessoa com a adoção de critérios mínimos de planejamento. Adequando-se, nessa empreitada, os resultados aos recursos como uma forma de atender aos objetivos, metas, tendentes a amenizar desigualdades regionais, globais, de gênero, deixando de ser uma política de governo de ações abstratas para ser um conjunto de Políticas Públicas concretas e com uma finalidade predefinida.

A aplicação dos recursos deve obedecer a critérios legais definidos, como planejamento, dotação orçamentária, participação da sociedade exercendo direitos e satisfazendo obrigações. A gestão desses recursos pode estar a cargo do Estado, através de seus programas e ações, bem como de outras instituições que compõem um setor à parte e alternativo. Que é composto, por exemplo, de ONGS, OSCIPS, fundações, etc. dotadas e investidas de caráter público, gozando de legitimidade democrática, concluindo-se pela adoção de parcerias na concretização de direitos e atendimento às demandas de acordo com planejamento constante da agenda estatal.

Ainda no que diz respeito ao Princípio da Eficiência, não basta que se adotem critérios legais que se convertam em legítimos em função da obediência clara e inequívoca de representatividade. É fundamental que se estabeleçam também critérios de escolhas na aplicação dos recursos constantes da agenda pública e do planejamento das ações com o objetivo de atender aos princípios da

razoabilidade, da proporcionalidade, de modo a se adequar o melhor caminho a ser percorrido para satisfação das carências.

Desse modo, sustenta Gabardo (2012, p. 336): "Em nome da Eficiência, o abandono aos princípios é escancarado, com vistas a um pragmatismo de resultados na maior parte somente agradável aos condutores do processo".

Assim, para que uma Política Pública obedeça aos fins para os quais se propõe é necessário obedecer à ordem e à concretude de seu processo que passam por todas as etapas seguintes: 1 – definição clara do objetivo, 2 – planejamento e adequação das metodologias e aplicação dos recursos em face das demandas e carências, 3 – obediência ao caráter legal, à participação popular, 4 – construção da agenda pública, 5 – implantação de mecanismos de avaliação e controle no emprego dos recursos, bem como a obediência ao princípio da eficiência no tocante a uma satisfação da política de resultados.

Reflete-se, pois, como se pode medir a concretude da eficiência em relação às políticas públicas pela existência e representatividade política na aprovação, alcance e avaliação da Política Pública, ou pela concretização dos direitos assegurados pela Política Pública. Pela transparência no uso de seus recursos, pela obediência de seus processos, pelo atendimento à participação popular nas decisões e debate da agenda, ou, ainda, pela satisfação e utilização dos mecanismos de avaliação com o fim de aperfeiçoar meras ações governamentais que se transformaram em Políticas Públicas e de resultados.

5 CONCLUSÃO

Este artigo, cuja metodologia se mencionou no início, procurou, de uma forma sucinta e clara, estabelecer o processo de concretização dos direitos. Utilizou-se de fontes textuais e legais, bem como da conceituação dos termos ligados ao tema em debate, cuja reflexão multidisciplinar oferece uma visão ampliada dos interesses públicos devidamente identificados nas definições e critérios componentes das Políticas Públicas.

O acesso à informação chega a dotar a sociedade da instrumentalização necessária para cobrar sua participação efetiva na discussão e construção de uma

agenda estatal. Com o devido planejamento e gestão dos problemas, a partir do diagnóstico que identifique e priorize demandas da coletividade, uma Política Pública se concretiza em satisfação e eficiência. Todas as etapas de seu processo de construção racionalizam a aplicação dos recursos e atinge as metas e objetivos para os quais foi idealizada.

O Estado, compreendido como a totalidade da sociedade política, e o governo cuja função se refere à organização do poder a serviço das atribuições estatais, são os instrumentos necessários para a administração dos bens para a produção e o atendimento às demandas, coordenando e direcionando de forma a obedecer ao planejamento e ao atendimento da satisfação dos interesses da comunidade social a partir do acesso às informações no tocante à limitação dos recursos e sua aplicação.

Seguindo essa linha de pensamento, pode-se compreender que o Estado Democrático de Direito, reforçado sobremaneira pela ordem constitucional, oferece inúmeros instrumentos de duas facetas, quais sejam: a cidadã, fornecendo ferramentas capazes para a busca pela efetivação dos direitos essenciais básicos, como saúde, educação, transporte etc.; e governamental, com as suas devidas limitações, dispondo liberdade para atuar interna ou externamente ao Brasil, mas para este auferindo benefícios de caráter jurídico ou econômico.

Assim, numa visão ampliada do cenário democrático constitucional, um dos principais fundamentos a ser concretizado por meio das Políticas Públicas é a Dignidade da Pessoa Humana, insculpida como alicerce jurídico na Carta Excelsa de 1988. Percebe-se que as ferramentas estatais socialmente consideradas são a ponte para a efetivação de uma existência digna do cidadão brasileiro.

Nesse desenrolar, a participação no debate e escolhas das demandas que serão atendidas pela implantação dos programas de Políticas Públicas é uma forma de legitimar uma representação formal no exercício do poder estatal e atender conceitualmente, e, de forma pragmática e clara, o real sentido que alcance o espírito democrático. Em face da complexidade das sociedades e suas relações, o órgão planejador das Políticas Públicas tem a necessidade de avaliar as relações, suas carências e realocar os recursos de modo a amenizar as contradições das

relações travadas, visando o equilíbrio social e estatal para o bem de toda a sociedade.

O debate, porém, está ainda a se completar, considerando que essa preocupação, embora fazendo parte da "ordem do dia", ultrapassa as fronteiras internas, incluindo-se, neste sentido, a criação de novos espaços, alterando suas práticas conservadoras e reavaliando o conceito e o alcance da soberania.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 29 ago. 2015.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea.** Editora fórum. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política.** 2 ed. Ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

UM NOVO PARADIGMA AMBIENTAL: O ESTUDO DAS ÁGUAS SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS

A NEW ENVIRONMENTAL PARADIGM: THE STUDY OF THE WATERS UNDER THE FOCUS OF HUMAN RIGHTS

Rárisson Jardiel Santos Sampaio[1]
Ivanna Pequeno dos Santos[2]

RESUMO

Por muito tempo o meio ambiente foi explorado de forma inconsequente, gerando uma perda significativa dos recursos naturais, principalmente dos recursos hídricos. Direito humano fundamental e essencial à vida, a água é um bem cada vez mais escasso, quantitativa e qualitativamente. Porém, muito se tem feito no sentido de mudar essa realidade e o modo de pensar o meio ambiente nos dias atuais. A partir das últimas décadas do século XX, começou-se a se concretizar a ideia de um desenvolvimento sustentável, o qual consiste em um uso consciente dos recursos naturais, visando a garantir o desenvolvimento e, ao mesmo tempo, a disponibilidade desses bens para as presentes e futuras gerações. O ideal do desenvolvimento sustentável influenciou na elaboração de legislações, que buscam conciliar o progresso econômico com a proteção do meio ambiente e de seus elementos. A Constituição Federal de 1988 abriu caminhos ao assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.
PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Água. Desenvolvimento Sustentável. Direitos Fundamentais. Acesso à água.

ABSTRACT

For a long time the environment was exploited in a reckless manner, resulting in a significant loss of natural resources, especially water resources. Fundamental human right and essential to life, water is a growing qualitatively and quantitatively scarce. However, much has been done in an effort to change this reality and the way of thinking of the environment today. From the last decades of the twentieth century began to form the idea of sustainability, which consisted of a conscious use of natural resources, in order to ensure development and at the same time, the availability of such property for present and future generations. Concurrently already employed this concept in the formation of legislation that had the sole purpose to protect and better manage resources from the environment,

[1] Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA; bolsista do PIBIC-URCA; membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais – GEDHUF.
[2] Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; professora assistente do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA; membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais - GEDHUF.

with the ultimate example the Federal Constitution of 1988 and establishes environmental principles, ensures an ecologically balanced environment as a fundamental right.
KEYWORDS: Environment. Water. Sustainable Development. Fundamental Rights. Water access.

1. INTRODUÇÃO

O meio ambiente é o único sistema capaz de garantir o desenvolvimento da vida tal qual conhecemos. Desde a formação da Terra, processos geológicos e físico-químicos foram moldando a superfície e atmosfera do planeta até que este estivesse pronto para comportar o complexo processo de evolução da vida, processo esse que perdura há milhões de anos. Com estimados 4,6 bilhões de anos, em meio a uma vastidão de rochas, poeira e vazio, encontra-se a Terra, que quando vista do espaço mais parece um pálido ponto azul, mas que quando vista de perto, exibe toda a sua exuberância.

O planeta azul – como deveria ser chamado, por ter a sua superfície constituída quase que completamente por água – é dotado de uma fauna imensurável e uma flora abundante nas suas mais variadas formas. Toda essa variedade de vida só é possível graças ao meio ambiente, que é definido como o conjunto das condições biológicas, físicas e químicas nas quais os seres vivos se desenvolvem[3].

Percebe-se então que o próprio conceito de meio ambiente está diretamente relacionado ao desenvolvimento da vida. Seres humanos e demais animais são profundamente dependentes de um ecossistema saudável e equilibrado, para que este seja apto a oferecer os recursos necessários à nossa existência.

Como seres dotados de alta inteligência e criatividade, os humanos deveriam portar-se como os guardiões da natureza, garantindo a todas as espécies uma existência digna, assegurando, assim, a sustentabilidade do Planeta. Todavia, não é o que acontece. Desde que a humanidade aprendeu a dominar os elementos naturais para usá-los a seu favor, iniciou-se um processo desenfreado de

[3]Dicionário Informal: definição de Meio ambiente. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/meio%20ambiente> Acesso em 31 de setembro de 2015.

degradação, sob o pensamento de que os recursos eram infinitos e que a natureza sempre teria mais e mais a nos oferecer. O Homem começou a interferir nos processos naturais.

A falta de compromisso para com o meio ambiente era nítida e costumeira nos séculos passados. O auge desse pensamento se deu no século XVIII, com a euforia da revolução industrial, quando o Homem deu um salto gigantesco na produtividade, o que consequentemente aumentou a exploração de matérias-primas agravando os impactos das atividades humanas sobre a natureza.

Muito se tem debatido acerca do modo como o ser humano vem tratando o seu bem vital – a natureza – e as maneiras pelas quais poderá conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação do ambiente para as presentes e futuras gerações.

Poluição, desmatamento e várias outras formas de degradação ambiental têm castigado o mundo em que vivemos. Desde que o Homem obteve domínio sobre os elementos da natureza, este passou a explorá-la de forma desordenada, fazendo com que hoje sentíssemos as consequências desse tratamento. Essa forma de lidar com a natureza, vêm interferindo na rotina do planeta acelerando alguns processos naturais.

Em virtude de todos os acontecimentos anômalos que vem ocorrendo, surgiu a necessidade de se repensar a conduta humana, de forma a amenizar os impactos causados no meio ambiente, ou até mesmo cessá-los o mais rápido possível, com a esperança de se recuperar os danos. Ações como a Conferência de Estocolmo (1972), ECO 92, Rio +10, dentre outras, exerceram um papel fundamental para voltar a atenção do mundo para os impactos ambientais, incentivando a sociedade a participar de forma ativa na proteção dos ecossistemas.

Um meio ambiente equilibrado e sadio é direito humano fundamental consagrado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, o qual deve ser conservado e protegido para que as presentes e futuras gerações possam usufruir de um meio ambiente sadio e, consequentemente, de uma vida digna.

Contudo, não se pode resumir o meio ambiente a um único bem. Pelo contrário, este se constitui de inúmeros outros elementos, com peculiaridades

próprias que devem ser analisadas sob uma ótica específica, e, portanto, ter uma regulamentação própria.

A água é um desses componentes, podendo-se dizer que é o mais essencial de todos, por ser o fundamento de todas as formas de vida. De forma geral, a água pressupõe vida. Mas de forma específica ela é fonte de saúde e bem-estar, estando, portanto, intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Não diferentemente dos demais recursos naturais, a água sofre com a degradação ambiental, e levanta uma questão alarmante, pois, como recurso finito, uma vez perdido não há mais como recuperá-lo, comprometendo gravemente a permanência da vida humana no planeta, bem como toda e qualquer outra forma de vida existente.

A ação humana acarretou não só uma escassez quantitativa do líquido, mas uma escassez qualitativa, onde boa parte da água doce encontrada atualmente não é potável. Sabe-se que apenas 3% das águas do planeta são próprias para o consumo, estando apenas 1% disponível para o Homem, visto que o restante encontra-se em lugares de difícil acesso, ou estão congeladas nos polos e nos cumes das grandes montanhas. As estimativas para o futuro não são muito animadoras, pois se presume que um terço da população mundial sofrerá com a escassez nos próximos cinquenta anos. É nesse escopo que se situa o presente trabalho, buscando mostrar como a água, enquanto bem ambiental, vem sofrendo com as ações antrópicas e como esse bem escasso torna-se cada vez mais inacessível às pessoas, indo de encontro ao seu direito fundamental de acesso à água potável.

Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho é estudar a água como elemento do meio ambiente e os princípios que a regem, sob o prisma dos direitos humanos fundamentais. Como metodologia, a presente pesquisa é bibliográfica, exploratória e interpretativa, com abordagem de cunho dedutivo.

Assim, primeiramente far-se-á uma breve colocação sobre alguns conceitos gerais do meio ambiente, fazendo uma pequena abordagem histórica sobre os principais acontecimentos que levaram o mundo a uma mudança de paradigma em face de novas políticas de desenvolvimento voltadas para a sustentabilidade.

Subsequentemente, trataremos do direito fundamental da pessoa humana ao meio ambiente equilibrado e sadio, como preza o artigo 225 da Constituição

Federal de 1988, e a responsabilidade do Poder Público e da coletividade para com as futuras gerações. Em seguida, será explorado o contexto socioambiental da água, o seu enquadramento como componente do meio ambiente e, os principais problemas que esta enfrenta.

Por fim, se analisará sumariamente a democratização do acesso à água potável do ponto de vista legislativo, sob a égide da legislação ambiental e dos princípios que a regem. Para este trabalho nos focaremos apenas nas águas doces superficiais, podendo fazer algumas colocações sobre as águas subterrâneas.

2. MEIO AMBIENTE E EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO ECOLÓGICO

O meio ambiente constitui-se bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, conforme expressa o art. 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988, estando este, portanto, incluído no rol de direitos fundamentais. Possui caráter difuso e impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A legislação ambiental define o meio ambiente como sendo "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81). Tem-se que meio ambiente e vida são termos inter-relacionados e interdependentes, pois, uma demanda do outro para que existam ou tenham algum significado.

O meio ambiente não deve ser tratado como algo genérico, ou até mesmo superficial. Este é um complexo sistema dotado de vários outros componentes com características típicas – solo, água, atmosfera, fauna, flora, dentre outros – e que detém regime jurídico próprio de acordo com as suas especificidades. Observa-se então que o campo de estudo do meio ambiente é voltado para um todo (macro bem) e para suas partes específicas (micro bens), e é sobre essa definição que será conduzida esse trabalho, com atenção especial para o micro bem água (GRANZIERA, 2009, p. 7).

Pensar no meio ambiente não era algo muito comum há meio século. Pregava-se que o ser humano poderia usufruir como bem entendesse de tudo

quanto a natureza lhe oferecia, sem a menor preocupação com o futuro. Graças aos esforços de pessoas, organizações e movimentos, esse pensamento hoje é tido como ultrapassado.

Passamos por uma brusca transição no modo de vida e na forma como nos relacionamos com o mundo ao nosso redor. Desenvolveu-se um pensamento holístico, visando efetivar o princípio da dignidade humana para além dos anos e das gerações. Vivemos um período singular na história do pensamento jurídico, com o desenrolar dos direitos fundamentais de terceira dimensão, ou direitos de fraternidade, onde se preconiza uma preocupação maior com o meio ambiente e, por consequência, com o futuro da humanidade.

Juntamente com os direitos de terceira dimensão, desenvolveu-se o Direito Ambiental, um ramo autônomo do Direito, preocupado especificamente com a questão ecológica, dotado de arcabouço jurídico específico. É uma parte recente do Direito, que surgiu em meados do séc. XX, em decorrência da vasta degradação ambiental que ocorria nessa época, buscando uma mudança de paradigma, criando meios legislativos que protegessem o meio ambiente. Granziera (2009, p. 6) define o direito ambiental como:

> "[...] o conjunto de regras jurídicas de direito público que norteiam as atividades humanas, ora impondo limites, ora induzindo comportamentos por meio de instrumentos econômicos, com o objetivo de garantir que essas atividades não causem danos ao meio ambiente, impondo-se a responsabilização e as consequentes penalidades aos transgressores dessas normas. "

Pode-se dizer que a Revolução Industrial do séc. XVIII foi o grande marco do agravamento dos impactos ambientais da atividade humana. Exploração insustentável e outros fatores, como a poluição, foram aos poucos alterando processos naturais, como o aquecimento global, que se intensificou após a enorme quantidade de dióxido de carbono lançada na atmosfera por indústrias e automóveis. Essas atividades perduraram até o séc. XX e levaram ao surgimento de novas doenças, além de poluir boa parte dos recursos naturais outrora disponíveis (GRANZIERA, 2009, p. 21).

Esse cenário levou a uma preocupação maior com a alarmante crise que se estabelecia. Os recursos naturais davam sinais de que logo se esvaeceriam se continuassem a ser explorados de forma não sustentável. Começou a partir daí a

necessidade premente de proteger esses recursos a fim de garantir a sobrevivência das futuras gerações. A responsabilidade do Homem para com o meio ambiente deve ocorrer de forma intergeracional, onde herdamos o mundo, a natureza, dos nossos antepassados e, por conseguinte, tomamos como empréstimo das gerações futuras, cabendo a nós fazer uso dos seus recursos ao mesmo passo em que devemos repassá-los nas melhores condições.

Após vários movimentos ambientalistas reprimindo o modelo vigente de exploração da natureza, a ONU, em 1968 decidiu organizar uma conferência internacional para tratar do meio ambiente. Esse evento ocorreu em 1972, na capital da Suécia. A Conferência de Estocolmo é considerada como um marco na história pelo seu pensamento Econcentrista, ao contrário do pensamento da época da Revolução Industrial. A partir daí foram desenvolvidas inúmeras ações em prol do meio ambiente, além de concretizar o surgimento do Direito Ambiental.

A humanidade demorou quase três séculos para tomar uma atitude concreta, em âmbito mundial, buscando uma mudança do paradigma, a fim de amenizar, ou até mesmo reverter, na medida do possível, os efeitos deletérios causados pelo avanço industrial iniciado no séc. XVIII. O foco principal da Conferência de Estocolmo foi estabelecer a necessidade de assegurar às futuras gerações os benefícios gerados pelos recursos naturais (GRANZIERA, 2009, p. 22-33).

Dez anos mais tarde foi realizada outra conferência, desta vez no Rio de Janeiro, a qual ficou conhecida por moldar ações com o objetivo de proteger o meio ambiente, além de concretizar o conceito de desenvolvimento sustentável. Foi nesse momento que a comunidade política internacional admitiu claramente que era preciso conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a utilização dos recursos da natureza[4]. A Rio-92 foi essencial para a implantação de um modelo que integrasse os meios econômico, social e ambiental. Nessa conferência foi definida a Agenda 21, que consiste em um programa de proteção ambiental para o séc. XXI, que estabelece metas de conservação, preservação e medidas para diminuir o

[4] SENADO. Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx> Acesso em 01 de setembro de 2015.

impacto ambiental. Essa agenda desdobrou-se em Agendas 21 locais, para que os Estados e municípios também desenvolvessem suas metas de proteção e conservação ambiental para o próximo século. (GRANZIERA, 2009, p.48).

Em 2002, se realizou mais uma edição da Conferência Internacional sobre Meio Ambiente, em Johanesburgo, na África do Sul, a Rio +10. A Conferência era uma extensão das demais ocorridas décadas atrás. Teve como intuito tratar do acesso à energia limpa e renovável; as consequências do efeito estufa, conservação da biodiversidade, a proteção e uso da água, o acesso à água potável, o saneamento e o controle de substâncias químicas nocivas. Nota-se que o conceito de sustentabilidade já está amplamente difundido, e buscou-se tratar temas mais específicos. Ao final foram definidas metas para a próxima década, tendo como foco principal a redução da população sem acesso à água potável (GRANZIERA, 2009, p. 49).

O evento mais recente ocorreu em 2012, novamente no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro. A Rio +20 reafirmou os princípios estabelecidos desde as primeiras conferências e teve por objetivo a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável[5]. Abordou como temas principais, a economia verde e a estrutura institucional do desenvolvimento sustentável.

3. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

Um meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui-se como um direito humano e fundamental – lembrando que as expressões "*direitos humanos*" e "*direitos fundamentais*"[5], embora correlatas, possuem significados distintos. *Direitos humanos* se referem aos direitos inerentes a todo ser humano. Possuem caráter indivisível, ao abranger cumulativamente os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais; e caráter universal, pois se aplicam a todos, sem

[5]RIO +20. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/clientes/rio20/rio20/sobre_a_rio_mais_20/sobre-a-rio-20.html> Acesso em 01 de setembro de 2015.

exceção, fundamentados no Princípio da Dignidade Humana. Enquanto que a expressão *Direitos fundamentais* refere-se aos direitos positivados na ordem constitucional de cada Estado. São eles que irão estabelecer os fundamentos, objetivos e valores que servirão de base para ordenamento jurídico (BULZICO, 2009, p. 77).

O Título II da Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece os direitos e garantias fundamentais, que estão dispostos em longos capítulos, sendo eles: (I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; (II) Dos Direitos Sociais; (III) Da Nacionalidade; (IV) Dos Direitos Políticos; (V) Dos Partidos políticos. Entretanto, o Direito fundamental ao Meio ambiente ecologicamente equilibrado não se encontra registrado de maneira expressa em nenhum dos capítulos citados, o que não exclui a sua identidade de direito fundamental.

Os direitos fundamentais dividem-se em direitos formais e materiais. Os formais são aqueles que compõem o rol de direitos escolhidos pelo poder constituinte originário para regrar a base normativa do Estado; se encontram expressos no texto constitucional. Por outro lado, os materiais podem estar dispostos ou não no texto da Constituição como direitos fundamentais. Geralmente decorrem de um princípio fundamental. Neste caso, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado decorre do princípio fundamental da igualdade da pessoa humana. Isso ocorre graças à abertura prevista no § 2º do art. 5º da CF/88, que diz o seguinte: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BULZICO, 2009, p. 173).

A própria Constituição dedica um capítulo próprio para tratar do meio ambiente[6] e faz presente a questão ambiental ao longo de todo o seu texto, inclusive quando dispõe da ordem econômica e financeira, onde estabelece como princípio geral da atividade econômica a defesa do meio ambiente (art. 170, VI).

A doutrina diverge no pensamento acerca da classificação dos direitos fundamentais. Alguns doutrinadores elencam gerações sucessivas de direitos, o

[6] CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VI, Art. 225.

que vai de encontro com a característica da indivisibilidade dos mesmos. Trata-se de uma problemática simplesmente terminológica. Seguiremos aqui a classificação que os definem em dimensões, as quais podem e devem coexistir. São delimitados, portanto, em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, onde tratam respectivamente dos direitos individuais, políticos e de liberdade; dos direitos sociais; e dos direitos relacionados à ideia de solidariedade e fraternidade[7].

O meio ambiente está enquadrado como um direito de terceira dimensão, devido a sua vocação comunitária e titularidade difusa, pois pertence a todos e ao mesmo tempo não é propriedade de ninguém. Entretanto, é muitas vezes tutelado ao Estado o seu gerenciamento, o que ocorre com as águas, como veremos mais adiante.

Portanto, a Constituição impõe ao Poder Público e a coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, segundo o princípio da dignidade humana, de forma que essas gerações também possam gozar de um ambiente saudável que lhes propiciem saúde, bem-estar, vida.

4. ÁGUA COMO BEM AMBIENTAL

Dentre os diversos micro bens que integram o meio ambiente, há de se reconhecer que a água é o mais precioso de todos os bens, por ser imprescindível à vida humana. Ela é provedora fundamental de vida. Não há como argumentar que o direito de acesso à água não é um direito humano fundamental.

Vale ressaltar que a água transcende a ideia de direito humano, pois é essencial de igual forma para a sustentabilidade do meio ambiente e das demais formas de vida. A água é um elemento primordial e essencial ao desenvolvimento da vida.

Contudo, ela vem se tornando cada vez mais escassa. E não só no sentido quantitativo, mas também qualitativamente. O consumo exacerbado, acrescido do

[7] JÚNIOR, J. E. N. D. Gerações ou Dimensões dos Direitos fundamentais? Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750> Acesso em 02 de setembro de 2015.

pensamento exploratório insustentável, acabou por diminuir a disponibilidade de água potável. Os processos industriais e ações antrópicas, como o desmatamento das matas ciliares, também ameaçam parcela significativa desse líquido tão essencial, ocasionando poluição e assoreamento dos rios e de diversos outros corpos d'água.

Grandes centros urbanos, como o Estado de São Paulo, sofrem com a escassez qualitativa de água. Pode-se citar o Rio Tietê que, devido à poluição, encontra-se em situação deplorável, e acaba por se tornar fonte de várias doenças que atingem os habitantes do Estado e, principalmente, da capital; devendo-se, ainda, mencionar o grave impacto ambiental causado pelas suas águas poluídas. Nos trechos mais críticos já não é mais possível encontrar peixes ou outros animais. Problemas como esse afetam diretamente a dignidade humana das pessoas expostas a esse tipo de degradação ambiental, ao passo que o seu direito à saúde é lesado ou, em casos mais extremos, o seu direito à vida.

A poluição das águas não se restringe apenas ao Estado de São Paulo, pelo contrário, esse é um problema cada vez mais crescente no país, que pouco se preocupou com a qualidade de seus rios nas últimas décadas. Detentor de 12% da água doce superficial do planeta, calcula-se que 70% de todo esse potencial hídrico está situado na Região Norte, onde vivem apenas 10% da população. A desigualdade na distribuição desses recursos é um fator de relevância na crise hídrica pela qual o Brasil passa. Cidades que cresceram – e ainda crescem – sem planejamento urbano adequado influenciaram muito no aumento da contaminação das águas. Os aglomerados urbanos passaram a demandar de quantidades de água cada vez maiores, às vezes até superior a capacidade de abastecimento. Semelhantemente, a poluição oriunda das indústrias e dos esgotos residenciais contribui para que a quantidade de água disponível para uso diminua drasticamente.[8]

[8] PLANETA SUSTENTÁVEL. Poluição e desperdício reduzem a água disponível no Brasil. Disponível em: <http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/ambiente/conteudo_345578.shtml> Acesso em 04 de setembro de 2015.

A falta de saneamento é outro fator que tem prejudicado demasiadamente o acesso do povo à água potável. Uma pesquisa realizada durante o fórum "Água: Gestão Estratégica no Setor Empresarial"[9] (2014), pelo Instituto Trata Brasil, em conjunto com o Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável, apontou que apenas 39% dos esgotos são tratados, sendo que mais da metade dos municípios brasileiros não tem rede de esgoto.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) definiu saneamento como sendo "o controle de todos os fatores do meio físico do homem que exercem ou podem exercer efeitos nocivos sobre o bem-estar físico, mental e social". É o conjunto de medidas adotadas em um local para melhorar a vida e a saúde dos habitantes, impedindo que fatores físicos de efeitos nocivos possam prejudicar as pessoas no seu bem-estar físico mental e social. Essas medidas contemplam o abastecimento de água tratada; coleta e tratamento de esgoto; limpeza urbana; manejo de resíduos sólidos e drenagem das águas pluviais, tornando-se, portanto, um serviço essencial para garantir um mínimo de dignidade. (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2014).

O Brasil ocupa o 112º lugar entre 200 países analisados na pesquisa, o que demonstra a precariedade dos serviços de saneamento. A questão do tratamento da água e dos esgotos está diretamente relacionada com o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do país, visto que a má qualidade das águas interfere na saúde dos cidadãos e, consequentemente, na expectativa de vida dos mesmos.

Segundo a pesquisa, o maior país da América do Sul apresenta um Índice de Desenvolvimento do Saneamento de apenas 0,581, (2011) que além de estar abaixo da média de países ricos, ficou atrás também de países do Norte da África, do Oriente Médio e da América Latina, alguns deles com renda média inferior á da população brasileira.

Percebe-se que apesar de toda a mudança de pensamento (global e nacional), voltando-se para a sustentabilidade e para o Ecocentrismo, a água,

[9] TRATA BRASIL: Saneamento é saúde. Saneamento no Brasil. Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil> Acesso em 04 de setembro de 2015.

ainda, é um bem extremamente ameaçado, que sofre intensamente com as alterações adversas do meio ambiente.

A ameaça não se restringe apenas às águas superficiais. Além de possuir o rio com o maior volume de água doce do mundo (Rio Amazonas), o Brasil ainda detém parcela expressiva de um dos maiores reservatórios de água conhecidos no mundo, o Aquífero Guarani. Este possui um volume estimado de 112 trilhões de metros cúbicos, ocupando boa parte do território brasileiro, atingindo ainda o subsolo do Uruguai, Paraguai e Argentina. Pela linha do pensamento sustentável, este deve ser usado como um último recurso, quando as águas superficiais chegarem ao seu extremo em escassez, a fim de garantir a disponibilidade de água necessária para as presentes e futuras gerações. Entretanto, verifica-se a existência de um número crescente de poços artesianos ligados ao aquífero, e a poluição do ambiente na superfície acaba por contaminá-lo nos pontos mais próximos do solo. As águas desses reservatórios, uma vez contaminadas, levariam milhões de anos para se recompor, já que este, além de usar a filtragem natural das rochas, usa as águas provenientes das chuvas para se reabastecer. O mau uso dos terrenos nesses locais de reabastecimento pode prejudicar a absorção de água pelo solo, comprometendo seriamente a disponibilidade de água no futuro.

5. ASPECTOS LEGISLATIVOS NA PROTEÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Como visto, a água enquadra-se entre os bens ambientais – microbem – sendo de igual maneira um direito fundamental humano essencial ao desenvolvimento da vida. Destarte, está incumbido ao Estado o dever de promover a preservação desse recurso e garantir o acesso à água potável de qualidade e em quantidades satisfatórias para uma vida digna.

A fim de democratizar o acesso à água potável, bem como facilitar o gerenciamento dos recursos hídricos, a tutela das águas foi transferida ao Estado. A Constituição Federal de 1988 excluiu qualquer possibilidade de existência de águas particulares, como acontecia no Código de Civil de 1916, e no Código de Águas, (Decreto nº 24.643/34) que foi derrogado pela Lei das Águas (Lei nº 9.433/97). A referida lei disciplinou a dominialidade dos corpos de água entre os

entes federativos atribuindo à União a competência privativa para legislar sobre os recursos hídricos. Todavia, o art. 22, no seu parágrafo único, abriu espaço para que esse direito de legislar pudesse ser delegado aos demais entes da federação.

Por se tratar de bem ambiental, a água logra proteção num contexto mais amplo da legislação ambiental e, de forma mais restrita, das leis que tratam dos recursos hídricos. Comumente usa-se o termo *recursos hídricos* para se referir à água enquanto bem econômico (visto que a própria lei reconhece o seu valor) ou quando usada para atividades geradoras de desenvolvimento, como a produção de energia hidrelétrica. Aqui não faremos distinção entre os termos *água* e *recursos hídricos*, seguindo o que está disposto na Lei nº 9.433/97.

Devido ao caráter geral da água ser ambiental, as legislações que irão dispor sobre a água regem-se pelos princípios básicos inerentes ao Direito Ambiental. Dentre eles podemos citar, como principais: o desenvolvimento sustentável; os princípios da prevenção e precaução; o princípio da cooperação; a reparação integral; e os princípios do poluidor-pagador e usuário-pagador.

O *princípio do desenvolvimento sustentável* originou-se na década de 70 e se consolidou com a Conferência de Estocolmo. Não negligenciando o sistema desenvolvimentista da atualidade, esse princípio assegura que todas as atividades voltadas para o desenvolvimento, seja ele econômico ou social, devem pautar-se na questão ambiental, vislumbrando esse mesmo desenvolvimento para as futuras gerações. Essa é a noção de Sustentabilidade.

Decorrentes desse princípio, ou atrelado a ele, encontram-se os princípios da prevenção e precaução que, apesar da semelhança, não são sinônimos. O primeiro trata de assegurar o desenvolvimento sempre prevenindo danos futuros, buscando conciliar o empreendimento com o mínimo possível de impactos ambientais. Para isso, o *princípio da Prevenção* institui que deve haver uma análise prévia a fim de mensurar o risco de impactos de um determinado projeto ao meio ambiente. Esse princípio está fundamentado no art. 225, IV da CF/88, a qual versa que para assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, incube ao Poder público "exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade".

O *princípio da Precaução* atua conjuntamente, pois, por mais atraentes que sejam os lucros para as gerações presentes, havendo risco, deve-se sempre pensar nas gerações futuras. Granziera discorre dizendo que pela precaução "não se licencia uma atividade, toda vez que não se tenha certeza de que ela não causará danos irreversíveis ao meio ambiente" (2009, p. 57). Logicamente, o meio ambiente nunca poderá ser submetido ao risco, e quando o for, esse terá de ser mínimo e comprovado.

Outro princípio fundamentado na Constituição é o *Princípio da Cooperação*. O art. 23, nos incisos VI e VII, determina que a proteção ambiental, o combate a poluição em qualquer de suas formas, bem como a preservação das florestas, fauna e flora é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou seja, todos os entes federativos deverão cooperar uns com os outros a fim de garantir um bem maior. Esta competência também se estende à coletividade pelo que consta no art. 225 da Constituição Federal.

A *Reparação Integral* procede do inciso VII, do art. 4º, da Lei nº 6.938/81, a Política Nacional do Meio Ambiente. Por esse princípio, entende-se que não se admite que a degradação ambiental permaneça no ambiente, cabendo ao poluidor ou predador, seja pessoa física ou pessoa jurídica, a imposição de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Destaca-se, em matéria ambiental, os princípios do p*oluidor-pagador* e u*suário-pagador*. De antemão vale ressaltar que nenhum deles tratam de proteção à qualquer tipo de poluição ou mau uso dos bens ambientais, inclusive a água.

A Lei nº 6.938/91 define poluição como a degradação da qualidade ambiental que, direta ou indiretamente prejudiquem à saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a "biota" (conjunto de seres vivos de um determinado ambiente); afetem às condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; ou lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (art. 3º, III). A referida lei define poluidor como "a Pessoa Física ou Pessoa Jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, IV).

O poluidor-pagador é aquele que irá arcar com os custos relativos às medidas de prevenção e luta contra a poluição, como um ônus social, ou seja, se está poluindo, deverá indenizar a sociedade pelos danos causados ao seu patrimônio, podendo responder civil, penal e administrativamente caso haja poluição. Consiste no princípio em que o empreendedor, por exemplo, deverá investir ao máximo para que não cause poluição e se, mesmo assim, ainda houver, este ficará sujeito às responsabilidades fixadas em lei (GRANZIERA, 2009, p. 65).

O princípio do usuário-pagador encontra fundamento também no art. 4º, VII da Lei nº 6.938/81, onde está expresso que impõe-se ao usuário uma contribuição pelo uso de recursos ambientais com fins econômicos. Como exemplo claro desse princípio, temos a Política Nacional de Recursos Hídricos, que institui a cobrança pelo uso dos recursos hídricos como um de seus instrumentos. A cobrança tem finalidade educativa e de preservação, ao passo que objetiva levar aos usuários o conhecimento do real valor da água, não só como valor econômico, mas como um bem ambiental essencial. Por outro lado apresenta caráter de conservação desse recurso, pois é constatado que bens gratuitos tem mais facilidade de serem desperdiçados (art. 5º, IV, Lei nº 9.433/97).

A cobrança é decorrente da outorga, sendo que aqueles casos que forem considerados insignificantes, dispensando a outorga, estarão também dispensados da cobrança pelo uso dos recursos hídricos, resguardando, assim, o direito fundamental de acesso à água.

6. CONCLUSÃO

O meio ambiente, por muito tempo, foi vítima de agressões incessantes, como um ser mudo e indefeso. A sua publicização trouxe muitos avanços para garantir que fosse protegido e melhor gerenciado. O surgimento de legislações cada vez mais preocupadas com a questão ambiental culminou na promulgação da Constituição Cidadã, a qual dedicou um capítulo inteiro para o tema, além dos diversos artigos ao longo do seu texto, tratando deste conteúdo, consagrando-o como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

A água, como bem ambiental, econômico e social, também é compreendida como um direito humano fundamental, devido a usa importância para os seres vivos, para o desenvolvimento humano e para o próprio meio ambiente. Portanto, a garantia de acesso à água potável é essencial e direito humano fundamental, reconhecido pela ONU e, formalmente, pela Constituição.

O pensamento ecológico, ou ecocentrista, evoluiu muito nas últimas décadas, despertando a sensibilidade das nações para com o meio ambiente. A sua proteção, bem como a proteção dos microbens que lhe integram tornou-se uma questão vital. A água, em especial, submeteu-se a uma mudança no seu regime de uso e gerenciamento. Sob influência do conceito de sustentabilidade, cada vez mais disseminado após a Conferência de Estocolmo (1972), o Brasil estabeleceu, em 1997, uma política de recursos hídricos que assegurava o acesso à água potável como um direito humano detentor de prioridade entre os múltiplos usos da água.

Percebe-se, no entanto, que somente a legislação não é suficiente para acabar com a crise hídrica que assola o Brasil e o Mundo. Faz-se necessária a conscientização de cada indivíduo que usufrui da natureza, direta ou indiretamente. As diversas legislações que vislumbram regular as atividades que incidem impacto ambiental têm como intuito, além de responsabilizar aqueles que causem degradação, educar a sociedade acerca do real valor dos recursos naturais, a fim de resguardá-los para as presentes e futuras gerações.

A mudança de paradigma que ocorreu na virada do século XX precisa ser consolidada, a fim de que, futuramente, não seja apenas mais um componente do pensamento social, mas o foco, o bem maior a ser preservado e sustentado para as próximas gerações.

O Brasil ainda terá um longo caminho a percorrer em busca da sustentabilidade. Leis já existem para isso, representando um grande passo. Falta, ainda, a sua efetividade. Falta de saneamento e, também, falta de fiscalização nas atividades econômicas são exemplos práticos que podem ser facilmente observado no dia a dia de cada um. Omissões como esses deixam margem para que a poluição aumente e, em decorrência disso, a qualidade da água diminua tornando-a imprópria para o consumo. Os impactos ambientais são quase sempre irreversíveis passando a comprometer a vida como um todo.

7. REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 6.938 de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 02 set. 1981.

BRASIL. Lei nº 9.433 de 08 de Janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. **Diário Oficial da União**, 09 jan. 1997.

BULZICO, Bettina Augusta Amorim. **O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:** origens, definições e reflexos na Ordem Constitucional Brasileira. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia). UniBrasil, 2009.

EDUCAÇÃO. **Contaminação da água: causas e consequências**. Disponível em: <http://www.educacao.cc/ambiental/contaminacao-da-agua-causas-e-consequencias/ > Acesso em 03 de setembro de 2015.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

JÚNIOR, J. E. N. D. **Gerações ou Dimensões dos Direitos fundamentais?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750> Acesso em 02 de setembro de 2015.

LEMOS, D. S.; LEMOS, T. R. M. S. **Aspectos jurídicos da sustentabilidade da água**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750> Acesso em 02 de setembro de 2015.

MORAES, Danielle Serra de Lima; JORDÃO, Berenice Quinzani. Degradação de recursos hídricos e seus efeitos sobre a saúde humana. **Revista Saúde Pública,** São Paulo, a. 3, n. 36, p. 370 – 374, abr./jun. 2002.

PENSAMENTO VERDE. **Causas e consequências da poluição da água**. Disponível em <http://www.pensamentoverde.com.br/meio-ambiente/causas-consequencias-poluicao-agua/> Acesso em 01 de setembro de 2015.

PLANETA SUSTENTÁVEL. **Poluição e desperdício reduzem a água disponível no Brasil**. Disponível em: <http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/ambiente/conteudo_345578.shtml> Acesso em 04 de setembro de 2015.

PORTAL BRASIL. **Lei das Águas assegura disponibilidade do recurso no País**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2010/10/lei-das-aguas-assegura-a-disponibilidade-do-recurso-no-pais> Acesso em 02 de setembro de 2015.

RIO+20. **Sobre a Rio+20** Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/clientes/rio20/rio20/sobre_a_rio_mais_20/sobre-a-rio-20.html> Acesso em 01 de setembro de 2015.

SENADO. **Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx> Acesso em 01 de setembro de 2015.

TERRA NOTÍCIAS. **Brasil é o 112º em ranking de saneamento básico mundial**. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/brasil-e-o-112-em-ranking-de-saneamento-basico-mundial,4db28c72d36d4410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html> Acesso em 04 de setembro de 2015.

TRATA BRASIL: Saneamento é saúde. **Saneamento no Brasil**. Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil> Acesso em 04 de setembro de 2015.

VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. A (in)compatibilidade da privatização dos recursos hídricos com o direito fundamental humano de acesso à água. **Revista de Direito Brasileira,** CONPEDI, a. 3, vol. 4, p. 261 - 283, jan./abr.2013

VIEGAS, Eduardo Coral. **Gestão da água e princípios ambientais**. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2012.

UMA PERSPECTIVA SOBRE A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A PERSPECTIVE ON THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP IN THE BRASILIAN PRISION SYSTEM

Brenda Bezerra Teles[1]
Lívia Maria Nascimento Silva[2]
Ana Elisa Linhares de Meneses Braga[3]

RESUMO

O presente trabalho intenciona expor a trajetória que tem início na reforma gerencial do Estado brasileiro, passa pela implantação da Parceria Público-Privada (PPP) na legislação nacional e culmina no atual conceito de complexos prisionais construídos e geridos por meio de PPP. Para tanto será estudado o caso do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, localizado no estado de Minas Gerais, que foi o primeiro projeto dessa natureza realizado na modalidade de Parceria Público-Privada. A partir da análise qualitativa acerca do citado complexo penitenciário, serão abordados possíveis problemas que podem surgir com o advento do modelo de PPP na seara do sistema carcerário brasileiro.
PALAVRAS-CHAVE: Parceria-público privada, sistema carcerário, complexo penitenciário de Ribeirão das neves

ABSTRACT

The following work intends to expose the path that starts at the management renovation of the brazilian state, it goes trougth the implantation of the public-private partnership (PPP) on the nacional legislation and culminate at the actual concept of prision complexes built and managed trougth the use os the PPP's. For this, the prision complex of Ribeirão das Neves, located at Minas Gerais, will be studied, it being the first Project of this nature to be accomplished with the use of the public-private partnership modality. Starting with the qualitative analysis about the mentioned prision complex, the possible issues that can be addressed with the advent of the PPP on the brazilian prisional system.
KEYWORDS: Public-private partnership, prisional system, prision complex of Ribeirao das Neves.

[1] Graduanda em direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA.
[2] Graduanda em direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA.
[3] Mestra e docente do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de serviço público é um dos mais importantes para o Direito Administrativo, especialmente o brasileiro. Os serviços públicos são atividades consideradas extremamente úteis na missão de promover o bem estar da população em geral, ficando, desta forma, na responsabilidade do Estado. A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, deixa claro que o Poder Público é incumbido da prestação de serviço público, seja diretamente ou na forma de concessão e permissão. Nas palavras de Mello (2010, p.671):

> Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais —, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

A doutrina e a Carta magna afirmam, como visto acima, que a Administração Pública pode garantir a realização de atividades caracterizadas como serviços públicos de maneira indireta, por meio de concessões e permissões, não ficando está na obrigação de sempre prestar de forma direta a execução de serviços públicos necessários ao bem viver da coletividade.

Contudo, se faz necessário realizarmos uma breve investigação acerca da crescente popularidade da ferramenta da delegação na prestação de serviço público.

A ideia de delegação de serviços públicos, especialmente no que tange à concessão, tornou-se mais forte, no Brasil, na década de 1990, com o advento da chamada Reforma Administrativa. Esta, nos moldes das reformas ocorridas no Reino Unido e nos EUA alguns anos antes, visava alterar a Administração Pública brasileira de burocrática para gerencial. Tal mudança de paradigma buscava, em linhas gerais, diminuir os custos estatais e tornar os serviços anteriormente efetuados pelo Governo mais eficientes. A partir dessa transformação ocorreu uma descentralização dos serviços públicos e uma crescente participação do setor privado em atividades antes dominadas unicamente pelo Estado. A lei n° 8.987, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços

públicos, entrou no ordenamento normativo nacional no ano de 1995, época em que a reforma gerencial estava em ascensão. Desse momento em diante o Poder Público passou a procurar cada vez mais métodos que aperfeiçoassem sua relação com a iniciativa privada, na tentativa de garantir uma gestão satisfatória para a sociedade em um cenário em que obras e serviços se apresentavam cada vez mais onerosos e de complexa realização. É neste contexto que se implementa no Brasil, em 2004, a lei n° 11.079 que trata de concessões especiais, que integram a chamada Parceria Público-Privada (PPP).

A lei n° 11.079/04 especifica a Parceria público-privada como um contrato administrativo de concessão que abrange às seguintes modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa. Como está descrito no texto da lei:

> § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.
>
> § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.
>
> § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A citada lei tem como um de suas intenções nortear contratos de concessão especialmente onerosos, mais especificamente, acima de vinte milhões de reais. E, portanto, traz novas vantagens para o concessionário, com a finalidade de atrair investimentos da esfera privada. Outra característica marcante das PPP é a duração do contrato, que pode ir de cinco até trinta e cinco anos. Esta nova modalidade foi recebida no Brasil com entusiasmo, sendo vista como uma possível solução para o problema de um Estado que não tinha condições de realizar os investimentos necessários a fim de garantir que serviços de alto custo fossem ofertados à sociedade. Não demorou para que a Parceria Público-Privada começasse a ser colocada em prática, alavancando especialmente os setores de infraestrutura, como foi o caso, por exemplo, da área de transportes, com o projeto

pioneiro da linha 4 (Amarela) do metrô de São Paulo. Como muitas atividades desenvolvidas diretamente pelo Governo se mostram deficientes as PPP têm ganhado cada vez mais espaço dentro de diferentes searas. Essa é a conjuntura do sistema penitenciário brasileiro, que, por sua visível precariedade, tem dado margem a discussões que visam encontrar novas formas de gerenciamento para a situação, por meio, por exemplo, das Parcerias Público-Privadas. Dentro desse contexto é que foi inaugurado, em 2013, o primeiro complexo penitenciário nesta modalidade, localizado em Ribeirão das Neves (MG). O modelo ainda está rodeado por questões polêmicas e a análise do caso concreto de Ribeirão das Neves é um ponto importante para o debate.

2. FALÊNCIA DA GESTÃO ESTATAL NO SISTEMA CARCERÁRIO

O sistema carcerário brasileiro apresenta inúmeros pontos que atestam sua situação de calamidade. O Brasil ocupa o 4° lugar no ranking mundial de países com maior população carcerária, contando com um número de 563.526 detentos, de acordo com dados divulgados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em 2014. No entanto, o mesmo relatório denuncia que a quantidade de vagas em estabelecimentos prisionais é de 357.219, ou seja, existe um déficit de 206.307 vagas. Esses números evidenciam a precariedade do sistema prisional brasileiro, que se encontra superlotado, criando um ambiente insalubre, violento e caótico nas penitenciárias. Dados de 2001 do Depen indicam que a reincidência penitenciária no Brasil é de 70%, o que demostra a incapacidade do atual modelo em promover uma de suas mais importantes funções: a ressocialização dos presos. Os números expostos salientam a falência do Estado em gerir o sistema carcerário brasileiro, destacando a urgência de se buscar soluções para tornar viável a administração do mesmo.

3. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA COMO ALTERNATIVA

As concessões na modalidade de PPP foram uma nova maneira de buscar a eficiência na prestação de serviços público através da parceria entre

Administração Pública e setor privado. Não tardou para que o problema da precariedade do sistema carcerário brasileiro se tornasse alvo de discussão para implementação desta forma de parceria no referido setor. De acordo com a lei n° 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, temos duas modalidades de contrato de concessão: a patrocinada e a administrativa. O contrato de concessão na modalidade administrativa coloca a Administração Pública como usuária do serviço prestado, ao contrário do que acontece na concessão comum e na patrocinada onde o usuário é a população em geral. Decorrência dessa configuração da modalidade administrativa é que a remuneração do parceiro privado se dá somente por contraprestação pecuniário do parceiro público. Deste modo, o contrato na modalidade administrativa seria o mais adequado para o caso de uma penitenciária situada nos moldes da concessão de serviço público, visto que seria impossível cobrar tarifas para garantir o pagamento destinado à concessionária.

Para os que defendem a construção e gestão de prisões pela inciativa privada, por meio da concessão de serviço público na modalidade administrativa, esta decisão desafogaria o Poder Público, que economizaria recursos financeiros e humanos, podendo direcioná-los para áreas mais estratégicas. Além disso, os presídios teriam saltos de quantidade e qualidade significativos, resultando em um número suficiente de estabelecimentos para atender a atual demanda - que é altíssima – e ofertando uma estrutura muito melhor, que seria ideal para promover a dignidade dos funcionários e dos detentos, contribuindo para que estes últimos tivessem a oportunidade de se reinserir na sociedade com maiores chances de sucesso.

Os entusiastas deste modelo sustentam que, no exterior, especialmente nos Estados Unidos da América, a inserção de empresas particulares no campo prisional resultou em vários benefícios, tais como redução dos custos do aparelho estatal para o contribuinte, aumento da eficiência organizacional no setor público, correção do déficit de vagas nas penitenciarias entre outras vantagens.

Outro argumento a favor das penitenciarias regidas por meio de concessão administrativa é que estas teriam uma maior facilidade em abrigar em suas dependências industrias interessadas em utilizar a mão de obras dos condenados,

o que traria um ganho tanto no sentido do aquecimento da economia local quanto na profissionalização dos presidiários, que teriam mais facilidade para encontrar um emprego formal ao término da pena.

4. CRÍTICAS AO ADVENTO DA CONCESSAO ADMINISTRATIVA NO SISTEMA PRISIONAL

Por outro lado, muitos são os que veem com desconfiança essa forma alternativa de gerir o sistema prisional, por meio de PPP. Alega-se que esta seria apenas mais uma face da já tão discutida privatização carcerária e, portanto, traria todos os problemas que são pertinentes a esta. As críticas a este modelo vão desde o aspecto humano até o legal e financeiro.

Alguns dos que se opõe ao protótipo declaram que seria imoral e desumano transformar pessoas (no caso, os presos) em meras mercadorias, fontes de lucro para empresas ávidas em "abocanhar" uma parcela de serviços que estaria, até então, em mãos estatais. Na visão desses críticos, as concessionarias não estariam interessadas em proporcionar prisões realmente qualificadas para respeitar os direitos humanos dos detentos e ajuda-los a voltar a viver em sociedade, ao contrário disso, apenas usariam dessa estratégia para conseguir o apoio popular necessário à proposta de privatização e, depois, procurariam maximizar os lucros empresarias de todas as maneiras possíveis, inclusive cortando gastos em áreas fundamentais para o bom funcionamento das penitenciarias.

Percebe-se também um temor quanto a possível prática de lobbys. Como o parceiro privado receberia uma quantia fixa por parte do governo, a fim de manter em funcionamento o estabelecimento prisional e obter seu lucro, e estas quantias provavelmente variariam de acordo com a quantidade de presos, de maneira que quanto maior o número de pessoas aprisionadas maior o valor destinado, se criou uma desconfiança quanto aos métodos que as concessionárias poderiam recorrer para aumentar os pagamentos repassados. Na concepção de alguns, os gestores privados poderiam passar a intervir junto aos órgãos legisladores para que houvessem alterações no sistema normativo que favorecessem ainda mais o encarceramento em massa.

No entanto, a crítica mais pertinente aos modelos privatizados em geral e as PPP no âmbito carcerário partem do aspecto legal. A Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984, conhecida como Lei de Execução Penal, que trata dos princípios e regras relacionados à execução das penas e das medidas de segurança no Brasil, é infringida quando a Administração Pública delega a particular funções referentes à gestão de estabelecimentos prisionais. Se a referida lei não veta expressamente, por meio de artigo próprio, a privatização de penitenciárias, existem ao menos dois artigos que explicitam a obrigação do Estado em executar as tarefas relativas ao campo prisional. Determina o art. 10 da Lei de Execução Penal: "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade." Assim, a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa dentro de uma prisão deve ficar a cargo do Poder Público. Argumenta-se que a delegação da administração de presídios a particular inevitavelmente acarretaria a delegação, também, das atividades assistenciais privativas do Estado, o que resultaria em ilegalidade.

Em seu art. 47 a Lei n° 7.210, de 1984, assevera: "O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares." O referido trecho da Lei de Execução Penal deixa claro a ilegalidade da terceirização de funcionários dentro do sistema carcerário, visto que apenas o Estado possui autoridade para exercer o poder disciplinar dentro das prisões. Entende-se, assim, que a gestão compartilhada entre parceiros público e privado não faria sentido, visto que haveria, pelo menos em parte, uma terceirização do quadro de funcionários, que passariam a exercer o poder disciplinar de maneira ilegítima.

Alega-se que a celebração de contrato entre Poder Público e iniciativa privada, na modalidade de Parceria Público-Privada, para construção e administração de estabelecimento penal desrespeita a própria Lei n° 11.079/04, quando esta coloca em seu art. 4, III a: "indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;". Pode-se colocar que tanto o exercício do poder de polícia quanto o de outras atividades exclusivas da Administração Pública, como as citadas nos art. 10 e art. 47 da Lei de Execuções Penais, estaria sendo delegado de modo

evidentemente irregular no momento em que a gestão de um estabelecimento penal se tornasse de responsabilidade de uma empresa privada, por meio de um contrato de concessão administrativa.

5. COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE RIBEIRÃO DAS NEVES

O Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves ou Complexo Penitenciário PPP foi inaugurado em janeiro de 2013, na cidade de Ribeirão das Neves, localizada em Minas Gerais. Este é o primeiro complexo prisional do país na modalidade de Parceria Público-Privada, constituindo uma "vitrine" para o modelo. O presídio é fruto do contrato de concessão administrativa firmado entre o Governo de Minas Gerais e a concessionária denominada consórcio GPA. O grupo GPA, por meio de uma licitação realizada em 2009, se tornou responsável pela construção e gestão do Complexo Penitenciário PPP por um período de 27 anos. O investimento privado estimado foi de R$ 180 milhões. A remuneração do parceiro privado acontece exclusivamente por meio de contraprestação pecuniária do parceiro público, de acordo com o número de vagas ocupadas e vagas disponibilizadas pela concessionaria. Vale ressaltar que 20% do pagamento mensal é submetido a uma avaliação periódica de desempenho. Interessante notar que o custo por preso no Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves é mais alto do que nas cadeias comuns de Minas Gerais, o que é justificado com base na excelência dos serviços prestados pela GPA. No entanto, alguns entendem que seria prejudicial para a Administração Pública este tipo de contrato, pois, ao invés de enxugar gastos, as despesas dos cofres públicos aumentariam, o que contrariaria um dos intuitos da concepção de parceria público-privada, que seria o de aliviar a máquina estatal quanto ao desembolso de altas quantias para concretização de obras e serviços públicos.

O projeto do Complexo Penitenciário PPP prevê uma capacidade de 3360 vagas, entre o regime fechado e semiaberto, para serem ofertadas ao final das obras. No ano de 2014 a quantidade de vagas preenchidas já girava em torno de 1600 detentos. No entanto, o Complexo Penal possui um conjunto de presos ligeiramente diverso do que ocupa os demais presídios. Não existem presos

provisórios ou de alta periculosidade no estabelecimento, ou seja, estupradores, pedófilos, integrantes de facções criminosas, delatores e demais infratores considerados de alto risco são automaticamente descartados no momento de selecionar quais condenados cumprirão pena no Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves. Os responsáveis pelo projeto fundamentam que o a unidade prisional ainda se encontra em fase de maturação, portanto o acolhimento de presos mais problemáticos poderia comprometer o andamento do programa. Porém, a seleção de presos mais "dóceis" é vista com desconfiança por alguns, que afirmam que o plano trata-se de uma jogada de marketing para mostrar à sociedade um suposto sucesso do Complexo Penitenciário PPP, quando na verdade este estaria trabalhando com um contingente de encarcerados diferente dos padrões geralmente vistos em outros estabelecimentos penais.

Quanto ao quadro de funcionários, estes se dividem em dois grupos: os terceirizados (sob tutela do parceiro privado, no caso a GPA) e os funcionários públicos (sob tutela do parceiro público, no caso o Governo de Minas Gerais). Os funcionários contratados pela concessionária desempenham quase a totalidade das tarefas, entre suas atribuições estão todos os serviços de segurança interna, a prestação de serviços assistenciais e a manutenção dos serviços de infraestrutura. Médicos, dentistas, enfermeiros, psiquiatras, psicólogos, serviços gerais e até advogados são contratados pela iniciativa privada, além dos professores e monitores de segurança. Vale ressaltar que a unidade conta com dois diretores, um proveniente da concessionária e outro do poder concedente. Ficam a cargo dos funcionários estatais apenas as atividades de segurança externa e de proteção das muralhas.

Este aspecto acerca dos trabalhadores empregados no Complexo Penitenciário PPP é extremamente polêmico por diversos motivos. Primeiramente em relação à terceirização dos serviços de assistências ao preso, pois a Lei de Execução Penal, em seu art. 10, afirma que é dever do Estado proporcionar assistência ao detento. O art. 11 da mesma lei enumera quais tipos de assistência devem ser de obrigação Estatal a promoção, são essas: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Portanto, a contratação de profissionais das mais diversas áreas pela empresa GPA, como médicos, advogados, psicólogos e etc. seria

ilegal, observando que o ente privado não possui fundamento legal para desempenhar as atividades assistenciais aos condenados, tarefas estas que são, por lei, de responsabilidade do parceiro público. A assistência ao preso oferecida pela concessionária encontra obstáculo na própria Lei n°11.079/04, que trata da Parceria Público-Privada, quando esta coloca em seu art. 4º a indelegabilidade de atividades exclusivas do Estado.

Outro ponto bastante controvertido é a terceirização dos funcionários que desempenham o papel da segurança interna no Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves. Manter os monitores de segurança sob comando da iniciativa privada constituiria uma grave transgressão da lei. Compreende-se que os terceirizados responsáveis pela segurança interior do estabelecimento penal estariam autorizados a exercer o uso da força em casos considerados necessários (exemplo: desobediências dos internos, rebeliões e etc.). Contudo, o monopólio do uso da força pelo Estado é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e sua delegação para particular seria uma enorme deformação das diretrizes que formam o modelo de Estado defendido pela ordem vigente. Ademais, esse monitoramento terceirizado poderia ser considerado como uma forma ilegal de exercer o poder de polícia, que é privativo da Administração Pública. O poder de polícia é conceituado da seguinte maneira por MELLO (2010, p. 822):

> A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se "poder de polícia". A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.

A Lei n°11.079, de dezembro de 2004, assegura em seu art.4º, III, a indelegabilidade do exercício do poder de polícia. Além de que o poder disciplinar na execução da pena privativa de liberdade, principal fundamento das atividades executadas pelos trabalhadores responsáveis em realizar a segurança interna do Complexo Penitenciário PPP, é de exclusividade do Estado. Isso pode ser comprovado na Lei n°7.210, de julho de 1984, em seu art. 47: "O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares. "

6. DECISÕES JUDICIAIS

Nos primeiros meses do ano de 2014 a Justiça do Trabalho considerou ilícita a terceirização de funções integrantes do sistema prisional vigente no Presídio Público Privado de Ribeirão das Neves. A Justiça do Trabalho reafirmou a tese apresentada pelo Ministério Público do Trabalho em ação civil pública e deferiu a liminar pedida, declarando nulas diversas contratações feitas pela concessionária do Complexo Penitenciário de Ribeirão das neves. Nas palavras da juíza do Trabalho Jane Dias do Amaral, autora da sentença:

> "Trata-se de típico poder de polícia que limita o direito de ir e vir dos presos com os objetivos de preservação da paz social, da segurança pública, além dos objetivos pedagógicos em relação ao condenado. Assim a execução penal e todos os serviços a ela inerentes devem ser realizados por funcionários públicos concursados, nos termos do art. 37 da CR/88".

A sentença estabelece prazo de um ano para que o Governo do Estado de Minas Gerais realize concurso público afim de fazer a substituição dos funcionários irregularmente terceirizados por servidores públicos. A multa diária em caso de descumprimento da ordem judicial é de dez mil reais. Ademais, o Governo do Estado de Minas Gerais está proibido de assinar novos contratos com pessoas físicas ou jurídicas para atuar na gestão das unidades penitenciarias, sob pena de pagar quinhentos mil reais de multa por contrato assinado.

Situação semelhante ocorreu no mês de julho do ano 2007 no Ceará. Quando o juiz Marcus Vinícius Parente Rebouças, da 3ª vara federal, ordenou a suspensão do contrato firmado entre o Estado do Ceará e a Companhia Nacional de Administração Prisional Ltda. (CONAP), empresa responsável pela administração de três unidades prisionais do estado: Penitenciária Industrial Regional de Sobral (PIRS), Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC) e Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II (IPPOO II). Contudo, cabe observar que o contrato firmado nesse cenário, diferentemente do caso do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, não era de Parceria Público-Privada. No entanto, os pontos de vista expressados pelos juízes foram similares. Segundo a fala do juiz Marcus Vinícius Parente Rebouças:

> "Imiscui-se, ontologicamente, no rol das funções típicas do Estado, de forma que o seu exercício deve ser incumbido a órgãos ou entidades públicos, sendo indelegável ou intransferível a particulares, à semelhança das atribuições legislativas, jurisdicionais, diplomáticas, policiais, etc."

Com tal decisão o Governo do Estado do Ceará foi obrigado a substituir toda a estrutura operacional da CONAP e ficou impedido de delegar funções no campo prisional.

7. CONCLUSÃO

A Parceria Público-Privada, estabelecida de acordo com a Lei n°11.079, de dezembro de 2004, responsável por inserir no ordenamento jurídico pátrio o contrato de concessão na modalidade patrocinada e na modalidade administrativa, ainda é uma novidade no Brasil. O entusiasmo ao redor da referida parceria é grande e os caminhos a que está nos propõe levar são, ainda, incertos. Não há dúvidas de que, se utilizada de forma responsável, a PPP pode lançar o Brasil a um patamar superior, onde os serviços públicos essenciais ao bem estar do povo sejam prestados de maneira verdadeiramente eficiente.

Os campos em que a iniciativa privada e o Poder Público podem unir-se, por meio de contratos efetivados em observância com a Lei 11.079/04, afim de realizar atividades visando o desenvolvimento nacional são amplos, vão desde as indústrias de base até as rodovias que cruzam o país. Contudo, algumas searas se mostram mais controvertidas que outras quanto a inserção do setor privado em suas áreas de atuação. É o caso do sistema carcerário, onde a recente hipótese da celebração de contratos de concessão na modalidade administrativa tem gerado diversos pontos de discussão.

Analisando a legislação vigente e o caso do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves, percebe-se que a gestão de estabelecimento penal por particular, apesar do argumento de melhorar as condições do precário e ineficiente sistema carcerário e desafogar o endividado Estado, entra em confronto com partes importantes tanto da Lei de Execuções Penais como da própria Lei 11.079/04. Portanto, é necessária uma melhor avaliação quanto a proposta de administração

de presídios por meio de Parceria Público-Privada, para que não existam ilegalidades que deslegitimem essa atividade. E, se for comprovada a impossibilidade da gestão de particular em unidades prisionais por meio de PPP sem que haja um descumprimento das normas postas no ordenamento brasileiro, se torna obrigatória a busca por outras alternativas de administração e melhoramento das cadeias nacionais.

8 REFERENCIAS

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, p.1-18, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 ago. 2015.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Reincidência Criminal no Brasil**. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. 160 p.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de janeiro de 1984. **Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**: Institui a Lei de Execução Penal.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de janeiro de 1995. **Lei N° 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**: Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Lei N° 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**: Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

BRASÍLIA/DF. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Conselho Nacional de Justiça. **NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL**. Brasília: CNJ, 2014. 17 p.

CADERNOS FGV PROJETOS: PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL. Rio de Janeiro: Fgv, n. 23, 2014. Issn 19844883.

CARDOSO, Gustavo Brígido Bezerra; MARQUES, Samuel Vasconcelos. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP): UMA DÉCADA DA LEI 11.079/04 – UMA ANÁLISE CRÍTICA – MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA REFORMA DO ESTADO. In: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFPB, 23, 2014, João Pessoa. **DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA III: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 479 – 499.

CEARÁ. PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Justiça Federal suspende contratos terceirizados em presídios do Ceará. 2007. Disponível em: <http://www.jfce.jus.br/todas-noticias/535-justica-federal-suspende-contratos-terceirizados-em-presid>. Acesso em: 09 set. 2015.

CORREA, Gustavo Freitas; CORSI, Lucas Cavanha; ROMBACH, Melina**. O Primeiro Complexo Penitenciário de Parceria Público-Privada do Brasil**. São Paulo: Fgv, 2014. 18 p.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. As parcerias público-privadas na administração pública moderna*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p.69-86, abr. 2014.

FARIA, José Eduardo. Políticas públicas e privatização: o caso do sistema prisional. **Revista de Informação Legislativa**, São Paulo, v. 29, n. 116, p.115-120, dez. 1992.

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Contrato nº 336039.54.1338.09, de 24 de janeiro de 2009. **Contrato de Concessão Administrativa**: CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA CONSTRUÇÃO E GESTÃO DE COMPLEXO PENAL NA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE, CELEBRADO ENTRE O ESTADO DE MINAS GERAIS, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA DE ESTADO DE DEFESA SOCIAL DE MINAS GERAIS, COM A INTERVENIÊNCIA DA SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E GESTORES PRISIONAIS ASSOCIADOS S/A - GPA.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1119 p.

MINAS GERAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM MINAS GERAIS**. Justiça do Trabalho considera ilícita a terceirização no Presídio Público Privado de Ribeirão das Neves**. 2014. Disponível em: <http://www.prt3.mpt.gov.br/procuradorias/prt-belohorizonte/170-justica-do-trabalho-considera-ilicita-aterceirizacao-no-presidio-publico-privado-de-ribeirao-das-neves>. Acesso em: 10 fev. 2015.

MOTTA, Thalita Lopes. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E SUA ÁREA DE INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO FIRMADOS ENTRE PARTICULARES E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. In: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 284 – 302.

GT2 – DIREITO DAS MINORIAS, DIREITO INDÍGENA, DIREITO DO IDOSO E DIREITOS HUMANOS

ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS: DISCUSSÕES E PRÁTICA ANTES E APÓS A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54

ABORTION ANENCEPHALIC FETUSES: DISCUSSION AND PRACTICE BEFORE AND AFTER THE COMPLAINT OF BREACH OF FUNDAMENTAL PRECEPT 54

Jefferson da Conceição Duarte[1]

RESUMO

O presente artigo analisa a questão do aborto de fetos anencéfalos, expondo as discussões anteriores e posteriores ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 54. A pesquisa foi feita a partir da análise do tratamento do assunto tanto no âmbito legal, quanto nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. As discussões ora analisadas baseiam-se, em sua grande parte, em duas posições antagônicas: uma que defende o direito à vida do feto como inviolável, e outra que milita em favor da autonomia da gestante em escolher se prossegue ou não com a gestação. Foi possível identificar com esta pesquisa que a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, embora não fosse expressamente permitida, era autorizada, em grande parte dos casos, pela via judicial. Tomando por base o exposto, a ADPF 54 teve papel importante na consolidação de uma prática que há tempos vinha sendo autorizada, dando-lhe, então, segurança jurídica.
PALAVRAS-CHAVE: Aborto. Fetos anencéfalos. ADPF 54.

ABSTRACT

This article analyzes the issue of abortion anencephalic fetuses, exposing the previous discussions and subsequent to the judgment of Complaint of Breach of Fundamental Precept 54. The survey was conducted from a subject of treatment analysis both in the legal framework, as the doctrinal and jurisprudential levels. The discussions now analyzed are based, for the most part, in two opposing positions: one defends the right to life of the fetus as inviolable, and one that militates in favor of the pregnant woman's autonomy in choosing whether to continue or not with the pregnancy. Were identified with this research that therapeutic anticipation of delivery in cases of anencephaly, although not expressly permitted, it was authorized, in most cases through the courts. Based on the above, the ADPF 54 played an important role in the consolidation of a practice that no time had been allowed, giving you, then legal certainty.
KEYWORDS: Abortion. Anencephalic fetuses. ADPF

[1] Graduando em Direito na Universidade Regional do Cariri - URCA.

1 INTRODUÇÃO

A anencefalia é uma má formação congênita que, em regra, inviabiliza a vida humana daquele que por ela é acometido. Sua ocorrência e diagnóstico durante a gestação há muito tempo são motivo de controvérsias entre pessoas que defendem a possibilidade de escolha pela interrupção da gravidez, tendo como argumento principal que o feto não tem vida em potencial, e pessoas que condenam tal posição, por entender que o feto tem sim uma vida, mesmo que precária, e que esse seu direito não pode ser violado.

Os posicionamentos acima expostos vêm sendo discutidos em vários âmbitos e com grupos diversos, tais como os grupos feministas e os religiosos, que defendem posições totalmente contrárias.

Diante das controvérsias levantadas, ocorre uma colisão entre princípios fundamentais com o direito à vida do feto de um lado, e a dignidade da gestante de outro. Há, na situação em análise, que ocorrer uma ponderação dos princípios em busca da melhor solução para tais casos.

Com base na importância do tema, e ciente de que o mesmo é dotado de posicionamentos diversos, a seguinte pesquisa busca fazer uma análise doutrinária, jurisprudencial, normativa e também embasada nos aspectos empíricos sobre o tema, buscando condensar as mais diversas posições sobre o mesmo, tanto nas discussões desenvolvidas nos variados âmbitos citados, quanto no que se refere à prática da interrupção terapêutica do parto nos casos de ocorrência da anencefalia.

O trabalho aqui proposto toma como referencial a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 54, que foi um marco na discussão sobre o assunto, trazendo o posicionamento oficial do Supremo Tribunal Federal (STF), que deve ser seguido na ocorrência de tais casos. Com base nisto, esta pesquisa tem como foco fazer um comparativo entre a situação do aborto de fetos anencéfalos antes e depois do julgamento da ADPF 54, tanto no aspecto teórico, das discussões, quanto no aspecto prático, das ocorrências.

2 TRATAMENTO DO ABORTO PELO CÓDIGO PENAL

O Código Penal Brasileiro não traz a definição de aborto, sendo objeto da doutrina e da jurisprudência conceituar o termo. Segundo expõe Cléber Masson (2014), o aborto é "a interrupção da gravidez, da qual resulta a morte do produto da concepção", e, parafraseando Giuseppe Maggiore, o mesmo acrescenta, "é a interrupção violenta e ilegítima da gravidez, mediante a ocisão de um feto imaturo, dentro ou fora do útero materno".

Alguns sustentam que o termo aborto não é usado de maneira apropriada, pois este significa, na verdade, o produto morto ou expelido do interior da mulher. O termo certo a ser usado seria abortamento (MASSON, 2014).

O Código Penal em vigor traz a previsão do aborto enquanto crime nos artigos 124 a 126 a seguir transcritos:

> Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
>
> Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.
>
> Aborto provocado por terceiro
>
> Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.
>
> Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (BRASIL, 1940)

No artigo 124 há a previsão que tipifica como crime o possível ato da gestante em provocar em si o aborto ou dar permissão para que terceiro o provoque. Já nos artigos 125 e 126, o ato considerado como crime é o do terceiro que provocou o aborto com ou sem o consentimento da gestante. Como visto, então, é expressamente proibido o ato do abortamento e, por sua prática, respondem criminalmente tanto a gestante que conscientemente o provocou ou consentiu que fosse realizado, quanto o terceiro que ilegalmente o realizou.

Embora a regra geral quanto à prática do aborto seja sua incriminação, há hipóteses em que a sua prática é permitida. Elas estão previstas no artigo 128 do Código Penal:

> Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
>
> **Aborto necessário**
>
> I - se não há outro jeito de salvar a vida da gestante;
>
> **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**
>
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

Tais permissões encontram fundamento na Constituição Federal.

Na hipótese do inciso I, conhecida como aborto necessário ou terapêutico, há conflito entre a vida da gestante e a vida do feto. No conflito em questão, o legislador deu preferência à vida da gestante, por se tratar de uma vida independente, de uma pessoa madura e completamente formada, sem a qual dificilmente o feto poderia seguir adiante (MASSON, 2014). Segundo defende Bitencourt, o aborto necessário "constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante" (2014).

Para o tipo de aborto acima citado, "o requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave" (BITENCOURT, 2014). Sendo assim não se justifica se valer de tal exceção quando da prática do aborto para preservar a saúde da gestante. Só será excluída a tipicidade da conduta quando, no caso, o aborto for o único meio capaz de salvar a vida da gestante. Se não o for, o médico, ou o terceiro que o praticou, responderá pelo crime.

A hipótese do inciso II, conhecida como aborto humanitário, sentimental ou ético, encontra fundamento na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III). O legislador entendeu como "atentatório à mulher exigir a aceitação em manter uma gravidez e criar um filho decorrente de uma situação trágica e covarde que somente lhe traria traumas e péssimas recordações" (MASSON, 2014).

Cezar Roberto Bitencourt indica como requisitos para o aborto humanitário: "a) gravidez resultante de estupro; b) prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal" (2014). Ainda diz que a prova de ambos deve ser cabal, sem deixar margem de dúvida.

3 ANENCEFALIA

O termo anencefalia tem origem em vocabulário grego, "na = sem" e "enkephalos = encéfalo", significando "sem encéfalo". Segundo Masson, "anencefalia é a malformação rara do tubo neural acontecida entre o 16.º e o 26.º dia de gestação, caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária." (2014).

Maria Helena Diniz traz entendimento semelhante, segundo o qual o anencéfalo:

> pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sangüínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois. (DINIZ apud CORDEIRO, 2007)

A anencefalia "trata-se de um problema da embriogênese que ocorre muito precocemente na gestação, causado por interações complexas entre fatores genéticos e ambientais" (DIAS & PARTINGTON apud PENNA, 2005).

Hoje, com o avanço tecnológico, ela pode facilmente ser diagnosticada. A partir de 12 semanas de gestação já se pode identificar a sua ocorrência, sendo que a possibilidade de erro do exame, sendo o mesmo repetido por dois ecografistas experientes, é praticamente nula. (PINOTTI apud NUCCI, 2014)

Quanto às consequências fisiológicas à gestante, tais gestações "causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrâmnio (excesso de líquido amniótico) levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado." (PINOTTI apud NUCCI, 2014)

É interessante ressaltar que, embora geralmente a anencefalia seja associada a uma ideia de morte certa antes do parto, ou imediatamente após nascer, pesquisas mostram que "quando o defeito não atinge o tronco cerebral, permite que o feto, em muitos casos, desenvolva funções vitais, como respiração, batimentos cardíacos e vaso-motoras, sem, para este fim, fazer uso de aparelhos."

(LOPES, 2011). Inclusive, há casos de bebês que nasceram com anencefalia e que sobreviveram por quase dois anos e meio. Entre os casos mais famosos estão o de Marcela de Jesus Ferreira e de Vitória de Cristo.

Marcela de Jesus Ferreira nasceu em 20 de novembro de 2006, com anencefalia, em Patrocínio Paulista, na região de Ribeirão Preto, São Paulo. Ela foi um exemplo para a medicina e para as pessoas contrárias ao aborto. Segundo a sua pediatra Márcia Beani Barcellos, "ela foi um exemplo de que um diagnóstico não é nada definitivo". Marcela usava, quase sempre, um capacete de oxigênio para sobreviver e era alimentada por sonda, à base de produtos líquidos. Ela chegou a pesar quase 15 quilos. Em 02 de agosto de 2008 a mesma veio a óbito, tendo um período de vida de 1 ano, 8 meses e 12 dias. (ESTADÃO, 2008).

Vitória de Cristo foi outro exemplo de que há possibilidade de vida nos bebês acometidos com anencefalia. Durante sua gestação, ela recebeu o diagnóstico de acrania, que é a ausência da calota craniana, e foi considerada incompatível com a vida extrauterina. Nasceu em 13 de janeiro de 2010, com o diagnóstico de anencefalia, diagnóstico esse que foi questionado ao longo de seu crescimento devido a sua sobrevivência, reações e expressões. Faleceu em 17 de julho de 2012, tendo vivido 916 dias, ou seja, quase 2 anos e meio. Sua mãe, Joana Schimitz Croxato, mantém um canal de vídeos na página do *Youtube* onde há diversos vídeos de momentos vividos com sua filha Vitória, além de um blog onde retrata sua experiência como mãe da mesma. (CROXATO, 2012)

Estatisticamente, a anencefalia ocupa, a priori, baixa incidência. Pesquisas de 2006 mostram um índice de 1,4 ocorrências para cada 1000 gestações (MARTINEZ apud LOPES, 2011). Já outra pesquisa, em 2007 mostra índice de 0,6 por 1000 nascidos clinicamente vivos e de 8 para 10.000 gestações (GOMES apud LOPES, 2011). Pesquisas mais recentes colocam o Brasil como quarto país do mundo com maior prevalência de nascimentos de bebês com anencefalia, sendo a incidência de cerca de um caso para cada 700 nascimentos (UOL, 2012).

4 DISCUSSÕES SOBRE O ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

O tema aqui tratado foi, e ainda é, muito controvertido. Por ser um tema polêmico e que envolve várias questões e visões sempre levantou a militância de grupos pró e contra a sua prática. Entre os principais participantes das discussões sobre o mesmo encontram-se entidades religiosas, sociológicas, médicas, de professores e de pesquisadores. Dentre cada uma dessas entidades não há uniformidade de opinião, como exemplo podemos tomar as entidades religiosas, que, em sua grande parte, principalmente dentre os que professam o catolicismo, opinam pela não autorização do aborto em respeito à vida humana concedida por Deus. Porém, há pastores de outras denominações que defendem o livre arbítrio da mulher, de modo que ela tenha autonomia para decidir pelo prosseguimento ou não da gravidez.

Grande crítica existe quanto à manifestação de religiosos no que se refere ao assunto. Os críticos tomam como argumento a laicidade do Estado, princípio abarcado pela Constituição Federal de 1988. No entanto, é de grande valia que todas as entidades que tenham algum posicionamento sobre o tema se manifestem, até porque embora o Estado não possa se valer de um argumento restrito a determinado preceito religioso, se este tiver justificação constitucional deve também receber atenção, realçando o caráter democrático do país.

José Afonso da Silva sustenta que o direito à vida deve ser "compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida, enfim, de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável" (apud MOURA, 2010). Para alguns, no entanto, o feto anencéfalo não possui nem sequer vida que possa ser protegida. Esta é a posição de Bitencourt, que argumenta:

> A atual "lei de transplante de órgãos" (Lei n. 9.434/97) autoriza a extração destes, com o simples reconhecimento medico da denominada "morte cerebral".
>
> Ora, se a "morte cerebral" significa a morte, ou, se preferirem, ausência de vida humana, a ponto de autorizar o "esquartejamento médico" para fins científico-humanitários, o que se poderá dizer de um feto que, comprovado pelos médicos, nem cérebro tem? [...] Com efeito, na hipótese de anencefalia, embora a gravidez esteja em

> curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante dessa constatação, na nossa ótica, essa interpretação de gravidez revela-se absolutamente atípica e, portanto, nem sequer pode ser tachada como aborto, criminoso ou não. (2014)

Citando Hungria, Bitencourt ainda expõe que na gravidez de feto com anencefalia, caso em que não há sequer uma intervenção cirúrgica que possa salvar a vida do feto, não há que falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. (HUNGRIA apud BITENCOURT, 2014)

Com pensamento diverso de Bitencourt, Damásio, em seu Código Penal Anotado (2014), faz um questionamento: "Se não há vida sem cérebro, como explicar a existência com vida (ou pelo menos com vida aparente) de seres como a Marcela?". É algo a se refletir. Embora muitos indiquem o feto anencéfalo como desprovido de vida, a casuística mostra que é possível o mesmo viver, mesmo que de forma precária.

Masson (2014), com vista aos casos de bebês que sobreviveram, argumenta que "trata-se de exceção, e o ordenamento jurídico deve se amparar na normalidade, e nunca na excepcionalidade. [...] E o normal é o não nascimento de anencéfalos, ou, na melhor das hipóteses, a "sobrevivência" por poucos minutos.".

Bitencourt (2014) faz um enquadramento da não permissividade da interrupção da gravidez, em situação de reconhecida anencefalia, como tratamento desumano. Segundo ele, tal proibição inquestionavelmente viola o artigo 5.º da Constituição Federal (1988), no seu inciso III, que prevê que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Para o autor, a gestante, no caso, encontra-se movida por grande aflição e desespero, não se podendo esperar dela outra conduta senão a escolha pelo abortamento.

Já segundo a ótica de Guilherme de Souza Nucci

> Abalos psicológicos não podem ser causa para a interrupção da gestação, mesmo porque a medicina evolui a passos largos dia após dia, o que significa que a perspectiva de vida e de cura pode alterar-se a qualquer instante. [...] A disseminarmos tal conduta, nada impede, no futuro, que a eugenia - aprimoramento da raça humana - volte a imperar em nossa sociedade, permitindo que pais escolham qual tipo físico de crianças desejam, provocando o aborto daquelas que, em padrões questionáveis, sejam "inviáveis". (2014)

O que não faltam são argumentos contra e a favor do assunto, posições quanto se há vida ou se não há, se é ético ou não. Um modo interessante de analisar é fazendo um comparativo entre as possibilidades legalmente permitidas de aborto e a do caso em questão. Quanto ao aborto necessário é facilmente compreensível sua permissão, uma vez que à gestante não se pode exigir conduta diversa, pois, caso contrário, sua vida estaria sendo sacrificada em detrimento do feto. Já na hipótese de aborto humanitário há algo mais a se refletir, pois é um caso de autorização do abortamento de feto sadio em defesa da dignidade da mulher que se coloca acima do bem jurídico "vida", enquanto no caso de feto anencéfalo questiona-se a legitimidade em relativizar o mesmo bem jurídico, que sabiamente não se constituiria de forma plena e sadia, dando lugar a autonomia e dignidade da mulher. Trata-se de algo, no mínimo, contraditório.

5 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL ANTES DA ADPF 54

Antes, mulheres grávidas de fetos com anencefalia tinham de demandar na Justiça autorização para interromper a gestação, algo que podia ou não ser concedido pelo Juiz. Além do mais, é amplamente conhecida a situação de morosidade da Justiça, que poderia prolongar em muito a sentença que, se positiva, talvez viesse em tempo não satisfatório ou que dificultasse a prática da interrupção do parto.

O fato é que, embora não legalizada a hipótese de aborto para o caso em questão, maioria das sentenças se colocavam a favor da gestante, permitindo-lhe interromper a gravidez, com o auxílio de um médico. "Desde 1992, juízes e promotores públicos autorizaram cerca de 3000 casos de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos no Brasil." (ALBERTO, 2004)

Segue transcrita abaixo uma decisão judicial que autorizou a uma gestante que praticasse a interrupção terapêutica do parto:

> APELAÇAO - ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO - INDEFERIMENTO - INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRA LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA - ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA. PROVIDO. O "aborto eugênico" decorre de

> anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto. **Embora não incluída a interrupção da gravidez, neste caso, nos dispositivos legais vigentes (artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, tem embasamento na causa supralegal autônoma de exclusão da culpabilidade, de inexigibilidade de outra conduta.** Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a "vida" e não a "falsa vida", legitimada a pretensão da mulher de interromper a gravidez. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno, não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe. **Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade de natureza supralegal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento.** PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2005, grifo nosso)

Essa outra decisão, a seguir, retrata caso de pedido de autorização inicialmente tido como improcedente e que depois de interposto recurso não foi julgado a tempo, tendo ultrapassado o período gestacional:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO – FETO ANENCEFÁLICO – DECURSO TEMPO - PERDA DO OBJETO – APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC – RECURSO PREJUDICADO - SEGUIMENTO NEGADO. [...] Trata-se de Apelação Cível interposta por ERNANDES KRAIESKI RODRIGUES e BRENHA EVELLYN SOARES DE SOUZA contra sentença proferida pelo Juízo da Segunda Vara Cível da Comarca de Várzea Grande, nos autos da Ação Declaratória Constitutiva com pedido de Antecipação Terapêutica do Parto (Código 281950) que a julgou improcedente, sem condenação de custas e verba honorária, por se tratar de jurisdição voluntária (fls. 84/85). [...] **A ação foi ajuizada em 16/01/2012, quando a apelante estava no sexto mês de gestação (fls. 31). Da interposição deste recurso (22/02/2012) até o momento em que os autos foram remetidos a este Tribunal (28/01/2013) findou-se o período gestacional.** Nesse passo, a controvérsia se encontra exaurida pelo decurso do tempo. (MATO GROSSO, 2013, grifo nosso)

Como visto, embora a interrupção de gravidez em caso de anencefalia fosse a muitos casos autorizada, era algo incerto e vagaroso, não tendo a gestante que demandasse judicialmente nenhuma segurança quanto ao recebimento de tal autorização ou não

6 POSICIONAMENTO DO STF: JULGAMENTO DA ADPF 54

Em 2004, o Conselho Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54, objetivando obter, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), o pronunciamento a respeito da autorização da antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencefálico, indicando como preceitos constitucionais vulnerados a dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade e o direito à saúde. A ação foi proposta com o apoio técnico e institucional do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros (ANIS), associação civil que atua na defesa e promoção da bioética, dos direitos humanos e dos grupos vulneráveis, além de outros assuntos correlacionados.

Durante o seu julgamento houve grande clamor popular e participação intensa de profissionais de diversificados ramos das ciências, grupos religiosos, pais de bebês com anencefalia e a imprensa de um modo geral. O julgamento definitivo desta ação somente ocorreu oito anos após sua proposição, durante os dias 11 e 12 de abril de 2012, sendo aprovado com 8 votos a favor, e 2 votos contra.Votaram pela sua procedência os ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes, havendo Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso manifestado voto em contrário.

Durante o julgamento houve audiências públicas onde os interessados no assunto e aqueles que tivessem algum argumento para fortalecer o debate puderam expor a sua opinião. Dentre estes, a maioria eram doutores das diversas áreas do conhecimento. Concluiu-se as audiências com a manifestação do Advogado-Geral da União e da Procuradora-Geral da República, ambos com posicionamentos a favor do acolhimento do pedido. Seguiram-se os votos dos ministros.

O primeiro Ministro que proferiu seu voto foi Marco Aurélio Mello, que também foi o relator do caso. Entre suas falas ele ressaltou “caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez”, defendendo a autonomia da

mulher em detrimento da imposição de uma moral religiosa. Segundo ele, tal questão "não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas", no entanto, defendeu que as entidades religiosas deviam ser ouvidas, por que o Brasil é uma democracia, ressaltando que suas posições precisariam ser devidamente traduzidas em termos de razões públicas.

Os ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa e Carmem Lúcia votaram na mesma linha de pensamento, não trazendo argumentos muito distintos.

Luiz Fux em seu voto enfatizou, em muitos momentos, ser a anencefalia uma grande tragédia, expondo a dor dos pais quando da sua ocorrência e da experiência frustrada da mãe que carrega a criança por 9 meses para logo ao nascer vê-la em um caixão. Sua linha de raciocínio seguiu mais no sentido de expor a dor que poderia ser minimizada com a interrupção do parto, levantando a ideia de que a mãe que opta por abortar o filho anencéfalo não pode ser punida, uma vez que o sofrimento da situação já é de grande tamanho.

O ministro Carlos Ayres Britto usou de efeitos de linguagem, tal como a metáfora na sua fala de que "o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estado de borboleta porque não alçará voo jamais", o que, segundo ele, não garante ao feto o direito de que sua vida seja protegida. Ele inclusive argumentou no sentido de que a proibição do aborto em tais casos era também uma questão de gênero, visto que ao seu ver "se os homens engravidassem, a autorização, a qualquer tempo, para a interrupção da gravidez anencéfala já seria lícita desde sempre".

Gilmar Mendes foi mais um que votou a favor, e segundo ele, a lei de 1940 (Código Penal) não tratou sobre o caso de anencéfalos porque não havia tecnologia suficiente para identificá-los na época.

Celso de Mello seguiu basicamente a mesma linha de pensamento que os anteriores.

Lewandowski tratou sobre a atuação do Tribunal no caso, expondo posição em que "o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante - [...] - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno". Fez no caso uma crítica à atuação do Tribunal

como legislador positivo, principalmente levando em conta que a escolha dos ministros não se dá por voto popular. Deu seu voto contra o pedido.

E, por fim, Cezar Peluso também votou contra. Defendeu que "o feto anencéfalo tem vida, e, posto que breve, sua vida é constitucionalmente protegida.". Expôs em sua argumentação que a morte é certa para todos, não só para o anencéfalo, e que o tempo de vida de cada ser humano não tinha relevância para a discussão. Ainda rebateu argumentos que comparavam a dor da grávida de feto anencéfalo com tortura ou tratamento desumano, concordando que a dor era imensa, porém, era decorrente da natureza ou de fatores genéticos e não se podia responsabilizar o Estado por esta dor.

Como resultado da ADPF 54, chegou-se a seguinte decisão:

> O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. (STF, 2012)

A partir desse julgamento, a prática da interrupção terapêutica do parto em casos de anencefalia tornou-se permitida, bastando, no entanto, que houvesse a sua regulamentação. A mesma veio prevista na Resolução 1.989/2012 do Conselho Federal de Medicina.

7 RESOLUÇÃO CFM 1.989/2012

Pouco depois do julgamento da ADPF 54, o Conselho Federal de Medicina publicou uma resolução que visou regulamentar a antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de feto anencéfalo. Trata-se da Resolução CFM de nº 1.989/2012, publicada no Diário Oficial da União (D.O.U.) em 14 de maio de 2012.

O documento prevê que a gestante, cujo diagnóstico indicar a ocorrência de anencefalia fetal, pode pedir junto ao médico, independentemente da autorização do Estado, que seja interrompida a gravidez. Para isso, tal diagnóstico, que é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª semana de gestação, deve conter duas fotografias que demonstrem a incompleta formação do cérebro e laudo assinado por dois médicos com capacitação para tal fim. Conforme explicitado na

exposição de motivos desta resolução, o requisito da pluralidade, contido na exigência de laudo emitido por dois médicos, não almeja tornar ineficiente o diagnóstico feito por um só médico, mas tão somente assegurar o direito a uma segunda opinião, para que haja mais segurança no diagnóstico emitido.

Diagnosticada a anencefalia a gestante deve ter a liberdade para escolher se mantem a gravidez ou se prefere interrompê-la imediatamente, além de ser lhe dada a possibilidade de adiar sua decisão. Durante todo esse processo, o médico deve informar a gestante sobre as consequências e os riscos de cada escolha, porém, sem induzi-la a qualquer decisão. Havendo escolha pela antecipação terapêutica do parto deve ser lavrada ata contendo o consentimento da gestante, ou do representante, conforme o caso.

Realizado todo o procedimento deverá buscar-se junto à paciente meios para auxiliá-la numa prevenção a novos casos de gravidez de feto anencéfalo, uma vez que a recorrência tem cerca de cinquenta vezes mais chances de ocorrer. Essa prevenção deve ser buscada sempre respeitando o direito de opção da mulher.

8 ACEITAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO STF

Para Débora Diniz, pesquisadora da Anis, “a decisão do STF acabou com a instabilidade jurídica antes enfrentada pelas mulheres” (BBC BRASIL, 2013). Realmente, com a desnecessidade em ter de ir ao Judiciário pedir autorização para o abortamento, a mulher ganhou maior autonomia e a certeza de que se escolher pela sua realização não precisará esperar pela morosidade da Justiça e, ainda, com a incerteza de sua permissão ou não. Agora basta que ela tenha o diagnóstico conforme especificado na Resolução do CFM, e poderá pedir ao médico que execute o procedimento.

Contrariamente, alguns hospitais administrados por religiosos chegaram a negar a prática do aborto recém-permitido. O Ministério da Saúde se pronunciou afirmando que os hospitais onde houver ocorrido negação do procedimento podem ser acionados na Justiça. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), por sua vez, defendeu o direito dos médicos e das entidades de exercerem objeções de consciência, não praticando o procedimento (BBC BRASIL, 2013). Para os bispos,

a legalização do aborto de feto com anencefalia é uma permissão para violar a vida de um ser humano frágil e indefeso, o que para eles é inaceitável.

Nucci (2014) também externa posição a favor da vida do feto e tece críticas quanto à nova possibilidade de aborto, uma vez que esta pode ser a abertura normativa para que, no futuro, a eugenia - aprimoramento da raça humana - volte a ocorrer, tendo os pais autonomia para decidir pela interrupção da gestação quando identificar qualquer anormalidade nos filhos.

Além dos posicionamentos acima expostos quanto à aceitação do que decidiu o STF, houveram diversificadas opiniões. O que ocorreu foi que muitas pessoas já esperavam que a decisão fosse dada neste sentido e ficaram satisfeitos, e outras, principalmente movidas por questões morais, não acolheram tal decisão. Mas como no direito nem tudo, ou diria que quase nada, é uniforme, resta a todos conviverem com os avanços normativos e, se reconhecer que não foi o juridicamente certo a fazer, buscar os meios para que se possa mudar o quadro atual.

Damásio com foco no âmbito jurídico reconhece a acertada posição do STF em reconhecer a atipicidade do aborto de anencéfalo, porém, quando confrontado com seus preceitos morais e religiosos já não é tão convicto de que esse é o certo a fazer. Escreve o autor:

> Terá agido bem o STF? Terá agido mal, violando o Direito Natural ao qual deve, em princípio, subordinar-se a lei positiva e, igualmente, a decisão de âmbito judicial que por sua natureza estabelece norma legal? O assunto é aberto, livre e opinativo. Não nos esqueçamos de que resta sempre o recurso à mudança da legislação estabelecida. Embora a decisão do STF seja de si vinculante, ela não é absoluta. Pode ser corrigida, reformada. Existem no aparelhamento legislativo brasileiro recursos para tal. É direito e, no âmbito subjetivo e particular, pode ser até dever de qualquer cidadão propugnar a reforma de uma lei injusta. (2014)

9 CONCLUSÃO

O julgamento da ADPF 54 foi um marco histórico no cenário jurídico brasileiro, decidindo questão de grande controvérsia, mas que ainda vem dividindo opiniões. Situação diferente dificilmente se teria dentro de um país tão pluralista como o Brasil.

Embora muitos não concordem com a decisão proferida, o julgamento em favor da interrupção terapêutica do parto em casos de anencefalia veio apenas formalizar e dar segurança jurídica à situação, que embora controversa, já vinha sendo autorizada. Com tal aprovação o que se toma como maior benefício é a desnecessidade da espera da gestante por uma resposta, ao caso concreto, no âmbito do Judiciário. Após tal fato basta à gestante, que opte pela interrupção, com a posse dos diagnósticos e documentos necessários, apenas fazer o pedido ao médico competente e o aborto será realizado.

Analisando-se apenas pela ótica jurídica, facilmente se pode identificar que o posicionamento do STF foi acertado, uma vez que diminuiu, mesmo que minimamente, os processos no Judiciário, deu maior segurança jurídica às situações abrangidas e impossibilitou que houvesse decisões judiciais totalmente opostas sobre o assunto. Porém, se a reflexão se der sob um olhar ético do problema, muito ainda há que se discutir, uma vez que a vida é um dos bens jurídicos que merece a maior proteção possível.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Miryan Vilia Lança et al. **Anencefalia: Causas de uma malformação congênita**. Revista Neurociências, São Paulo, v. 2, n. 18, p.244-248, dez. 2010. Anual. Disponível em: <http://www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/2010/RN1802/351%20revisao.pdf> . Acesso em: 24 abr. 2015

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2: parte especial**: dos crimes contra a pessoa / Cezar Roberto Bitencourt.- 12. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 31 abr. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1989**, de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22913:cfm-definediretrizes-para-diagnostico-de-anencefalia&catid=3>. Acesso em: 26 abr. 2015.

CORDEIRO, Letícia Gomes. **A antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1412, 14 maio 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9875>. Acesso em: 26 abr. 2015.

CROXATO, Joana Schmitz. **Nossa amada Vitória de Cristo:** Um resumo da história. 2012. Disponível em: <http://amadavitoriadecristo.blogspot.com.br/p/um-resumo-da-historia.html>. Acesso em: 26 abr. 2015.

ESTADAO (São Paulo) (Ed.). **Menina com anencefalia morre após 1 ano e 8 meses.** 2008. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,menina-com-anencefalia-morre-apos-1-ano-e-8-meses,216314>. Acesso em: 18 abr. 2015.

JESUS, Damásio de. **Código penal anotado** / Damásio de Jesus. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Emannuely J. S.. **Pressupostos ao ordenamento jurídico da anencefalia.** 2005. Disponível em: <http://www.academialetrasbrasil.org.br/AnencefaliaEmannuely.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial - vol. 2** / Cleber Masson.- 6ª ed. rev. e atual - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação Cível nº 003354079.2013.8.11.0041 - 103570 / 2013. Relator: Desembargador Juracy Persiani. Cuiabá, MT, 11 set. de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Cuiabá, 17 set. 2013.

MOURA, Angela Acosta Giovanini de. O direito à vida dos portadores de anencefalia no Estado Democrático de Direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 74, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7312>. Acesso em: 17 abr. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada / Guilherme de Souza Nucci.- 14. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULA ADAMO IDOETA (São Paulo). BBC Brasil (Ed.). **Um ano após decisão do STF, aborto de anencéfalos esbarra em entraves.** 2013. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/05/130522_anencefalia_abre_pai>. Acesso em: 22 abr. 2015.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **Physis:** Revista de Saúde Coletiva. Vol.15 nº. 1. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312005000100006&script=sci_arttext#N1>. Acesso em: 20 abr. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70011400355. Relator: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. **Diário da Justiça Eletrônico**. Rio Grande do Sul, 10 maio 2005.

TATIANA PRONIN (São Paulo). Uol Notícias (Ed.). **Brasil é o quarto país com maior número de casos de anencefalia.** 2012. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

ÂNUS LIVRES: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS DO NÚMERO 19 DO IMPRESSO HOMOSSEXUAL LAMPIÃO DA ESQUINA

ANUS FREE: AN ANALYSIS OF HUMAN RIGHTS INTERNATIONAL NUMBER 19 OF PRINTED LAMPIÃO GAY CORNER

Débora Alencar Ribeiro [1]
José Anderson Freire Sandes[2]
Ribamar José de Oliveira Junior[3]

RESUMO

Os movimentos sociais no Brasil saíram da esfera embrionária e enfrentaram o clima de repressão até então vigente durante os anos 70. Sem espaço para liberar seus anseios e marginalizadas por uma sociedade que se concentra na definição de identidades prescritas, vivências subalternas, mesmo dentro dos movimentos revolucionários, encontraram no impresso uma maneira de resistir. Deste modo, algumas mídias se colocam como intransigentes no sentido de se contrapor à hegemonia aparelhada pelo Estado, como é o caso dos anos marginais do impresso alternativo Lampião da Esquina. Logo, procura-se um viés de análise do contexto contracultural e internacional diante do ano 2/Nº 19 em dezembro de 1979 "Anistia apoia os homossexuais", buscando entender a ações internacionais que impossibilitavam que retaliações ao Governo Brasileiro fossem mais fortes e qual o papel midiático diante dessas pressões. Fazendo-se refletir sobre os anos livres, nos quais se criaram uma liberdade inventada, combustível para a força dos movimentos sociais de se conquistar de fato os anos livres.
PALAVRAS CHAVE: Direitos Humanos; Mídia Radical; Homossexualidade.

ABSTRACT

The social movements of Brazil grew and ended up face to face with the reality of repression caused by the military government. There was no space for minorities to have a voice in a society with predetermined identities. This kind of movement found a voice in the underground media, which allowed it to stay strong in the face of such a society. The media they created was revolutionary in the face of the hegemony within the Brazilian state, like the magazine 'Lampião da Esquina' .This paper wants to focus on a analyze of the underground culture, and international context of the article "Anistia Apoia os homossexuais" in the nineteen edition, published in December of 1979. This analysis tried to understand the international actions that made change in Brazil difficult when it came to human rights and homosexuals, and how the underground media was a catalyst for that change
KEYWORDS: Human Rights, Underground Media, Homossexuality.

---

[1] Graduando em Relações Internacionais pela Universidade Estadual da Paraíba – UFPB.
[2] Professor do Curso de Jornalismo da Universidade Federal do Cariri – UFCA.
[3] Graduando em Comunicação Social - Jornalismo pela Universidade Federal do Cariri – UFCA.

1 INTRODUÇÃO

Na virada do século XX para o XXI, novas formas de luta social foram inseridas na sociedade civil. Aos conceitos que abrangiam somente participação de trabalhadores organizados em sindicatos, incorporou-se uma série de lutas populares. Os novos movimentos sociais entrando em curso.

Por volta de 1960, iniciou-se um processo de revisão ao pensamento marxista. Estas análises deram início a uma nova linha revolucionária com foco humanístico e universal, criticando, sobretudo, o caráter inicial puramente econômico de Marx (SANTOS, 2011, p. 82). Para E. P. Thompson (1981, apud. SANTOS, 2011, p. 82), existia para além da política econômica, a existência humana de seus atores, que construíam sua dinâmica social em meio à política, religião, rituais, conspirações, baladas, etc.

Estas novas articulações começaram a identificar características da opressão que abrangiam assimetrias sociais e problemas de gênero e sexualidade, para além das relações de produção, "nessa nova conjuntura [a derrota do socialismo real], novos movimentos sociais criticavam tanto o modelo onde o capitalismo desenvolve suas relações humanas, como também questionam os vícios e erros que o socialismo real implantou na Europa." (SANTOS, 2011, p.83)

É nesse sentido que instigados pelo processo de abertura política "lenta, segura e gradual", iniciado pelo governo de Ernesto Geisel, e pelo contato com a militância já em curso internacionalmente, os movimentos homossexuais no Brasil surgem, na década de 70, e ganham notoriedade e autonomia. Ainda na marginalidade, grupos como o SOMOS de São Paulo e o jornal Lampião da Esquina buscaram trazer à pauta nacional questões de cunho racial, de gênero e principalmente sexual.

2 A PRIMEIRA ONDA DA MILITÂNCIA HOMOSSEXUAL NO BRASIL

A militância homossexual no Brasil teve a princípio caráter voltado para a sociabilidade, como o jornal Snob, que correu de 1963 até 1969, a Associação Brasileira de Imprensa Gay, de 1967 a 1968, e a Coluna do Meio, de Celso Curi,

que noticiava a abertura de estabelecimentos *gays* e o andamento dos movimentos internacionais. A repressão, característica no regime militar que vivia o Brasil, impediu que esses grupos se articulassem ou se expressassem publicamente, com relatos de linchamentos públicos e prisões a indivíduos considerados afeminados. Para o historiador Claudio Roberto Silva (1998, p. 123), a organização entre indivíduos homossexuais, na forma de festas, clubes, e fãs de cantora de rádio, como locais de livre expressão, serviu de berço para a articulação verdadeiramente política.

> [...] caso se pense com rigor, será que as pessoas que se reuniam por causa da Emilinha Borba não formavam um grupo de *gays*? Na verdade era! [...] Uma vez perguntei a um membro, não me lembro o nome dele agora, mas ele falou que nos anos cinquenta o único lugar onde se podia dar pinta, dar gritos - e não acontecia nada -, era no fã clube da Emilinha Borba. [...] Talvez, isso tenha sido um embrião de algo mais organizado. Dar festas periodicamente, reunir-se é algo organizado. Na época, talvez eles não tivessem a noção de que eram organizados, mas no meu modo de ver eles eram. [....] (RODRIGUES, 1998, apud. SILVA, 1998, p.39).

O movimento passou a ser politizado já no fim da década de 70, com a abertura política por que passava o país, tendo como marco o grupo Somos de afirmação homossexual, em 1978. João Silvério Trevisan foi um de seus fundadores. Ele conta que participou anteriormente de outras organizações de esquerda, mas que estas os desiludiram, principalmente pelo preconceito em relação à homossexualidade e impossibilidade de expressão da própria identidade sexual (SILVA, 1998, p. 128). Fernando Gabeira (1981, p. 97-99, apud. Silva, 1998, p. 130) relata que a relação entre homossexuais e movimentos de esquerda era conturbada devido ao fato de estes últimos ainda considerarem que a "luta de classes" tinha prioridade sobre questões de cunho sexual, e que estas só deviam ser tocadas sutilmente no futuro.

Assim, Trevisan, após seu auto-exílio no México e nos Estados Unidos, aonde assimilou conceitos dos movimentos em curso nos dois países, deparou-se com uma esquerda que ainda bebia em conceitos stalinistas tradicionais, nos quais "a homossexualidade era um fruto da decadência burguesa" (GREEN, 2000, p. 421...). Ainda segundo João Silvério Trevisan (apud. Silva, 1998, p. 129-130), o grupo Somos partia da análise de que o movimento homossexual era autônomo,

porque assim como o racismo e o machismo não deixavam de existir fora do proletariado, a homofobia também não, “os problemas da sociedade moderna não se esgotam na questão da luta de classes”.

3 IMPRESSA MARGINAL HOMOSSEXUAL EM LAMPIÃO DA ESQUINA: "NÃO SE PODE ESPERAR 70 ANOS PARA SE TER UM ORGASMO"

Em 1984, Caetano Veloso engajado no pós-Tropicalismo contracultural, canta em seu disco *Velô,* "Enquanto os homens exercem, seus podres poderes, índios e padres e bichas... Fazem o carnaval". Nesse contexto, o carnaval se valida como espaço para liberar os desejos e anseios que a sociedade venha a marginalizar. Identidades em folia se desfixam dos termos das relações de poder, até então estabelecidas em linhas de coerção, em uma conduta desviante. A palavra termo em seu significado designa limite, fronteiras, raias; logo, podendo vir a determinar o que se pensa e se vê. Assim, as identidades até podiam ser manifestadas, mas logo que se legitimavam dentro do sistema, encontravam no panorama do poder a repressão. Heloísa Buarque de Hollanda (2004, p. 77) circuncida a evolução da "arte popular revolucionária" para vanguarda: "A marginalidade é tomada não como saída alternativa, mas no sentido de ameaça ao sistema; ela é valorizada exatamente como opção de violência, em suas possibilidades de agressão e transgressão".

As atitudes pós-Tropicalistas seguem um alinhamento do processo cultural brasileiro, se estendendo do engajamento cepecista do Centro Popular de Cultura (CPC), circuncidando a Vanguarda e o Desbunde nos períodos 1960/70. Logo, diante da experimentação de novas vivências, se funde um espírito de descontinuidade. Marcando um comportamento social guinado à transgressão, que construiria também uma produção cultural guinada à subversão da linguagem, demarcando as atividades artísticas como munição para a revolução, literatura, cinema, música e o mercado editorial, como sintetiza a poesia concreta de Leminski no percurso de vanguarda: " Na luta de classes, todas as armas são boas, pedras, noites e poemas” (1983). Revolução que no pensamento trotskyano já vinha abarcando a práxis artística: "Ela virá, a revolução conquistará a todos o direito

não somente ao pão, mas também a poesia" (1879 - 1940) e se daria pela legitimação do subalterno. Para Heloísa Buarque de Hollanda (2004, p. 77) a visibilidade de identidades subalternas acopladas à constelação da marginalidade urbana, liberação erótica, a experiência de drogas, bissexualidade e o comportamento descolonizado, são alegadas agora como discussões de mão política.

E são ambientados nesses reflexos, que se espelham os meios de comunicação na vinculação dessa circulação de tais informações. Uma nova atitude se configurava. Assim, germina uma imprensa "alternativa" — termo citado por Kucinski como:

> O de algo que não está ligado a políticas dominantes; o de uma opção entre duas coisas reciprocamente excludentes; o de única saída, para uma situação difícil e, finalmente, o do desejo das gerações dos anos 60 e 70 de protagonizar as transformações sociais que pregavam. (KUCINSKI, 1991, p.13)

Logo, algumas mídias, como espaços culturais se colocam como radicais, ao se opor à ação coercitiva da legislação do Estado, pautada no controle da sociedade civil, consequentemente, na norma. Entendendo o corpo como território político, Carla Rodrigues no perfil traçado pela revista Cult 193, "o corpo tem um espaço de uma extrema densidade política. Trata-se de resistir à normalização da masculinidade e feminilidade em nossos corpos." Então, ao se produzir uma mídia que em sua plataforma recorta visibilidade de identidades que só por existirem eram punidas e normatizadas em um código de corpo e de linguagem, é produzir uma mídia que dá voz ao subalterno. Nesse momento, a visibilidade do marginal o torna subalterno, apesar de que todo e qualquer sujeito marginal não seja necessariamente subalterno, como afirma Spivak (1942, p. 12), “as camadas mais baixas da sociedade construídas pelos modos exclusão de mercados, da representação política e legal, e da possibilidade de se tornarem membros plenos do estrato social dominante.”

Logo, Pierre Bourdieu (1999, p.115) vem a afirmar que o mundo social constrói o corpo como realidade sexuada e como depositário de princípios de visão e divisão sexualizantes, pautada no androcêntrico de organização social — de cima para baixo e tendo o homem como centro da significação entre dominante e dominado. Nesse contexto, o discurso dos direitos também já haviam o incluir ou o

excluir alguma coisa por sua segmentação, construindo a partir da ordem de mecanização do mundo, uma fina camada de privilegiados. Portanto, a mídia hegemônica aparelhada ao Estado, entorno de tal perspectiva, vem a parear a construção dos discursos do mundo social e a reproduzir tais princípios de dominação.

Na análise do discurso midiático seria necessária uma legitimação para esfera pública de temas antes subnegados, como as homossexualidades. Segundo o portal Produção Cultural do Brasil, a produção de cultura está ligada essencialmente à prática, à vivência, ao produto das relações sociais e ao seu reflexo enquanto manifestação de uma visão de mundo. Assim, o jornal impresso Lampião da Esquina, pode ser caracterizado enquanto mídia radical quando o mesmo quebra o silêncio desconstruindo um conhecimento tido como universal que está marcado por uma só vertente de pensamento, viabilizando uma pequena parte, ainda que inserida num encalço social, marginalizada, e marginalizando outras. “O papel da mídia radical pode ser visto como o de tentar quebrar o silêncio, refutar as mentiras e fornecer a verdade” (DOWNING, 2002, p.49).

É nesse contexto de mídia alternativa e radical que se estabelece uma nova informação dentro do mercado editorial brasileiro. Mesmo ainda numa gradual época de abertura política dos anos 70 e na atenuação da censura política do golpe de 64, havia a preocupação com a atualização de uma linguagem "do nosso tempo", como afirma Heloísa Buarque de Hollanda, a ser aprofundada e relacionada a construção de uma identidade nacional. Pelo través foucaultiano da discursividade, o corpo é "fragmento de espaço ambíguo, cuja espacialidade própria e irredutível se articula contudo com o espaço das coisas" (FOUCAULT, 1996, p. 331). O fragmento, como ruptura da modernidade, se espelhava no sujeito e na descontinuidade da produção cultural no qual o mesmo desorientado, fragmentado, e líquido, elabora Bauman (2005).

Segundo Edward Macrae (1990, p. 39), o primeiro jornal brasileiro a pautar a homossexualidade como forma de política e também as questões tidas como minoritárias antes não abordadas, como negros, índios e emancipação feminina, foi o Lampião da Esquina, com edição mensal e tiragem de 20 mil exemplares. O folhetim nasceu de uma visita de Winston Leyland, editor da revista homossexual

Gay Sushine, Onze pessoas se reunirão na casa do pintor Darcy Penteado e idealizaram o veículo. O impresso contou em seu Conselho Editorial com os jornalistas Aguinaldo Silva, Peter Fry, Clóvis Marques, João Silvério Trevisan, Jean-Claude Bernadet, o próprio Darcy entre outros. Cada um pautava no corpo editorial um pouco da sua singularidade em torno da homossexualidade. Tal subvenção para a execução do projeto, veio da criação de uma editora também chamada de Lampião e da contribuição de alguns colaboradores.

Em sua produção se estendiam editorias fixas, dispostas entre *"Cartas na Mesa",* espaço de interação com o público leitor, na dinâmica de cartas. *"Reportagem"* onde a matéria-capa estava localizada. *"Esquina"* página destinada a produção de notícias e como a "*Bixórdia".* Além do mais, a produção de outras informações culturais que cabia entre fotografias, resenhas, indicações de shows e entrevistas. "O intuito de retirar o homossexual da clandestinidade e destruir uma imagem padrão que existia sobre o grupo" afirma Carlos Ferreira (2010). Em suas últimas edições, começou a trazer conteúdo pornográfico, o que para o editorial antes era descartado. Assim, foi-se perdendo a credibilidade e vendas, já que havia diversas outras formas de se ter acesso ao erotismo pornográfico.

À priori, na imprensa marginal, o Lampião da Esquina acabou se destacando também como grande mídia por sua repercussão, sendo exemplo de mídia radical, por trazer nas suas folhas impressas a rebeldia e o interagir no comportamento social. Sendo assim, é interessante tomar as possibilidades de transgressão, dentro de um sistema, como vitais para romper com o modelo industrial de se modelar protótipos e redesignar as relações definidas.

O jornal de 38 edições, vívido entre 1978 a 1981, pode ser então considerado vanguardista, pois rompe com o modelo hegemônico e dá suporte ao novo em uma época que havia a destruição do espaço público.

> Cada um de nós é feito como é — único, singular, intransponível. (...) Toda essa esfera do que é meramente dado, relegada à vida privada na sociedade civilizada, é uma permanente ameaça à esfera pública, porque a esfera pública é tão consistentemente baseada na lei da igualdade como a esfera privada é baseada na lei da distinção e da diferenciação universa. (ARENDT, 1951, p.321).

Tendo como base a citação de Hannah Arendt sobre a singularidade de cada um, observa-se o Lampião como afronta ao período de 1964 — vinha ser também

uma censura ao labor do sujeito e sua ação política — por ser singular dentro do sistema midiático guinado à censura política. Por conseguinte, por trazer temas subalternos às páginas impressas.

Assim, o Lampião da Esquina se estabelece como representante de uma luta por visibilidade e direitos homossexuais violados e reprimidos no Brasil na década de 70, vindo a ser considerados problemas internacionais diante de uma análise da impressa marginal e sua discursividade na construção de uma mídia radical.

4 A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL E A PROBLEMÁTICA INTERNACIONAL NA DÉCADA DE 70.

Durante a década de 70, enquanto nacionalmente o movimento tropicália movimentava o cenário cultural do Brasil, o contexto internacional de Guerra Ideológica entre Socialismo e Capitalismo, a chamada Guerra Fria, vivia seus anos de maior força. Como mostra José Augusto Lindgren Alves, a questão ideológica passou a influenciar consideravelmente também decisões dentro das reuniões das Nações Unidas e em especial a Comissão dos Direitos Humanos. Esta "era usada de maneira propagandística, parcial e seletiva, para a obtenção de ganhos políticos na disputa estratégica bipolar." (ALVES, p. 227, 2005).

As reuniões internacionais, dentro dos órgãos da ONU, que tratavam direta ou indiretamente sobre ações relacionadas ao respeito aos princípios elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, buscavam respeitar o princípio da não intervenção (ALVES, p.228, 2005), diante do qual o direito de soberania estatal é tido como regra para as decisões dos órgãos. "O princípio da não intervenção tem relação direta com o princípio da independência nacional, e é a regra, que cada país se desenvolve da forma que lhe convier, sendo soberano, e não sujeito a sofrer intervenção de qualquer outro país, seja ele qual for." (RESENDE, p. 1, 2011).

Diante do contexto nacional de Governo Militar, a publicação da edição 19 do impresso *Lampião da Esquina* em dezembro de 1979 a partir de um enfoque na mídia subversiva como fonte de análise da realidade, uma reflexão a respeito do

seu editorial direcionado a Anistia Internacional é fonte de análise. Intitulado "Anistia apoia os homossexuais: Vítimas de opressão sexual agora são presos políticos.", o impresso relata sobre a possibilidade de coerção e de pressão das Organizações Internacionais nas decisões das Nações Unidas e em especial as reações dos grupos de Anistia Brasileiros são criticadas (SILVA, p. 5, 1979).

Em matéria da revista, Agnaldo Silva discorre a respeito das decisões da Anistia Internacional na décima segunda reunião de seu Conselho.

> Eis o que diz sobre o assunto o Amnesty International Newsletter, órgão oficial daquela entidade: '[...] Nos casos em que a homossexualidade venha a ser tomada como um pretexto para prender pessoas por suas crenças, a Anistia Internacional poderá adota-las como prisioneiros de consciência'. [...] Para nós, homossexuais e brasileiros, isto significa basicamente o seguinte: cada vez que os camburões da polícia carioca, por exemplo, estacionam diante do cinema Iris e prendem homossexuais que saem de lá, o que está ocorrendo, aos olhos da Anistia Internacional, é a figura da prisão política. (SILVA, p. 5, 1979)

De certo, a leitura da matéria procura ser fonte de crítica ao silêncio dos grupos de Anistia Brasileiros diante da morte massiva de homossexuais durante a referiada época.

> A questão é: que atitude costuma adotar os vários movimentos brasileiros pela anistia diante das prisões indiscriminadas de homossexuais? Parece-nos que nenhuma - a tendência é passar diante do cinema Iris e achar muito natural que lá estejam os "camburões" a espera de suas presas. (SILVA, p. 5, 1979)

As críticas também recaíram sobre as ações governamentais brasileiras em relação às definições e sugestões apresentadas pela Conferência da Anistia, diante de sua presença na conferencia supracitada (SILVA, p. 5, 1979). Mesmo sendo signatário e redator da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1945, o Brasil vinha sofrendo uma série de denúncias por meio da mídia subversiva e dos movimentos sociais brasileiros a respeito de violação dos Direitos Humanos Básicos em seu território, não só pelo editorial do Lampião da Esquina, mas também por jornais como O Snob (1963-1969) e a Associação Brasileira de Imprensa Gay (1967-1968) como é enunciado por Fachinni (p. 83, 2003).

A publicação do impresso coincide com o que Fachinni (p. 83, 2003) chama de 'primeira onda' do movimento homossexual dentro do país.

> Nesse momento, as iniciativas estiveram bastante concentradas no eixo Rio-São Paulo, eram fortemente marcadas por um caráter antiautoritário e comunitarista, pela relação com propostas de transformação para o conjunto da sociedade e foram tratadas pela bibliografia sobre movimentos sociais a partir do enquadramento entre os movimentos então chamados de 'alternativos' ou 'libertários'. (FACHINNI, p. 84, 2003)

Diante de um contexto influenciado fortemente pela realidade da Guerra fria, que como afirma Lindgren Alves, as reuniões internacionais defendiam indiretamente a campanha propagandista do capitalismo. Por esse motivo, tendo em vista o alinhamento do governo ditatorial com a questão capitalista, as demandas defendidas por estes movimentos não eram facilmente debatidas. (ALVES, p. 228, 2005). A responsabilização do país em relação às violações dos direitos humanos dos homossexuais é invisibilizada diante do fato de que só após a democratização de 1985 que Brasil veio assinar os principais tratados que diziam respeito a preservação da vida e dignidade humana (POIVESAN, p. 1, 2015). Ou seja, internacionalmente não via-se engajamento na questão mesmo que a problemática dos homossexuais fosse debatida tão fortemente. O cenário internacional favorecia a repressão governamental.

A cobrança apresentada pela revista, nesse sentido focado na crítica a ação do governo e nas ações dos grupos de anistia dentro do país foi deveras importante, porém a tática internacional brasileira, que segundo Leonel Itassu Almeida Melo (1997, p.46) nunca deixou dúvida sobre o seu alinhamento com o bloco capitalista norte-americano, facilitava a impunidade dentro do país no que dizia respeito ao silencio dos representantes brasileiros nos fóruns internacionais. O principio da independência nacional "pelo qual as relações internacionais de um País devem consolidar-se na soberania política e econômica, e de autodeterminação dos povos, repudiando a intervenção direta ou indireta nos negócios políticos de outros Estados" (REZENDE, p. 1, 2011) foi historicamente respeitada diante de denuncias de violação aos Direitos Humanos tendo em vista a complexidade cultural dos povos.

> [...] os anos de 1970, quando, em nome do princípio da não intervenção em assuntos internos dos Estados, o Conselho de Direitos Humanos se autodenegava (e, consequentemente, denegava a Subcomissão, na qualidade de órgão subsidiário)

> competência para pronunciar-se sobre violações ocorridas em qualquer parte do mundo. (ALVES, p.228, 2005).

Atualmente podemos perceber, segundo Lindigren Alves (p. 236, 2005), que a não intervenção possui uma postural mais flexível em relação a violações dos Direitos Humanos o que não era realidade na época estudada.

Outra questão não apresentada pelo editorial diz respeito ao poder de sugestão que a Anistia Internacional possui dentro das reuniões das Nações Unidas. De acordo com Kratochvil (p. 82, 2008), um dos percussores da Teoria Construtivista das Relações Internacionais, as teorias têm um poder de influência nas ações dos atores na mesma medida que as ações moldam as teorias. Dessa forma, a constante influência das Teorias Clássicas de Relações Internacionais dentro das decisões e ações políticas interestatais na década de 70, que desconsideravam a importância das sugestões elaboradas pelos atores não estatais, as questões levantadas pela Anistia Internacional em sua Conferência seriam dificilmente levadas em pauta dentro da reunião de algum órgão da ONU.

Foi apenas com o fim da Guerra Fria e a crise das teorias clássicas que falharam em prever o termino do conflito ideológico, que se fortalecem as teorias que consideravam a importância das denúncias apresentadas por órgãos não estatais (ADLER, p.204, 1999). Todas coincidem com o fim da primeira onda do movimento homossexual do Brasil (FACHINNI, p. 83, 2003) e a redemocratização do país, iniciada em 1985 (POIVESAN, p. 01 2015).

Outra questão que pode ser levantada em consideração nesta analise diz respeito ao princípio dos Direitos Humanos Internacionais da autodeterminação dos povos. Este pode ser comparada dentro dessa prerrogativa internacional por ter sido aplicado de forma unilateral dentro da realidade das reuniões da década de 1970. Segundo Larissa Liz Odreski Ramina (p.3697, 2010), muitos Estados até os dias atuais possuem dificuldade em determinar com clareza o conteúdo do chamado “direito à autodeterminação”, direito alçado a princípio com previsão expressa no artigo 1º, § 2º da Carta das Nações Unidas.

> Esse dispositivo enuncia como um dos propósitos da Organização “Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direito e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”. O direito à autodeterminação existente hoje tem

> origem no "princípio das nacionalidades", cunhado na França do século XIX, e segundo o qual toda "nação" teria o direito de constituir-se em Estado independente. (RAMINA, p. 3697, 2010).

No caso do Brasil da década de 1970, um debate no que diz respeito à aplicação deste princípio dentro da realidade das reuniões internacionais vê-se necessário. "O princípio da autodeterminação dos povos estabelece que o povo de um Estado possua a prerrogativa de tomar as escolha que são necessárias sem qualquer interferência externa, escolhendo o seu destino e a forma da qual será dirigido. Tem sua base na soberania do País." (REZENDE, p. 01, 2011). A prerrogativa era de que, sendo o movimento dos homossexuais fortemente repreendidos dentro da realidade brasileira, este não fazia parte das escolhas de forma democrática dentro dos pais e a parte da população que detinha essa exclusividade foi constantemente denunciada pelos movimentos sociais como autora direta ou indireta dos atos de violação.

> Cabe ressaltar ainda que a escolha de um governo é consequência direta do princípio da autodeterminação, visto em sua acepção interna, e decorre do "domínio reservado" do Estado. Em outras palavras, a livre escolha dos povos de seu regime político, econômico e social é a principal consequência concreta do princípio da autodeterminação (RAMINA, p. 3697, 2010).

Dessa forma a mídia subversiva de Lampião da Esquina, mesmo como crítica contundente do estado Brasileiro parecia, em seu editorial dedicado a agradecer a Anistia pelo apoio aos homossexuais, desconsiderar o contexto internacional que o Brasil usava ao seu favor. O problema via-se internamente, mas como todos os característicos de problemas internos, tinha motivações e consequências internacionais. A voz da mídia subversiva homossexual necessitava criticar o governo, mas ainda mais entender as ações internacionais que impossibilitavam que as reações de ataque ao Governo Ditatorial fossem mais fortes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando num balanço geral, as críticas do Lampião da Esquina ao aparato cultural brasileiro em todas as suas nuances foram importantes para o momento que vivia a recém criada militância homossexual no país, mas o contexto

internacional impossibilitava que mudanças mais visíveis fossem notadas e mostram as limitações desse tipo de abordagem midiática.

Deste modo, é interessante analisar o papel de algumas mídias radicais ao se colocarem como intransigentes, como o jornal marginal Lampião da Esquina. Esta se pautando tanto no sentido descompromissado com a ordem e de contraposição à hegemonia aparelhada pelo Estado como também, levando a entender suas limitações no que diz respeito a ação do Brasil dentro da reunião oficial da Anistia Internacional no ano de 1979.

A realidade da Guerra Fria e o alinhamento automático do Brasil com o bloco capitalista nos faz problematizar a questão das influências interestatais. Os contextos domésticos não estão desligados da realidade internacional, o que torna imprescindível o entendimento do contexto internacional para fins de esclarecimentos das motivações do silêncio dos estados em relação à quantidade de abusos aos Direitos Humanos dos Homossexuais relatadas mensalmente pelo jornal analisado na década de 70.

6 REFERÊNCIAS

ADLER, Emanuel. O Construtivismo no Estudo das Relações Internacionais. **Lua Nova**, n.47. São Paulo: CEDEC, 1999.

ALVES, J.A. Lindgren. **Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade**. São Paulo, Perspectiva, 2005.

ALBUQUERQUE JUNIOR. Durval Muniz de. **A invenção do Nordeste e outras artes**. Recife: FJN, Ed. Massangama; São Paulo: Ed. Cortez, 1999.

_____, Durval Muniz. **Enredos da Tradição**: a invenção histórica da região Nordeste do Brasil. In:__. Nos destinos de fronteira: história, espaço e identidade regional. Recife: Bagaço, 2008. pp.127-163

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**: anti-semitismo, instrumento de poder. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1975.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução Maria Helena Kühner - 5º ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

DOWNING, John D.H. **Mídia radical: Rebeldia nas Comunicações e Movimentos Sociais**. 2° ed. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Editora Senac, 2002.

FACCHINI, Regina. **Movimento Homossexual no Brasil:** Recompondo um Histórico. Cad. AEL, v. 10, n. 18/19, 2003

FOUCAULT, M. **A Hermenêutica do Sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

GREEN, James Naylor. **Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX**. São Paulo: Ed. UNESP, 2000.

KRATOCHWIL, **Constructivism: What it is (not) and how it matter**. In Donatella della Porta, Michael Keating (eds.), Approaches and Methodologies in the Social Sciences Cambridge: Cambridge University Press, p. 80-99.2008.

LEMINSKI, Paulo.**Toda Poesia/Paulo Leminski**. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2013

MACRAE, Edward. **A construção da igualdade:** identidade sexual e política no Brasil da "abertura". Campinas: UNICAMP, 1990.

MELLO, Leonal Itaussu Almeida, **A geopolítica do Brasil e a Bacia do Prata**. Manaus: Editora Universidade do Amazonas, 1997, p.233 – 279

RESENDE, Camila Beatriz Silva. **Breve Análise dos principios gerais do Direito Internacional Público**. Dezembro de 2011. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/breve-an%C3%A1lise-dos-princ%C3%ADpios-gerais-do-direito-internacional-p%C3%BAblico. Último acesso: 01/09/2015

POIVESAN, Flávia. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Disponivel em: www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesandihbr.html Último acesso: 01/09/2015

SILVA, Cláudio Roberto da. **Reinventando o sonho**: história oral de vida política e homossexualidade no Brasil contemporâneo. 1998. 199 p. Dissertação (Mestrado em História Social) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 1998.

RAMINA, Larissa. **O Princípio da Autodeterminação dos Povos e seus Paradoxos: a aplicação na Guerra do Cáucaso de 2008.** In: Rui Badaró. (Org.). Direito Internacional. **Anais** do VIII Congresso Brasileiro de Direito Internacional. 1.ed. São Paulo: ABDI Selo Editorial, 2010, v., p. 585-598.

VELOSO, Caetano. **Velô (Vinil).** Brasil: Philips Records (1984).

HISTÓRIA DO TRABALHO: DIVISÃO SEXUAL E IDENTIDADES DE GÊNERO NA CONTEMPORANEIDADE

WORK HISTORY: DIVISION SEXUAL AND GENDER IDENTITY IN CONTEMPORARY

Antoniel dos Santos Gomes Filho[1]
Eva Maria Campos Pereira[2]
Miguel Ângelo Silva de Melo[3]

RESUMO

A partir de um estudo teórico-histórico, tendo como objetivos: 1) compreender como ocorreram e ocorrem os processos de divisão sexual do trabalho e seus processos de exclusão quando relacionados ao sexo/gênero. 2) entender e refletir sobre o atual cenário do trabalho em relação aos sujeitos com identidades de gênero ininteligíveis, e como estes permeia o mercado. Foi possível entender que o trabalho sempre sofreu diversos processos de divisão e seccionamento em relação às questões de sexo, e que na contemporaneidade o fator das identidades de gêneros adentra nesse contexto, sendo uma nova questão para os debates sobre esse direito fundamental.
PALAVRAS-CHAVE: Divisão Sexual do Trabalho. Identidade de Gênero Ininteligíveis. Nomadismo.

ABSTRACT

From a theoretical and historical study, with the following objectives: 1) understand how they occurred and occur the sexual division of labor processes and their exclusion processes as related to sex / gender. 2) understand and reflect on the current job scenario compared to subjects with unintelligible gender identities, and how these permeates the market. It was possible to understand that the work has always suffered several division processes and isolation in relation to gender issues, and that in contemporary times the factor of gender identities enters in this context, being a new issue to the debate on this fundamental right.
KEYWORDS: Sexual Division of Labor. Unintelligible Gender Identity. Nomadism.

[1] Mestrando em Educação Brasileira pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Faculdade de Educação - FACED.
[2] Doutoranda em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG. Docente do Instituto Federal da Paraíba – IFPB.
[3] Doutorando em Sociologia pela Universidade Federal do Pernambuco - UFPE. Docente da Faculdade Leão Sampaio - UNILEÃO.

1 INTRODUÇÃO

O mercado de trabalho na atual conjuntura mundial tem buscado os melhores profissionais em suas áreas especificas, visto que o cenário mercadológico globalizado e interconectado proporciona o encurtamento das distâncias geográficas empresariais e sociais. Desse modo, o crescimento e a consolidação empresarial não está restrita as grandes corporações empresariais internacionais e nacionais detentoras de grande capital, mais também as médias e pequenas empresas que incorporam o mercado em seus níveis regionais e locais, que são de suma importância para o desenvolvimento e crescimento da empregabilidade, reconhecendo assim o trabalho como um direito fundamental.

Vale salientar que o trabalho possui toda uma história que envolve o entrelaçamento de questões sociais, econômicas e políticas, em contextos e modos de sociabilidade específicos. Assim, enquanto que para as sociedades da Grécia e Roma Antiga, o trabalho permeava um significante de sofrimento, dor e castigo (além de outros significados), para sociedades posteriores o mesmo conotava a dignificação do homem no contexto social e espiritual.

Através de um breve estudo teórico-histórico buscamos apresentar o trabalho nas diversas sociedades. Assim, rememorando Revolução Industrial iniciada na Inglaterra no fim século VXIII, foi possível analisar a figura do capital e do trabalho, e como foi consolidado o sistema econômico e financeiro capitalista, que perdura até os dias atuais. Essa temática será abordada com maior especificidade no decorrer do estudo, o mesmo também buscará aprofundar as reflexões no tocante histórico da divisão sexual do trabalho, que subsidiará as discussões sobre a exclusão por identidade de gênero no mercado de trabalho como questão contemporânea.

A divisão do trabalho por vezes perpassa num discurso sexista e heterossexual que aloca no seio social a figura do homem-masculino-heterossexual-ativo em posição de privilégio e prestigio em relação à mulher-feminina-heterossexual-passiva, normatizando e naturalizando tal discurso. Nessa ordem podemos visualizar uma relação dominador-dominado, instaurando assim uma hierarquia sexual, onde o homem possui uma suposta superioridade em relação à

mulher, tal perspectiva foi, e por vezes ainda é introjetada no mundo do trabalho, mesmo estando uma sociedade pós-moderna.

As lutas e reivindicações das mulheres frente aos discursos sexistas foram intensificadas no século XX, e, no que tange a inserção da mulher no mercado de trabalho a década de 70 foi fundamental. Foi durante esse período que as mulheres adentraram com maior efetividade no mercado de trabalho em profissões que remetiam as atividades desenvolvidas no lar, sendo inseridas principalmente nas áreas da educação e saúde (GOMES FILHO et. al., 2014).

Nesse mesmo período emergiram as lutas por visibilidade e efetivação de direitos das populações gays e lésbicas. Sobre esse período, Gomes Filho e Melo (2014) mostram que tais movimentos foram de fundamental importância para as reivindicações das populações de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT) na atualidade. Dentro das demandas solicitadas existe a busca pelo reconhecimento da identidade de gênero em âmbito social, inclusive no mercado de trabalho.

A exclusão e descriminação por identidade de gênero no mercado de trabalho possui na sua base de legitimação os dispositivos da heteronormatividade, que sustenta e protege o discurso de normatização com vistas no binário heterossexual do corpo sexuado. Ao passo que há o normal, o anormal terá que surgir para delimitar as fronteiras da normalidade. Tal questão implica na exclusão dos sujeitos sociais que não se adequam aos padrões sociais, estabelecendo assim espacialidades, territorialidades e subjetividades marginais e abjetas para esses sujeitos não padronizados.

Desse modo, o presente estudo tem por objetivo compreender como ocorreram e ocorrem os processos de divisão sexual do trabalho e seus processos de exclusão quando relacionados ao sexo/gênero, a partir de um estudo teórico-histórico. Também busca-se entender e refletir sobre o atual cenário do trabalho em relação aos sujeitos com identidades de gênero ininteligíveis, e como estes permeia o mercado. Para alcance dos objetivos propostos vale-se aqui de especificidades como: a apresentação e sistematização de um corpo teórico para subsidiar os argumentos expostos acerca de tais processos excludentes e discriminatórios, como também a (des)construção dos padrões sociais delineados

para os corpos sexuados, vivências e experiências, identidades e gêneros estáveis, fixas, estáticas, não maleáveis, não moldáveis, enfim, flutuantes.

Utilizando-se de uma revisão de literatura que de acordo com Luna (1996, p. 83) "[...] tem o objetivo de circunscrever um dado problema de pesquisa dentro de um quadro de referência teórica que pretende explicá-lo", buscou-se conhecer as produções científicas já existentes acerca do tema abordado, proporcionando assim o aprofundamento/especialização do pesquisador, tendo como fonte principal de pesquisa os trabalhos advindos da história. Buscou-se desenvolver argumentações que visam uma (des)construção/deslocamento da heteronormatividade no que tange o mercado de trabalho e a inserção de sujeitos que estão fora das normas sociais na reta do sistema sexo/gênero/desejo.

Desse modo, desenvolver reflexões que rotineiramente não são questionadas em âmbito social é fundamental para que ocorra uma mudança, ou mesmo pequenos deslocamentos nos paradigmas sociais que correlacionam os sujeitos e seus atos performativos sexuais, seja na família, na escola, na igreja ou mesmo no mercado de trabalho, centro de discursão do presente estudo. O papel da produção acadêmico-científica nessa conjuntura é proporcionar os subsídios teóricos e metodológicos para instaurar tais mudanças e deslocamentos no seio social, e fundamentar o direito ao trabalho a todos os sujeitos.

2 DESENVOLVIMENTO

Mercado de trabalho: uma divisão sexual

Para que se compreendam as diversas interações do trabalho no contexto histórico, faz necessário inicialmente contextualizar os significados no qual a palavra trabalho está envolvida. Nesse olhar e perceptível que na linguagem há muitos significados, logo:

> Embora pareça compreensível, como uma das formas elementares de ação dos homens, o seu conteúdo oscila. Às vezes, carregada de emoção, **lembra dor, tortura, suor do rosto, fadiga**. Noutras, mais que aflição e fardo, **designa a operação humana de transformação da matéria natural em objeto da cultura**. É o homem em ação para sobreviver e realizar-se, criando instrumentos, e com esses, todo um novo universo cujas vinculações

> com a natureza, embora inegáveis, se tornam opacas (ALBORNOZ, 2002, p. 8, grifo nosso).

Dentre os diversos significados do trabalho encontra-se o que se refere às questões de incomodo, aflição e adversidade, tal proposição é compreendida através da compreensão de que a palavra trabalho, em nossa língua se origina do vertebre latim: *tripalium*, que consistia num instrumento de trabalho composto por três paus aguçados, que eram utilizados pelos agricultores no trato com o trigo, milho e linho, e que originalmente ou posteriormente foi utilizado também como instrumento de tortura; o trabalho também se correlaciona a modificação e transformação da natureza pela força do homem, desse modo todo trabalho supõe um fim específico, seja ele de ordem intelectual ou corporal/física, assim o trabalho esta instaurado tanto no esforço como no resultado (ALBORNOZ, 2002).

"Pensar historicamente a questão do trabalho é pensar como essa atividade humana se desenvolveu e se organizou nas diferentes sociedades.". Diante dessa afirmação, é valido recorrer de modo sucinto à história para buscar compreender como ocorreu a organização do trabalho no que tange as questões de sexo e contemporaneamente as de gênero. Vale salientar que o trabalho historicamente não possui seus significantes tais como apresentados, representados e disseminados na sociedade capitalista contemporânea. Desse modo se observadas nas sociedades tribais, o trabalho não estava vinculado às questões de produção, mais sim, correlacionados aos ritos, mitos e parentescos, dentro dum contexto da vida social do grupo, sendo que tais perspectivas diferenciavam-se de grupo para grupo. No que tange a divisão do trabalho, muitas sociedades tribais organizavam suas atividades baseados na divisão sexual, logo homens e mulheres exerciam atividades diferentes (TOMAZI, 2000, p. 34).

Na sociedade greco-romana no mundo é permeado pela figura do escravo, sendo este pertencente aos senhores, que por sua vez eram considerados cidadãos. Logo, mesmo sendo um homem o escravo encontrava-se na condição de coisa, passível de venda e troca. O escravo estava na sociedade para facilitar o uso da vida dos senhores, visto que, na sociedade greco-romana o trabalho dos cidadãos consistia no seu poder de articulação nos espaços públicos da vida social.

É valido lembrar que o trabalho na sociedade greco-romana não estava apenas instituído sobre os escravos e senhores, outros trabalhadores também faziam parte dessa organização social "[...] como os: meeiros diaristas assalariados, os artesãos e um imenso campesianato – que conviviam lado a lado com os escravos."; Referindo-se as condições de escravidão, estas por sua vez eram muito variáveis, pois havia desde escravos que trabalhavam nas terras dos senhores, sob condições precárias, até escravos que eram responsáveis pela gestão dos negócios do seu senhor, encontravam-se escravos também acompanhando seus senhores no exercício da medicina (TOMAZI, 2000, p. 39).

Durante a Idade Média o sistema de organização do trabalho estava concentrado nos feudos. O sistema feudal[4] teve seu ápice na Europa Ocidental entre os séculos IX e XI, sendo a França a principal referência para esse modelo social. As frequentes guerras dos séculos anteriores juntamente com a falta de estrutura das estradas dificultaram as transações comerciais, além das possíveis guerras e ataques e invasões das civilizações bárbaras, as populações necessitavam organizar-se em comunidades que seriam autossuficientes, nas quais as produções de alimento, vestuário, ferramentas de trabalho e os demais aparatos necessários a vida deveriam ser produzidos em uma única unidade, os feudos. Desse modo, tratava-se duma economia de subsistência (SCHNEEBERGER, 2011).

No sistema feudal o trabalho escravo desaparece, dando lugar ao vínculo de servidão, entre senhores e sevos. Todo território europeu encontrava-se dividida em feudos, de tamanhos e relações sociais diferentes, porém existiam algumas características semelhantes no que expressa à organização desses territórios. Num contexto geral o feudo apresentava três áreas em comuns: **O manso senhorial ou domínio senhorial**: que constituía as terras mais férteis do feudo, do qual eram pertencentes ao senhor feudal, do qual o cuidado era de responsabilidade dos servos, que trabalhavam nessas terras gratuitamente em troca de proteção, a corveia. Nessa área também se encontravam o castelo (moradia do senhor feudal), a capela, a aldeia, e diversas construções, tais como o forno, o moinho, o estábulo, que poderiam ser utilizadas pelos servos desde que se pagasse a banalidade. **O**

[4] De acordo com Farias (2013) o sistema feudal/feudalismo ocorreu na Europa aproximadamente entre os séculos V e XV, onde ficou convencionado o período da Idade Média.

manso servil: que consistia nas terras concedidas aos servos. Cada família recebia do senhor feudal um lote de terra, conhecido como manso ou tenência, formado por terras não contínuas, sendo estas terras dispersas pelos campos de plantio, logo, cada servo possuía uma área em cada cultivo diferente. Era a partir do cultivo nesses lotes de terra que os servos retiravam o sustento das suas famílias, além de entregar o imposto denominado talha, que consistia na entrega de parte da produção do manso. Além desses impostos como a corveia e a talha, havia outros tais como: o censo, a formariage e a mão-morta, desse modo, o servo estava sempre ligado ao domínio do senhor feudal, mesmo ficando com parte da produção e sendo dono dos seus instrumentos de trabalho. **As terras comuns ou comúnia**: eram áreas distantes dos feudos e de uso coletivo, onde os servos poderiam fazer usufruto dos pastos, além de retirar da natureza alimento e madeira para construções (FARIAS, 2013).

> Os homens eram responsáveis por lavrar a terra, derrubar as florestas, quebrar pedras, construir casas, cercas, etc. Por vezes, o servo [o homem] era também um artesão da comunidade (ferreiro, carpinteiro, etc.). As mulheres teciam panos, cortavam e costuravam, além de lavar roupa, tosquiar ovelhas, preparar comida, etc., na dura rotina do trabalho doméstico. Quanto às crianças, na Idade Média não havia a concepção que temos hoje de "infantil": garotos e garotas eram tratados como adultos pequenos e , quando já tinham condições, laboravam e ajudavam os pais nos diversos afazeres. [...] As mulheres tinham funções importantes na Idade Média. Enquanto as camponesas ajudavam nas tarefas agrícolas e do dia a dia ao lado do resto da família, as mulheres da nobreza se incumbiam da tecelagem e da organização das casas ou castelos, orientando as servas. Várias mulheres eram também artesãs, produzindo produtos como pentes, cosméticos, sabão e roupas. Todas, porém, fossem ricas ou pobres, estavam submetidas a ferrenho machismo. A principal "virtude" da mulher dentro e fora do casamento, era a submissão e a obediência, tendo um homem como referência. Ao homem, cabia o direito natural de castigar a mulher quando achasse conveniente (FARIAS, 2013, p. 61-62).

No que tange a divisão sexual do trabalho durante a Idade Média nos feudos, observa-se que existia uma especifica divisão das atividades realizadas por homens e mulheres, sendo as crianças também inseridas nesse contexto. As mulheres eram as únicas responsáveis pelos trabalhos domésticos, além de ajudar no trato com a terra. Pilorget (2014, p. 17) ressalta que: "Se a divisão de tarefas, tanto na cidade como no campo, revelava-se sexuada, existia profissões

majoritariamente femininas na Idade Média.". Logo, as mulheres tinham papel importante na economia feudal.

A condição da mulher ainda estava instaurada na submissão e obediência ao homem, que por natureza detinha o controle e o poder, como dito por Farias (2013). De acordo com Klapisch-Zuber (2014) durante a Idade Média as mulheres foram consideradas como seres mais frágeis, impuras e impudicas, em relação aos homens, e a partir disso, os tratados de origem eclesial ou leiga denominaram que era necessário proteger as mulheres, pois os ideais masculinos encontram-se a partir da preservação da pureza feminina. Logo:

> A dominação masculina se funda na capacidade dos homens em manter as mulheres no caminho certo, o que implica submissão e obediência por parte delas. Isso acarreta o confinamento ou o controle estrito de idas e vindas. Eis a lição imposta por moralistas de toda espécie: uma mulher de bem não sai sozinha, não tem voz e só pode recorrer à Justiça sobe a égide de um homem (KLAPISCH-ZUBER, 2014, p. 14).

No início do século "[...] XV a Europa sentia falta de dinheiro, de capital. No entanto, as pessoas não sabiam bem de que precisavam para ser ricas. Terras ou Dinheiro?! Quem possuía terras sentia falta de dinheiro, mas quem possuía dinheiro não tinha prestígio dos donos de terra.". É diante dessa questão que surge a Idade Moderna, contrastando o velho modelo do sistema feudal com o modelo capitalista, um novo modelo organização social que proporcionou uma série de mudanças nas estruturas sociais, políticas e econômicas, modificando também as formas de trabalho na sociedade (AQUINO et al. 1985, p. 7).

Aquino et al. (1985) ressalta também que entre os séculos XV e XVIII os países buscaram novos modos de enriquecimento, desse modo o acumulo de metais, como ouro e prata, foram essenciais para o desenvolvimento do comércio. Toda essa revolução não contribuiu apenas para o aumento de trocas de mercadoria, fomentou também a conquista de novos territórios e a exploração dos mesmos, além da retomada do trabalho escravo, tal período ficou historicamente conhecido como mercantilismo/revolução comercial. Logo, foi a partir do capital acumulado durante esse período que foi possível o advento do capitalismo como novo sistema econômico, através da Revolução Industrial no século XVII.

A Inglaterra foi à primeira nação a se industrializar, visto que, no período da revolução comercial conseguiu reunir condições favoráveis nos aspectos econômicos para iniciar as transformações no setor industriário. Assim, com a instalação das fabricas têxteis, e os avanços tecnológicos de produção, ocorreram diversas mudanças nas relações de trabalho de homens, mulheres e crianças, que constituem-se agora como mão-de-obra para as fábricas (SCHNEEBERGER, 2011). Nesse contexto o sistema capitalista:

> [...] fundamentava-se na propriedade privada dos meios de produção pela burguesia, que queria total liberdade econômica para produzir, vender, investir fazer circular as riquezas produzidas, comprar e fixar salário. E as atividades econômicas não seriam planificadas, nem reguladas, nem controladas pelo Estado, cuja função seria manter a ordem necessária ao funcionamento das empresas privadas. A produção industrial era realizada em pequenas e médias fabricas, onde havia a divisão do trabalho, uso de máquinas movidas a vapor, empregando mão-de-obra assalariada e produzindo em larga escala a fim de proporcionar lucros ao empresário capitalista. (AQUINO et al., 1985, p. 115, grifos do autor).

Observa-se que nesse período os detentores dos meios de produção reivindicavam a não atuação do Estado diante das questões econômicas e trabalhistas, instaurando assim um capitalismo liberal. Tal posicionamento econômico gerou diversas modificações nas questões trabalhistas. Como nos lembra Schneeberger (2011): as condições de trabalho eram precárias; os trabalhadores sejam, homens, mulheres ou crianças estão expostas a uma longa jornada de trabalho; além das péssimas condições sanitárias das cidades e vilas no qual residiam; os baixos salários que mantinham apenas a sobrevivência do trabalhador; o excedente de mão-de-obra, entre outras questões.

Castel (2010) afirma que com os problemas sociais advindos da Revolução Industrial juntamente com a legitimação do Sistema Capitalista, obteve-se como resultado os problemas da questão social. Nas palavras do autor:

> A "questão social" é uma aporia fundamental sobre a qual uma sociedade experimenta o enigma de sua coesão e tenta conjurar o risco de sua fratura. É um desafio que interroga, põe em questão a capacidade de uma sociedade (o que, em termos políticos, se chama de nação) para existir como um conjunto ligado por relações de interdependência. [...]. Essa questão foi explicitamente nomeada como tal, pela primeira vez, nos anos de 1830. Foi então suscitada pela tomada de consciência das condições de existência das

> populações que são, ao mesmo tempo, os agentes e as vítimas da Revolução Industrial. É a questão do pauperismo (CASTEL, 2010, p. 30).

Os trabalhadores viviam uma nova conjuntura social, advinda da industrialização e do sistema capitalista. A questão social agora vigente colocou em cheque há harmonização da sociedade, de tempos passados. Pois, ao passo que os trabalhadores foram os agentes da industrialização, são agora vítimas da mesma, porque como não são donos dos meios de produção, tem apenas sua força de trabalho para vender, sendo então abarcados por um estado de miséria, até então sem nenhum protecionismo do Estado.

A instituição social família, sofreu um impacto significativo com a Revolução Industrial, pois houve mudanças no modelo patriarcal. Nesse sentido Araújo e Holanda (2013) mostram que o capitalismo e a industrialização alteraram as relações estruturais da família ocidental, visto que, todas as formas de produção concentravam-se nas fábricas, e não mais nas manufaturas, ocorreu que todos os membros da família necessitavam vender sua força de trabalho, assim, as mulheres, que até então, estavam ligadas as atividades domésticas, assumem agora mais uma função de âmbito público, o trabalho nas fábricas.

Outra mudança apontada pelas teóricas é o fato das famílias no sistema capitalistas tornarem-se nucleares, assim:

> No interior destas modificações que demarcaram a passagem do feudalismo para o capitalismo na Europa, a família transformou-se em nuclear, saindo lentamente de sua casa agregados, os parentes indiretos e os filhos mais velhos, sendo esses últimos convocados a integrar a força de trabalho produtiva (ARAÚJO; HOLANDA, 2013, p. 216-217).

Diante desse novo arranjo familiar o homem por sua vez teve sua participação diminuída na vida familiar, pois o mesmo para manter o sustento de sua família passava a maior parte do tempo recluso nas fábricas, exposto a uma longa jornada de trabalho, não lhe restando tempo suficiente para interagir no seio familiar, e a mulher, por sua vez tinha o ofício de ser “dona do lar”, e muitas vezes também ocupar um cargo na indústria, mais ainda dependia do marido (ARAUJO; HOLANDA, 2013).

Até meados do século XX essa configuração familiar ainda permanecia fortemente consolidada na sociedade, porém no decorrer das décadas de 70 e 80,

ocorre uma mudança nesse cenário social. Como afirma Gomes Filho et.al (2014) as mulheres nesse período começaram a inserir-se no mercado de trabalho, adentrando nas áreas ligadas a saúde e educação, atividades características as desempenhadas no espaço doméstico.

Nesse mesmo período outros atores emergem no seio social. Através dos movimentos sociais, as lésbicas e gays buscavam visibilidade e conquista por direitos iguais (inclusive no mercado de trabalho). Inicialmente através do Movimento de Liberação Gay (The Gay Liberation Movement), e do surgimento das primeiras comunidades lésbicas nos Estados Unidos, essas populações começaram a articular-se na luta por direitos, a exemplo de outros movimentos, dentre eles o feminista (GOMES FILHO; MELO, 2014).

Desse modo o mercado de trabalho pós 1970 sofre mudanças significativas, ao passo que as mulheres, as lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTs) poderiam estar inseridos nos postos de trabalho formal e informal. Todas essas mudanças acarretaram assim novos arranjos sociais, como novos modelos familiares, a ocupação dos altos cargos por mulheres, o aumento da inserção de mulheres e LGBTs no ensino superior. Porém como dito por Bomeny e Freire-Medeiros (2010) o mercado de trabalho ainda continua excludente e discriminatório no Brasil, no que tange as questões de gênero. Assim, as mulheres e LGBTs estão propícios a uma maior exclusão do mercado. Desse modo, percebe-se uma não equidade no mercado de trabalho, sendo este ainda permeado por uma heteronormatividade, no qual a figura masculina é valorada.

Logo, faz-se necessário compreender como esse processo normalizador foi operacionalizado na sociedade, uma vez que se apresentou sucintamente o aspecto histórico das relações de trabalho, e de sua divisão com base no sexo (masculino e feminino) até o surgimento de novos modos de experiência e vivencia coletiva e social, fugitiva das normas sociais impostas ao corpo sexuado.

Heteronormatividade e identidade de gênero sob a luz da teoria queer: por uma (des)construção social

Miskolci (2009) em seus estudos sobre as relações entre a teoria *queer* e a sociologia, nos lembra de que até a década de 90 (pelo menos) as ciências sociais correlacionavam as ordens sociais como um sinônimo de heterossexualidade, até mesmo em relação aos estudos sobre sexualidades não-hegemônicas, o que acabava por instaurar a manutenção e naturalização da norma heterossexual. Desse modo os estudos *queer* buscavam/buscam desenvolver uma analise das normatizações sociais ligadas à sexualidade e outros temas não recorrentes. Miskolci aponta que o desenvolvimento da teoria *queer* tem suas bases a partir das obras: História da Sexualidade I: A vontade do Saber (1976) de Michel Foucault, e Gramatologia (1967) de Jacques Derrida, sendo estas fundamentais para a evolução de um novo itinerário teórico e metodológico.

O legado de Foucault (2014) para o desenvolvimento da teoria *queer* consiste no seu processo de análise histórica da sexualidade em relação à sociedade, ao passo que o filósofo rompe com a hipótese repressiva, ocorre à demonstração de que a sexualidade não foi reprimida, mais sim, produzida a partir da ordem dos discursos que imperam sobre a tríade poder-saber-prazer. Desse modo desenvolveu-se/inventou-se ao longo dos séculos todo um discurso social que visava o controle, regulamentação, definição e normatização das práticas sexuais, pelas instituições sociais como: a família, a igreja, a escola, a clínica, o hospital, dentre outras; "Daí a importância daquelas invenções do século XIX, a homossexualidade e o sujeito homossexual, para os processos de regulação e normalização." (MISKOLCI, 2009, p.153). Nas palavras de Foucault sobre regularização sexual:

> Deve-se falar de sexo, e falar publicamente, de uma maneira que não seja ordenada em função da demarcação entre o lícito e o ilícito, mesmo se o locutor preservar para si a distinção (é para mostra-lo que servem essas declarações solenes e liminares); cumpre falar do sexo como de uma coisa que não se deve simplesmente condenar ou tolerar, mas gerir, inserir em sistemas de utilidade, regular para o bem de todos, fazer funcionar seguindo um padrão ótimo. O sexo não se julga apenas, administra-se. Sobreleva-se ao poder público; exige procedimentos de gestão; deve ser assumido por discursos analíticos. (FOUCAULT, 2014, p.27).

Em seus estudos Foucault insere a sexualidade como um dispositivo de poder, tal compreensão é compartilhada pelos teóricos *queer*, pois o dispositivo é:

> [...] um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que pode se estabelecer entre estes elementos. (FOUCAULT, 2011, p. 244).

Logo, a sexualidade opera por meio de discursos criando estratégias de poder através de redes de articulação integradas/correlacionadas/interconectadas, que regulamentam e normatizam a sexualidade dos sujeitos no seio social, dizendo o que é permitido, e o que é proibido, operacionalizando assim a ordem do normal e do anormal. Diante dessa ótica dualista/binária é que o conceito de suplementaridade[5] de Jacque Derrida é implantado nas analises *queer*, juntamente com seu método desconstrutivo, assim a "[...] heterossexualidade só existe em oposição à homossexualidade, compreendida como seu negativo inferior." (MISKOLCI, 2007, p. 3).

A partir dessas concepções percebe-se que a heterossexualidade constitui-se como a norma regulamentadora para os corpos, e "[...] para se 'útil' [socialmente], tal particularização não se deve desviar desse ideal normativo [...]" (RODRIGUES; NARDI, 2009, p.129) que esta sob a égide heteronormativa.

De acordo com Butler (2008, p. 38, grifo da autora) a matriz heteronormativa busca legitimar os corpos, a partir de "[...] *práticas reguladoras* de formação e divisão do gênero [que] constituem a identidade, a coerência interna do sujeito [...]", formando o que a autora denomina gêneros inteligíveis, que buscam manter uma "[...] coerência e continuidade entre sexo, gênero, pratica sexual e desejo.", buscando formar uma identidade fixa, não moldável, não variável e não flutuante.

Ao analisar a ordem compulsória do sexo/gênero/desejo a partir da matriz heteronormativa, Butler (2008) argumenta que o gênero e as diversas formas de identidade de gênero, não estão numa continuidade em relação ao sexo, pois ao passo que o gênero é culturalmente construído, não existe uma razão para legitima-lo através de uma forma binária no corpo sexuado, logo:

[5] "A suplementaridade mostra que significados são organizados por meio das diferenças, em uma dinâmica de presença e ausência, ou seja, o que parece está fora de um sistema já está dentro dele e o que parece natural é histórico." (MISKOLCI, 2009, p.153).

> Quando o *status* construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero torna-se um artifício flutuante, com a consequência de que um *homem* e *masculino* podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como masculino, e *mulher* e *feminino*, tanto um corpo masculino como um feminino (BUTLER, 2008, p. 24-25, grifos da autora).

A partir dessa descontinuidade entre sexo/gênero/desejo, os sujeitos ininteligíveis podem e estão potencializados a (re)criar, (re)produzir, (des)construir as identidades de gênero que se deslocam da normatização/normalização heterossexual e da sistematização performática esperada pela sociedade para o corpo sexuado.

Sob essas possibilidades de descontinuidade, não emergem uma diversidade de identidades, mas sim, múltiplas formas identitárias, onde os sujeitos ao introjetar e/ou reconhecer em seus corpos os artifícios simbólicos femininos ou masculinos, iniciam um trânsito entre os gêneros, surgindo assim os sujeitos trans[6] e suas identidades deslocadas da heteronormatividade, além das lésbicas, gays e bissexuais, que não seguem a tríade sexo/gênero/desejo, e das mulheres, frente aos constructos históricos e sociais legitimados pela sociedade sexista, machista, patriarcal.

Silva (2000) defende que ao se compreender a identidade numa perspectiva de diversidade [apoiada no multiculturalismo que busca à tolerância e o respeito para com a diversidade e a diferença] encontraremos identidades que tendem a ser naturais, cristais e essenciais, desse modo fixas, não flutuantes, não moldáveis, enfim, estáticas. Desse modo deve-se buscar trabalhar e compreender as identidades na perspectiva do múltiplo, pois:

> A multiplicidade é uma máquina de produzir diferenças – diferenças que são irredutíveis à identidade. A diversidade limita-se ao existente. A multiplicidade estende e multiplica, prolifera, dissemina. A diversidade é um dado – da natureza ou da cultura. A multiplicidade é um movimento. A diversidade reafirma o idêntico. A multiplicidade estimula a diferença que se recusa a se fundir com o idêntico (SILVA, 2000, p. 100-101).

[6] Entende-se por sujeitos trans: as travestis, as/os transexuais, as/os transgêneros, os crossdresser, entre outros modos de vivência e experiência social que proporcionem o trânsito de gênero e a não identificação fixa e estável com a modelagem heteronormativa.

A partir desse contexto compreende-se que as identidades de gênero não-hegemônicas ou ininteligíveis estão sempre se reinventando, criando assim novas estilísticas de vida, afastando-se da identidade heterossexual normativa, multiplicando vivências e experiências existenciais não estáticas, ou seja, identidades descentradas, móvel, nômades.

Sobre esses sujeitos cujas identidades são descentradas, móveis e nômades, Hall (2006) salienta que as mudanças estruturais das sociedades modernas no fim do século XX, fizeram com que as identidades entrassem em colapso, em crise, sendo que tais mudanças desconstruíram as sólidas paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que outrora forneciam aos sujeitos localizações fixas e estáveis.

Braidotti (2002) nos mostra que a produção das subjetividades nômades estar correlacionada com as identidades complexas e multi-dimensionadas. Desse modo, esse sujeito pode estar inscrito em diversos eixos de diferenciação, como: raça, etnia, gênero, sexualidade, entre outros, que interagem entre si. Logo, a noção de nomadismo decorre da simultaneidade e entrelaçamentos desses eixos de uma só vez.

O sujeito nômade:

> [...] se posiciona pela renúncia e desconstrução de qualquer senso de identidade fixa. O nômade é [...] uma forma de resistir à assimilação ou homologação dentro das formas dominantes de representar a si próprio. O estilo nômade tem a ver com transições e passagens, sem destino pré-determinado ou terras natais perdidas. Assim, o nomadismo refere-se ao tipo de consciência crítica que resiste a se ajustar aos modos de pensamento e comportamento codificados. É a subversão do conjunto de convenções que define o estado nômade, não o ato de viajar (BRAIDOTTI, 2002, p.10-11).

Os sujeitos nômades não estão sob uma égide normativa, muito pelo contrário, estes estão em constante transição e passagem, em suas múltiplas formas de identidade, sempre em constante distanciamento das normas, resistindo a tais perspectivas e constructos sociais. Sua estilística de vida não esta correlata a uma só localidade, logo todos os territórios e espacialidades são espaços aptos para experimentações e vivências sociais nômades. O nomadismo é então uma forma de reajustamento do pensamento social, que desconfigura e desloca códigos

de comportamento e condutas aos sujeitos, logo, esse processo de subversão é a característica do estado de nomadismo.

Logo, o estado de nomadismo pode proporcionar uma desconstrução ou uma reconstrução do social, para as múltiplas identidades ininteligíveis, que até então estão permeadas de estereótipos e estigmas negativos, o que despotencializa assim suas estilísticas de vida, sucumbindo o direto desses sujeitos que subvertem a ordem de viverem como cidadãos(as) legítimos(as), ativos(as) e participantes da sociedade, inclusive no mercado de trabalho, que foi e é assolado e permeado por questões de exclusão e discriminação para com sujeitos ininteligíveis.

3 CONCLUSÃO

Buscar um itinerário histórico para compreender as relações de trabalho, é um dos diversos meios para analisar as nuances históricas, sociais, políticas e econômicas que integram o trabalho. Entende-se então que o trabalho sempre sofreu diversos processos de divisão e seccionamento. Na análise inicial desse estudo, o foco recai na divisão sexual do trabalho, que sempre esteve correlata a questões de cunho biológico e social, alocando assim a mulher e o homem em espaços e funções distintas.

Por este caminho, viu-se que o espaço público foi destinado ao homem. Desde os primórdios da civilização podemos observar que a atuação da figura masculina sempre esteve correlacionada ao poder, o controle, a superioridade, a dominação, ou seja, ao que foi tido, criado, e dito como natural e normal para o homem. Tais atos performáticos não poderiam estar restritos ao espaço privado, espaço que não proporciona e não projeta visibilidade do homem, diante de outros homens e da sociedade, desse modo o privado é destinado à mulher a figura feminina.

O trabalho sempre esteve atrelado à instituição familiar, pois, o privado é o espaço da família. Vale ressaltar que ao longo da história diversos foram os arranjos familiares, sendo que esses modelos estavam intrínsecos as relações de trabalho e sobrevivência dos membros da família. Um exemplo dessa percepção é o modelo familiar típico das sociedades feudais, e das sociedades capitalistas.

Enquanto que no sistema feudal as famílias necessitavam serem grandes devido ao trato com a terra, no capitalismo estas foram reduzidas, ou seja, nucleadas, composta geralmente por pai, mãe e filhos, dispensando os agregados que eram comuns nas famílias feudais.

A consolidação do capitalismo enquanto sistema econômico e ideológico consagrou uma revolução no campo das relações e modos de trabalho, desde seu inicio XVII. Porém, é no século XX, em especial nas décadas de 70 e 80 que se observa uma movimentação social mais enfática por uma emancipação e visibilidade de populações até então invisíveis no mercado de trabalho, e em outras instancias sociais, como é o caso das mulheres e dos LGBTs. É nesse sentido que o Movimento Feminista e o Movimento de Liberação Gay reivindicaram suas demandas por direitos igualitários na sociedade, entre estes, o direito ao mercado de trabalho, como um direito fundamental.

Ancorando-se nas contribuições analíticas da Teoria *Queer*, busca-se compreender como alguns sujeitos são excluídos socialmente do mercado de trabalho por conta de suas identidades de gênero não heteronormativas.

A sociedade historicamente tentou, e tenta enquadrar os corpos sexuados num padrão hegemônico, cujas bases estão na heterossexualidade, no intuito de manter sobre os mesmo um poder coercitivo, dominante e regulador. Para alcançar esse objetivo foram criadas estratégias sociais que submetem os sujeitos aos padrões heteronormativos inteligíveis para o sistema sexo/gênero/desejo. Logo, a partir dos dispositivos de poder, a regulação da sexualidade opera por meio dos discursos em redes de conexão, proporcionando sempre algum tipo de encontro do sujeito com a norma, mesmo que estes assim não queiram.

Porém, mesmo com todas essas estratégias há sujeitos que fogem, escapam ao padrão normativo, visto que essa continuidade entre sexo/gênero/desejo não está fixada em referentes sólidos e fixos, assim a cultura produz novos arranjos para essa tríade, tornando-a ininteligível, juntamente com esse sujeito.

Ao passo que o sujeito torna-se ininteligível ocorre uma descontinuidade no sistema sexo/gênero/desejo, há então uma (re)criação, (re)produção, (des)construção das formas de identidade desses sujeitos, deslocando-se então da

heteronormatividade, que enclausura os sujeitos em identidades fixas, estáveis e sólidas.

Essa movimentação identitária é própria do contexto pós-moderno, no que tange as identidades múltiplas, que criam novos modos estilísticos, de vivência e experiência que afastam-se dos padrões normativos, multiplicando assim existências descentradas, móveis e nômades.

O nomadismo então compreendido como inscrição do sujeito em diversos eixos de diferenciação produz subjetividades e identidades multi-dimensionadas, desconectadas de uma norma fixa, assim, os sujeitos nômades estão em transição e passagem, desfigurando e deslocando códigos comportamentais e de condutas, no seio social.

O estado de nomadismo pode ser um meio de potencializar as identidades de gênero ininteligíveis, carregadas de estereótipos e estigmas negativos, potencializando assim os sujeitos que subvertem as normas e que não são considerados dignos de um status de cidadão legitimo, causando assim a exclusão dos mesmos.

Com o resgate histórico sobre o trabalho realizado no estudo, foi possível perceber que as questões heteronormativas [mesmo sendo está uma denominação contemporânea] permearam, e ainda permeiam o mesmo, inicialmente com a divisão do trabalho por sexo, sendo que no contexto pós-moderno essa divisão ainda continua, acrescida agora das questões das identidades de gênero, que não mais estão fixas e estáticas. A estilística nômade também adentra nesse novo cenário do trabalho, causando forte impacto nas relações de trabalho. Logo, surgem novas reflexões sobre os novos modos/modelos do mercado de trabalho e de trabalho, visto que os sujeitos que até então estavam numa perspectiva de exclusão e descriminação por conta de suas identidades deslocadas da heteronormatividade, podem ser tidos como sujeitos de potencia no mercado de trabalho. Portanto, indaga-se: como as organizações empresariais/públicas visualizam esses sujeitos, cujas identidades de gênero diferem-se da norma? Como ocorre a legitimação do trabalho para os sujeitos cujas identidades de gênero são fluidas? Como o Estado pode assegurar o direito ao trabalho para as pessoas trans? Como o trabalho sendo um direito fundamental é negado aos sujeitos/as ininteligíveis?

4 REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, S. **O que é trabalho?**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2002.

AQUINO, R. S. L. et al. **História das Sociedades: Das Sociedades Modernas às Sociedades Atuais**. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Ao Livro Técnico, 1985.

ARAÚJO, A. C. U.; HOLANDA, P. H. C. Mulheres, Maternidade e Capitalismo Moderno: Tecendo Ligações Genealógicas e Novas Elaborações Conceituais para Entender o Dilema da Familiar Atual. In: **História da Educação Comparada**: missões, expedições, instituições e intercâmbios. Cavalcante, M. J. M.; Holanda, P. H. C.; Costa, A. R. P.; Queiroz, Z. F. [Organizadoras]. Fortaleza: Edições UFC, 2013.

BOMENY, H.; FREIRE-MEDEIROS, B. **Tempos Modernos, Tempos de Sociologia**. São Paulo: Editora do Brasil, 2010.

BRAIDOTTI, R. Diferença, Diversidade e Subjetividade Nômade. In: **Labrys, estudos feministas**. nº, 1-2, Jun-Dez, 2002.

BUTLER, J. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTEL, R. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

FARIAS, A. **Feudalismo**. 2. ed. Recife: Prazer de Ler, 2013.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade 1**: A vontade de saber. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.

GOMES FILHO, A. S. et al. A MULHER NA EMPRESA FAMILIAR E OS REFLEXOS DO LAR. In: SIQUEIRA, G. M. et al. (Org.). **Gestão estratégica: Inovação, Sustentabilidade e Humanização como fatores críticos de sucesso da empresa moderna - X Congresso Brasileiro de Administração – Recife, Pernambuco (Brasil), de 05 a 07 de junho de 2014.** Recife: UNINASSAU, 2014.

GOMES FILHO, A. S.; MELO, M. A. S. Análise Histórica do Movimento LGBT Mundial: Do Movimento Homófilo à Liberação Gay Nos Estados Unidos In: **X COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E DE SEXUALIDADES, 2014**, Campina Grande-PB. Anais Gênero e Sexualidade. Campina Grande-PB: Editora Realize, 2014. v. 1.

HALL, S. A **IDENTIDADE CULTURAL NA PÓS-MODERNIDADE**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A EDITORA, 2006.

KLAPISCH-ZUBER, C. Resistência feminina. In: **História viva**. nº, 129, Julho, 2014.

LUNA, S. V.. **Planejamento de pesquisa**: uma introdução. São Paulo: EDUC, 1996.

MISKOLCI, Richard. A Teoria Queer e a Questão das Diferenças: por uma analítica da normalização. In: **CONGRESSO DE LEITURA DO BRASIL**. 2007. p. 1-19.

_____. A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. **Sociologias**, v. 11, n. 21, p. 150-182, 2009.

PILORGET, J. O trabalho emancipa a mulher. In: **História viva**. nº, 129, Julho, 2014.

RODRIGUES, M. C.; NARDI, H. C. Diversidade sexual e trabalho: reinvenções do dispositivo. In: **Revista Bagoas**, n.3, 2009.

SCHNEEBERGER, C. A. **Manual compacto de história geral**: ensino médio. São Paulo: Rideel, 2011.

SILVA, T.T.. **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

TOMAZI, N. D. **Iniciação a Sociologia**. São Paulo: Editora Atual, 2000.

MOVIMENTOS SOCIAIS E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE DAS INICIATIVAS EFICAZES QUE GARANTE A IGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS

SOCIAL MOVEMENTS AND THE LAW OF MARIA PENHA: AN ANALYSIS OF INITIATIVES EFFICIENT THAT GUARANTEES THE GENDER EQUALITY

Maria Clara Arraes Peixoto Rocha[1]
Jahyra Helena Pequeno dos Santos[2]

RESUMO

O feminismo é um movimento que tem como objetivo principal o empoderamento feminino diante da cultura machista, desse modo, tem grande relevância para sociedade como forma de resistência e luta. Embora algumas conquistas tenham sido alcançadas, como a Lei 11.340/2006 ou mais conhecida por " Lei Maria da Penha", e o crescimento dos movimentos feministas, o índice de violência contra as mulheres ainda se revela muito grave. A finalidade deste artigo é explicitar através de entrevistas e estudos bibliográficos como se constrói a concepção da naturalização da violência. Por meio de análises feitas acerca das estatísticas da Delegacia da Mulher da cidade de Crato localizada no interior do Ceará, constata-se a necessidade da realização de um estudo sobre o fato.
PALAVRAS-CHAVES: Feminismo, Lei Maria da Penha, Violência.

ABSTRACT

Feminism is a movement that aims women's empowerment in the face of macho culture, thus, it has great relevance to society as a form of resistance and struggle. Even though some achievements have been reached, such as Law 11.340 / 2006 or better known as "Maria da Penha Law", and the growth of feminist movements, the rate os violence against women still proved too severe. The purpose of this article is to explicit through interviews and bibliographical studies how to build the conception of naturalization of violence. The analyzes about the Police Station for Women statistics of Crato City located in Ceará, serve to prove the need to conduct a study on the fact.
KEYWORDS: Feminism, Maria da Penha Law, Violence

[1] Estudante do Curso de Direito na Universidade Regional do Cariri - URCA.
[2] Professora do Curso de Direito na Universidade Regional do Cariri - URCA. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

1 INTRODUÇÃO

A iniciativa de políticas públicas por parte do governo brasileiro para a proteção das mulheres vítimas de agressões físicas e psicológicas se manifesta em parceria com a evolução dos movimentos feministas, a luta das mulheres em prol dos seus direitos deu visibilidade ao assunto tanto em escala nacional como internacional. Sendo assim, os movimentos de mulheres contribuem para que a mudança aconteça no âmbito político e também no social, já que estas buscam o fim da desigualdade entre os gêneros, desconstruindo os padrões machistas que foram socialmente construídos, e que até hoje são refletidos na sociedade brasileira.

A primeira Delegacia da Mulher (DDM) do Brasil foi inaugurada na capital de São Paulo em 06 de agosto de 1985, com o propósito de atender as mulheres vítimas de agressões domésticas, e também as ocorrências denunciadas em espaços públicos. Depois da primeira delegacia especializada, outras foram construídas por todo o país, segundo uma pesquisa realizada em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), existem 397 municípios brasileiros que possuem delegacias para mulheres. Apesar da conquista, esse número é considerado inferior ao desejado, já que representa 7% de um total de 5.565 municípios do país.

Em 26 de setembro de 1995 surgiram os Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099), os processos efetuados aos Juizados Especiais devem ser conduzidos de maneira simples, com certo custo na economia processual e garantir a celeridade, com o intuito de dar rápida efetividade à tramitação das causas. A conciliação entre as partes também é considerada como uma forma de solução breve do conflito litigioso. Este órgão tem atribuição para o processo e julgamento de infrações penais com o potencial ofensivo de até dois anos de reclusão.

O Mapa da Violência 2012 – Instituto Sangari constata que do ano de 1980 a 2010, foram assassinadas no Brasil cerca de 91 mil mulheres, sendo 43,5 mil só na última década. Em 2006 foi sancionada a Lei 11.340 mais conhecida por "Lei Maria da Penha", criada com o intuito de proteger as mulheres que sofrem com a violência, seja esta realizada em qualquer âmbito de suas modalidades, punindo assim os agressores. Justamente neste ano em que o número aumenta de três mil para quatro mil mulheres assassinadas por ano.

Em face do exposto, percebe-se que somente a criação de delegacias, juizados e leis não é suficiente para uma transformação substancial no comportamento cultural de uma nação. Num Estado em que sua própria construção social se firmou unicamente em função do homem e suas atividades, as mulheres não tiveram espaço para poder expressar suas vontades. Estas ainda são reprimidas e sofrem com a violência da discriminação, e como consequência, a física.

Analisando o fator histórico cultural como de fundamental importância para a iniciação de discussões jurídicas, políticas e econômicas evidencia-se que há necessidade da criação de políticas públicas com enfoque na educação voltada para a violência de gênero. Visto que uma das grandes dificuldades dos movimentos feministas encontra-se na transparência do que realmente se trata a luta, os principais canais midiáticos sustentam uma imagem deturpada das feministas e do movimento.

Quando se investiga as cidades de interior dos Estados, em muitos dos casos, o bloqueio cultural para transgredir a uma concepção evoluída acerca dos devidos direitos e respeito que a mulher deveria dispor se caracteriza ainda mais atrasado. Segundo O Mapa da Violência 2012 – Instituto Sangari, o Ceará tem uma taxa de 3,7 homicídios por ano em cada 100 mil mulheres, ocupando a 21° posição no ranking nacional.

Caso os grandes meios de comunicação abrissem espaços para os movimentos feministas, iria influenciar melhor a população acerca dos esclarecimentos envolvendo os direitos das mulheres, contribuindo assim, como artifício de difusão de informações, e logo ajudando a formar opiniões. Desconstruindo toda a carga conservadora e preconceituosa que estão enraizadas na nossa cultura

O objetivo do trabalho é discutir a violência sofrida pela mulher, e a contribuição dos movimentos feministas para incentivo a construção de políticas públicas em defesa da mulher. A hipótese é que embora existam meios legais de proteção contra a violência imposta à mulher, está ainda é um fato constante na sociedade brasileira. Como método, a presente pesquisa é bibliográfica e exploratória. A importância do estudo acerca da violência de gênero se estabelece

na notória realidade dos índices ainda muito elevados quando se trata de discriminação contra a mulher, e também com relação à violência sofrida. Junto da criação de leis, e a instalação de novas delegacias da mulher pelo país, se faz necessário uma maior interação quanto às informações obtidas acerca do assunto, bem como um movimento de politização cultural visando justiça e igualdade entre os gêneros em todos os âmbitos da sociedade.

2 ASPECTOS DA CONSTRUÇÃO IMAGÉTICA DO SER FEMININO DIANTE DA SOCIEDADE MACHISTA

A noção precedente sobre desigualdade na efetividade dos direitos humanos das mulheres reflete uma trajetória de luta pelo empoderamento feminino, a sua validade deve ser manifestada e provada. Analisando o percurso histórico do tema e nessa área incluindo os fatores culturais, econômicos e políticos é evidente que o grau de probabilidade dos obstáculos varia com as circunstâncias.

Segundo Sylviane Agacinski (1998, p.16), em Política dos Sexos, sempre na humanidade houve a necessidade da divisão entre o que é ser um homem e ser uma mulher, implicando também em como estes deviam conduzir-se diante dos diferentes segmentos da sociedade. Nessa ordem se estabeleceu uma hierarquia, e as mulheres e tudo que fosse feminino se tornou inferior. A dominação masculina concedeu o sistema patriarcal como único e viável para toda e qualquer civilização humana, e dessa forma a mulher se destaca apenas como ser submisso ao homem. "A diferença entre os sexos, sempre e em toda parte, adquiriu o sentido de uma hierarquia: o masculino é sempre superior ao feminino, quaisquer que sejam as aplicações dessas categorias." (AGACINSKI, 1998, p. 20)

As características que atribuíam essa separação se resumem exclusivamente a duas possibilidades de escolha: o gênero masculino e o gênero feminino, e essa avaliação se restringe a uma condição biológica, a qual órgão sexual pertence à pessoa. Essa é uma descrição não apenas segregatória, mas principalmente, singularizante, graças aos pormenores concretos de uma incompreensão discriminatória por parte de uma sociedade em alguns aspectos

ainda tradicionalista. As identidades de "sexo" são construídas socialmente e podem ser modificadas.

A obra O segundo Sexo (1949), escrito pela pensadora Simone de Beauvoir em que afirma "Não se nasce mulher, torna-se uma", marca o início para uma nova linha de reflexão perante o significado exclusivamente binário entre os sexos. O fator psicológico não deve ser isolado da análise para com o julgamento entre os sujeitos. Nesse sentido, as transexuais e as travestis, por exemplo, encontram uma dificuldade demasiada para serem representadas por alguns movimentos feministas, sustentando-se entre o preconceito por desejar o feminino (já que este é secundário num cenário universal) e pela luta na desconstrução do homem que obrigatoriamente tem que ser viril, forte e autoritário.

> Se retirássemos a máscara cultural dos sexos, ninguém encontraria, sob ela, o verdadeiro rosto do homem e da mulher, mas apenas uma outra face, visível algures ou imaginárias, da diferença. E também não perceberíamos, sob os artifícios do gênero, um sujeito neutro ou assexuado. (AGACINSK, 1998, p. 29).

Numa observação histórica nota-se que a mulher teve seu espaço reprimido na atuação de qualquer atividade que não fosse doméstica, o bloqueio cultural patriarcal fez com que fundamentações intolerantes elevassem a superioridade do homem em relação à mulher, dando vez assim a violência. Adota-se normalmente a ordem da sucessão dos fatos, primeiro o desrespeito com a liberdade feminina, nesse caso reprimindo-a fisicamente alegando ser a mesma mais frágil, e depois psicologicamente, com a argumentação de que as mulheres são menos aptas com relação as suas capacidades mentais.

Na antiga Grécia, o filósofo Aristóteles (1980ª, p.13) proferiu "A fêmea é fêmea em virtude de certa carência de qualidades", esse modelo de pensamento até a atualidade serve para assegurar embasamentos machistas que nas mais diversas culturas encontra-se enraizado.

> A diferença biológica entre os sexos, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino, e, especificamente, a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros e, principalmente, da divisão social do trabalho. (BOURDIEU, 2002, p.20).

A mente humana não se satisfaz somente com a observação dos acontecimentos: procura investigar as suas motivações (GARCIA, 2003, p. 319), sendo assim, analisando os esclarecimentos sobre a discriminação contra a mulher e por consequência os movimentos feministas, fica evidente a gravidade de se contestar o porquê de ainda o gênero feminino ser inferiorizado por discriminações que ferem o direito da dignidade da pessoa humana.

Devido a propagações errôneas prescritas desde a Grécia Antiga até o presente momento assegurou-se uma margem a naturalização da violência, as mais diversas formas de agressões contra o feminino se configura com o ponto seguro para se pensar que o comportamento violento é "normal". (SAFFIOTI, 1987, p.11)

Sendo a mulher considerada mais vulnerável fisicamente em comparação com o homem logo foi caracterizada como "sexo frágil", portanto sujeita a trabalhos domésticos, como limpar a casa, cozinhar, bordar, pintar, servir ao marido de modo geral, na época colonial brasileira essa era uma realidade das mulheres brancas e de uma classe social favorável, já que as negras eram escravas. Segundo Sueli Carneiro (2003, p.50), estas últimas sofrem uma dupla discriminação, primeiro pelo fato de ser mulher e em seguida por ser negra.

> Presume-se que, originalmente, o homem tenha dominado a mulher pela força física. Via de regra, esta é a maior nos elementos masculinos do que no feminino. Mas, como se sabe, há exceções a esta regra. Varia a força física em função da altura, do peso, da estrutura óssea da pessoa, há mulheres detentoras de maior força física que certos homens. (SAFFIOTI, 1987, p. 12)

As mulheres também foram proibidas de ter acesso aos estudos, só depois de meio século desde a criação da primeira escola primária para meninas que em 15 de outubro de 1827 foi outorgada pelo imperador Dom Pedro I a lei que dava acesso ao conteúdo científico para mulheres. Antes disso, o mais próximo dessa realidade se resumia a disponibilidade à leitura das doutrinas da religião católica. Mesmo a primeira escola de ensino fundamental em que as meninas puderam frequentar, o ensino era diferenciado dos meninos, enquanto eles estudavam matérias como matemática, ciências e português, as meninas se restringiam a aprender a costurar, cozinhar e a aulas de etiquetas.

As primeiras mulheres a iniciarem um percurso acadêmico foi em 19 de Abril de 1879, e mesmo esta conquista obtendo uma carga de importância bastante elevada, o contexto social da época criticava de forma pejorativa as moças que escolhiam seguir essa opção. A pressão sofrida pelas mulheres que desejavam um estilo de vida incomum ao século XVIII explica-se na associação interpretada pela maioria acerca da excelência masculina diante do gênero feminino desde os primórdios da formação das sociedades, sendo reproduzida no decorrer das épocas.

Diante desses fatores a mulher ficou restrita a uma condição social inferior, a presença predominante do machismo comprometeu negativamente o resultado das lutas pela democracia, pois o resultado implicou numa democracia pela metade. (SAFFIOTI, 1987, p.24). Sendo assim, as várias formas de violência contra mulher encontram-se expostas de maneira acentuada na sociedade.

Já que as mulheres demoraram a conquistar seus direitos legais para então poderem ter a oportunidade de defesa e denúncia dentro dos ordenamentos jurídicos vigentes, por muito tempo as agressões cometidas contra elas se firmaram como algo aceito e genuíno da natureza masculina.

> A colaboração da mulher na justiça abalará por completo a naturalidade do sentimento jurídico masculino, trazendo sua condicionalidade e sua possibilidade de revisão à tona, tendo como consequência que, em lugar do direito masculino ditatorial, tome posse um verdadeiro direito humano. (RADBRUCH, 1999, p. 146-147).

No ano de 2006 no Brasil foi sancionada a Lei 11.340 mais conhecida como Lei Maria da Penha, que entrou em vigor no dia 22 de setembro. Essa lei foi criada com o intuito de proteger os direitos das mulheres, impedindo que os homens agredissem ou assassinassem suas esposas. Contudo, é preciso analisar o percurso nacional até a chegada da Lei Maria da Penha para que se possa compreender o porquê dos casos de violência contra a mulher ainda serem alarmantes no país. E então perceber como os movimentos feministas tem importância nessa luta, e como estes atuam nas cidades do interior.

3 A MULHER NA SOCIEDADE PATRIARCAL E A LEI MARIA DA PENHA

O surgimento da Lei 11.340/2006 mais conhecida por " Lei Maria da Penha" se classifica por etapas, desde a impunidade diante da violência vivenciada pelas mulheres que já se fazia presente no Brasil há muito tempo, até o estopim da polêmica envolvendo as agressões sofridas por Maria da Penha Maia Fernandes.

No ano de 1983 na cidade de Fortaleza no Estado do Ceará, a biofarmacêutica Maria da Penha sofreu dupla tentativa de homicídio dentro de sua própria residência por parte do seu então marido Marco Heredia Viveiros, colombiano naturalizado brasileiro, professor universitário, economista. Primeiro atirou contra suas costas enquanto ela dormia, deixando-a paraplégica. Em seguida tentou eletrocutá-la durante o banho.

Segundo o Relatório N° 54/1 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso 12.051, baseada nas atribuições que conferem os artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e o artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará ou CVM) relata que em 20 de agosto de 1998 a Comissão recebeu a denuncia feita pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes.

Depois de mais de 10 anos do acontecimento dos crimes o caso foi levado ao CIDH/OEA (Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos), e nesse meio tempo houve duas condenações pelo Tribunal do Júri do Ceará, que em 1991 condena o agressor a 15 anos de prisão. Contudo, a defesa do réu apela e no ano seguinte a condenação é anulada.

Dado o acontecido Maria da Penha lança seu livro autobiográfico "Sobrevivi... Posso Contar" (1994), em que retrata toda a sua dor e preocupação diante da situação angustiante que era viver perante as ameaças e agressões que constantemente seu marido fazia contra ela e suas três filhas. A publicação do livro aumentou a visibilidade do empenho da mulher que virou símbolo da luta pelo fim da violência doméstica. Na sua narração retrata o quanto ela vivia com medo de pedir divórcio ao seu marido, mantendo o casamento por anos numa situação dramática. O jurista Paulo Bonavides em apoio a Maria da Penha escreveu a orelha de seu livro, em que traz num dos trechos a seguinte mensagem:

> Com ele, a primeira vista se faz tão somente o relato de uma tragédia familiar, entendida, porém, no seu profundo simbolismo, na dor que perpassa todas as suas páginas e no sentindo de sua dimensão histórica. Verifica-se que tal obra não esparge apenas as lágrimas de uma só mulher, senão o pranto de todas aquelas criaturas que na sequência das gerações padeceram já iguais provações e amarguras. A consciência social e pública foi desse modo, despertada pela comoção de um drama que inspirou e moveu legislador a elaborar e promulgar a Lei Maria da Penha, a Lei que pegou em certa maneira aquela que veio para redimir a mulher brasileira e coloca-la independente do sexo sobre a proteção do Estado constitucional. (BONAVIDES, 1994)

E em 1996 seu ex-marido é mais uma vez condenado, foi decidido uma sentença de 10 anos e seis meses, o que veio novamente a ser contestado em 1998, sendo Marcos Heredia Viveiro solto pela Justiça. Ainda não havia uma decisão resoluta no processo e em liberdade mantinha-se o agressor. Esse fato moveu a Maria da Penha com a assistência do CEJIL – Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e o CLADEM – Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) enviarem o caso à CIDH/OEA (Comissão Interamerica de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos).

A Comissão julgou, ademais, que houve morosidade injustificada na tramitação da denúncia, podendo acarretar no risco da prescrição do delito, sendo assim, ocasionando a parcialidade decisiva do criminoso e a inviabilidade da reparação da vítima.

O Brasil foi acusado a violação dos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias Judiciais). 24 (Igualdade perante lei) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, dos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, explicito nos artigos 3, 4, a, b, c, d, e, f, g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará. E em 2001 o Brasil é condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) por displicência.

> A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica

> contra mulheres. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001)

O ex-marido de Maria da Penha foi preso em 2002 para cumprir apenas dois anos, e somente no ano de 2004 o Governo brasileiro apresentou ao Congresso Nacional a proposta para a criação do que viria a ser a "Lei Maria da Penha". No ano de 2006 o Congresso Nacional aprova o projeto, e em sete de agosto, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sanciona a lei 11.340.

Sendo a luta trabalho eterno do Direito (IHERING, 2009, p.48) entende-se que a Lei 11.340 foi uma grande conquista por parte da persistência de Maria da Penha, dos movimentos feministas brasileiros e da pressão internacional. Em seu primeiro parágrafo, a lei já deixa compreensível sua função e quais objetivos busca alcançar:

> Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. (BRASIL, Lei 11.340/2006)

Mesmo depois de toda a trajetória para se conseguir os mecanismos legais para proteger a mulher da violência de gênero, algumas contrariedades enraizadas na cultura nacional continuam a atrasar as lutas feministas. Como já foi dissertado no presente trabalho, o machismo é entendido por boa parte da população como forma de sistema natural que não deve ser contestado, e assim, a espacialidade para violência física e psicológica se firma nas sociedades.

> Estruturas de dominação não se transformam meramente através da legislação. Esta é importante, na medida em que permite a qualquer cidadão prejudicado pelas práticas discriminatórias recorrer à justiça. Todavia, enquanto perdurarem discriminações legitimadas pela ideologia dominante, especialmente contra a mulher, os próprios agentes da justiça tenderão a interpretar as ocorrências que devem julgar a luz do sistema de ideias justificador do presente estado de coisas (SAFFIOTI, 1987, p. 16).

Quando se trata de cidades de interior os casos são mais delicados, o número de DDMs e Juizados Especiais para proteger a mulher não são suficientes ou até mesmo inexistentes. O modo de vida da população é totalmente baseado nos

preceitos da tradição patriarcal. No contexto do Nordeste, onde o índice de violência é constatado de nível elevado se justifica pela estimulação que o homem recebeu durante muitas gerações para ser dominante a figura da mulher, "O homem será considerado macho na medida em que for capaz de disfarçar, inibir, sufocar seus sentimentos." (SAFFIOTI, 1987, p. 11)

Na cultura conservadora do sertão as características estabelecidas para como o homem deveria se portar diante do seu cotidiano nas mais variadas formas de divisão de trabalho e de sua vivência como um todo, percebe-se que ensinamentos rústicos de valentia, "macheza" associados a uso da violência foram inspirados para o que significa de fato se reconhecer como ser masculino. Desde a cultura do campo até a migração para a espacialidade urbana, os resquícios de um povo tradicionalista se revertem no grave reflexo de uma atual sociedade patriarcal denunciada nos índices das estatísticas das DDMs.

4 DADOS ESTATÍSTICOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA CIDADE DE CRATO

Em entrevista realizada no ano de 2015 com a delegada da Delegacia da Mulher, a senhora Kamila Moura de Brito, fica evidente que os casos da violência contra a mulher na cidade de Crato ainda demonstram índices elevados. Em seu depoimento a delegada explica como a Lei 11.340 transformou o cenário da luta feminina, e que esta aliada às lutas dos movimentos feministas, estabelece uma contribuição de benefícios para as mulheres e para toda população cratense.

Em primeira impressão, Kamila explicou a situação das vítimas que se encaminham para a sua sala, e que estas em sua totalidade se apresentam extremamente traumatizadas psicologicamente e em muitos dos casos, fisicamente. A maioria já vivia numa situação de transtorno emocional e agressões há certo período de tempo, e que somente chegam a denunciar o agressor quando o conflito já se apresenta em realidade bastante crítica de ameaça contra suas vidas. Quem violenta as mulheres em predominância são seus parceiros conjugais ou ex-cônjuges, que por muitas vezes sustentarem suas esposas financeiramente se sentem no poder de dominá-las em todos os sentidos, e que caso elas cheguem a denunciar, eles ameaçam de abandoná-las sem deixar nenhuma assistência.

A educação acerca do feminismo para a sociedade revela-se nesse caso com demasiada importância, segundo a delegada, algumas denúncias foram realizadas por vizinhos ou pessoas com algum laço afetivo com a vítima, e este fato se justifica pela transgressão do entendimento por parte de alheios de que a mulher não merece sofrer qualquer tipo de discriminação de gênero. A concepção da naturalização da violência contra a mulher que se estabeleceu enraizada na nossa cultura necessita ser questionada e esclarecida por meio de mudanças para o fim da opressão que o ser feminino ainda sofre.

Em entrevista realizada no ano de 2015 com uma das representantes de um dos movimentos feministas da cidade de Crato, o "Frente de Mulheres dos Movimentos do Cariri", a assistente social Dr.Suamy Soares, afirmou:

> Todas as mulheres e homens que compõem a Frente já têm ações de enfrentamento às múltiplas formas de violência nas suas entidades; e de certa maneira isso já faz a Frente ter certa aproximação com as mulheres. Nós realizamos uma formação com as componentes da Frente e a nossa postura para 2015 é ampliar as atividades para os bairros periféricos e dialogar com as mulheres trabalhadoras e camponesas. Por outra parte, recebemos muitas mulheres que estão em situação de violação e nos procura para assessoria ou apenas como espaço de compartilhamento de sentimentos. Estamos abertas para receber as mulheres e encaminha-las para as autoridades competentes, pois a Frente não resolve as demandas das mulheres, nosso objetivo é pressionar o Estado para que ele cumpra sua função. (informação verbal)[3]

Em análise das estatísticas disponibilizadas pela Delegacia da Mulher de Crato constata-se que é preciso haver mudança na forma como a sociedade se comporta diante da opressão sofrida pelas mulheres, no ano de 2013 foram realizados 977 Boletins de Ocorrência e destes 427 foram arquivados por desinteresse da vítima. Dentre estes casos, 208 foram por ameaça, 175 por lesão corporal dolosa e sete tentativas de homicídio. No ano de 2014 o número de Boletins de Ocorrência aumenta para 1080, e destes 297 foram arquivados por desistência da vítima, 43 flagrantes lavrados e 582 ordens de missão policial.

[3] Informação coletada em entrevista ao Grupo de Estudo de Direitos Humanos e Fundamentais

5 CONCLUSÃO

Embora a Lei 11.340/2006 ou " Lei Maria da Penha" tenha demonstrado uma evolução na luta feminina contra a discriminação e a violência, e que os movimentos feministas estejam crescendo, inclusive nas cidades de interior, ainda se precisa do apoio de outros recursos para dar visibilidade aos movimentos de mulheres. Em busca de uma sociedade mais igualitária em seus direitos, deixando a indispensabilidade de discutir, bem como integrar o feminismo como valor humano.

Assim, os movimentos que lutam em virtude da questão de gênero, atuam como formadores de opiniões trabalhando no aspecto da mudança social para então aceitação e cumprimento das demandas legais, e também na realização de cobranças por parte da população para que o Estado cumpra com os requisitos necessários para erradicar a violência contra o ser feminino em todo seu entendimento, ajudando a mulher se empoderar dos seus direitos.

6 REFERÊNCIAS

AGACINSKI, Sylviana. **Política dos Sexos**. Madrid: Editorial Taurus, 1998.

AMORÓS, Celia; MIGUEL, Ana de. **Teoría feminista: de la ilustración a la globalización**. España: Editorial Minerva, 2000

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: A experiência vivida. Rio de Janeiro**. Nova Fronteira: 1980.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação Masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. 160p.

BRASIL. **Lei maria da penha**. Lei N.°11.340, de 7 de Agosto de 2006.

CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. In: ASHOKA EMPREENDIMENTOS SOCIAIS;

TAKANO CIDADANIA (Orgs.). **Racismos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003. p. 49-58.

DAS 5.565 cidades brasileiras, apenas 397 têm delegacias da mulher. **G1**, São Paulo, mai. 2010. Disponível em:< http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/das-5565-cidades-brasileiras-apenas-397-tem-delegacias-da-mulher12052010.html> Acesso em: 01 set. 2015

GARCIA, Othon M. **Comunicação em prosa moderna**: aprenda a escrever, aprendendo a pensar. 23. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009. 100 p.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Intramericana de Direitos Humanos. **Relatório N° 54/01**. Washington, 2001. 16p. Disponível em:< http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf> Acesso em: 03 set. 2015

SABADDEL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 272p.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **O Poder do Macho**. São Paulo: Editora Moderna, 1987.

SÉGUIN, Elida (org). **O Direito da Mulher**. Rio de Janeiro: MRS, 1999. p. 21

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2012. Os **novos padrões da violência homicida no Brasil**. São Paulo: Instituto Sangari, 2011. Disponível em:< http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Mapa-Violencia-2012_HomicidiosMulheres.pdf> Acesso em: 03 set. 2015

O PAPEL DA EDUCAÇÃO NO COMBATE E PREVENÇÃO A HOMOFOBIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

THE EDUCATION ROLE IN COMBATING AND PREVENTING HOMOPHOBIA IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

Luciana Dantas Ferreira[1]
Jéssica Maria Alves Pereira[2]
Aianne da Silva Moura[3]

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade demonstrar que o exercício eficaz dos direitos humanos é o pilar da República Federativa do Brasil e está salvaguardado na Carta Magna, entretanto, com as constantes transformações sociais, tornam-se cada vez mais complexas as relações e, com isso, por vezes ocorrem situações de desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, discriminações das quais o direito positivado ainda não as alcançam efetivamente em sua especificidade, como o caso da homofobia, mas que não só podem, como devem ser hostilizadas e combatidas previamente, ainda na formação do cidadão enquanto criança e adolescente. Com isso, faz-se mister a utilização de um meio que alcance essas pessoas em suas formações humanas e cidadãs, em prol da cultura de respeito a diversidade, e esse instrumento é a educação, que possui papel fundante e crucial no desenvolvimento psicossocial e intelectual da juventude.
PALAVRAS CHAVE: educação, direitos humanos, homofobia, combate e prevenção

ABSTRACT

The presente article aims to demostrate that effective practice of humam rights is the cornerstone of the Federative Republico of Brazil and assured in the Carta Magna, however, with the constant social change, become increasingly complex relationships and with it sometimes occur situations of disrespect to the principles of human dignity, equality and freedom. Discrimination of which the law in its rules have not participating effectively in its specifity, as the case of homophobia. It should be harassed and attacked previously, still in formation of the citizen as a child and teenager. Thus it become important to use a means to reach these people in their human formations and citizens, so that the culture and respect for diversity are respected.
KEYWORDS: education, homophobia, human rights, combating and preventing.

[1] Estudante Departamento de Direito/Universidade Regional do Cariri - URCA.
[2] Estudante Departamento de Direito/Universidade Regional do Cariri - URCA.
[3] Estudante Departamento de Direito/Universidade Regional do Cariri - URCA.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em epígrafe traz consigo o intuito de estabelecer o entendimento quanto ao tema educação, como mola propulsora da transformação social, frente à discriminação por orientação sexual, homofobia, tema que ampla e cotidianamente vem sendo discutido no seio da sociedade brasileira.

Para isso a metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, que Severino (2007, p. 122), conceitua como sendo "(...) aquela que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigo, teses etc.".

A partir de então busca-se, alcançar o entendimento sobre direitos humanos e direitos fundamentais, com o intuito de perceber e entender como o homoafetivo poderá exercê-los verdadeiramente em suas vidas, considerando a educação como meio eficiente na prevenção e combate à homofobia, tendo em vista que é através desta que o cidadão é formado.

É certo que o Brasil é um pais de caráter continental, que vive uma democracia relativamente recente, sua Constituição Federal data-se de 1988, mas o exposto não justifica a falta de políticas públicas efetivas contra a discriminação ora discutida.

O governo brasileiro instituiu, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos em 2003, e em 2004, desenvolveu o programa "Brasil sem Homofobia", com o objetivo de combater a violência e a discriminação contra LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) e promoção da cidadania homossexual na área educacional, programa este que em suas ações acabou por desenvolver o conhecido "kit educacional antihomofobia", um material didático, composto por cartilhas e vídeos, que seria distribuído nas escolas para que a juventude somasse a sua educação o conhecimento necessário para entender que o homoafetivo é um ser humano que merece respeito e dignidade.

No entanto, em 2011, devido a pressões sociais de movimentos ligados a instituições religiosas, o material não foi produzido com as justificativas de que o governo brasileiro não iria defender indivíduo A em detrimento ao indivíduo B, além de que o referido kit precisaria de uma reavaliação.

Ressalta-se, com o exposto, que o Brasil, através de seus governos, apesar de ser um país laico, signatário de tratados internacionais de direitos humanos, precisa planejar e desenvolver programas e ações que alcancem e envolvam o sistema educacional, para que através da educação, a juventude perceba que o homoafetivo é tão ser humano quanto o heterossexual, e que qualquer tipo de discriminação deve ser combativa por ser desumana, logo, absolutamente inaceitável.

Faz-se mister pontuar que a Carta Magna brasileira é guiada pelos direitos humanos, trazendo em seu arcabouço normativos princípios e garantias fundamentais a serem salvaguardados, como o da liberdade, o da igualdade e da dignidade humana. Porém, o homoafetivo não vivencia plenamente tais preceitos constitucionais, e é com o intuito de garantir o exercício pleno destes, que, através deste trabalho busca-se evidenciar que a educação é a efetiva alternativa a ser considerada para transformar o cotidiano de uma sociedade ainda tão preconceituosa e discriminatória.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, não traz a definição do conceito de Direitos Humanos, por isso, inúmeros doutrinadores tecem e propõem conceitos que englobem os fundamentos do que poderia ser considerado como direitos humanos.

Alguns estudiosos consideram na formulação do conceito de direitos humanos a teoria jusnaturalista, defendendo que esses direitos estariam presentes na consciência do ser humano, com isso, não seriem fruto das criações dos que operam o direito, pois estão anteriores a própria norma, seriam superiores, outros se aliam a teoria positivista, sustentam que a nascente dos direitos humanos está na revelação dos princípios por meio da norma positivada, há os que seguem a teoria moralista, ou seja, fundam seu pensamento na crença de que os direitos humanos nascem de um tipo de consciência moral presente em toda a humanidade, além daqueles que buscam sintetizar as teorias, pleiteando uni-las,

complementando-as umas com as outras para determinar o conceito de direitos humanos, como Alexandre de Morais (2005, p.16-7):

> (...) somente a partir da formação de uma consciência social (teoria Perelman ou moralista), baseada principalmente em valores fixados na crença de uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista) é que o legislador ou os tribunais (esses principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista).

Os direitos humanos possuem sentido amplo, universal, por isso seu caráter impreciso. São aqueles reconhecidos por meio de tratados e convenções internacionais, inspiram-se nos ideais que estão intimamente ligados a liberdades individuais, justiça e paz social.

Enquanto isso, os direitos fundamentais são considerados como aqueles reconhecidos através dos ordenamentos jurídicos, possuem características espaciais e temporais, além de se caracterizarem por serem positivados e, também, por serem frutos dos direitos humanos.

Jair Teixeira dos Reis (2012, p. 70) sintetiza inteligentemente a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, e o faz de forma didática quando diz: "Para nós direitos humanos é gênero do qual direitos fundamentais é espécie."

Ou seja, direitos fundamentais nada mais são do que a normatização de direitos e garantias subjetivas, inerentes ao ser humano para que o mesmo viva com dignidade, liberdade, igualdade.

3 HOMOAFETIVIDADE, HETERONORMATIVIDADE E HOMOFOBIA

Homoafetividade é o termo utilizado para designar relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, e sofreu ressignificação, na contemporaneidade, incluindo em seu significado, além do caráter afetivo, sentimental, o de cunho sexual. O termo visa substituir o anteriormente utilizado, homossexualidade, que traz consigo, com maior força, o caráter sexual, com isso, busca demonstrar que as relações entre pessoas do mesmo sexo são como as heterossexuais, envolvem aspectos físicos e, também, sentimentais.

É importante pontuar que homoafetivade não engloba somente os gays, homens com sentimentos e desejos sexuais por outros homens, mas também as mulheres, pois o termo homo tem origem grega e significa "iguais".

Sobre heteronormatividade, é um termo que geralmente é confundido com homofobia, entretanto, são conceitos que se entrelaçam e consolidam a discriminação vivenciada pelo homoafetivo, mas são diferentes, apesar de complementares, visto que, heteronormatividade é fonte e fruto de nossa construção histórica, traz consigo fundamentos das mais diversas searas, como religiosa, e é, necessariamente, o que compõe a subjetividade humana, determinando a normalidade da relação heterossexual, como único meio de legítimo e natural de construção familiar, por exemplo.

A Constituição vigente, traz consigo um importante traço de heternormatividade quando estabelece que família, em nosso país, é aquela formada pela união de um homem e uma mulher, ou comunidade formada por qualquer um dos pais com seu descendente, ou seja, no alicerce do nosso ordenamento jurídico encontra-se firmada a heteronormatividade, um conceito que, com simplicidade, dispõe das uniões heterossexuais como naturais e aceitáveis social e normativamente, ao passo que, com delicadeza, despreza a existência de seres humanos homoafetivos e, com isso, a possibilidade de estes formarem e, ao mesmo tempo, terem suas famílias reconhecidas socialmente.

A partir dessa ideia de heteronormatividade, do que é normal e aceitável no meio social, no que tange a orientação e identidade sexual, desencadeia-se o processo de discriminação ao que é diferente, àquilo que foge à regra do comumente considerado como "certo", no caso, a homoafetividade. Daí nasce a homofobia como um medo, quase que irracional e extremo, ao que vai de encontro aquilo determinado como relação natural socialmente, baseada nessa lógica discriminativa.

Homofobia traz consigo um aglomerado de sentimentos e emoções negativas dirigidas aos homoafetivos, tais como aversão, desprezo e ódio. Direciona-se aqueles que vivem a relação homoafetiva, assim como aqueles que possuem estereótipo que possa levar ao homofóbico o pensamento de que se trata de um sujeito homoafetivo. Com o exposto, é uma violência que agride aos

princípios fundamentais do ser humano, desrespeitando-o em sua dignidade, sua liberdade de viver o que lhe é naturalmente sincero.

Salienta-se que, considerando a homofobia e a crescente sedimentação dos direitos humanos como fundamentais, em todo o mundo, houveram avanços históricos, no que tange a luta contra a discriminação ao homoafetivo. Em 1990 a Organização Mundial da Saúde – OMS, órgão ligado a Organização das Nações Unidas – ONU, retirou a homossexualidade do Código Internacional de Doenças (CID), no Brasil, o Conselho Federal de Medicina, em meados da década de 80, passou a desconsiderar o homossexual como doente, já o Conselho Federal de Psicologia, somente em 22 de março de 1999, através da resolução nº 001/99, deixaram de considerar a homossexualidade como distúrbio ou doença.

Em síntese, foi compreendido que a relação homoafetiva não é sinônima de doença, assim como, que a mesma se desenvolve através dos sentimentos e desejos. Desta forma, o comportamento discriminatório do homofóbico deve ser combatido veementemente, devendo ser repreendido e nunca aceitado, pois o homoafetivo nada mais é do que uma pessoa que ama e é, também, amada por alguém do mesmo sexo.

4 PRINCÍPIOS DA LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA E A CONSTITUIÇÃO FERDERAL DO BRASIL DE 1988

A liberdade é um dos princípios basilares da Constituição Federal de 1988 (CF/88), tanto que esse direito fundamental faz-se presente na Carta Magna desde o seu preâmbulo e se fortalece ainda mais no corpo do ordenamento em questão, através do caput do art. 5º, *ipsis litteris*:

> 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 (...).

Mas como pode um cidadão brasileiro homoafetivo se sentir livre para amar e ser quem é de verdade, se é hostilizado, repudiado, humilhado? Não pode, ninguém consegue ser livre, seja para o que e como for, enquanto sofre constante ameaça de olhares, palavras, gestos e possíveis atos de violência física.

Não há como debulhar-se meio ao estudo da compreensão do princípio da liberdade, sem citar o princípio da igualdade, que se encontra previsto, também, como base do Ordenamento Jurídico brasileiro, sendo considerado como direito fundamental desde o preâmbulo da CF/88 ao caput do art. 5º da mesma.

A questão é, como o homoafetivo pode se sentir igual ao heterossexual, em sua cidadania, se é discriminado em seu direito de viver o amor? Simples, não pode e, por isso, não vivencia seu ser cidadão, eficazmente, não sendo sujeito de direitos reais, concretos, tornando-se alvo de constantes violências discriminatórias.

É um fato indelével que, ao homoafetivo não é permitido vivenciar um romance sem discriminação social, tal qual o casal heterossexual, como se o beijo, o abraço, o olhar e, também o sexo, não fosse fruto de atração sexual e sentimento, como se não se tratasse de um ser humano, simplesmente, envolvido emocionalmente com um outro ser humano.

Os homoafetivos não são respeitados, também, no que se refere em sua dignidade da pessoa humana, princípio este consagrada na Carta Marga brasileira como base da República Federativa do Brasil quando diz, *in verbis*:

> 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 fundamento:
>
> (...)
>
> III – a dignidade da pessoa humana;
>
> (...)

Entretanto, como pode ser respeitado em sua dignidade o ser humano que é hostilizado por sentir amor e desejo sexual por pessoas do mesmo sexo? Como pode ser considerado cidadão brasileiro, protagonista de sua existência, sujeito de direitos e deveres, aquele que é discriminado e violentado, física e psicologicamente, por não se enquadrar em um conceito subjetivo e tão restrito sobre normalidade, sobre casal ou amor normal? Não pode, nem poderá até que os governos tratem do problema através de políticas estatais verdadeiras, tomando para si a responsabilidade de trabalhar por um país mais humano, trazendo para sua tutela o que já deveria estar, que é o dever legal de salvaguardar a Constituição

em seus princípios fundamentais, para que o brasileiro homoafetivo não sofra atentados contra sua condição humana.

Ressalta-se que a CF/88 traz no art. 5º, XLI a previsão legal para que o Estado possa punir qualquer discriminação que atente contra os direitos e liberdades individuais, mas, absurdamente, em nosso país não há lei que discipline esse tipo ainda não criminalizado de violência, a homofobia, mesmo havendo, diariamente, muitos casos de atentado aos direitos humanos fundamentais dos homoafetivos.

5 PAPEL DA EDUCAÇÃO NA PREVENÇÃO E COMBATE À HOMOFOBIA COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O governo brasileiro desenvolveu, através do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos, em 2003, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, afirmando em sua apresentação que:

> A Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH tem como princípios o combate à discriminação e a promoção da igualdade entre as pessoas e a afirmação de que os direitos humanos são universais, indivisíveis e independentes. A construção do Sistema Nacional de Proteção dos Direitos Humanos, fortalecimento dos canais de participação popular, combate ao trabalho escravo, proteção aos direitos das crianças, adolescentes, homossexuais, afrodescendentes, mulheres, idosos e pessoas com deficiência, bem como o aperfeiçoamento dos meios para a apresentação das denúncias de violação aos direitos humanos, são os eixos principais de atuação.
>
> (...)
>
> Neste governo, é prioridade e eixo fundamental das políticas públicas a educação em direitos humanos. Acreditamos que o quadro de graves violações somente será alterado se conseguirmos formar cidadãos mais conscientes de seus direitos, dos meios para sua proteção e voltados para o fortalecimento do estado Democrático de Direito e da cultura da paz.

Neste plano são elencados pelo governo tópicos como ações prioritárias, para serem desenvolvidas dentro do ambiente escolar, entretanto, não há ponto específico que trate da homofobia, o que significa que o mesmo é falho ou, no mínimo, omisso.

Um ano após o lançamento do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, em 2004, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) lançou um trabalho de pesquisa chamado "Juventude e Sexualidade", com o apoio do Ministério da Educação, Ministério da Saúde/Coordenação Nacional de DST (Doença Sexualmente Transmissível) /Aids, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e Instituto Ayrton Senna.

O trabalho teve como um dos pontos abordados o tema "preconceitos e discriminações: o caso da homofobia", e o seu resultado foi a constatação de que no ambiente escolar subsiste como normal o preconceito ao homoafetivo e, também, com relação aquele que possui identidade de gênero que leve a pensar que se trata de um homoafetivo, sem que necessariamente o seja.

O resultado do trabalho supramencionado foi de que, em média, 25% dos estudantes do ensino fundamental e médio não gostariam de ter um colega homossexual, as discriminações ocorrem com maior frequência de forma velada, através de gestos e menções de cunho preconceituoso, o linguajar utilizado é pejorativo e, também, comum, alguns professores silenciam frente à homofobia ou mesmo indiretamente atuam, através de brincadeiras, como preconceituosos. Deve-se dizer, também, que sobre pais de alunos que não gostariam que seus filhos estudassem com homoafetivos, em Fortaleza – CE houve o maior índice (48%) e em Porto Alegre – RS, o menor índice (22%).

Ou seja, no ambiente escolar, espaço de formação psicosocial e intelectual do cidadão, meios às condutas dos que o compõe, está um marco determinante das condutas, ainda, tão preconceituosas de nossa sociedade. Logo, faz-se necessário entender que o sistema educacional brasileiro deve ser reestruturado, devendo focar nos direitos humanos.

Como aludido outrora em 2004, o Governo Federal lançou o programa "Brasil sem Homofobia", que como uma de suas ações, pensou em levar ao cotidiano das unidades escolares, um material pedagógico que possibilitasse ao jovem o entendimento de que o homoafetivo é cidadão e merece respeito, esse seria o "kit educativo antihomofobia", que se encontra suspenso e em análise desde 2011, devido a pressões políticas, protagonizadas por grupos religiosos, sofridas pelo governo.

A Secretaria de Direitos Humanos, ligada à Presidência da República, nos anos de 2011 e 2012, executou um trabalho chamado "Relatório Sobre a Violência Homofóbica no Brasil", com o objetivo de mapear, analisar e propor ações a serem desenvolvidas pelos governos, para prevenir e combater esse tipo de violência.

Ao analisar os dois relatórios foi percebido que o número de denúncias recebidas pelo poder público, de um para o outro ano, obteve aumento em torno de 160%. Observou-se que os casos de violência ocorrem, em sua maioria, com pessoas conhecidas e no ambiente caseiro, assim como, que a homo-lesbo-transfobia é um problema estrutural no Brasil.

Com tudo que foi exposto, através dos trabalhos de pesquisa e das tentativas de ações governamentais, o que deve ser modificado, já que a conclusão é de que o problema é estrutural? Como poderemos desfrutar de um país mais humano, quanto ao homoafetivo? Simples, apesar de não ser fácil, através da transformação do sistema educacional, levando aos jovens o conhecimento necessário para que entendam que o homoafetivo tem direito a viver com dignidade.

Mas para essa transformação ser iniciada é preciso, inicialmente, capacitar os professores, auxiliá-los na construção de em uma didática que leve ao entendimento, lógico, legítimo, além de legal, de que o homoafetivo é tão humano e cidadão, quanto o heterossexual e que tem o direito de amar e ser amado, sem constrangimentos, sem sofrer violências.

É necessário levar para as salas de aula o tema e discuti-lo com naturalidade, pois é dentro da escola que o indivíduo vem, devido à heteronormatividade, reforçando o seu entendimento de que a homoafetividade deve ser hostilizada, reprimida, e que a pessoa homoafetiva, com isso, deve ser desconsiderada em sua humanidade, humilhada, descriminada, ofendida, em síntese, violentada psíquica e fisicamente.

Os governos devem ser o que são, por excelência, agentes da transformação social em prol da guarda e exercício dos direitos e garantias fundamentais, desconsiderando pressões políticas de grupos com interesses próprios, logo, atuando através de políticas públicas não, necessariamente protecionistas, mas justas, em prol da cidadania daqueles que se encontram em situação de

hipossuficiência frente a heteronormatividade e a homofobia, trabalhando a favor dos direitos fundamentais de todos os brasileiros, indistintamente.

6 CONCLUSÃO

As violações aos direitos humanos dos cidadãos brasileiros homoafetivos é rotineira e está arraigada nas entranhas de nossa sociedade, sendo assim considerada como estrutural, apesar de termos uma Constituição norteada por princípios e garantias fundamentais fruto de convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Nas últimas duas décadas os temas homoafetivo e homofobia têm estado no foco das discussões políticas e sociais. Os governos têm instituído, ou tentado, políticas de combate à discriminação por orientação sexual com o intuito não de proteger uma orientação em detrimento a outra, mas de garantir o respeito às diferenças e o cotidiano, continuado e, também, efetivo combate à violência física e psicológica sofrida pelos homoafetivos.

No entanto, as ações governamentais não têm sido efetivas, contínuas, nem tampouco, tem conseguido alcançar o objetivo fundamental da Carta Magna brasileira, que é o de garantir o respeito aos princípios fundamentais, como este, de ver o homoafetivo não ser discriminado por amar e ser amado, pois o instrumento que realmente transforma vidas e possibilita a realização de sonhos simplesmente não tem sido utilizado de forma planejada e efetiva: a educação.

Para vivermos em um país essencialmente democrático, norteado pelos direitos humanos, é preciso uma profunda mudança na forma de educar a criança e o adolescente, ambos precisam ter acesso as informações necessárias para entenderem os direitos humanos fundamentais e, com isso, perceberem que as pessoas que amam, independente de orientação sexual, merecem respeito, e devem exercer o direito humano de serem quem são, de sentirem o que lhes é verdadeiro e de permitirem fazer pungir no peito o amor com a cor e o tom que lhes é sincero, de viverem suas próprias vidas, assim como todas as pessoas, buscando a felicidade.

Viver o amor é o desafio do homoafetivo, um paradigma que precisa ser rompido, e isso será possível através da mudança nas diretrizes escolares, de modo a englobar o estudo dos direitos humanos dando efetividade a Carta Magna e ao Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos – PNEDH, porque este é o essencial meio de combate e prevenção à homofobia, logo, é estrutura fundante a ser empregada na sedimentação de uma cultura de respeito a diversidade, e deve ser reconhecida e utilizada com tal base.

Pois somente deste modo os direitos fundamentais poderão sair da letra fria e pálida do papel para ganharem vida nas ruas, nos trabalhos e nas casas dos homoafetivos, assim, amores serão desmarginalizados e pessoas poderão ser chamadas de cidadãs, sendo de fato protagonistas de seus direitos.

7 REFERÊNCIAS

ABADE, F. L.; AFONSO, M. **Jogos para pensar:** educação em direitos humanos e formação da cidadania. Belo Horizonte: Autentica, 2013.

ABRAMOVAY, Mirian e SILVA, Lorena Bernadete da. **Juventude e Sexualidade.** Brasília: UNESCO Brasil, 2004.

ALBUQUERQUE, Rosângela Nieto de**. Homofobia:** como trabalhar o respeito e a diversidade sexual na escola. Revista Construir Notícias. Disponível em: http://www.construirnoticias.com.br/asp/materia.asp?id=1977. Acesso em: 02/09/15.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRANDT, Maria Elisa Almeida; JUNQUEIRA, Rogério Diniz; CHAMUSCA, Adelaide. (2007), **Gênero e Diversidade Sexual na Escola:** reconhecer diferenças e superar preconceitos. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Brasília: Ministério da Educação.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 18 ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça (1996), **Programa Nacional de Direitos Humanos.** Brasília: Ministério da Justiça.

BRASIL, Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. (2003), **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Educação.

BRASIL, Secretária Especial Dos Direitos Humanos. Presidência Da República. **Brasil Direitos Humanos, 2008**: a realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. Brasília, DF, 2008.

BRASIL, Secretária Especial Dos Direitos Humanos. Presidência Da República. **1º Relatório Sobre Violência Homofóbica 2011.** Brasília: Ministério da Educação.

BRASIL, Secretária Especial Dos Direitos Humanos. Presidência Da República. **2º Relatório Sobre Violência Homofóbica, 2012.** Brasília: Ministério da Educação.

REIS, Jair Teixeira dos. **Curso de Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Atlas.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Homofobia:** limites e possibilidades de um conceito meio a disputas. Universidade de Milão e Macerata – Itália, 2014. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art07_junqueira.pdf. Acesso em: 02/09/15.

MEZZAROBA, Orides & MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SEVERINO, Antônio Joaquim**. Metodologia do trabalho científico**. 23 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

YOSHIURA, Vanessa; VASCONCELOS, Douglas Borges de; AMARAL, Sérgio Tibiriçá do. **Os Direitos Humanos dos Homossexuais.** ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498, Vol. 3, No 3 (2007). Disponível em: http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1456. Acesso em: 02/09/15.

Wellington Soares da Costa. **Brasil:** homossexualidade e direitos humanos. Rede de Periódicos, 2015. Disponível em: http://www.readperiodicals.com/201101/2551871591 Acesso em: 02/09/15.

POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS, MULHERES POBRES E NEGRAS NO SISTEMA PRISIONAL: SELETIVIDADE PENAL E AMPLIAÇÃO DE VULNERABILIDADES.

Bruna Stéfanni Soares de Araújo[1]
Juliana Serretti de Castro Colaço Ribeiro[2]

RESUMO

O propósito do artigo é analisar a situação da mulher pobre e negra encarcerada pelo tráfico de drogas e a ampliação das vulnerabilidades imbricadas em sua condição. Discutir como a justiça criminal e suas agências punitivas reproduzem e fortalecem as desigualdades de gênero sob o crivo da Criminologia Crítica e Feminista. Dessa forma procurará demonstrar como os conceitos de violência de gênero e racismo se sobrepõem engendrados pela Guerra às Drogas e agravam a exclusão social já vivenciada por essas sujeitas cotidianamente. Relacionará o processo de feminização da pobreza e a seletividade de gênero por crimes ligados às drogas e como são fortalecidos neste contexto tanto a condição vulnerável de gênero, de classe social e raça. Para tanto foi utilizado o método da pesquisa bibliográfica e pesquisa quantitativa baseada em dados fornecidos por órgãos oficiais para o desenvolvimento do tema e conclusões apresentadas.
PALAVRAS-CHAVE: Política Criminal de Drogas, Gênero, Raça.

ABSTRACT

The purpose of the paper is to analyze the situation of poor black women incarcerated for drug trafficking and the expansion of overlapping vulnerabilities in their condition. To discuss how the criminal justice and its punitive agencies reproduce and reinforce gender inequalities under the scrutiny of Feminist Critical Criminology. In this way, seek to demonstrate how gender violence and racism concepts are overlaped and engendered by the War on Drugs, and how these elements aggravate the social exclusion already experienced by those women daily. To relate the feminization of poverty and gender selectivity for drug offenses and how they are strengthened in this context, both by the vulnerable condition of gender, social class and race.
KEYWORDS: Criminal Policy of Drugs, Gender, Race.

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Piauí e Mestranda em Direito pela linha "Gênero e Direitos Humanos" do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFP.
[2] Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Recife Universidade Federal de Pernambuco - UFPB e Mestranda em Direito pela linha "Gênero e Direitos Humanos" do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - UFPA.

1 INTRODUÇÃO

O consumo de substâncias psicoativas comumente referidas como "drogas" é fenômeno recorrente e disseminado em diversas sociedades humanas e em diferentes momentos de suas histórias. Com a ascensão e consolidação da racionalidade moderna, o uso de "drogas" assumiu as proporções de uma preocupação central no debate público, principalmente pela sua apresentação unilateral como perigo para a saúde pessoal e coletiva e por sua associação imediata com a criminalidade e a violência urbana. É grande o conjunto de drogas psicoativas proibidas nesse início de século. Há uma enorme relação de entorpecentes presente em normas domésticas e internacionais que procuram estabelecer os critérios para seu controle ou erradicação.

Tais aparatos legais repressores têm viabilizado e dado legitimidade ao que se chama de Guerra às Drogas. Nesse sentido, é imperativo analisar quais os atores, as ações e as consequências jurídico-sociais dessa recente empreitada dos Estados. A guerra às drogas tem como campo de batalha as favelas, periferias e os becos opacos do sistema, alveja os miseráveis, os párias, o "refugo humano" (BAUMAN, 2005, p. 12), em sua maioria esmagadora não-brancos, que presenciaram ao longo de suas vidas uma escassez generalizada de políticas públicas, e que agora precisam ser neutralizados, punidos e exterminados. Nesse sentido, elencamos a figura da mulher negra e pobre como um dos sujeitos mais pinçados pelo Direito Penal e vulnerabilizada pela atual política proibicionista de Guerra às Drogas.

O presente trabalho fará o diagnóstico do contexto analisado sob o crivo da Criminologia Crítica, que define o resultado da aplicação da norma penal e as estatísticas criminais como produtos de conflitos sociais, lutas de classes, inerentes àsociedade capitalista, que visa expor as reais funções exercidas pelo Direito Penal em contraposição com aquelas divulgadas pelo discurso oficial (CARVALHO, 2013, p.194). Além de também recorrer às análises da Criminologia feminista, em que se infere que o direito penal não é, e não pode ser considerado um instrumento eficaz para a proteção das mulheres, posto que transporta e reproduz os valores da sociedade, marcada pelo patriarcalismo, que as discrimina e as trata como objeto

pertencente aos homens (SILVA, 2012, p. 11-12). A criminologia feminista irrompe dentro de uma perspectiva já crítica e de viés emancipatório para denunciar a marginalização que a categoria gênero sofre mesmo nos espaços pretensamente contra-hegemônicos.

Os sujeitos excluídos das esferas de poder social e marginalizados e alvos da política criminal de drogas atendem a padrões históricos e sociais. A violência de gênero e o racismo estrutural e institucional que foram fundantes na formação da sociedade brasileira são as categorias centrais na discussão a ser proposta, nesse sentido, será feito uma explanação de como se deu a construção da política criminal da Guerra às Drogas e sua relação com as agências punitivas, depois como estão situadas as categorias de violência de gênero e racismo nos sujeitos criminalizados e por último se procurará demonstrar a sobreposição de vulnerabilidades sociais na mulher pobre e negra encarcerada e o agravamento de sua exclusão social.

2 PROIBICIONISMO E SELETIVISMO PENAL

O uso e consumo sistemático de uma grande gama de substâncias capazes de alterar o comportamento, a consciência e o humor dos seres humanos é comprovadamente milenar ao contrário da qualificação historicamente recente reservada a elas como problema social. O consumo e a circulação de substâncias como cocaína, ópio e cannabis eram legais até o início do século XX, quando eram popularmente usadas sob a forma medicinal, cultural e recreativa. Nos primeiros anos do século passado, no entanto, essas três drogas mais consumidas foram expurgadas da legalidade (RODRIGUES, 2006).

O uso de drogas psicoativas, até o início do século XX, envolvia dois diferentes caminhos: o uso médico, destinado a aliviar sintomas, distúrbios e patologias mentais, e o uso religioso, cerimonial ou recreacional, que modificava o comportamento normal e produzir estados alterados de consciência. Após terem as drogas surgido como promissores medicamentos, despertando grande interesse da classe científica, acabaram chamando a atenção da população que foi se afastando

do discurso e do controle médico para um uso hedonista, de prazer e recreação (MUSTO, 2002).

A percepção de um "problema de drogas", ou seja, a consideração como problemática de um conjunto específico de substâncias ou, mais precisamente, de certas modalidades de uso de um conjunto específico de substâncias é muito recente. De fato, a restrição da categoria drogas a um conjunto particular de substâncias, as substâncias psicoativas, não só é recente como também é contemporânea da divisão meramente moral entre drogas de uso ilícito e drogas de uso livre, permitido ou controlado (VARGAS, 2008).

Nesse sentido, é possível observar uma não coincidente uniformidade nas políticas oficiais dos mais diversos países, ocidentais ou não, relativamente às drogas, a qual está relacionada com a concatenada imposição de um "controle internacional compulsório cooperativo" em torno das drogas (SCHEERER, 1993).

Com a política internacional e nacional de repressão e criminalização ao uso, produção e comercialização das substâncias classificadas como ilícitas, e a sempre presente demanda na sociedade por elas, surge o que se conhece amplamente como tráfico de drogas, que proporciona a circulação e a reprodução desse fenômeno social, aliada à desigualdade proporcionada pelas contradições da sociedade capitalista que aumenta a exclusão social, gera consequências que podem ser visualizadas pelos altos índices de crimes cometidos nas últimas décadas. Visto que as oportunidades vão se tornando ausentes, a população excluída procura outras formas para superá-las. Através da necessidade de diminuir as disparidades que privam os sujeitos e os erradicam do contexto social é que ganha visibilidade a comercialização de drogas ilícitas. O tráfico de drogas transmite uma falsa percepção de oportunidade, criando uma ilusão de atenuar as disparidades, oferecendo garantias e ofertas não disponíveis habitualmente. O Direito penal nesse quadro de proliferação de riscos, longe de atuar como instrumento de proteção da sociedade contra possíveis eventos catastróficos, continua mantendo a sua histórica função de gestão dos excedentes (CARVALHO, 2013, p. 195).

O modo de produção capitalista, sofreu desde o século passado um processo de flexibilização de seus meios produtivos e de suas relações de trabalho, gerando

um alto número de desempregados e marginalizados, agravando os meios de sobrevivência e aumentando a situação de opressão vivenciada pelos cidadãos sem acesso ao mercado de consumo. Deleuze (DELEUZE, 1992, pp. 3-4), ao tratar sobre as sociedades do controle, e sobre aqueles que não estão adaptados a essas sociedades do controle, infere:

> É verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas.

É necessário observar de forma específica como a Guerra às Drogas tem atingidos os diferentes sujeitos que estão envolvidos, ou melhor, que são atingidos por ela. Para além de uma guerra que visa combater a circulação de determinadas substâncias tidas como ilegais, a Política Criminal que visa coibir o uso, consumo e distribuição de entorpecentes atinge pessoas que estão envolvidas nesse cenário. Atinge mais as pessoas do que os objetos ilícitos perseguidos.

Com o início da empreitada proibicionista podemos perceber uma mudança de postura institucional e estrutural frente aos atores e atrizes sociais responsáveis pela articulação das redes do tráfico de drogas. Outrossim, sabe-se que, o aumento na repressão a circulação das substâncias psicoativas, não diminuiu o uso e consumo, apenas criou um mercado clandestino e paralelo. Um dado alarmante de acordo com Maierovich (2005) publicado na revista Carta Capital:

> os lucros decorrentes do tráfico no mundo alcançaram US$ 322 bilhões em 2004, segundo as estimativas oficiais da ONU. Na América Latina, foi detectado pelo World DrugReport de 2005 um aumento na produção de cocaína no Peru e na Bolívia, o que demonstra o fracasso da política norte-americana com relação ao controle da produção da droga, especialmente da cocaína. A tentativa de erradicação das plantações de coca na Colômbia (Plan Colômbia), terminou em fracasso e consumiu US$ 5 bilhões, sem ter sido reduzida a superfície cultivada, que há vinte anos continua com a mesma área de cultivo de 200 mil hectares.

Nesse sentido, a repressão por meio de políticas criminalizantes ao fenômeno doconsumo e distribuição de drogas ilícitas, além de não ter diminuído sua circulação e uso, e despejar dinheiro público numa empreitada que acaba por ser uma mera enxugadora de gelo, também promove o agravamento da exclusão social do que já estão marginalizados pelas políticas públicas.

No caso dos EUA, essa relação entre controle de drogas e minorias sempre esteve presente na percepção social das drogas: fazia-se uma ligação entre um determinado tipo de droga e um grupo específico temido ou rejeitado dentro da sociedade, normalmente com conotações racistas, de acordo com Luciana Boiteux (2006):

> Assim, originalmente, a cocaína e a heroína eram associadas aos negros, a maconha aos mexicanos, o ópio aos chineses, o álcool aos irlandeses, o que leva à suposição que a opção criminalizadora do modelo proibicionista norte-americano baseava-se no preconceito racial e social, e visavaimpor maior controle social às minorias, e a manter a dominação do grupo social hegemônico: os brancos puritanos.

O despontar de associações moralistas contra psicoativos e da vinculação entre minorias e drogas não foi exclusividade dos estadunidenses, sendo localizável em outros países das Américas e da Europa (CARNEIRO, 1993; ESCOHOTADO, 1998; RODRIGUES, 2004ª).

No caso brasileiro, no qual nos ateremos no discorrer do presente trabalho, uma das primeiras leis que tratou de criminalizar o uso de uma substância psicoativa, possuiu claro recorte étnico-racial, a lei do Pito do Pango de 1830. Além disso, um ano antes mesmo de ser promulgada sua lei maior, a República tratou de instaurar dois instrumentos de controle dos negros em 1890: o Código Penal e a "Seção de Entorpecentes Tóxicos e Mistificação", a fim de combater cultos de origem africana e ao uso da *cannabis,* utilizada em rituais do Candomblé, considerado “baixo espiritismo”.

Por exemplo, a mais recente lei em matéria de proibicionismo, a lei 11.343/06, utiliza um critério para determinar se o dolo é de uso ou é de tráfico no porte de substâncias ilícitas que permite todo o tipo de arbitrariedades. Pois está propenso à construção do estereótipo criminal, na medida em que o juiz atentará além da quantidade da droga, para as circunstâncias sociais e pessoais, bem como, para a conduta e os antecedentes criminais. De acordo com o artigo 28, §2º da supramencionada lei:

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

> (...)
>
> § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Desse modo, certos indivíduos estarão mais propensos a serem pinçados pelo tipo penal do tráfico, em função de sua condição social, inserida em substratos mais baixos da população, aptos, portanto, à captura seletiva da polícia e dos magistrados[3]; a seleção não possui segurança jurídica, subsume-se ao arbítrio dos representantes do Estado. Estes selecionam, em função do estereótipo do autor, a partir de características como: raça, cor, classe social, gênero; como o agente se enquadrará, no tipo penal do tráfico ou do uso de drogas. Assim, se um indivíduo for marginalizado, o autor, mesmo em posse de pequena quantidade de droga, será concebido como tendo o dolo de venda. Assim, será enquadrado como traficante (ZACCONE, 2006, p. 181).

A política criminal de drogas abre margem para "tolerâncias legais" sendo portanto:

> uma gestão dos ilegalismos, permitindo uns, tornando-os possíveis ou inventando-os como privilégio da classe dominante, tolerando outros como compensação às classes dominadas, ou mesmo, fazendo-os servir à classe dominante, finalmente, proibindo, isolando e tomando outros como objeto, mas também como meio de dominação. (Deleuze, 1991, p. 39)

Com o alavancamento da política criminal de repressão as substâncias psicoativas, todos os padrões de criminalização são repetidos e agravados, como se podeobservar no caso brasileiro e estadunidense. As minorias históricas e alijadas de empoderamento, intervenção política e jurídica e poder na sociedade são mais uma vez ameaçadas no mínimo que detém, são as mais encarceradas, são mortas nas favelas e becos do sistema.

[3] Como não há critério em dispositivo legal que especifique como se distingue a classificação entre o usuário e o traficante, não se menciona quantidade específica de droga.

3 VIOLÊNCIA DE GÊNERO E RACISMO NA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

Neste tópico trataremos de dois conceitos amplos e com construção histórica e teórica diversa, a violência de gênero e o racismo, mas que na análise a ser feita precisam ser identificados de forma consubstancializada [4] (KERGOUAT, 2010) na composição do perfil das mulheres criminalizadas pela Guerra às Drogas.

Nesse sentido, é notório que homens e mulheres desempenham um papel preestabelecido de acordo com funções de gênero convencionadas socialmente:

> (...) naturalização dos papéis hegemônicos de gênero, implica na nomeação desses como prescritores sociais de comportamentos, prejudicando tanto a mulher quanto o homem. Ambos sofrem pressões para se adequarem a tais papéis: enquanto as mulheres são recolhidas ao espaço privado,destituídas de poder (sobre os outros e, muitas vezes, sobre si mesmas) e têm sua sexualidade reprimida, os homens são constantemente cobrados quanto à sua masculinidade e virilidade, sendo impedidos de vivenciar plenamente experiências afetivas (Cortez, 2006, p. 13-14).

Ao ingressar na criminalidade a mulher sai do que lugar que lhe destinaram, ela adentra o espaço público, abandona por meio de um ato de violência um estereótipo de exclusivamente vitimizada, sensível e pacata. A maternidade, por exemplo, foi bastante utilizada como medidor de 'normalidade', e como indica Lagarde (2003, p. 349), as mulheres formam "parte de uma história que as conformam como mãe e esposas, de maneira que a conjugalidade e a maternidade são esferas vitais que organizam os modos de vida feminino, independente da idade, da classe e da definição política ou religiosa."

Rosa Del Olmo (1996, p.5) comenta:

> Em síntese , a investigação sobre a questão das mulheres / drogas tem sido dominado pela gravidez e/ou drogas , ou a conexão conexão Psicopatologia/drogas. Além disso, outros investigadores consideram que o abuso de drogas era um problema masculino ,

[4] O conceito de consubstancialidade oferece uma abordagem dinâmica, e aponta para a interdependência de categorias sociais como raça, classe, gênero e sexualidade, tanto no plano teórico, quanto na construção da práxis por parte dos movimentos sociais. Deste modo, entende-se que a análise do objeto de estudo deve ser feita considerando que estas categorias não apenas se tocam em pontos interseccionais, como estão imbricadas umas às outras, produzindo os efeitos sociais que se pretende investigar.

> porque fatores socioculturais protegiam mulheres de se envolverem em comportamentos desviantes[5] .

Desta forma, ao cometerem delitos, as mulheres rompem com as características de estereotipadas de fragilidade, passividade e que devem restringi-la ao âmbito privado. A punição, dessa forma, não deve ser apenas a do sistema penal formal, pois ela não deve ser castigada apenas pelo crime praticado, mas também moralmente, pelos controles sociais informais permeados de crenças de gênero, como a família, por exemplo, que muitas vezes a abandona, pois a solidão e o desligamento do seio familiar fazem parte de um castigo que merecem pagar (Giacomello, 2013b, p. 45).

No que tange a violência de gênero, Moki (2005) correlaciona a entrada da mulher no tráfico com o desemprego feminino, baixos salários quando comparados aos salários dos homens e o aumento de mulheres responsáveis financeiramente por suas famílias.

Portanto, o mercado clandestino de entorpecentes se aproveita do papel social que a mulher carrega, em sua grande maioria, não-branca, moradora da periferia e de áreas marginalizadas da cidade, e agrava sua situação de vulnerabilidade. De acordo com Soares e Ilgenfritz (2002), o aumento alarmante do número de mulheres encarceradas também é decorrente do lugar que as mulheres ocupam na escala hierárquica do narcotráfico, por estarem em posições mais subalternas estariam mais sujeitas a serem presas e reprimidas pelo aparelho estatal.

No século XXI, na América Latina, observa-se o incremento de mulheres presas por delitos relacionados às drogas, como visto, em concomitância ao progressivo endurecimento de leis a estes delitos. De acordo com Giacomello (2013b, p. 96):

> Entre os anos de 2003-2004, as mulheres presas por crimes relacionados às drogas representavam 47% da população penitenciária total na Colômbia; 66% na Costa Rica; 46% em El Salvador, 26% na Guatemala, 59% em Honduras, 89% na Nicarágua, 72% no Panamá (Núnez, 2009: 232). Na Venezuela, a

[5] Em síntesis, la investigación sobre la cuestión mujer/drogas ha estado dominada por la conexión embarazo/drogas, o bien por la conexión psicopatológia/drogas. Por otra parte, otrosinvestigadores consideraban que el abuso de drogas era un problema masculino porque los factores socioculturales protegían a la mujer de involucrarse en conducta desviada.

> partir dos anos 90, mais de 70% das mulheres privadas de liberdade estão relacionadas a delitos de drogas.

No Equador, 38,2% das mulheres estavam presas por delitos relacionados às drogas em 1980, ao passo que nos anos recentes, esta porcentagem é de 75%-80%, indicando, portanto, um aumento de aproximadamente 40% (Torres Angarita, 2007, p.13).

Especificamente sobre a população de mulheres presas no Brasil, que constitui cerca de 6,6% da população total, a política repressiva contra as drogas apresenta danos consideráveis, assim como na maioria de países latinos, o aumento proporcionalmente em relação aos homens presos foi superior: em 2006, 11.000 mulheres estavam presas no Brasil, já em 2012 este número passa para 35.039, ou seja, quase triplica (DEPEN, 2012).

A análise da situação das mulheres criminalizadas pelo delito de tráfico de drogas, que possuem uma participação ainda mais subalterna, conforme diversos estudos indicam, demonstra não só uma marginalização social, mas também de gênero. Segundo relatório do PNUD (1995:43): "a pobreza tem o rosto de uma mulher – de 1.3 bilhão de pessoas pobres, 70% são mulheres", é neste contexto que Del Olmo (1996, p. 15) vai afirmar que o aumento de mulheres envolvidas na comercialização e notransporte de substâncias ilícitas ocorreu no mesmo momento em que houve a "quebra da estrutura sócio-ocupacional, isto é, mudanças nas relações de trabalho, grandes modificações nas estruturas familiares e o aprofundamento do processo conhecido como 'feminização da pobreza'.

Os impactos do proibicionismo são muito nítidos quando trata de sua relação com as mulheres, que constituem uma população vulnerável mesmo hoje com alguns avanços em matérias de igualdade de direitos, o encarceramento massivo que se verifica, que segue atrelado a exclusão social, a famílias divididas e crianças abandonadas, já que as mulheres ainda são as principais responsáveis pela criação de filhos, gera abandono e outras mazelas sociais decorrentes do aprisionamento de mulheres que são as provedoras da casa.

Além disso, é imperativo destacar o recorte de raça no contexto da política criminal de drogas. Identificamos a política criminal proibicionista como racista desde a sua origem, nesse sentido adotamos o conceito de racismo como doutrina, ideologia ou sistema sobre O racismo consiste na ideia de que algumas raças são

inferiores a outras, atribuindo desigualdades sociais, culturais, políticas, psicológicas, à "raça" e, portanto, oferecendo suporte as diferenças sociais a partir de supostas diferenças biológicas. No Brasil, não foi diferente, como já demonstrado em outro tópico, as primeiras investidas do proibicionismo tiveram caráter racista e excludente. Um grande exemplo disso é o caso da cannabis, que foi introduzida no Brasil junto com os negros africanos que vieram ser escravizados no país, na cultura desses grupos a maconha era utilizada em períodos de lazer e durante alguns rituais religiosos. Apesar do longo período de escravidão, o uso da maconha manteve-se vivo dentro da cultura negra. Mas é após a libertação dos escravos (1888) que a perseguição aos consumidores de maconha – quase todos negros – ganha força.

Com a abolição da escravatura, sem terra e trabalho, os antigos escravos passaram a ser considerados indivíduos de comportamento desviantes e criminosos natos. De certa forma, um discurso supostamente científico e falacioso serviu para eximir o Estado de criar políticas sociais para absorver esta mão de obra ao justificar a implantação de novas políticas punitivas. O hábito de fumar maconha seria mais uma característica do criminoso nato, juntamente com todas as manifestações culturais dos ex-escravos. Maconheiro, macumbeiro, vadio, mendigo, prostituta, um dicionário racista e preconceituoso era usado pelo poder da elite dominante para vigiar e punir os pobres.

Como exemplo disso, pode-se citar a contribuição do psiquiatra Rodrigues Dória[6] (1857-1958) que teve grande influência na criminalização da maconha, chegando a associá-la a uma espécie de vingança de negros "selvagens" contra brancos "civilizados" que os haviam escravizado. Segue fragmento de sua autoria:

> [...]é possível que um individuo já propenso ao crime, pelo efeito exercido pela droga, privado de inibições e de controle normal, com o juízo deformado, leve a prática seus projetos criminosos . (…) Entre nós a planta é usada, como fumo ou em infusão, e entra na composição de certas beberragens, empregadas pelos "feiticeiros", em geral pretos africanos ou velhos caboclos. Nos "candomblés" - festas religiosas dos africanos, ou dos pretos crioulos, deles descendentes, e que lhes herdaram os costumes e a fé – é empregada para produzir alucinações e excitar os movimentos nas danças selvagens dessas reuniões barulhentas. Em Pernanmbuco a herva

[6] Professor de Medicina Pública de Direito da Bahia, presidente da Sociedade de Medicina Legal, ex-presidente do Estado de Sergipe.

> é fumada nos "atimbós" - lugares onde se fazem os feitiços, e são frequentados pelos que vão aí procurar a sorte e a felicidade. Em Alagoas, nos sambas e batuques, que são danças aprendidas dos pretos africanos, usam a planta, e também entre os que "porfiam na colcheia", o que entre o povo rústico consistem em diálogo rimado e cantado em que cada réplica, quase sempre em quadras, começa pela deixa ou pelas últimas palavras de contendor (HENMAN e PESSOA JR, 1986).

Portanto, havia um esforço de intelectuais em elaborar uma série de teses criminalizando negros, nativos, mulheres, capoeiristas, sambistas, maconheiros, prostitutas, macumbeiros, cachaceiros, adotando a defesa da estigmatização de setores sociais já marginalizados social e historicamente no Brasil, acabando por agravar a sua situação e vulnerabilidade.

Nesse sentido, hodiernamente, homens negros têm 75% a mais de chance de serem assassinados do que homens brancos na mesma idade. Em São Paulo, eles têm 101.0% a mais de chances de serem mortos. Na idade entre 15-24 anos, morrem 45.1 jovens brancos para cada grupo de 100 mil habitantes; na outra extremidade, morrem 90.7 jovens pretos e pardos para cada grupo de 100 mil habitantes. E os números são ainda piores em estados como Pernambuco, Alagoas e Distrito Federal, onde a taxa de assassinato de jovens negros supera 300% a dos jovens brancos (WAISELFISZ, 2006).

Dos 467,7 mil homicídios contabilizados entre 2002 e 2010, 307, 6 mil (65,8%) foram de negros. Nesse período, houve decréscimo de 26,4% nos casos de homicídios de brancos e acréscimo de 30,6% dos de negros. Nesses mesmos oito anos, foram mais de 231 mil homicídios de jovens, dos quais 122,5 mil eram negros (53,1%). O decréscimo dos casos de pessoas brancas foi de 39,8% no período, enquanto, entre negros, houve acréscimo de 18,4%.

As informações do estudo confirmam dados do Instituto Nacional de Geografia e Estatística (IBGE), de que a população branca tem, em média, rendimentos entre 60% e 70% superior ao da população negra e sugerem que essa realidade tem relação direta com o atual perfil da violência no Brasil[7].

A figura do traficante, do sujeito que "comanda" o mercado das drogas, é comumente relacionada com um rapaz jovem, negro (ou mulato), de bermuda e

[7] Disponível em: http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/108909/Mapa-da-Viol%C3%AAncia-mortes-de-jovens-crescem-326.htm, acessado em 22/12/2014.

tênis, morador de favela. Essa figura do traficante é amplamente divulgada pela mídia e ele visto como um sujeito frio, destemido, que controla grandes quantidades de drogas e que faz parte (ou comanda) do "crime organizado (MACHADO, 2010)". Nesse sentido:

> A operacionalização da gestão dos ilegalismos, portanto, é o que possibilita a efetivação da seletividade com que incide a repressão sobre os traficantes varejistas em comparação aos traficantes do atacado e os demais facilitadores do tráfico - de forma análoga à repressão incidente sobre a população pobre em relação às classes médias e altas acerca do uso ou posse de drogas. Sendo assim, tal gestão constitui uma importante função pragmática do Racismo de Estado. (P. C. Vianna & C. E. A. B. Neves. Estudos de psicologia. 2011. p.36)

Segundo pesquisa realizada pela Fundação SEADE (2000) no estado de São Paulo, comprovou-se que a população negra está muito mais representada dentro da prisão do que na população livre deste Estado.

Uma pesquisa recente desenvolvida pelo Núcleo de Estudos da Violência, da Universidade de São Paulo, chamada Prisão Provisória e Lei de Drogas (2012).[8]

> Com relação ao perfil das pessoas presas nas ocorrências por tráfico de drogas, 87% dos casos eram do sexo masculino e 13% feminino. O levantamento mostrou que as mulheres foram presas por denúncias (35%) e em revistas na penitenciária (10,9%), enquanto os homens sofreram mais abordagens a partir de patrulhamento de rotina (67,8%). Com relação à cor das pessoas apreendidas, 46%foram classificadas como pardas, 41% como brancas e 13% como negras. Negros e pardos somam, portanto, 59% dos apreendidos. Quanto à escolaridade, cerca de 61% dos apreendidos possuía o primeiro grau completo, 19% tinham o ensino fundamental e 14% apresentavam o ensino médio. Verificou-se que 62,1% das pessoas presas responderam que exerciam alguma atividade remunerada – formal ou informal; 29,4% disseram estar desempregadas; 8,4% responderam que eram estudantes e em 3,8% dos casos ou a pessoa não respondeu ou esta questão não foi preenchida.

[8] O Relatório da pesquisa está disponível em: < http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4742-Relato-de-uma-pesquisa-sobre-a-Lei-11.343-2006> acessado em 09/09/2015.

4 SOBREPOSIÇÃO DE VULNERABILIDADES SOCIAIS E O PERFIL DA CRIMINALIZADA: MULHER, POBRE E NEGRA.

O crime que mais encarcera mulheres na América Latina é o tráfico de drogas, entre essas mulheres encarceradas, a grande maioria é de não-brancas, ou seja, negras e pardas, com baixa escolaridade, além de serem mães, como já demonstrado em dados anteriormente citados.

As próprias bases fundadoras da nossa sociedade e sua elite e a construção do Estado brasileiro têm suas raízes no modelo patriarcal, escravocrata e patrimonialista. O reconhecimento dos direitos das mulheres, da população afrodescendente e da indígena em normas garantidoras é muito recente, a igualdade formal defendida pelas constituições ainda não tem eficácia plena. Há uma forte necessidade de enxergar os sujeitos criminalizados dentro dos lugares sociais que ocupam, nesse caso mostrou-se imprescindível relacionar a categoria gênero e raça visto que se mostram indissociáveis e a depender da identidade assumida, propensas à exclusão social de políticas públicas e à pinça da seletividade penal. Nesse sentido:

> Por exemplo, a partir dos dados da pnad 1989 e 1999, Nadya Araujo Guimarães mostra que, considerando sexo e raça, os homens brancos possuem os salários mais altos; em seguida, os homens negros e as mulheres brancas; e, por último, as mulheres negras têm salários significativamente inferiores. (Guimarães, 2002, p. 13 apud Hirata, 2014, p. 63-64.)

No caso do Brasil, as mulheres brancas e negras têm trajetórias duradouras nas ocupações de menor prestígio e de más condições de trabalho, como o emprego doméstico, atividade em que as mulheres negras são mais numerosas. Homens brancos e negros estão sobrerrepresentados nas trajetórias de emprego formal e de trabalho autônomo, embora os últimos em menor proporção. Eles têm trajetórias marcadas pela instabilidade de forma mais marcante que os homens brancos, indicando maior vulnerabilidade (cf. Guimarães e Britto, 2008, pp. 51 ss.).

Nesse sentido, de acordo com o Relatório da Comissão Externa de Feminização da Pobreza, no caso das mulheres negras é de 71% a proporção entre elas das que trabalham em ocupações precárias e 41% delas se concentram nas ocupações mais precárias e desprotegidas do mercado de trabalho (OIT). A

tendência maior da mão de obra feminina ao desemprego é acentuada por variáveis de raça. A mulher negra apresenta uma desvantagem marcante neste aspecto, com 13,6 % de desemprego, em relação aos 10% das mulheres brancas. Essa desvantagem se agudiza no caso das mulheres jovens negras, que apresentam taxas alarmantes de desemprego de 25%. Além disso, no que se refere ao emprego doméstico, as mulheres negra são maioria. Por essas razões, alcançam somente 39% dos rendimentos dos homens brancos.

Essa realidade demonstra que tal situação pode favorecer o cometimento de ilícitos, devido a falta de trabalho e inserção no mundo dos empregos formais, a mulher negra é empurrada para a prática de delitos, e após ser criminalizada a sua vulnerabilidade social apenas aumenta.

Quando se consideram os dados sobre precarização do trabalho em decorrência da raça das mulheres, estas desvantagens se qualificam. No mesmo sentido, levando em conta o recorte etário, essa desvantagem se torna ainda mais aguda, tendo em vista que um quarto das mulheres jovens negras (25%) encontram-se desempregadas. Outrossim, há de se considerar, ainda, a maciça inserção da mulher negra nos postos de trabalho doméstico. É por essas e outras razões que esta população específica alcança somente 39% dos rendimentos dos homens brancos.

Neste diapasão, compreende-se que essa realidade demonstra que as mulheres negras estão estruturalmente encurraladas a buscar alternativas informais (e ilegais) de sustento, devido à parca e precária absorção de sua mão de obra nos postos legais de trabalho, de modo que a sua vulnerabilidade social apenas aumenta.

Dados de 2012 do Ministério da Justiça, apontam que 49% das presas têm entre 18 e 29 anos, 39% têm entre 30 e 45 anos e 12% têm mais de 46. Em relação à escolaridade, 44% declararam ter o ensino fundamental incompleto e apenas 3% chegaram a ingressar em uma universidade. As negras e pardas são maioria dentro das unidades prisionais do País e somam 61% das detentas.[9]

[9] Disponível em : <http://www.geledes.org.br/a-mulher-presa-no-brasil-e-jovem-negra-e-com-baixa-escolaridade/#ixzz3kircoEee > Acessado em 03.09.2015.

Diante disso, a vulnerabilidade social das mulheres favorece sua seleção pelo sistema penal, que se utiliza de critérios sociorraciais para selecionar sua clientela, de modo que à criminalização da pobreza se consubstancia a condição de gênero e raça. Nesse contexto, a escassez de dados e registros idôneos quanto a situação das mulheres criminalizadas revela o que se pode chamar de cegueira de gênero, Anitua e Picco (2012:221) afirmam que esta cegueira faz com que exista uma espécie de "limbo de representação" frente a estas questões, e que o gênero, enquanto categoria analítica e estrutura significante de poder, geralmente não é introduzida de forma satisfatória, dessa forma as especificidades das mulheres punidas pelo Estado não são levadas em conta, o gera o agravamento da sua marginalização.

Concordamos com Vera Regina Pereira de Andrade:

> a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classe) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero), recriando os estereótipos inerentes a essas duas formas de desigualdade (...) (ANDRADE, 2004, p. 265)

As mulheres negras apresentam vulnerabilidades sociais em vários parâmetros, no que tange a educação, inserção no mercado de trabalho formal, nos serviços de saúde, em políticas públicas de moradia e estruturação urbana, visto que habitam em grande maioria, as áreas periféricas das cidades com precariedade de serviços. Reflexo de uma sociedade que possui em sua gênese a violência de gênero bem como o racismo estrutural e institucional, se tornam, dessa forma, as menos protegidas pelo Estado e portanto as mais facilmente criminalizáveis.

5 CONCLUSÃO

O estudo da temática que envolve a criminalização e marginalização do fenômeno do uso, consumo, produção e distribuição de substâncias entorpecentes tidas como ilícitas, não pode ser visto fora de uma perspectiva que aborde classe, gênero e raça, assim como, se demonstrou quantitativamente e qualitativamente no decorrer da presente pesquisa que alguns grupos sociais com características

sociais específicas, histórico de vulnerabilização e marginalização, têm sido focados como os principais inimigos nessa empreitada punitivista estatal o que tem levado ao agravamento da retirada de garantias fundamentais já tão escassas para esses agrupamentos. A guerra às drogas pode ser pensada, então, nos marcos desse fortalecimento de um Estado que deixou de ser "de bem-estar" e passa a ser "penal", criminalizando explicitamente a miséria (WACQUANT, 2001a).

Os impactos do proibicionismo são muito nítidos quando trata de sua relação com as mulheres, que constituem uma população vulnerável mesmo hoje com alguns avanços em matérias de igualdade de direitos. A partir do fim da década de 80 e início da década de 90, o tráfico de drogas, se torna o principal delito no processo de criminalização de mulheres, antes constituído, majoritariamente, por crimes relacionados à sua condição de gênero, como o aborto, o infanticídio, a prostituição e os crimes passionais. O encarceramento massivo que se verifica, segue atrelado a exclusão social, a famílias divididas e crianças abandonadas, já que as mulheres ainda são as principais responsáveis pela criação de filhos e gestão do ambiente familiar privado, gerando abandono e outras mazelas sociais decorrentes do aprisionamento de mulheres que são as provedoras e/ou responsáveis pelo lar. De fato, a política criminal de drogas segue agravando uma série de violações de garantias que as mulheres pobres já sofrem habitualmente.

É imprescindível perceber, portanto, que a implementação das políticas de segurança militarizadas, legitimada pela Guerra às Drogas, causou violações extremas aos direitos fundamentais da população dos países que a adotaram. A conclusão evidente é que a política de guerra às drogas é um grande fracasso, visto não obter resultado algum na erradicação ou no controle razoável do narcotráfico. Por outro lado, seu efeito visível é a constante violação dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis da população (CARVALHO, 2013).

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sergio França. (1995). **A violência na Sociedade Brasileira: Um painel inconcluso em uma democracia não consolidada**. Revista Sociedade & Estado, 10(2) Jul./Dez. p. 325.

A mulher presa no Brasil é jovem, negra e com baixa escolaridade. Portal Geledés <http://www.geledes.org.br/a-mulher-presa-no-brasil-e-jovem-negra-e-com-baixa-escolaridade/#ixzz3l6MbsUEZ> acessado em 03.09.2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio. (2008). **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan.

Anuário Brasileiro de Segurança pública. 2014.

ASSIS, S. G. & Constantino, P. (2001). **Filhas do mundo:** infração juvenil feminina no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Fiocruz.

BARROS, André; PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes escravocratas**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/3953. Acesso em 12.01. 2015>.

BROUET, Oliver. Drogues etrelationsinternacionales. Bruxelas, Edition Complexe. 1991, p. 96.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). **Relatório da Comissão Externa da Feminização da Pobreza**, 2004. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/52962.html> Acessado em: 26/08/2015.

CARNEIRO, Henrique. **Autonomia ou heteronomia nos estados alterados de consciência**. In: Labate, Beatriz Caiuby (Org.) Drogas e Cultura: novas perspectivas. UFBA. 2008.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**). 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Antimanual de Criminologia**.5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum Sobre as Sociedades de Controle**, in L´AutreJournal, nº 1, maio de 1990, e publicado em Conversações, 1972 – 1990. Rio de Janeiro: Ed 34, 1992.

GIACOMELLO, Corina. (2013b). **Género, drogas y prisiónes**: experiencias de mujeres privadas de su libertad en México. México: Tirant lo Blanch.

GUEDES, M. A. (2006) **Intervenções psicossociais no sistema carcerário feminino**. Psicologia ciência e profissão.

HIRATA, Helena. **Gênero, classe e raça: Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 26, n. 1, junho de 2014.

KERGOAT, Danièlle. **Dinâmica e consubstancialidade das relações sociais**. Novos Estudos n. 86, CEBRAP, Março/2010.

LAGARDE, Marcela. (2003). **Los cautiverios de las mujeres: madreesposas, monjas, putas, presas y locas**. México: UNAM. p. 349.

McALLISTER, William. **Drug diplomacy in the twentieth century**. Nova Iorque: Routledge, 2000.

MAIEROVICH, Walter Fanganiello. Nova Ameaça Amazônica. **Carta Capital**, 9.11.05, p. 23.

MOKI, M. P. **Representações sociais do trabalho carcerário feminino**. Dissertação de Mestrado Não-Publicada, Curso de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal de São Carlos, São Paulo. 2005.

MUSTO, David. **One hundred years of cocaine**. Westport: Auburn House, 2002.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. **Reclusion de mulheres por delitos de drogas, Reflexiones Iniciales**. Fundacion José Felix Ribas. 1996. p. 5.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado – Programa de Pós-graduação em Direito. Área de concentração: Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In: Labate, Beatriz Caiuby (Org.) **Drogas e Cultura**: novas perspectivas. UFBA. 2008.

SILVA, Lillian Ponchio e. Sistema Penal: campo eficaz para a proteção das mulheres. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). **Sistema Penal e Gênero**: tópicos para emancipação feminina. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. p. 11-27.

SCHEEERER, Sebastian. Estabelecendo o controle sobre a cocaína (1910-1920). In: Bastos, F.I.; Gonçalves, O.D. (Org.). **Drogas: é legal?** Um debate autorizado. Rio de Janeiro: Imago, 1993, p. 170, 188.

SOARES, B. M. & Ilgenfritz, I. **Prisioneiras**: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond. 2002.

P. C. Vianna & C. E. A. B. Neves. **Dispositivos de repressão e varejo do tráfico de drogas: reflexões acerca do Racismo de Estado**. Estudos de psicologia. 2011. p.36.

WACQUANT, Loïc. **Crime e Castigo nos Estados Unidos**: de Nixon a Clinton. Revista de Sociologia e Política. Curitiba. n. 13. nov. 1999,p. 47-48.

_____. **As Prisões da Miséria**. Tradução: André Telles.1999, Pág. 98.

WAISELISZ, Julio Jacobo. **O Mapa da Violência**: Os Jovens do Brasil. Unesco: Brasília, 2006.

ZACCONE, Orlando. Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas. In.: **Revista Discursos Sediciosos:** crime, direito e sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. Vol.: 14. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 181 a 194.

REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO: FEMINISMO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS HUMANOS

PROSTITUTION RULES: FEMINISM, CONSTITUTION AND HUMAN RIGHTS.

Emannuelly Cabral[1]
Adriano Ferreira Silva[2]

RESUMO

Através da contextualização histórico-social da prostituição e da análise do papel social dos profissionais a ela atrelados, bem como das colocações dos movimentos feministas acerca do tema, busca-se neste artigo traçar um posicionamento sobre a regulamentação deste ofício, tendo como norte os princípios constitucionais de livre exercício de qualquer trabalho e vida privada, além da necessidade de efetivação de direitos humanos trabalhistas para estes segmentos da sociedade. Sobretudo, tenciona-se através de um método de pesquisa essencialmente bibliográfico, tratar do tema de forma livre dos estigmas que comumente acompanham a imagem psíquica que o termo "prostituição" evoca, evitando a desumanização desses cidadãos e cidadãs ao defender a efetivação de seus direitos e a garantia do amparo legal que lhes é devido.
PALAVRAS-CHAVE: Prostituição; regulamentação; direitos humanos; constituição.

ABSTRACT

Through the historical and social contextualization of prostitution and a review of the social paper of the professionals connected to it, as well as the arguments of the feminists groups about the theme, this article intends to make a ascription about the regulamentation of this kind of work, using by reference the constitutional principles about free exercise of any work and private life, beyond the need of efetivation of the human labor rights to these segments of society. Especially, these text intends, essentially with a bibliographic method of research, to look after the theme with one perspective free of the stigma that is usually attached to the psychic image that the term "prostitution" evokes, avoiding the dehumanization of these citizens defending the efetivation of their rights and the legal support that they needs
KEYWORDS: Prostitution; regulamentation; human rights; constitution.

[1]Estudante de Graduação do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA.
[2] Estudante de Graduação do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA.

1 INTRODUÇÃO

Dentro do movimento feminista, bem como na sociedade como um todo, seguem a passo lento as discussões acerca da regulamentação da prostituição e das atividades a ela ligadas, além das medidas relacionadas à efetivação de direitos para os/as profissionais ligados ao comércio de serviços sexuais.

Ainda envolta em moralismos e obscurecida por visões conservadoras acerca do ofício e daqueles que o exercem, a questão segue sem mudanças efetivas ou perspectivas reais de manutenção dos direitos dos prostitutos e prostitutas, mantendo-os à margem da sociedade como tornou-se usual desde a idade média. Embora muitas legislações tenham trazido avanços em outros países, o Brasil mantem-se apenas na esfera do mínimo exigível, não proibindo a prostituição por si, mas por outro lado não garantindo quaisquer direitos trabalhistas para esses profissionais.

O Psicólogo e psicanalista Paulo Roberto Ceccarelli (2008, P.1), pós-doutorando pela Universidade de Paris VII e utilizado como fonte de pesquisa para a catalogação das informações históricas do presente artigo trata com imensa propriedade de como a visão social acerca da prostituição é alterada de acordo com o tempo e o espaço, justificando a regulamentação, a tolerância ou mesmo a total aversão ao ofício de acordo com cada situação.

O argumento para a omissão por parte do estado é o mesmo usado pela sociedade de um modo geral na tentativa de justificar o descaso e a visão negativa que apresenta acerca de tudo o que envolve a prostituição: ela é confundida com exploração sexual e seus envolvidos considerados vítimas que não deveriam ou não desejariam estar naquele meio.

Embora a prostituição seja para muitos uma última alternativa difícil de recusar, essa visão estigmatizada não representa a realidade dos profissionais como um todo e, sobretudo, dá margem ao aprofundamento de seus problemas sociais. Se a miséria é a causa de que muitos indivíduos adentrem no mercado da prostituição, negar a existência dessas pessoas, cidadãos como os demais, e simplesmente ignorar o trabalho que exercem não minimiza a insalubridade que

pode advir de suas condições e, ao contrário, potencializa qualquer revés, deixando-os desamparados e a margem do estado.

Ademais, a regulamentação é uma demanda de associações de profissionais do sexo, portanto dos protagonistas da questão e, levando-se em conta as garantias constitucionais de livre exercício de qualquer trabalho e vida privada, bem como toda a gama de direitos aos quais esses profissionais teriam acesso com a regulamentação de suas atividades, tornam-se evidentes as benesses desse processo e a necessidade de apoio às iniciativas de regulamentação.

2 A VISÃO ACERCA DA PROSTITUIÇÃO EM DIFERENTES CONTEXTOS HISTÓRICO-SOCIAIS

Ao longo da história da humanidade a prostituição existe de maneiras tão diversas quanto diversas são as realidades nas quais se desenvolve. Formas de prestação de favores sexuais em troca de retribuições pecuniárias, bens materiais, ou qualquer tipo de vantagem estão presentes há muitos séculos em sociedades orientais e ocidentais.

Na Grécia antiga tinha-se a prostituição como profissão regulamentada e, em diversos graus, ela se apresentava como ofício análogo a qualquer outro, como lê-se no seguinte trecho de Jaime Brasil:

> Na Grécia, as prostitutas vulgares eram escravas e tinham o nome de porné; a casa onde exerciam o seu comércio era o porneion; e os industriais que exploravam o negócio eram os pornoboskoi. Essas mulheres pagavam um tributo pornokontelas e dependiam da autoridade dos magistrados agoranomos, que vigiavam a sua maneira de proceder. Viviam em Atenas num bairro reservado que tinha o nome de Cerâmico. Aí fundou Sólon um porneion para "satisfazer as necessidades do povo", sendo por isso muito louvado por seus aduladores. Outra classe de prostitutas superiores a esta era a das que exerciam as profissões de dançarinas, cantoras, tangedoras de instrumentos musicais. Eram as bacantes, também chamadas etéreas aulétridas e dictéredas. [...]. Em regra, mulheres livres, entre elas se recrutavam as sacerdotisas de Diónisos e de Vênus Cotito. A classe das hetairas, que se tem pretendido colocar como a de mais alto grau das prostitutas da Grécia, era constituída por mulheres livres, cultas e famosas, que recebiam em suas casas os políticos, os generais, os filósofos e os poetas, raras vezes, mantendo relações sexuais, simultâneas, com mais de um. (BRASIL, 1932).

As profissionais eram controladas pelo estado, pagavam impostos e em certos casos eram incentivadas pelas famílias a manter-se nesta carreira em consideração aos altos rendimentos.

Fato considerável é que as prostitutas de mais alto grau (conhecidas em geral como *hetairae* ou hetárias) possuíam liberdade e direitos muito maiores do que as mulheres de vida comum. Enquanto as mulheres casadas deveriam viver para a administração doméstica, reclusas e excluídas do acesso ao conhecimento as *hetairae* participavam ativamente das atividades masculinas e a elas era reservado estudo análogo ao dos homens. Exemplo citável é o de Aspásia, prostituta de tão altos dotes intelectuais que o próprio Sócrates chegou a levar seus discípulos para ouvi-la. Da mesma forma, a prostituição masculina não era motivo de escândalo e os prostitutos também atendiam de forma regular e pagavam taxas ao estado.

Por meio do recorte do cenário grego em comparação com a opinião geral que a sociedade ocidental contemporânea tem sobre as prostitutas pode-se partir de um pressuposto para a análise da questão: A prostituição nem sempre foi considerada como algo profano ou necessariamente ruim. Visto que, no caso grego, eram as prostitutas que detinham privilégios, podiam gozar de liberdades e, até certo grau, de um poder de manipulação em relação aos "homens do estado" que era negado às demais mulheres. Obviamente, as prostitutas de baixo status, em muitos casos tratadas como escravas, não se inserem nessas mesmas condições, mas de uma forma ou de outra é notável que a visão que a sociedade tinha acerca da prostituição e, por conseguinte, de seus profissionais era uma visão positiva.

Por outro lado, quando se altera a moral vigente, partindo para outro contexto histórico social, observa-se o surgimento do lugar comum atual: uma visão negativa do ofício da prostituição e, sobretudo, de suas (ou seus) profissionais. De acordo com a lei mosaica, embora no cotidiano a prática da prostituição fosse tolerada, ela era duramente punida em teoria (CECCARELLI, 2008). Em toda a moral cristã que aos poucos ganhou força no ocidente a "venda do corpo" está associada ao pecado e à degeneração moral e corrupção.

Apesar disso, após a queda do império romano ocidental, a igreja tornou-se responsável pela regulamentação da prostituição e auferiu grandes lucros com a

sua exploração. Clérigos de diversas escalas, bispos e inclusive papas mantinham relações com as meretrizes e instalavam junto às igrejas lupanares (casas de prostituição) ou tornavam os próprios conventos pontos ocultos de prostituição (BRASIL, 1932).

O ofício seguiu sendo regulamentado pelo estado do século XII ao XVI, levando-se em conta que os casamentos arranjados por questões político-econômicas, costume nesse período, contribuíam enormemente para a procura pelas profissionais. Mais uma vez, elas adquirem certo status dentro das cortes, envolvendo-se em questões de estado e demandando respeito em consideração ao seu poder de manipulação (CECARELLI, 2008).

Após as reformas religiosas católica e protestante que ocorreram a partir do século XVI a moral cristã contrária à prostituição passou a impor-se com mais força. Entretanto, apesar da opinião pública agora desfavorável e da forte visão negativa das cortesãs, o oficio seguiu existindo de maneira clandestina, visto que não pôde ser erradicado.

Eis aí um ponto crucial: a ilegalidade da prostituição ocorre, pelo menos em suas origens, por motivos ligados à moral religiosa em vigor. O cristianismo, em especial através da influência da igreja católica em todo o período medieval, cristalizou em seus dogmas a ideia da prostituição, bem como da liberdade sexual de um modo geral, associada à corrupção moral, ao pecado e à heresia. Esses conceitos seguem, consciente ou inconscientemente, atrelados à opinião pública e à moral ocidental vigente até os dias atuais e criam um estigma social ao redor dos profissionais do sexo que os inferioriza e desumaniza.

De um modo geral a prostituição seguiu existindo na clandestinidade, estando quem dela subsiste à margem de quaisquer direitos ou garantias mínimas de manutenção de sua dignidade. Com a revolução industrial, tendo em conta a insalubridade do trabalho para homens, mulheres ou crianças a prostituição era uma possibilidade que não poderia ser deixada de lado. Em fins do século XIX, não obstante, tem início mobilizações internacionais com o intuito de minimizar os impactos negativos da prostituição e erradicar a exploração sexual, principalmente em consideração às péssimas condições de trabalho desses profissionais e à proliferação de doenças sexualmente transmissíveis, sobretudo a AIDS.

Neste ponto a ilegalidade da prostituição (que teve suas origens ligadas à moral religiosa em vigor) configurava-se como um problema de saúde pública e de violação de direitos humanos a nível mundial. Ignorar todo um setor de homens e principalmente mulheres envolvidos com esse mercado de sexo seria condena-los a permanente exploração por parte de grupos ou indivíduos e agir com descaso para com os clientes e a população indiretamente envolvida. Usar a moral como desculpa deixou, então, de ser suficiente para que as autoridades se fizessem cegas diante de tal quadro e o proibicionismo deu lugar à uma série de legalizações e té regulamentações amplas.

Holanda, Alemanha, Grécia, Hungria, Suíça, Turquia e Áustria são alguns dos países onde tanto a prostituição quanto atividades de Rufianismo são inteiramente legalizados, tendo somente a Áustria certas sanções regulando suas atividades. No Reino Unido, Na Letônia e em Luxemburgo a prostituição é uma profissão regulada, entretanto o proxenetismo/rufianismo é criminalizado. Um grande grupo de países, dentre os quais se encontra o Brasil, optou por não criminalizar a prostituição, mas também não a regulariza. Nesses casos, atividades que enquadrem-se como proxenetismo são criminalizadas, podendo-se citar como exemplos: Armênia, Bulgária, Chipre, Malta, Espanha, Portugal, Polônia, República Tcheca, Cazaquistão, Irlanda, Itália, dentre outros (CHIAPAS, 2013).

Como é o caso do Brasil, o rufianismo ocorre invariavelmente em todos esses países. A criminalização do proxenetismo não serve de empecilho à sua existência, bem como a desregulamentação abre margem à um mercado de sexo de caráter extremamente opressor, que pauta-se na marginalização de seus profissionais e lhes fornece condições degradantes em diversos níveis.

Notável é que na contemporaneidade existem vários níveis de prostituição e de seus profissionais. Por um lado, "prostitutas de luxo" *ou scort girls/scort boys* auferem seu sustento da venda de favores sexuais em condições agradáveis (principalmente levando em conta seu comumente alto grau de escolaridade), enquanto por outro lado prostitutas *cis* ou *trans* são usualmente exploradas e submetidas a condições desumanas nas ruas ou prostíbulos ilegais.

Já nesse ponto, cabe estabelecer a diferenciação crucial entre prostituição e exploração sexual. Esta última, quando atrelada à prostituição, ocorre

justamente devido à não regulamentação do ofício. Não há exploração sexual quando um indivíduo maior e capaz, em pleno domínio de suas faculdades presta, conscientemente, favores sexuais por uma determinada remuneração. Desta feita, a ausência de regulação estatal para esta atividade e a impossibilidade de existência de diretos trabalhistas é que se torna uma das causas da exploração sexual.

3 AS INTERAÇÕES DO FEMINISMO EM TORNO DA PROIBIÇÃO OU LIBERAÇÃO DE PRÁTICAS SEXUAIS REMUNERADAS

Na vanguarda da luta por direitos das mulheres e de diversas minorias, os movimentos feministas envolveram-se profundamente com a questão da prostituição, exploração sexual e tráfico humano, visando à manutenção da dignidade humana e dos direitos, sobretudo das mulheres envolvidas nesses processos. Igualmente, estes grupos tem desde o século XX se colocado a favor da liberdade sexual da mulher e do combate ao patriarcado e aos abusos criados pelo machismo.

Não obstante, ao tratar-se da prostituição, a questão ainda não possui consenso dentro do feminismo. Alguns grupos posicionam-se radicalmente contra à prostituição e sua regulamentação, alegando-lhe imoral e considerando-a mais uma forma de exploração masculina em detrimento das mulheres, que formam a maior parte do contingente de profissionais do sexo em todo o mundo. Vale citar o trecho da nota publicada pela Marcha Mundial das Mulheres em apoio ao posicionamento desfavorável das mulheres da Central Única de Trabalhadores (CUT) acerca da regulamentação da prostituição, no trecho onde lê-se:

> A reação à posição da CUT, expressa pelo autor do atual projeto de lei que visa regulamentar as casas de prostituição, reforçou uma vez mais sua visão que desqualifica a luta feminista.
>
> O argumento de que as feministas são moralistas e conservadoras porque questionam a prostituição, é desrespeitoso e não contribui para o debate. Vemos a desqualificação de um longo processo de lutas das mulheres por liberdade, igualdade e autonomia e que nada tem a ver com conservadorismo. As feministas defendem o direito das mulheres a viver livremente sua sexualidade, com autonomia sobre seus corpos e seus desejos, questionando a

> heteronormatividade e a violência. E negamos a falsa liberdade, oferecida pelo mercado, que se encerra unicamente na ideia de não ter impedimentos para a ação "econômica". Esta ideia está na base da banalização da sexualidade, tornando-a mais um produto.

De forma pungente, esse e outros grupos e coletivos feministas posicionam-se contra a regulamentação, tenho por base a interpretação de que esta gera banalização do sexo, objetificação da mulher, manutenção do status dominador e violento do homem e relação às prostitutas, bem como a ideia de que essas profissionais são sempre exploradas e incapazes de escolher por conta própria suas condições de subsistência.

Entretanto, partindo de pontos opostos, coletivos feministas favoráveis à regulamentação refutam veementemente os citados argumentos, usando, sobretudo, a questão de maior importância no caso: a opinião das prostitutas. Essas e esses profissionais têm há tempos exposto os seus desejos de formas variadas, como durante a discussão acerca da regulamentação do ofício na assembleia gaúcha no dia internacional das prostitutas em 2015, como noticiado pela revista Carta Capital, em artigo de Fernanda Moreira:

> Dentre o grupo de ativistas, prostitutas e feministas que lotava o Espaço Convergência Adão Pretto, na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, os desejos são muitos. Regulamentação da profissão, direitos trabalhistas e o fim do estigma eram as pautas principais em discussão na Plenária Livre sobre Trabalhadoras Sexuais — Visibilidade, Direitos e Dignidade, realizada na terça-feira 9. O evento faz alusão ao movimento pelos direitos das prostitutas iniciado em Lyon, na França, em 2 de junho de 1975 (MOREIRA, 2015).

Almejar a não exploração da mulher e cultivar o anseio de que estas não sejam submetidas a condições degradantes e tenham sempre uma vasta gama de opções profissionais a sua disposição é extremamente louvável, todavia, manter-se em uma esfera ideal de discurso faz com que sejam deixados de lado os problemas que apresentam-se na realidade de grande parte das mulheres e homens envolvidos com o mercado do sexo. Buscar a regulamentação não significa incentivar a exploração sexual ou banalizar a objetificação desses profissionais, mas sim evitar a hiperexposição em que se encontram atualmente.

A prostituição ocorre independentemente do anseio de qualquer grupo e parecem nulas as perspectivas de que seja erradicada dentro do modelo capitalista

em vigor no ocidente. Vale ter em conta que a mercantilização das pessoas não diz respeito somente à prostituição, mas a todo o contexto de economia de mercado que prevalece globalmente, como nas palavras de Bauman:

> 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 perpetua 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 (BAUMAN, 2008).

Ademais, tendo em vista a já citada separação entre exploração sexual e prostituição, o argumento de que essas mulheres são sempre exploradas é redutor e não corresponde à verdade. No Brasil é evidente que a miséria leva muitas mulheres a ingressarem nessa profissão, entretanto isso não significa que elas sejam a totalidade ou que a mulher seja um ser incapaz de escolhas.

A prestação de serviços sexuais não se diferencia, quanto ao uso do corpo, e objetificação do profissional, de outros ofícios igualmente mecânicos, como trabalhos em fábricas ou mesmo a atividade como cuidador ou empregos domésticos. Vale ressaltar que a única diferença entre todos esses exemplos é a visão associada a cada prestação de serviço. Ao se confundir "venda do sexo" com "venda do corpo" é perpetuado o estigma ao redor da prostituição e das prostitutas e prostitutos, mantendo-os à margem de direitos com a justificativa de uma "proteção contra a exploração" que os próprios profissionais não desejam. Pelo contrário, grupos como a Rede Brasileira de Prostitutas, por exemplo, lutam pela regulamentação de seu ofício, visibilidade e efetivação de seus direitos.

Seguir ignorando o que os próprios prostitutos e prostitutas desejam com base em pressupostos morais e na imposição de valores estigmatizantes disfarçados por uma luta distante para pautar-se em negar a existência de toda uma camada social ligada à indústria do sexo é tencionar manter sempre a margem de direitos e desumanizados os profissionais a esse mercado atrelados.

4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO LIVRE EXERCÍCIO DE QUALQUER TRABALHO, E DA VIDA PRIVADA, ACERCA DA PROSTITUIÇÃO

No âmbito de como se encontra o direito brasileiro, a Constituição Federal, que representa a carta magna do ordenamento jurídico, é compreendida como um complexo sistema de princípios e regras, que almejam a realização da justiça social e a concretização dos direitos fundamentais. Sendo os princípios, em essência, o elemento que proporciona, com sua flexibilidade, a efetivação da justiça, no caso concreto.

A hermenêutica jurídica do direito contemporâneo utiliza-se primordialmente dos princípios, na atuação jurisdicional; isto devido uma evolução histórica, conforme expõe Luís Roberto Barroso:

> Os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico. No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico (BARROSO, 2009, p. 317)

Com isso, é constatável que no direito, principalmente no que se refere a resolução de conflitos de interesses, os princípios possuem uma aplicação concreta nos casos em específicos, perpassando por inúmeras incidências, em se tratando de sua atuação tanto de comportar-se como regra, quanto de auxiliar a realização de ponderações.

A Constituição Federal engloba, em sua natureza de ser, princípios fundamentais que manifestam os elementos estatais de maior relevância, representando os valores mais acentuados da sociedade. Dentre estes princípios, destaca-se *a priori*, o da dignidade da pessoa humana que consiste no alicerce do estado democrático de direito, e deve funcionar como o grande inspirador para a interpretação de leis, no caso concreto.

Referenda-se como algo constitutivo do princípio acima citado, a cidadania que se entende como a detenção e usufruto dos direitos humanos elencados pelo ordenamento jurídico. Nessa abordagem aponta José Afonso da Silva:

> A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o

> reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado está submetido à vontade popular. E aí o termo conexiona-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático (SILVA, 2002, p.104/105).

Ressalta-se, de forma importante, que os elementos garantidores da cidadania são independentes de aspirações ideológica, políticas e morais; e se constitui, ao contrário, pelo fato de existência como pessoa humana, na qual nessa condição, o Estado possui o dever de proporcionar, faticamente, o pleno exercício da cidadania e o gozo dos direitos fundamentais.

Com esta abordagem, é notável compreender a existência de titularidade de cidadãs e cidadãos que possuem as prostitutas e os prostitutos, pela condição de serem humanos e integrarem a sociedade; estando consigo o poder democrático de interferir, de opinar e de participar ativamente nas atividades do Estado brasileiro; e com isso haver, permanentemente, assegurados e regulamentados os seus direitos trabalhistas fundamentais, e os princípios constitucionais da vida privada e do livre exercício de qualquer trabalho.

Tendo a compreensão de que profissão é toda atividade do ser humano, lícita, remunerada ou não, especializada, pode-se alcançar a conclusão de que a atividade desenvolvida por prostitutas e prostitutos é trabalho profissional; necessitando, assim, de proteção jurídica, para as especificidades deste tipo de atividade, com a regulamentação por lei em sentido material e formal.

Destarte, o exercício desta profissão trata-se da liberdade do indivíduo, que com a ciência das nuanças do ofício, propõe-se a desenvolver esta atividade; não havendo, nestas circunstâncias a existência de proxenetismo e exploração sexual, engloba, no que diz respeito, a vida privada do sujeito.

Tal como os direitos da personalidade, garantidos constitucionalmente como fundamentais, a proteção à vida privada engloba a tutela dos elementos da integridade moral de cada indivíduo, por exemplo, protegendo seus hábitos, seus relacionamentos e sua profissão.

Novamente, aponta-se de forma clara a vigente proteção constitucional ao trabalho de prostitutas e prostitutos, que abarcados pelo princípio da

inviolabilidade da vida privada possuem o direito e a liberdade inalienável de exercerem suas atividades profissionais. Entretanto, este direito sofre inúmeras perturbações, como a ausência de regulamentação, em detrimento do moralismo (ou falso moralismo) acentuado que existente em nossa sociedade, devido à herança da imposição ocidental dos ideais cristãos, a partir da idade média.

Além disso, o trabalho, em si mesmo, é um direito fundamental assegurado constitucionalmente, inserido nos direitos sociais essenciais, constituindo o mínimo existencial de uma pessoa, na qual é imprescindível para proporcionar uma vida digna, dentro da lógica econômica capitalista.

Em meio à ordem social, de economia capitalista, tem-se como base o primado do trabalho, como estabelece a constituição federal, que retrata a maneira de sobrevivência do ser humano moderno. Desta forma, o princípio da liberdade de ação profissional, garante o livre exercício de qualquer trabalho, tal qual a atividade desenvolvida por prostitutas e prostitutos, em que mesmo sendo considerado uma norma constitucional de eficácia contida, possui aplicação imediata.

Contudo, o exercício da prostituição é expressão da liberdade incondicional, que nos é assegurado juridicamente e ontologicamente, por sermos humanos; e deve, indiscutivelmente, ter a proteção estatal para o pleno exercício desta atividade, e ser respeitado pela sociedade excetuando de todo valor moral conservador que infringe o preceito constitucional da não privação de direitos por motivos de crença religiosa.

5 A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS

Compreende-se o direito ao trabalho como um Direito Social fundamental, contido na constituição, além disso a legislação trabalhista proporciona, em tese, garantias aos direitos humanos dos que trabalham. Os direitos humanos se constituem de concepção universal e absoluta, na qual prevalece a igualdade entre os humanos, independente de orientação sexual ou religiosa, de origem ou raça; infelizmente, muitas vezes, somente perante a lei.

Há normas internacionais que reconhecem como inalienável, tal qual nossa constituição, o direito ao trabalho, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos que diz o seguinte:

> Artigo 23:
>
> I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
>
> II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
>
> III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
>
> IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses (ONU, 1948).

Entretanto, mesmo existindo o reconhecimento pela constituição federal e normas internacionais dos direitos humanos trabalhistas, não há a efetiva tutela desses direitos e garantias em várias realidades profissionais, como no caso das trabalhadoras e trabalhadores sexuais, no exercício da prostituição; necessitando de intensas reivindicações e lutas sociais na busca dos amparos jurídicos.

A implementação de efetivas garantias trabalhistas para as profissionais e os profissionais do sexo, sofre inúmeros obstáculos, que circundam o âmbito do moralismo, como já discutido anteriormente, que atribuem à natureza do exercício desta profissão elementos nefastos e discriminatórios.

Destarte, com a regulamentação da prostituição, como atividade profissional, favorecerá a desmarginalização e desmistificação da profissão, proporcionando a estes e estas profissionais o acesso a saúde, a segurança pública e demais políticas públicas, como também acesso ao direito de trabalhar formalmente, com todas as suas garantias e prestações estatais, tendo assim dignidade humana.

Com isso, a regulamentação da prostituição propiciará o surgimento de instrumentos eficazes de combate à exploração sexual, não necessariamente proibicionistas, no que tange a possibilidade de fiscalização nas casas de prostituição pelo controle do Estado sobre o serviço; na forma que é estabelecido, finalisticamente, no projeto de lei, existente no Congresso Nacional, número 4.211/2012, apresentado na Câmara dos Deputados pelo parlamentar Jean Wyllys (PSOL/RJ).

De acordo com esta análise, faz-se necessário a regulamentação da prostituição para a efetivação dos direitos humanos trabalhistas, ao ponto que a inserção regulada e protegida juridicamente da atividade da prostituição no mercado de trabalho, contribuirá para a afirmação identitária do profissional do sexo, cominado com sua emancipação coletiva como categoria profissional, através dos elementos jurídicos impulsionadores da dignidade da pessoa humana existentes no direito do trabalho.

Assim sendo, a necessidade de tutela jurídica para o trabalho de prostitutas e prostitutos, de modo a garantir que a subsistência, a integração na sociedade e a emancipação coletiva dos trabalhadores do sexo, estejam em conformidade com os preceitos do direito fundamental ao trabalho digno, é mister que o direito do trabalho normatize e proteja o sujeito trabalhador desta atividade, combatendo, consequentemente, a sua exploração, proporcionando-lhe cidadania, dignidade e justiça social.

6 CONCLUSÃO

As ideias contidas neste trabalho, mediante sua explanação, proporcionam o entendimento de que a estigmatização do exercício da prostituição se deu por um processo histórico, intensificado a partir da idade média, através da difusão de ideais moralistas cristãos, no ocidente, que desencadeou, até a contemporaneidade, em descriminação e marginalização dos profissionais do sexo; impondo-lhes obstáculos formais para a obtenção de direito e garantias constitucionais para o pleno exercício desta atividade.

Conforme análises constitucionais, é possível e é notável a visualização de proteções que a Constituição Federal garante para o trabalho de prostitutas e prostitutos abrangidos pelo princípio da inviolabilidade da vida privada, cominado pelo princípio do livre exercício de qualquer trabalho; manifestando a essência da liberdade, como preceito fundamental inerente ao humano, e tutelando os elementos da integridade moral dos profissionais do sexo.

Pela condição de serem humanos e integrarem a sociedade, as prostitutas e os prostitutos possuem cidadania, contendo assim o poder que emana do povo,

que na tida democracia podem ativamente participar, direta e indiretamente, na vida do Estado; este tendo a obrigação de regulamentar e assegurar os direitos trabalhistas dos que desenvolvem esta atividade ocupacional do sexo.

Contudo a regulamentação da prostituição, com o projeto de lei existente, se faz necessária para a implementação de políticas públicas para as profissionais do sexo, permitindo o surgimento de elementos eficazes para o combate a exploração sexual, que não necessariamente proibicionistas, ressignificando o exercício da profissão, favorecendo assim ao processo de desmarginalização e desmistificação desta atividade; proporcionando a efetivação dos direitos humanos trabalhistas dos sujeitos da prostituição.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mário Victor Assis. O trabalho da prostituta à luz do ordenamento jurídico brasileiro. ***Revista Jus Navigandi***, Teresina, ano 14, n. 2349, 6 dez. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13963>. Acesso em: 5 set. 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlo Alberto Medeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.20.

BRASIL. ***Constituição Federal de 1988***. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>.

BRASIL, Jaime. **HISTÓRIA DA PROSTITUIÇÃO em a "A Questão Sexual"**. Disponível em: http://www.antropologia.com.br/pauloapgaua/trab/prosti.PDF Acessado em 7 Set. 2015

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direitos Humanos Do Trabalho: A proteção legal aos direitos fundamentais dos trabalhadores**. *In:* ***Âmbito Jurídico***, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/>. Acesso em set 2015.

CECCARELLI, Paulo Roberto. **Prostituição – Corpo como mercadoria**. In: Mente & Cérebro – Sexo, v. 4 (edição especial), dez. 2008.

CHIAPAS, Marcos. **As leis sobre prostituição em diversos países europeus.** Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/as-leis-sobre-prostituicao-em-diversos-paises-europeus> . Acesso em 7. Set. 2015

DELGADO, Gabriela Neves, RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **Os Direitos Sociotrabalhistas como Dimensão dos Direitos Humanos**. *Revista Lex Magister,* São Paulo, 27 de março de 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/Doutrinas.aspx>. Acessado em: 7 set. 2015.

JORGE, Manoel, NETO, Silva. **Proteção Constitucional ao trabalho da prostituta.** *Revista MTP,* Brasília, ano XVIII, n. 36, set. 2008. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/site/images/stories/revista_mpt_36.pdf>. Acessado em: 6 set. 2015.

LIMA, George Marmelstein. **Liberdade Profissional e Prostituição**. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/ >. Acessado em: 04 de set. 2015.

MOREIRA, Fernanda. **Questões da prostituição segundo as prostitutas.** Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/questoes-da-prostituicao-segundo-as-prostitutas-7420.html>. Acessado em: 01 de out. 2015

MULHERES, Marcha Mundial Das. **Nota de apoio ao posicionamento das mulheres da CUT sobre a regulamentação da prostituição**. Disponível em: <https://marchamulheres.wordpress.com/2013/12/06/nota-de-apoio-ao-posicionamento-das-mulheres-da-cut-sobre-a-regulamentacao-da-prostituicao/> Acessado em: 7 set. 2015

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 29 dez. 2010.

QUEIROZ, Iranilda Ulisses Parente. **Proteção à intimidade e à vida privada a luz da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/>. Acessado em: 05 de set. 2015.

REIS, L.P.B, RODRIGUES, M.T. **Prostituição e Direitos: Dilemas pela Igualdade e Cidadania**. In: Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades, III, 2013, Bahia, Enlace 4 Direitos, Anais, Salvador: EDUNED, 2013.

ROSSI, Aline. **Prostituição, legalização e constituição.** Disponível em: <https://mundodesalienado.wordpress.com/>. Acessado em: 03 de set. 2015.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional ao trabalho da prostituta**. Disponível em: <http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/>. Acesso em: 10.09.09.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: O PIONEIRISMO DA LEI MARIA DA PENHA COMO MEIO DE GARANTIR E EFETIVAR A DIGNIDADE HUMANA DA MULHER

DOMESTIC VIOLENCE: THE PIONEERING OF THE MARIA DA PENHA LAW AS A MEANS TO ENSURE AND IMPLEMENT HUMAN DIGNITY OF WOMEN

Clara Skarlleth Lopes de Araujo[1]

RESUMO

O presente artigo apresenta uma análise sobre a temática da violência doméstica sob a perspectiva do pioneirismo da Lei Maria da Penha como meio de garantir e preservar a dignidade humana da mulher. O tema violência doméstica não é atual, pelo contrário, é constituído de bases históricas bastante sólidas, que confirmam a situação de desrespeitos a que as mulheres são submetidas desde as primeiras e remotas formações sociais. Para acabar com essa histórica diferenciação que ainda é gritante na nossa sociedade, apesar dos inúmeros avanços, foi necessária a conjugação de esforços nacionais e internacionais e a criação de alguns mecanismos para combater a violência doméstica, dentre eles a Lei Maria da Penha.
PALAVRAS CHAVE: Violência Doméstica; Lei Maria da Penha; Dignidade Humana da Mulher.

ABSTRACT

This paper presents an analysis of the issue of domestic violence from the perspective of pioneering the Maria da Penha Law as a means of securing and preserving the human dignity of women. The domestic violence issue is not present, by contrast, is made up of very solid historical grounds, which confirm the status of disrespect to which women are subjected from the first and remote social formations. To end this historical differentiation which is still glaring in our society, despite numerous advances, the combination of national and international efforts and the creation of some mechanism was needed to combat domestic violence, including the Maria da Penha Law.
KEYWORDS: Domestic Violence; Maria da Penha Law; Human Dignity of Women

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca abordar de forma simples e direta a questão da violência doméstica contra as mulheres. A análise da temática passa primeiramente por uma abordagem histórica das gerações dos direitos fundamentais, em seguida observaremos a questão dos princípios para, com base em tais conceitos, passar pela conceituação de violência doméstica, os tipos de violência praticados contra as mulheres e o surgimento da lei Maria da Penha (Lei 11.340 como forma de efetivar a proteção aos direitos dessas vítimas e, por fim, adentraremos na questão do pioneirismo da Lei Maria da Penha e da violência como forma de destruir a dignidade humana da mulher.

A escolha do tema baseou-se na rotineira veiculação em diversos meios de comunicação de matérias, pesquisas e dados divulgados sobre o tema. É incrivelmente assustador e igualmente preocupante os diversos casos de violência contra a mulher noticiados; casos de agressões físicas, morais e psicológicas, assédio sexual e homicídios, condutas essas que põem em risco a integridade física e mental e a vida das vítimas. Segundo dados recentes disponibilizados no site Compromisso e Atitude (2015) "77% das mulheres que relatam viver em situação de violência sofrem agressões semanal ou diariamente**.** Em mais de 80% dos casos, a violência foi cometida por homens com quem as vítimas têm ou tiveram algum vínculo afetivo". Dados do mesmo site informam que "48% das mulheres agredidas declaram que a violência aconteceu em sua própria residência" Baseou-se também na necessidade de disponibilizar mais informações acerca do assunto, tendo em vista que muitas mulheres deixam de denunciar seus agressores por não terem conhecimento dos mecanismos existentes para protegê-las e resguardá-las da violência.

Exemplificando o que foi exposto acima, retiramos dados da pesquisa publicada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família[2] (IBDFAM) demonstrando que a violência contra as mulheres constitui, atualmente, uma das principais

[2] Pesquisa extraída pelo JusBrasil, realizada no ano de 2014

preocupações do Estado brasileiro, pois o Brasil ocupa o sétimo lugar no ranking mundial dos países com mais crimes praticados contra as mulheres.

Esse é apenas um dos dados comprobatórios dessa realidade preocupante que buscaremos analisar mais detalhadamente neste artigo.

O método utilizado no desenvolvimento da pesquisa foi o bibliográfico, por meio de consultas e pesquisas em livros, artigos publicados sobre o temas e trabalhos de conclusão de curso, bem como por outras literaturas relacionadas, subsidiados pela análise da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), pela Constituição Federal de 1988 e por alguns pactos e convenções relacionados ao tema.

Dentre os objetivos almejados com esse artigo encontra-se a vontade de disseminar conhecimentos a respeito do assunto, que ainda não tem a atenção necessária por parte de todos, bem como, contribuir para a efetivação dos direitos das mulheres, que mesmo vivendo em uma sociedade democrática que busca a igualdade e a dignidade, vivem muitas vezes em situações de humilhação e subordinação.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conceituar direitos fundamentais é uma tarefa complicada, podemos afirmar que esse é uma daqueles temas de compreensão rápida mas de conceituação difícil. De uma forma simples e objetiva, são os direitos básicos e essenciais para que qualquer indivíduo possa viver. No Estado Democrático de Direito esses direitos são a base e o limite de atuação do Estado que deve, acima de tudo, assegurá-los e protegê-los.

No seu Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva (2010, p 175-176) também ressalta a dificuldade de conceituação desse tema, ainda mais pelo grande número de expressões utilizadas para designá-lo, tais como: direitos naturais, direitos humanos, liberdades fundamentais, dentre outras. Na visão do renomado autor, o qualificativo fundamentais seria o mais adequado pois

"acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive."

A evolução histórica dos direitos fundamentais passa necessariamente pela análise de suas dimensões, que podem ser identificadas como períodos sucessivos de conquista e efetivação desses direitos. A primeira dimensão compreende os direitos individuais, que traduzem uma garantia dos indivíduos e a limitação à atuação do Estado, são exemplos de direitos de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade. A segunda dimensão compreende os direitos sociais, tais como: saúde, educação, moradia e, ao contrário dos direitos individuais, necessitam de uma atuação positiva do Estado para se efetivarem. A terceira e quarta dimensões compreendem, respectivamente, os direitos coletivos ou difusos, como por exemplo o direito a um meio ambiente sadio, e direitos relacionados à democracia direta, informação e pluralismo. Paulo Bonavides ainda acrescenta uma quinta dimensão que compreenderia o direito à paz.

O interessante no estudo das dimensões dos direitos fundamentais é que a concretização de uma dimensão não exclui a das demais, pelo contrário, confirma ainda mais a importância das anteriores pois não se pode conceber a busca por um direito social ou coletivo sem antes garantir os direitos individuais da pessoa, por exemplo.

Feita uma análise preliminar do que seriam os direitos fundamentais e de sua evolução histórica através das dimensões, entende-se por necessário adentrar na temática dos princípio constitucionais, principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Paulo Bonavides dedica uma capítulo de seu livro "Curso de Direito Constitucional" à temática dos Princípios Gerais do Direito e dos Princípios Constitucionais. O autor cita em sua obra a definição de princípio formulada por Crisafulli no ano 1952, que expressa:

> Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas

> dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém. (BONAVIDES, 2010).

Os princípios são, portanto, as normas basilares de um sistema, através das quais as outras normas encontram coerência. Não se concebe no moderno Direito Constitucional a interpretação de uma situação sem que haja a observância dos princípios. Isso mostra que, com a introdução das ideias pós-positivistas de teóricos como Konrad Hesse, Paulo Bonavides e Ronald Dworkin, os princípios deixam sua antiga conotação de normas subsidiárias para serem elevados à categoria de normas essenciais e de pressupostos de interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Em relação a sua aplicação é mister ressaltar que não há hierarquia entre os princípios, quando entram em confronto a resolução se dá pela técnica da ponderação e equilíbrio e não pela exclusão e revogação como ocorre no conflito entre regras. Mesmo não havendo hierarquia entre os princípios, nos dizeres de Flávia Piovesan (2010, p.421) "imperioso é ressaltar que, dentre eles, com força deontológica predominante, está o princípio da dignidade da pessoa humana". Destarte, entre os princípios constitucionais merece uma abordagem especial o da dignidade da pessoa humana que, de uma forma geral, é o princípio que se encontra implícito em todos os demais, o que significa que a violação ao princípio da dignidade humana causa, direta ou indiretamente, à violação de todos os demais princípios. A renomada autora ainda acrescenta:

> Por tamanha envergadura, afirma-se no entendimento mais engajado com a ordem constitucional implantada, que "princípio constitucional que é, o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que contrarie é juridicamente nulo. Já, no âmbito estritamente constitucional, "nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana". (PIOVESAN, 2010, p. 422)

Além de gozar de um status de "princípio dos princípios", a dignidade da pessoa humana encontra-se entre os fundamentos da República Federativa do Brasil. Essa colocação do princípio como fundamento da República demonstra a preocupação em concretizá-lo em razão, principalmente, da experiência da Ditadura Militar vivida pelo nosso país, em que esse direito era cotidianamente

violado e desrespeitado. Com isso, o texto da nova Constituição veio repleto de garantias, principalmente para assegurar esse direito fundamental.

Conclui-se, outrossim, que o estudo da dignidade da pessoa humana é de essencial importância não apenas por ser um fundamento da República mas porque a ele foi dado o status de princípio dos princípios, ou seja, pressuposto de existência de todos os demais princípios e direitos do indivíduo.

3 CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

"Em briga de marido e mulher não se mete a colher." Esse ditado popular extremamente conhecido por todos parece ser uma expressão sem relevância, mas por traz desse discurso popular uma mensagem importantíssima pode ser extraída: a violência doméstica. Violência doméstica é um termo genérico que comporta espécies como a violência contra o idoso, contra a criança e ao adolescente e a violência contra a mulher. Caracteriza-se por ter como espaço a unidade familiar, local onde se desenvolvem as relações de convívio entre membros unidos por laços sanguíneos ou por vontade, conjuga também o fator de que vítimas e agressores possuem ou possuíram algum tipo de relação afetiva e sentimental.

Uma espécie desse enorme campo da violência doméstica que merece um destaque especial é a violência baseada no gênero. A violência doméstica contra a mulher é definida pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará de 1994) como "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado". A Convenção ainda reconhece que a violência contra a mulher pode ser observada tanto na esfera pública como na esfera privada. É importante, ainda, destacar a importância dessa Convenção pois até 1994 a violência doméstica era tratada como algo privado, intimo, mas após a Convenção o Estado passou a reconhecer a violência doméstica, em especial a violência contra a mulher, como um problema público, que merecia o interesse e a responsabilidade do Estado.

O problema da violência contra a mulher ganha contornos significativos tanto na esfera nacional como internacional. Dados do Ligue 180 demonstram que

esse tipo de violência é frequente e reiterado na quase maioria dos lares. Segundo os dados da pesquisa "77% das mulheres em situação de violência sofrem agressões semanais ou diariamente, conforme revelaram os dados dos atendimentos realizados de janeiro a junho de 2014 pela Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR)." *(Online)*

Em relação aos tipos de violência doméstica contra as mulheres encontramos no próprio texto da lei, de uma forma bem autoexplicativa, suas formas e definições.

O primeiro tipo tratado pela lei é a violência física que compreende qualquer tipo de agressão que tenha como objeto o corpo ou a integridade física da mulher, é o tipo noticiado com maior frequência e o que detém os maiores índices estatísticos, podemos citar como exemplo de violência física empurrões, socos, tapas, lesões corporais, dentre outros.

O segundo tipo é a violência psicológica que compreende ameaças, insultos, humilhações, manipulações ou qualquer outro meio de agredir emocionalmente a vítima. A terceira forma é a violência sexual, que no entendimento de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto é:

> Qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (PINTO, 2014, p. 69).

O quarto tipo de violência é a moral, que a própria lei define como "qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria". O quinto e último é a violência patrimonial, configura-se pela destruição ou retenção de bens pertencentes à vítima.

Os dados disponibilizados pelo Ligue 180 também mostram que "entre os tipos de violência informados nos atendimentos realizados pelo Ligue 180, os mais recorrentes foram a violência física (15.541 relatos); seguida pela psicológica (9.849 relatos); moral (3.055 relatos); sexual (886 relatos) e a patrimonial (634 relatos)".

Os dados do site "Compromisso e Atitude" confirmam esses índices "em 2014, do total de 52.957 denúncias de violência contra a mulher, 27.369 corresponderam a denúncias de violência física (51,68%), 16.846 de violência psicológica (31,81%), 5.126 de violência moral (9,68%), 1.028 de violência patrimonial (1,94%), 1.517 de violência sexual (2,86%)."

Dados retirados de uma pesquisa publicada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), uma entidade reconhecida pelo Ministério da Justiça, atuante em todo o país e que tem o objetivo de disseminar conhecimentos referentes ao Direito de Família, comprovam que:

> O local onde mais comumente ocorrem situações de violência contra a mulher é a residência da vítima, independente da faixa etária. Até os 9 anos de idade, conforme foi identificado pelo estudo, os pais são os principais agressores. A violência paterna é substituída pela do cônjuge e/ou namorado, que preponderam a partir dos 20 até os 59 anos da mulher. Já a partir dos 60 anos, são os filhos que assumem esse papel. (LIGUE 180, 2014).

Vemos, com isso, que as formas de violência contra a mulher são bem mais amplas do que a maioria da população julga ser. Abrangem os casos conhecidos de violência física, psicológica e sexual, adicionando-se a estes a violência patrimonial e moral, menos conhecidas, mas igualmente devastadoras. A abrangência na enumeração dos tipos de violência se dá pela necessidade de abarcar todos os possíveis casos de violência e também é visto como meio de preservar a figura feminina de qualquer conduta que venha causar-lhe algum dano.

Em decorrência dos alarmantes números envolvendo esse tipo de violência cresceu a necessidade de se criarem meios eficazes de combate e erradicação da violência doméstica contra a mulher. Um dos mecanismos criados com essa finalidade foi a lei 11.340, citada acima.

4 SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA

Maria da Penha Maia Fernandes é uma cearense símbolo da luta contra a violência baseada no gênero. Ela foi violentada durante muitos anos até ser vítima de duas tentativas de homicídio, a primeira no ano de 1993 e a segunda posteriormente, no período de sua reabilitação. Na primeira tentativa, foi vítima

de um tiro de arma de fogo que a deixou paraplégica, na segunda, seu marido tentou eletrocutá-la enquanto tomava banho.

Maria da Penha conta a sua experiência de sofrimento e de superação no seu livro intitulado "Sobrevivi...Posso contar", em que relata de forma emocionante sua trajetória e todo o desrespeito a que foi submetida. Em uma passagem a cearense relata o momento em que foi atingida pelo tiro que a deixou paraplégica:

> Acordei de repente com um forte estampido dentro do quarto. Abri os olhos. Não vi ninguém. Tentei mexer-me, mas não consegui. Imediatamente fechei os olhos e um só pensamento me ocorreu: "Meu Deus, o Marco me matou com um tiro". Um gosto estranho de metal se fez sentir, forte, na minha boca, enquanto um borbulhamento nas minhas costas me deixou ainda mais assustada. Isso me fez permanecer com os olhos fechados, fingindo-me de morta, pois temia que Marco me desse um segundo tiro. (PENHA, 2012, p. 39)

Dezenove anos após o fato, seu agressor foi condenado a oito anos de prisão, tendo direito à liberdade obtida por meio de recursos de apelação, após cumprimento de apenas três anos da pena. O caso foi levado à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, que em uma decisão inédita, condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação a violência doméstica. A partir dessa decisão o Estado brasileiro assumiu a responsabilidade de criar um mecanismo mais efetivo de combate à violência contra a mulher. Maria da Penha tornou-se símbolo na luta contra a violência e foi, de certa forma, homenageada pela lei que busca garantir o direito das mulheres contra qualquer tipo de violência. Podemos destacar a luta de Maria da Penha pela sua coragem em denunciar e não desistir da justiça, o seu exemplo deve ser seguido por outras mulheres que infelizmente ainda sofrem algum tipo de violência e deixam de denunciar, dentre outras causas, por medo, por dependência financeira do agressor ou por serem ameaçadas. Outro destaque importante é a força dessa mulher, que mesmo tendo sido vítima de uma experiência traumática usa, hoje, sua experiência para ajudar outras mulheres e principalmente para encorajá-las a seguir em frente e acabar com a violência que sofrem.

Foi nesse contexto que surgiu a Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, resultado da luta do movimento feminista juntamente com várias mulheres, um meio que busca

efetivar os direitos fundamentais dessas vítimas, como forma de, não apenas compensar uma histórica falta de respeito a esses direito, como também, um meio eficaz de penalizar aqueles que agridem a integridade física, psicológica, sexual, patrimonial e moral das mulheres. A Lei Maria da Penha trouxe um olhar inovador ao reconhecer a situação de fragilidade e de extremo perigo em que a vítima de violência doméstica e familiar se encontra, o Estado toma para si a responsabilidade de prevenir a violência, proteger as mulheres agredidas, ajudar na reconstrução da vida da mulher e punir os agressores. Segundo a redação do art. 1º da Lei 11.340/2006:

> Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.(CUNHA; PINTO, 2014, p. 35)

Com base na redação desse artigo podemos definir o principal objetivos da Lei Maria da Penha que é justamente, garantir ás mulheres condições necessárias para uma vida digna e sem violência, principalmente, como meio de compensá-las pela histórica diferença social e econômica e pela vida de submissão ao homem. A história das mulheres é marcada por um desfavorecimento nítido, uma história de diferenças, de preconceito e de discriminação. Desde os tempos mais remotos a sociedade privilegia a figura masculina, a sociedade patriarcal e a submissão da mulher. A sociedade romana, por exemplo, como muitas outras era de base patriarcal; havia a construção da figura feminina caracterizada pela incapacidade, submissão e desvalorização.

Esses fatores formam o meio adequado para a violação dos direitos das mulheres, os agressores acreditam que são superiores e que tem o domínio sobre sua companheira, mãe, filha, irmã e, com isso, acreditam que podem agir com violência.

A Lei em questão busca acabar com essa situação e efetivar os direitos que por muito tempo foram retirados das mulheres, busca fortalecer uma luta que já

ganha destaque no cenário nacional e internacional a muitas décadas, principalmente, com o advento do novo texto constitucional que busca preservar a igualdade entre homens e mulheres, como forma de garantir às mulheres os direitos conquistados durante toda uma vida de lutas por igualdade e oportunidades. Com base no art. 5º da nossa Carta Maior:

> 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:
>
> I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

No entanto, essa questão não foi aceita por todos. Inicialmente a Lei Maria da Penha foi considerada inconstitucional, tendo em vista a redação do inciso I, do art. 5º da Constituição Federal, acima transcrito, que expressa a igualdade de todos perante à lei. Doutrinadores como Valter Foleto Santin e João Paulo de Aguiar Sampaio defendiam que, considerando a redação do artigo, criar uma lei que defendesse apenas as mulheres feria nitidamente o princípio da igualdade expresso no artigo, enfatizando um caráter discriminatório da lei.

Doutrinadores que defendem a constitucionalidade da lei, como Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Mônica de Melo, argumentam, corretamente, que a Lei Maria da Penha busca justamente, efetivar a máxima do princípio da isonomia "tratar igualmente todos os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualam". Com base nesse princípio a lei em questão defende os interesses das mulheres por elas figurarem o polo mais fraco da relação familiar, sendo alvo de desigualdades históricas. A implantação dessa lei serviu não só para proteger as mulheres contra qualquer tipo de violência, mas também para dar um basta nas diferenças de gênero existentes na sociedade.

5 A LEI MARIA DA PENHA E A BUSCA PELA DIGNIDADE HUMANA DA MULHER

A Lei Maria da Penha foi o primeiro mecanismo efetivo de combater à desigualdade histórica que sempre reinou em torno da figura feminina, sempre

submissa, frágil, desprotegida e incapaz. Constituiu um meio concreto de efetivar a dignidade da mulher e de garantir uma vida sem violência.

Francisco Francinildo Oliveira Lima (2011) em trecho retirado de sua monografia intitulada "A lei Maria da Penha e a violência doméstica contra a mulher: contexto nacional e a aplicabilidade no município de Iguatu- CE", afirma de forma sintética a relação entre a violência e a dignidade da mulher:

> Analisar a violência contra a mulher ou a violência doméstica propriamente dita, é fazer um paralelo com agressão aos direitos humanos, notadamente a integridade humana. A mulher ao ser agredida tem os seus direitos retirados, a sua integridade desrespeitada e a sua condição humana jogada no lixo. A violência doméstica desrespeita a condição humana, agride a individualidade e se abriga no poder físico superior do seu agressor, que acaba se escondendo na covardia, e na falta de respeito àquela que deveria na verdade amar de verdade. (LIMA, 2011)

Com isso, salientamos a importância de se estudar a questão da violência doméstica com base nos direitos humanos, principalmente na dignidade da mulher. Dar ênfase a essa questão é, de certa forma, buscar efetivar o direito à dignidade humana da mulher e preservar-lhes de possíveis ameaças.

Flávia Piovesan reitera a importância dessa relação e expõe:

> Os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Não há direitos humanos sem a plena observância dos direitos das mulheres, ou seja, não há direitos humanos sem que metade da população mundial exerça, em igualdade de condições, os direitos mais fundamentais. Afinal, "sem as mulheres os direitos não são humanos".

Portanto, os direitos humanos, e em consequência a dignidade humana, deveriam ser naturalmente respeitados e consagrados sem que fosse necessária a criação de mecanismos para efetivá-los, esses direitos deveriam constituir a base de formação de qualquer sociedade, principalmente as sociedades que se dizem democráticas. Mas na realidade prática não é isso que presenciamos, o que vemos é que as sociedades necessitam da criação de normas jurídicas para que os direitos humanos sejam devidamente respeitados, como no caso da cearense Maria da Penha.

Em relação à questão dos direitos das mulheres e tendo em vista os crescentes e cotidianos casos de violência contra a mulher por todo o mundo, surgiu

a necessidade de um somatório de esforços com o fim de criar mecanismos para que a questão da violência baseada no gênero fosse combatida em todo o mundo e a dignidade da mulher fosse devidamente tratada. Nesse cenário foram criados pactos e convenções internacionais dentre os quais podemos destacar a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – a Convenção CEDAW da ONU (1979); a Declaração e Programa de Proteção de Ação de Viena (1993); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994); a IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1999), que tratam da violência contra a mulher buscando a promoção de igualdade material entre os gêneros, a não discriminação, o desenvolvimento e a paz de todas as mulheres.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ou Convenção de Belém do Pará[3], reconhece e enfatiza o respeito aos direitos humanos fundamentais consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem reafirmados também em outros instrumentos internacionais como os já mencionados acima e afirma que a violência contra a mulher viola os direitos humanos e liberdades fundamentais. Na redação do art. 4º da Convenção Interamericana encontramos reconhecidos os direitos das mulheres:

> Artigo 4º: Toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre Direitos Humanos. Estes direitos compreendem, entre outros:
>
> a) O direito a que se respeite sua vida.
>
> b) O direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
>
> c) O direito à liberdade e à segurança pessoais.
>
> d) O direito a não ser submetida a tortura.
>
> e) O direito a que se refere à dignidade inerente a sua pessoa e a que se proteja sua família.

[3] Convenção de Belém do Pará (1994) adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de julho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

> f) O direito à igualdade de proteção perante a lei e da lei.
>
> g) O direito a um recurso simples e rápido diante dos tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos.
>
> h) O direito à liberdade de associação
>
> i) O direito à liberdade de professar a religião e as próprias crenças, de acordo com a lei.
>
> j) O direito de ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, incluindo a tomada de deciões. (CUNHA; PINTO,2014, p. 46)

Neste artigo, encontramos a síntese da salvaguarda dos direitos fundamentais das mulheres, direitos esses sem os quais não seria possível uma vida, digna e íntegra, protegida e igualitária, sem discriminações.

Além dos pactos e convenções dos quais o Brasil faz parte, encontramos no nosso texto constitucional, base de todo o ordenamento brasileiro, dispositivos relativos a garantir a dignidade humana da mulher. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ficou conhecida como a Constituição Cidadã, por ter como um de seus fundamentos a proteção aos direitos humanos fundamentais, direitos esses que possuem um status privilegiado dentro do ordenamento como um todo.

Também encontramos tratamento relacionado à essa matéria na legislação penal. Sancionada recentemente, mais precisamente dia 9 de março 2015, a denominada "Lei do Feminicídio" (lei 13.104/15) constitui mais uma conquista na busca pela dignidade da mulher e um meio de diminuir os índices de homicídios especificamente contra essas vítimas. Com a entrada em vigor dessa lei a prática de homicídio contra a mulher passa a constituir um tipo qualificado de homicídio e insere a prática no rol dos crimes hediondos. É importante ressaltar que a prática do feminicídio, como o próprio nome expressa, pressupõe que a motivação para a prática do crime seja a condição de mulher da vítima, portanto é necessário a caracterização da situação de gênero para que seja aplicada a qualificadora.

Nessa linha, vemos que a relação entre a violência e a dignidade humana da mulher é tratada de forma significativa no ordenamento brasileiro atual. A lei Maria da Penha figurou como um meio pioneiro na preservação, garantia e efetivação da dignidade da mulher e seus direitos. É o mais importante mecanismo para garantir às mulheres o direito de se expressarem, de viverem tranquilamente

sem medo de qualquer tipo de violência e principalmente, ter uma vida livre e digna, em que não seja desrespeitada com base em questões de gênero e não seja vítima de nenhum tipo de violência por ser considerada inferior.

A grande contribuição da Lei Maria da Penha foi introduzir no cenário jurídico e social do país uma visão de efetiva aplicação dos direitos das mulheres, foi uma forma de retirar esses direitos apenas da teoria e passar a uma aplicação prática. Foi o meio através do qual o Brasil efetivou a punição aos agressores e começou a colocar em prática os direitos que já eram resguardados pela Constituição, mas que na prática não eram seguidos.

Foi através do tratamento inicial dado pela Lei Maria da Penha que outras inovações foram surgindo no tocante ao tratamento dado à violência doméstica. A Lei foi portanto, o primeiro passo para concretizar a tão sonhada igualdade material e dar uma vida mais digna às mulheres.

6 CONCLUSÃO

Com base nos estudos demonstrados, tomamos conhecimento dos tipos de violência contra a mulher que, como sabemos, são reflexo de uma história de desigualdade. Observamos ainda, que à violação dos direitos das mulheres não era dada a importância necessária, como no caso da cearense Maria da Penha. Com isso foi necessário um enfrentamento da questão por parte dos movimentos nacionais, frente às organizações internacionais.

É inegável as contribuições trazidas pela lei Maria da Penha com a criação de Juizados especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a criação de Delegacias Especializadas, o maior agravamento nas punições dos agressores, sem falar nos diversos mecanismos governamentais que buscam proteger as mulheres como o “Ligue 180” e as diversas ações desenvolvidas pela Secretaria de Segurança Pública para Defesa da Mulher. Porém, mesmo com tantos meios de combate, os números da violência continuam preocupantes tornando-se necessária uma maior efetivação dos mecanismos já existentes com a implantação de novas delegacias e juizados especializados, a intensificação na fiscalização das tão importantes medidas protetivas, bem como a criação de novos meios de proteger

essas vítimas. A lei Maria da Penha foi criada como meio de efetivar os direitos das mulheres, criar mecanismos de proteção e enfrentamento, mas não é suficiente no combate à violência.

Por fim, é importante ressaltar que constitui um meio de garantir à dignidade da mulher conceder-lhe os mesmos direitos e obrigações destinados aos homens. A não concessão desses direitos e obrigações remonta a uma sociedade de desigualdades e discriminação da figura feminina, não compatível com a sociedade que queremos construir e na qual iremos viver.

7 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010.

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

Compromisso e atitude – lei Maria da Penha: banco de dados. Disponível em: < http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-a-mulher/> Acesso em: 02 out. 2015

LIGUE 180, *Secretaria de Segurança Pública para as Mulheres*: banco de dados. Disponível em: < http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-do-ligue-180-revelam-que-a-violencia-contra-mulheres-acontece-com-frequencia-e-na-frente-dos-filhos/>. Acesso em: 20 ago. 2014.

LIMA, Francisco Francinildo Oliveira de. Violência Doméstica. **A lei Maria da Penha e a Violência doméstica contra a mulher**: contexto nacional e aaplicabilidade no minicípio de Iguatu-CE. 2011. Tese (Especialização em Direito) – Universidade Regional do Cariri, Crato, Ceará.

SANCHES CUNHA, Rogério; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 5ª. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 303 p.

PENHA, Maria da. **Sobrevivi...posso contar**. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012, 235 p.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 487 p.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010, 923 p.

GT3 – EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS DAS FAMÍLIAS E DIREITOS HUMANOS

A CONSTRUÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: UMA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE CONSTRUCTION OF CONSTITUTIONALIZATION OF LAW: A PERSPECTIVE OF PROTECTION AND EFFECTIVATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

José Sarto Fulgêncio de Lima Filho[1]
Valter Witalo Nelo Lima[2]

RESUMO

O fenômeno da constitucionalização do Direito, consistente no caráter vinculante do conteúdo da Constituição sobre as demais normas infraconstitucionais, é uma das principais consequências do pós-positivismo e sua ascensão representa um grande avanço para o conhecimento jurídico, uma vez que possibilita a efetivação e proteção dos direitos fundamentais. Utilizando uma abordagem histórica, com base em uma pesquisa explicativa, teórica e bibliográfica, o presente trabalho visa abordar o fenômeno em questão em quatro momentos: no primeiro, apresentaremos um conceito do que seria constitucionalização do Direito, apresentando seus antecedentes históricos e filosóficos; no segundo momento, analisaremos os seus fundamentos teóricos; no terceiro, investigaremos como este fenômeno se deu no Brasil; e, por fim, apresentaremos como a constitucionalização do Direito atua no sentido de efetivar e proteger os direitos fundamentais.
PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; Direito Constitucional; Efetividade dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

The phenomenon of constitutionalization of Law, consisting of the binding nature of the content of the Constitution to other infra-constitutional norms, is one of the main consequences of post-positivism and its rise is a major breakthrough for the legal knowledge, as it enables the realization and protection of fundamental rights. Using a historical approach, based on an explanatory research, theory and literature, this paper aims to address the phenomenon in question in four stages: first, we present a concept of what would be a constitutionalization of Law, with its historical and philosophical background; in the second, it will analyze its theoretical foundations; in the third, we will investigate how this phenomenon occurred in Brazil; and, finally, present as the constitutionalization of Law acts to carry and protect fundamental rights.
KEYWORDS: Neoconstitutionalism; Constitutional Law; Effectiveness of fundamental rights

[1] Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA.
[2] Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPE.

1 INTRODUÇÃO

É fascinante a capacidade que tem o ser humano de se superar nos momentos de crise. O fim da Segunda Guerra Mundial pode ser considerado um excelente exemplo de momento histórico em que essa capacidade pôde ser colocada à prova, principalmente em se tratando da recuperação dos países arruinados com os conflitos, como foi o caso de Alemanha e Japão. Mas a crise não estava ligada apenas à destruição destes países. Os juristas da época sentiram uma certa angústia com as consequências da elevada ascensão do positivismo jurídico, uma forma de pensar o Direito de maneira muito cientificista e pouco valorativa.

A forma de interpretação do Direito sob uma perspectiva positivista, que levava em conta apenas a questão da validade das normas em seu caráter meramente formal, ainda que sob um esforço método-epistêmico de separação da Ciência do Direito dos demais ramos das ciências sociais, desconsiderando os aspectos valorativos, trouxe consequências devastadoras para a humanidade, uma vez que legitimou os desastres da primeira metade do século XX, como é o caso, principalmente, do Holocausto. As barbaridades cometidas neste momento histórico eram legitimadas pelo poder estatal, sem qualquer critério de valoração moral. O único critério determinante para aplicação das normas jurídicas era a sua validade formal perante o ordenamento jurídico.

Diante da crise face ao legado deixado pela Segunda Guerra Mundial, houve um grande questionamento sobre o paradigma jurídico-epistemológico vigente: deverá o Direito permanecer afastado da Ética? É neste contexto que o positivismo jurídico entra em decadência, possibilitando a ascensão do neoconstitucionalismo. Sob a égide desse novo paradigma, a Constituição passa a ganhar uma supremacia ainda maior: deixa de servir apenas de fundamento de validade e também passa a fazer valer os seus princípios sobre todas as outras partes integrantes do ordenamento jurídico. A limitação dos poderes do Estado volta a ser a pauta das novas discussões dos juristas. Os direitos fundamentais, até pouco tempo atrás considerados como parte de uma doutrina extremamente metafísica e anticientífica, são rediscutidos, agora sob novas perspectivas.

Com a ascensão do neoconstitucionalismo, podemos falar no surgimento da constitucionalização do Direito perante o mundo jurídico. É claro que o Brasil não ficou alheio a todas essas mudanças. Entretanto, o triunfo desta nova maneira de interpretar o Direito Constitucional se deu de maneira tardia, como apresentaremos adiante. Em todos os casos, tal fenômeno vem, dentre as suas mais diversas maneiras de abordagem, se apresentar como um instrumento que visa garantir a aplicação dos direitos fundamentais.

Neste contexto, o presente trabalho vem apresentar como a constitucionalização do Direito serviu e tem servido de instrumento para garantir a aplicação dos direitos fundamentais e como esta instrumentalização aconteceu e se aplicou no panorama jurídico brasileiro. Para tanto, apresentaremos o presente trabalho em quatro partes. Na primeira, apontaremos um breve conceito do nosso objeto de estudo, apresentando os seus antecedentes históricos e filosóficos. Na segunda parte, identificaremos os fundamentos que serviram de base à ocorrência deste fenômeno. Na terceira, esclareceremos a maneira como a constitucionalização do Direito aconteceu no Brasil. Por fim, evidenciaremos como os intérpretes da Constituição têm se valido e como devem se valer deste fenômeno de maneira direcionada a trazer os direitos fundamentais para a prática.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E SEUS ANTECEDENTES

Dentre as inúmeras maneiras que existem para discorrer sobre um determinado assunto, acreditamos que a melhor consiste em delimitar o seu objeto de estudo, tendo em vista a capacidade que o conhecimento tem de se expandir *ad infinitum*. Desta forma, nossa primeira missão neste trabalho será conceituar o que seria constitucionalização do Direito.

Como é perceptível, tal expressão pode comportar múltiplos sentidos, como as ideias de supremacia de uma Constituição em um sistema jurídico qualquer ou o fato de uma Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito (BARROSO, 2005, p. 12). Acreditamos que a melhor maneira de ilustrar em que consiste este fenômeno é imaginarmos o Sistema Solar com todos os seus astros girando em torno do Sol. A trajetória de

cada um deles depende, entre muitos fatores, da gravitação solar, isso sem se falar na irradiação da luz do Astro-Rei sobre os demais. Não é difícil de se imaginar que, metaforicamente, o Sol está para a Constituição, como os demais astros (planetas, asteroides, etc.) estão para todos os conteúdos normativos infraconstitucionais (leis, medidas provisórias, decretos, etc.). Desta maneira, "a ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico" (Ibid., p. 12).

Conceituado o nosso objeto de estudo, podemos partir para um segundo passo na sua análise, que será investigar como o mesmo surgiu ou, pelo menos, quais fatores possibilitaram a sua aparição no mundo jurídico. Para todos aqueles habituados ao estudo das ciências humanas, não há nenhuma dificuldade em compreender que a maioria dos acontecimentos humanos é fruto de um processo que segue ao longo dos anos até se chegar a um determinado momento em que não é possível demarcar com toda a precisão o seu início ou, dependendo do caso, seu término. Desta maneira, a constitucionalização do Direito é fruto de uma série de fatores que possibilitaram o seu surgimento e que poderiam ser elencados das mais diversas formas, porém, para fins didáticos apresentaremos aqui, para contextualizar o surgimento desse fenômeno, dois grupos de antecedentes principais: os históricos e os filosóficos.

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

De acordo com o já citado constitucionalista brasileiro: "O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália" (Id., 2013, p. 267). O século XX é marcado por uma série de acontecimentos, os quais serão sintetizados adiante.

A comunidade científica iniciou o século passado com muito otimismo, tendo em vista o elevado progresso da ciência entre o final do século XIX e início do século XX. O cientificismo vinha ganhando cada vez mais força, uma vez que novos campos do conhecimento passaram a se desenvolver e as grandes descobertas

estavam cada vez mais frequentes. O mundo já havia passado por duas Revoluções Industriais, fortalecendo o crescimento econômico de países como Inglaterra e Estados Unidos, que estavam no auge desse crescimento, e a crença no liberalismo como forma de expandir a economia. Todos esses fatores conjugados fizeram com que esta época ficasse conhecida como "época áurea da segurança". No dizer de Paulo Dourado de Gusmão:

> A fé na ciência e na possibilidade de o homem explicar o universo por suas causas ofuscou a metafísica, fazendo reinar o positivismo de Comte e o evolucionismo de Darwin, Haeckel e Spencer. A sociologia passou, então, a dominar o saber, enquanto a Filosofia retirou-se. (2008,p.21)

No Direito, esses fatores se refletiram na medida em que este, como retrataremos no próximo tópico, estava cada vez mais reduzido à lei.

Os acontecimentos que sucederam este progresso, entretanto, não foram dos mais otimistas: os primeiros estrondos das bombas da Primeira Guerra Mundial demonstraram que o mundo não passava por uma época de tanta segurança assim. Tempos depois, uma grande desproporção entre o que era produzido e o que era vendido no mercado norte-americano resultou outro grande acontecimento de consequências mundiais: a Crise de 1929. Como se não bastasse, a Segunda Guerra Mundial vem demonstrar, principalmente através do Holocausto e das duas bombas atômicas jogadas sobre Hiroshima e Nagasaki, que, de fato, entre o otimismo e uma grave crise, não somente econômica, mas também no que diz respeito à ciência, era apenas uma resultante da soma de fatores como imprevidência e tempo. No plano jurídico, pode-se dizer que a ausência de regulamentação na economia e a forte crença na lei como única e verdadeira fonte do Direito eram grandes contribuintes para a ocorrência destes acontecimentos. O mundo estava necessitando, mais do que nunca, de um reajuste em todos os seus planos, inclusive jurídico.

É tanto que após o fim da Segunda Guerra Mundial, grande parte do mundo, e aqui damos destaque à Europa, passou por um período de reestruturação, principalmente em relação aos seus paradigmas epistemológicos, em todas as áreas. A Economia experimentava uma regulamentação pelo Estado, sem, contudo, ser totalmente controlada por este. As grandes áreas das ciências da natureza

passavam por uma reaproximação da Filosofia, especialmente do ponto de vista da Ética. Com o Direito não foi diferente: a redução simplista à lei estava mais aproximada dos interesses dos juristas da época em desenvolver uma teoria organizada do que, propriamente, da busca pela pacificação e ordenação da sociedade. Nesta situação, a Constituição, que, como veremos, já ocupava o topo da hierarquia das normas jurídicas como fundamento básico de validade para estas (malgrado ainda, na prática, servisse de um mero documento político), começa a ascender como uma forma de controle do controle, isto é, de um conjunto de normas que regulamentam o conjunto de outras normas de hierarquia inferior, visando o bem-estar social. Para isso, era necessário atingir os interesses sociais, o que resultou em um fortalecimento da democracia. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, caracterizada pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tornar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração (BARROSO, 2013, p. 267-268).

2.2 ANTECEDENTES FILOSÓFICOS

Robert Alexy já dizia que "o principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre o direito [sic] e a moral [sic]" (2009, p. 3). Desta forma, o nosso objeto de estudo tem como antecedentes filosóficos os paradigmas epistemológicos que orientaram o surgimento de duas correntes da filosofia do Direito: jusnaturalismo e positivismo. Teceremos adiante algumas considerações sobre ambas as correntes para que possamos nos situar sobre a visão atual.

O jusnaturalismo tem como principal característica a existência de um Direito superior ao Direito dos homens, buscando aplicar na prática o ideal metafísico da justiça. Esta visão vem acompanhando os homens há milênios. "Antes de Cristo, na Grécia, filósofos e dramaturgos cogitaram de um direito acima da lei, independentemente da vontade do legislador, confundindo com a justiça" (GUSMÃO, 2008, p. 37). A exemplo disso, na tragédia *Antígona*, de Sófocles, temos a resposta da personagem que dá nome à história ao édito de Creonte, o mais novo

rei da cidade de Tebas, após Etéocles e Polinices, filhos de Édipo, falecido rei da cidade, matarem um ao outro na luta pelo trono. O édito consistia em conceder a Etéocles todo o cerimonial fúnebre devido, enquanto que o corpo de Polinices seria largado a esmo, para que aves de rapina e cães o dilacerassem. Em resposta a isso, Antígona, também filha de Édipo, percebendo a clara violação aos mandamentos dos deuses, decide que não deixará o irmão sem cerimonial fúnebre, mesmo que isso lhe custe a própria vida, reconhecendo claramente o que era amplamente preconizado na Grécia Antiga: a lei dos homens jamais pode se sobrepor à lei dos deuses.

Sobre o Egito, diz-nos José das Candeias Sales:

> Os egípcios acreditavam numa lei reguladora e organizadora dos sistemas de coisas, numa noção de eterna ordem das coisas e do Universo, a *maat*, que gozou no Egito faraônico de enorme popularidade e importância na estruturação e funcionamento da própria realeza [...] (1997, p. 223 *apud* PINTO, 2008, p. 32).

Apesar de todo o seu caráter histórico, delimitamos nossa abordagem ao jusnaturalismo moderno, que se desenvolveu a partir do século XVI, aproximando a lei da razão e transformando-se na filosofia natural do Direito, atingindo seu apogeu com as Constituições escritas e as codificações, sendo, posteriormente, superado pelo positivismo jurídico por ser considerado metafísico e anticientífico (BARROSO, 2013, p. 269).

O positivismo jurídico atingiu o seu apogeu entre o final do século XIX e início do século XX, caracterizando-se pela busca de estudar o Direito pelo ponto de vista do cientificismo, abdicando da perspectiva metafísica. Entre os seus maiores expoentes destaca-se o austríaco Hans Kelsen na obra 'Teoria Pura do Direito', de 1934.

Com uma explicação lógica e na tentativa de criar uma teoria que analisasse o Direito a partir do seu objeto principal, a norma, Kelsen separa a experiência jurídica da moral em seu estudo, afirmando que:

> [...] a necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de conhecer e descrever. [...] (1998, p. 48).

Além disso, na referida obra, Kelsen preconizava que, para que uma norma fosse válida, era necessária a existência de uma norma de escalão superior que lhe conferisse esta validade. Logo, no topo do Direito positivo, era atribuída à Constituição esta tarefa, entendendo-a como "norma positiva ou normas positivas através das quais é regulada a produção de normas jurídicas gerais" (1998, p. 155). Comentaremos a importância desta concepção da Constituição mais adiante.

É válido ressaltar que a defesa desses argumentos fez Kelsen, que era judeu, ser perseguido durante o regime nazista, uma vez que os estudos jurídicos derivados da sua teoria serviram como pretexto para o cometimento das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, como a perseguição de minorias e a sua utilização como cobaias de experimentos científicos. Kelsen conseguiu fugir, passando a morar nos Estados Unidos, onde teve contato com o *Commom Law* e reviu parte de sua teoria, admitindo, por exemplo, a função criativa do Poder Judiciário e reconhecendo a importância da jurisprudência no processo de criação do Direito.

Fazendo uma breve análise deste paradigma do Direito no século XX e relembrando os antecedentes históricos acima apresentados, poderíamos utilizar do raciocínio indutivo para concluir que, infelizmente, a Ética não foi separada do Direito apenas para fins de delimitação do objeto de estudo deste, como, principalmente para legitimar as barbaridades ocorridas nos campos de concentração, dando início à decadência do positivismo jurídico, confirmada após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Diante de tal episódio, percebeu-se que a reaproximação do Direito com a Moral era mais do que necessária. No dizer de Barroso:

> A aproximação quase que absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva [...] (2013, p. 270).

Era necessário um novo Direito, sem que houvesse a destruição dos inegáveis avanços ocorridos, apesar de tudo. É nesse contexto que podemos falar em pós-positivismo, uma doutrina que se inspira na revalorização da razão prática,

na teoria da justiça e na legitimação democrática, procurando empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO, 2013, p. 271). Este, portanto, é o marco filosófico do novo direito constitucional.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

No plano teórico, Barroso apresenta o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional como as três grandes transformações que subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do Direito Constitucional (Ibid., p. 284). A seguir, faremos algumas breves considerações sobre estas mudanças.

3.1 RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Conforme apresentamos acima, Kelsen já conferia à Constituição o status de norma jurídica que servia de fundamento de validade para todas as demais. Porém, "só após a crise do positivismo jurídico e com o surgimento do Estado Democrático de Direito a Constituição começará a ser compreendida como um sistema jurídico e político fundamental na vida do Estado e dos indivíduos que o compõe" (TAVARES, DAMASCENA, 2014, p. 37). A partir de então, "passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições [...]" (BARROSO, 2013, p. 284).

Porém, não basta apenas a Constituição dispor de força normativa, pois, conforme preleciona Konrad Hesse, "a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita a sua ordenação objetiva" (1991, p. 18). Em outras palavras, é necessário que a Constituição esteja de acordo com os principais valores e tendências do seu tempo para que sua eficácia possa valer sobre o ordenamento jurídico vigente.

3.2 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Com base nos ideais e mudanças ocasionadas pela Revolução Francesa, vigorava na Europa o modelo de supremacia do parlamento até o fim da Segunda Guerra Mundial. De acordo com Luís Roberto Barroso, a onda constitucional ocorrida a partir da década de quarenta trouxe não apenas novas constituições, mas um novo modelo de inspiração na experiência americana: o da supremacia da Constituição (2013, p. 285). A forma de garantia dos direitos fundamentais, tutelados pela Constituição, caberia ao Poder Judiciário, tendo em vista que este estaria, em tese, distante do processo político majoritário. No entanto, havia ainda uma grande desconfiança em relação ao Judiciário europeu. No dizer de José de Albuquerque Rocha:

> Sabemos que os "parlaments" (tribunais do antigo regime), pela inspiração reacionária de suas decisões e corporativismo acentuado de seus membros, manifestado na defesa intransigente de seus privilégios, provocaram uma profunda desconfiança dos revolucionários de 1789, em relação ao emergente Poder Judiciário, o que resultou na supressão de uma de suas atribuições mais importantes, no antigo regime [sic], qual seja, a de controlar a conformidade da legislação com a Constituição, sendo esta uma das razões da interpretação restritiva de Montesquieu para os revolucionários de 1789 (1995, p. 93).

Desta forma, "inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais" (BARROSO, 2013, p. 286). Em outras palavras, mesmo sem seguir totalmente o modelo americano de tutela da Constituição pelo Poder Judiciário, a Europa adotou um modelo próprio, havendo poucas exceções, como é o caso de Reino Unido, Holanda e Luxemburgo.

3.3 REELABORAÇÃO DOUTRINÁRIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Sob a égide das ideias positivistas, que enxergavam o jurista como um mero operador, a interpretação constitucional consistia numa mera adequação do caso concreto à norma, socorrendo-se em elementos tradicionais de interpretação, tais como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico e de princípios que

prezavam por supremacia da Constituição, interpretação conforme a Constituição, presunção de constitucionalidade, razoabilidade-proporcionalidade e efetividade (Ibid., p. 320-323). O intérprete utilizava de todos esses recursos para ser um mero aplicador da norma ao fato, sem levar em consideração que as relações da vida cotidiana vão se tornando cada vez mais complexas à medida que a sociedade vai evoluindo.

É dentro deste cenário de aumento da complexidade das relações sociais, bem como o surgimento de problemas não previstos no ordenamento jurídico que surge uma nova hermenêutica constitucional. Esta nova hermenêutica não vem anular a hermenêutica tradicional, mas sim somar-se a ela, de forma a buscar suprir os casos em que esta, quando resolvia, o fazia de forma deficiente.

Neste novo panorama, encontramos uma participação mais ativa do intérprete da Constituição dando sentido a conceitos jurídicos indeterminados, estabelecendo o alcance da normatividade dos princípios e ponderando quais princípios deverão prevalecer em cada caso concreto, utilizando-se sempre da fundamentação para se decidir. Passa-se a interpretar o Direito Constitucional não apenas como uma parte do ordenamento jurídico, mas sim uma construção do cotidiano, feita a partir das normas e princípios já existentes somados à atuação do intérprete, que um dia fora chamado de operador do Direito.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

Ante o exposto, pudemos perceber que a constitucionalização do direito é um fenômeno resultante desta nova perspectiva que orienta os estudos dos constitucionalistas. Desta forma, aquela só veio acontecer no Brasil com o surgimento de um novo Direito Constitucional, cujo marco histórico foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (Ibid., p. 267).

É muito importante que compreendamos que não foi apenas a simples promulgação da Carta de 1988 capaz de modificar o Direito Constitucional Brasileiro. É necessário salientar que esta não inovou no sentido de incorporar ao seu conteúdo direitos individuais e sociais, tarefa também realizada pela

Constituição de 1934. Porém, suas normas, apesar de abrangerem estes e outros princípios em seu texto, disposições sobre família, educação, cultura e ordem econômica e social, eram quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar (SILVA, 2014, p. 84). Além disso, a Carta de 1934 perdurou apenas três anos, sendo logo substituída pela Constituição do Estado Novo, de caráter autoritário.

Como se não bastasse a outorga da Constituição de 1937, o Brasil passou por uma série de instabilidades, tanto em sua ordem constitucional no século XX, como em nos setores político, econômico e social. Foram necessárias duas novas Constituições e uma emenda capaz de alterar substancialmente o teor de outra das Cartas que se sucederam, isto é, a de 1967, para que se chegasse ao nosso estágio atual. Esta constante instabilidade na ordem constitucional nos permite inferir que o Direito Constitucional Brasileiro foi, por muito tempo, tratado com uma grave indiferença, uma vez que não vinha lhe sendo dada a capacidade de se estabelecer como verdadeiramente soberano no ordenamento pátrio.

Diante das considerações feitas acima, fica fácil perceber que não podemos falar em vivência de um Novo Direito Constitucional simplesmente pela promulgação da Constituição de 1988 ou pelo conteúdo contemplado por esta, mas, também, pelo período de estabilidade pelo qual temos passado até o momento atual. Neste sentido, a redemocratização aparece como uma prova de que superamos a crônica indiferença que, historicamente, se mantinha em relação à Constituição (BARROSO, 2013, p. 269).

Apesar de representar o triunfo de uma nova abordagem para o Direito Constitucional no Brasil, a Constituição de 1988 também se apresenta como o símbolo de um entusiasmo exacerbado com o fim de uma ordem autoritária precedente à sua vigência, o que pode ser notado na grande quantidade de assuntos abordados pelo seu texto. Neste sentido, Luís Roberto Barroso tece a seguinte crítica à Lei Maior:

> Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levou

> a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa (2013, p. 269).

Afora, como dissemos acima, a constitucionalização do Direito a que estamos nos referindo consistir na capacidade de as normas constitucionais irradiarem a sua força vinculante sobre os demais ramos do Direito infraconstitucional, isso não quer dizer que a nossa Constituição deixou de abordar a temática destes no seu próprio texto, muito pelo contrário: normas de Direito Administrativo, Civil, Penal, Trabalhista, Processual Civil e Penal, entre outros, são contempladas por uma Constituição de 250 artigos. Como não é o objetivo do presente trabalho fazer uma análise pormenorizada da constitucionalização em cada ramo do Direito Brasileiro, iremos nos limitar a comentar que não há um impedimento para que esta incorporação dos ramos infraconstitucionais ao seu texto não implica dizer, necessariamente, que houve atecnias por parte do legislador constituinte. Na realidade, "à medida que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante" (Ibid., p. 388). O reflexo disto está nos limites de atuação do legislador, que encontra uma vasta série de princípios atuando como barreiras à criação de determinadas normas.

Malgrado a existência de uma abordagem detalhista e exaustiva do conteúdo do Direito infraconstitucional no texto da Carta Magna, isso não quer dizer que houve uma irradiação das normas desta sobre aquele de maneira ineficiente, muito pelo contrário:

> [...] A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos seus princípios [...] (Ibid., p. 389).

As normas constitucionais não foram apenas contempladas no texto constitucional, mas também passaram, e ainda passam, por um filtro exercido pela interpretação à luz da Constituição. Isso pode acontecer pela via direta, quando uma pretensão se fundar no próprio texto constitucional, como, por exemplo, o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito, conforme preconiza o

artigo 5º da Constituição em seu inciso LVI; ou pela via indireta, quando o intérprete da norma infraconstitucional, antes de aplicá-la, analisa se ela está de acordo com os princípios constitucionais e, no momento da aplicação, orienta o seu sentido e o seu alcance à realização dos fins constitucionais (Ibid., p. 390).

Desta feita, a Constituição de 1988 se mostra muito mais do que um documento prolixo e exaustivo ao contemplar outras normas no seu texto: é, ao mesmo tempo, um filtro e uma bússola para o nosso ordenamento jurídico. Torna-se um filtro porque serve de barreira às normas infraconstitucionais que eventualmente apresentem conteúdo diverso do complexo de valores preconizados pelos seus princípios. Por outro lado, é uma bússola porque não basta apenas o conteúdo normativo estar em conformidade com os princípios constitucionais, é necessário que sua interpretação seja feita à luz das finalidades estabelecidas por esta.

5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise da constitucionalização do Direito sob a perspectiva de um fenômeno garantidor da aplicabilidade dos direitos fundamentais exige que estabeleçamos algum conceito do que se entende por "direito fundamental". Ora, não se pode estudar um assunto sem se ter dele uma noção preliminar, assim como o cientista, para realizar uma pesquisa, avança uma hipótese, conjetura uma solução provável, sujeitando-a a posterior verificação (REALE, 2002, p. 1). Neste sentido, poderíamos transcrever aqui, como noção preliminar de "direitos fundamentais", que estes consistem em um conjunto de faculdades que determinado sujeito pode exigir por serem elas inerentes à sua existência ou da coletividade à qual possa pertencer.

A problemática nisso se dá pelo fato de este conceito não estar destituído do seu aspecto valorativo, e acaba, por consequência, se tornando relativista, uma vez que não há uma uniformidade no que se entende por "direito fundamental". Um determinado Estado pode se negar a proteger determinados direitos que outro

protege por não considerar que este seja fundamental. Sobre este assunto, preleciona Konrad Hesse:

> Toda essa diversidade evidencia que a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiossincrasia, da cultura e da história dos povos. Por isso, só tendo em conta esses aspectos torna-se possível uma compreensão objetiva das tarefas, da conformação e da eficácia dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico estatal concreto (2009, p. 26).

Desta maneira, no presente estudo, iremos conceituar "direitos fundamentais" como direitos que determinado Estado se comprometeu em proteger e aplicá-los, por entender como necessários para a manutenção das condições básicas necessárias à subsistência daqueles que habitam o seu território, bem como a sua própria existência, em consonância com os seus fundamentos. Por exemplo, a República Federativa do Brasil, de acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, incisos I, II, III, IV e V, tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, e da livre iniciativa e o pluralismo político. Logo, sob esta linha de raciocínio, os direitos elencados no título II da nossa Constituição são direitos fundamentais, consistindo em instrumentos de garantia dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Cumpre afirmar que a mera positivação destes direitos em uma Constituição escrita não implica em atuação efetiva do Estado no sentido de protegê-los.

> Haja vista a esse respeito o exemplo da Áustria, onde a doutrina constitucional, poderosamente representada por uma plêiade de juristas, em grande parte vinculados à nova Escola de Viena, cujas confessadas matrizes kelsenianas ninguém pode contestar, tinha por dispensável o emprego da Constituição para introduzir os direitos sociais básicos, preferindo trazê-los ao ordenamento jurídico por via da legislação ordinária (BONAVIDES, 2015, p. 380).

Sobre estes direitos, Robert Alexy, como bem sintetiza Amélia Sampaio Rossi, classifica-os em direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais de prestação, sendo os primeiros caracterizados por limitarem o poder de atuação do Estado e por gerarem verdadeiros direitos subjetivos capazes de colocar o indivíduo na posição de sindicar perante o Poder Judiciário a reparação de sua eventual violação, enquanto que estes estabelecem ao poder estatal o dever de adotar uma

postura proativa para a sua devida aplicação, não se caracterizando, de acordo com a doutrina tradicional, como direitos eficazes quanto a uma aplicação direta e imediata, fazendo com que deles não resulte possibilidade de reconhecimento de verdadeiro direito subjetivo capaz de levar o seu sujeito a bater às portas do Judiciário exigindo o cumprimento da contraprestação faltante por parte do Poder Público, uma vez que, por implicarem geralmente um custo para sua aplicação, estariam sempre na dependência de uma análise da conjuntura econômico-financeira do Estado e que, consequentemente, não haveria legitimidade do Judiciário no sentido de determinar a sua execução compulsória (2013, p. 238-239).

Entretanto, a nova visão do Direito Constitucional vem tendendo a mudar este quadro. "Existirão determinados direitos fundamentais prestacionais ligados diretamente à ideia de mínimo existencial, que por sua vez está vinculada à noção de dignidade da pessoa humana" (Ibid., p. 239). Neste sentido, a constitucionalização deve atuar como força vinculante, repercutindo em todos os âmbitos da ação do Estado, na busca pela aplicação destes direitos por parte do Poder Público, uma vez que consiste em "obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por todos os juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal" (BARROSO, 2013, p. 391).

É nesse sentido que a atuação do Judiciário é decisiva: o exercício do seu poder de jurisdição na fiscalização dos demais poderes deverá utilizar deve visar a efetiva aplicação dos direitos fundamentais, tanto na proteção aos direitos de defesa, como na projeção positiva, isto é, na aplicação dos direitos de prestação. A maneira como o Judiciário atua neste sentido, envolve as mais diferentes técnicas e possibilidades interpretativas. Barroso apresenta como principais exemplos delas as seguintes:

> o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional) quando com ela incompatíveis;
>
> a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
>
> a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador;

> a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:
>
> a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
>
> a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição (2013, p. 391).

De toda forma, as técnicas e possibilidades de interpretação acima citadas vêm não apenas criar novas formas de ressaltar a supremacia da constituição, mas, sobretudo assegurar que aqueles direitos que Paulo Bonavides chama considera como "o oxigênio das Constituições democráticas" (2015, p. 383). Acrescenta Amélia Sampaio Rossi que:

> A perspectiva neoconstitucionalista ainda nos leva à compreensão de que a centralidade assumida pelos direitos fundamentais na Constituição exige uma interpretação diferenciada dos mesmos. Assim, noções como a de eficácia privada ou horizontal destes direitos, a proibição do retrocesso social, a maximização ou efetividade, a restringibilidade excepcional, e a projeção positiva, são características que devem ser tomadas em conta na compreensão, interpretação e aplicação daqueles direitos (2013, p. 239-240).

Ou seja, abre-se a ideia de quais e como seriam as formas de se aplicar os direitos fundamentais no plano prático a partir da perspectiva neoconstitucionalista. A proteção e efetivação destes direitos deve alcançar todos os seguimentos, mesmo que nas relações entre particulares, razão porque se fala em eficácia privada. Também devem ser aplicados ao máximo, só podendo ser interpretados de maneira restrita em casos expressamente previstos pela Constituição, o que é chamado de restringibilidade excepcional.

Desta feita, a constitucionalização do Direito se apresenta como garantidor da aplicação dos direitos fundamentais na medida em que orienta e impõe ao Poder Público uma postura proativa no desenvolvimento de diretrizes políticas pautadas na aplicação desses direitos, sejam eles de defesa ou de prestação. É nesse sentido que, sob a influência deste fenômeno, o Judiciário deixa a sua torre de marfim e se aproxima da sociedade e, mais do que nunca, se mostra como guardião da Constituição, desta vez agindo contra inconstitucionalidades resultantes não apenas da ausência do fundamento de validade da norma jurídica, como queriam

os positivistas, mas, principalmente, sobre aquelas que provêm da ineficiência do Estado em decorrência de interesses minoritários, despreocupados com as necessidades majoritárias da sociedade.

6 CONCLUSÃO

A constitucionalização do Direito é um fenômeno caracterizado pela capacidade que uma Constituição tem de fazer valer o caráter vinculante de suas normas sobre as normas infraconstitucionais. Este fenômeno é resultado de uma construção a partir de uma série de antecedentes históricos e filosóficos. Como antecedente histórico, considera-se o constitucionalismo do pós-guerra, caracterizado pela sua capacidade de fazer valer a força normativa da Constituição. Como antecedente filosóficos temos a decadência do positivismo jurídico, decorrente da decadência do jusnaturalismo, trazendo à tona uma reaproximação do Direito com a Moral, sem abrir mão do seu discurso científico.

Seus fundamentos teóricos residem, especialmente, no reconhecimento da força normativa da Constituição, o que possibilitou a existência de um caráter cada vez mais vinculante dos princípios constitucionais, que começam a se afastar do campo da abstração; a expansão da jurisdição constitucional, que reconhece a grande importância do Poder Judiciário como aplicador, não apenas da lei, mas também da Constituição, buscando a efetividade dos seus princípios; e, por fim, a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional, o que ampliou o alcance dos princípios constitucionais, passando, de fato, a atingir outras áreas do Direito e outros setores da Administração do Estado.

No Brasil, o fenômeno vem acontecer de maneira tardia, sendo marcado pela promulgação da Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que esta ajudou a conduzir. Isso não quer dizer que a Carta mais recente não seja passível de críticas, muito pelo contrário: sua elaboração decorrente de uma recente redemocratização depois de pouco mais de duas décadas sob um regime autoritário tornou-a prolixa e exaustiva. Seu texto incorpora assuntos dos mais variados ramos do Direito. Apesar de este fato gerar um engessamento das atividades dos Poderes do Estado, isso não impediu a ocorrência efetiva do fenômeno da

constitucionalização do Direito no sentido a que nos referimos no presente trabalho. Pelo contrário: nos últimos 10 anos o novo Direito Constitucional tem se fortalecido cada vez mais e, consequentemente, a constitucionalização do Direito vem sendo cada vez mais empregada.

A ascensão deste fenômeno possibilitou uma mudança prática na forma de tratamento dos direitos fundamentais. Estes, compreendidos aqui como direitos mínimos necessários à manutenção das condições básicas de subsistência do ser humano e, consequentemente, à existência do próprio Estado, vêm sendo emancipados cada vez mais do plano teórico e levados ao plano prático em virtude da constitucionalização do Direito. A nova visão do Direito Constitucional impõe ao Estado o devido suprimento das necessidades básicas da sociedade, seja na elaboração das leis, seja no exercício da função administrativa. A atuação do Judiciário não está restrita apenas a eventuais desconformidades das normas jurídicas com a Constituição, mas também deve acontecer no sentido de não tolerar a falta de aplicação dos direitos fundamentais sob o argumento de falta do custo.

Desta forma, o Judiciário, paulatinamente, se afasta da visão tradicional de apenas um mero órgão julgador, passando a protagonizar, cada vez mais, o papel de guardião da Constituição, na medida em que amplia os meios de proteção e efetivação dos direitos que esta resguarda. Esse processo, apesar de longo, tem apresentado mudanças muito significativas para o Brasil e vem sendo garantido em virtude da relativa estabilidade constitucional pela qual o país vem passando ao longo de quase três décadas. Apesar de ainda haver muito o que se conquistar, podemos considerar a ocorrência deste fenômeno uma grande vitória sobre o passado, carregado de injustiças e favorecimentos a uma minoria, e olhar para o futuro de maneira mais otimista, dado que o Estado nunca demonstrou tanta preocupação com as pessoas como nos dias atuais.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. **CONCEITO E VALIDADE DO DIREITO**. TRADUZIDO POR GERCÉLIA BATISTA DE OLIVEIRA MENDES. SÃO PAULO: WMF MARTINS FONTES, 2009.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO:** OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTRUÇÃO DO NOVO MODELO. 4 ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2013.

_____. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO **DIREITO. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO.** RIO DE JANEIRO, N. 240, ABR./JUN., 2005. DISPONÍVEL EM: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. ACESSADO EM: 14 DE AGO. 2015.

BONAVIDES, PAULO. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL.** 30 ED. ATUAL. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2015.

GUSMÃO, PAULO DOURADO DE. **FILOSOFIA DO DIREITO.** 9 ED. REV. E ANOT. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2008.

HESSE, KONRAD. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO** (DIE NORMATIVE KRAFT DER VERFASSUNG). TRADUZIDO POR GILMAR FERREIRA MENDES. PORTO ALEGRE: SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR, 1991.

_____. SIGNIFICADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. TRADUZIDO POR CARLOS DOS SANTOS ALMEIDA. IN: HESSE, KONRAD. **TEMAS FUNDAMENTAIS DE DIREITO CONSTITUCIONAL.** TEXTOS SELECIONADOS E TRADUZIDOS POR CARLOS DOS SANTOS ALMEIDA, GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO. SÃO PAULO: SARAIVA, 2009.

KELSEN, HANS. **TEORIA PURA DO DIREITO.** TRADUÇÃO DE JOÃO BAPTISTA MACHADO. 6 ED. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 1998.

PINTO, CRISTIANO PAIXÃO ARAÚJO. DIREITO E SOCIEDADE NO ORIENTE ANTIGO: MESOPOTÂMIA E EGITO. IN: WOLKMER, ANTONIO CARLOS (ORG.). **FUNDAMENTOS DE HISTÓRIA DO DIREITO.** 4 ED. 2 TIR. BELO HORIZONTE: DEL REY, 2008.

REALE, MIGUEL. **LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO.** 27 ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2002.

ROCHA, JOSÉ DE ALBUQUERQUE. **ESTUDOS SOBRE O PODER JUDICIÁRIO.** SÃO PAULO: MALHEIROS, 1995.

ROSSI, AMÉLIA SAMPAIO. **NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.** IUS GENTIUM. CURITIBA, ANO 7, N. 13, JAN./JUN., 2013. DISPONÍVEL EM:

<http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/90/pdf>. ACESSO EM: 01 DE SET. 2015.

SALES, JOSÉ DAS CANDEIAS. **A IDEOLOGIA REAL ACÁDICA E EGÍPCIA:** REPRESENTAÇÕES DO PODER POLÍTICO PRÉ-CLÁSSICO. LISBOA: ESTAMPA, 1997.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO.** 37 ED. REV. E ATUAL. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2014.

TAVARES, IURI GONDIM TRAJANO ALCÂNTARA; DAMASCENA, FRANCISCA EDINEUSA PAMPLONA. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL. **REVISTA DIREITO & DIALOGICIDADE.** CRATO, VOL. 5, N. 9, JUL./DEZ., 2014. DISPONÍVEL EM: <http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/875/778>. ACESSADO EM: 07 DE JUL. DE 2015.

A CONTRIBUIÇÃO DA ABORDAGEM ALTERNATIVA DO DIREITO PARA A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA HOMOAFETIVO

THE PRICE OF LOVE: THE COMPENSATION FOR ABANDONMENT PARENTAL AFFECTIVE

Raynara Sousa Andreza[1]
Cícera Camila Olegário de Lima[2]
Jahyra Helena P. dos Santos[3]

RESUMO

O presente trabalho visa analisar as contribuições do Direito Alternativo para a efetivação do Direito de família homoafetivo, bem como a atuação daquele na resolução do Caso Cássia Eller. Para tanto, primeiramente, será realizado um estudo sobre o Caso Cássia Eller, observando o uso da abordagem alternativa do Direito na sentença proferida pelo magistrado responsável pelo julgamento. Posteriormente, será feita uma revisão bibliográfica a respeito do Direito Alternativo, sua atuação na sociedade e na luta pela consolidação dos direitos homossexuais. Por fim, analisar-se-á o caminho percorrido pelo conceito de família, no Brasil e como este influenciou até a recente concessão dos Direitos de família aos casais homoafetivos. A formação de famílias homoafetivas é uma realidade crescente no Brasil, por isso a abordagem desse tema apresenta grande relevância nos contexos jurídico e social da atualidade. Dessa forma, esse novo modo de praticar o Direito, mais politizado e mais consciente, mostra-se como importante ferramenta para a aquisição de direitos para as minorias, principalmente, para as famílias homossexuais.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Homoafetividade. Direito Alternativo.

ABSTRACT

The aim of this study was to analyze the contributions of Alternative Right to the realization of the Right to family homoafetiva, as well as the actions that the resolution of the Case Cassia Eller. For both, in the first place, will be carried out a study on the Case Cassia Eller, noting the use of the alternative approach of Law in judgment by magistrate responsible for trial. Later, there will be a review of the literature regarding the Alternative Right, its activity in society and in the struggle for consolidation of homosexual rights. Finally, it will analyze the path followed by the concept of family in Brazil and how this influenced by the recent granting of family Rights to by homosexual couples. The formation of families homoafetivas is a growing reality in Brazil, so the approach to this theme has great relevance in contexos legal and social relevance. In this way, this new way of practicing the Law, more politicised and more aware, shows itself as an important tool for the acquisition of rights to minorities, mainly, to the homosexual families.

[1] Estudante do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri - URCA.
[2] Estudante do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri - URCA.
[3] Professora na Universidade Regional do Cariri - URCA.
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

KEYWORDS: Family. Homoafetividade. Alternative Right**.**

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo trata da análise do emblemático e pioneiro caso Cássia Eller, em que a justiça brasileira concede, pela primeira vez, a uma mulher a guarda do filho de sua companheira. Essa decisão inédita só se tornou possível através de uma abordagem alternativa do Direito feita pelo magistrado. Dessa forma, o caso em questão apontou para a importância do Direito Alternativo na efetivação do direito de família homoafetivo.

Em 2001, a cantora Cássia Eller morreu subitamente em decorrência de uma parada cardiorrespiratória e deixou órfão com apenas 7 anos seu filho Francisco Ribeiro Eller, cujo pai também era falecido. Durante 14 anos a cantora manteve uma união com a professora Maria Eugênia, a qual possuía estreita relação afetiva com a criança.

A guarda de Francisco foi intensamente disputada pelo seu avô materno e por Maria Eugênia. Todavia, no final de 2002, o juiz Felipe de Miranda Ribeiro, sem amparo na lei vigente, utilizou-se da sua hermenêutica e garantiu a guarda definitiva do filho de Cássia à companheira da cantora, interpretando que havia entre eles uma verdadeira relação de mãe e filho.

O elemento crucial desse caso foi o uso de um olhar alternativo para o Direito, já que com uma decisão que fugiu ao comum, o magistrado resolveu a lide em questão, priorizando o bem estar da criança, em detrimento da aplicação normativa do Direito.

O Direito alternativo no Brasil é um movimento que busca uma nova forma de ver, aplicar e praticar o Direito. Inicialmente, caracterizava-se por um grupo de juízes que se reuniam na forma de um grupo de estudos e que visavam tornar o Direito mais democrático, abandonando uma visão dogmatizada que se tinha do mesmo. Atualmente, ele já tem a simpatia de muitos profissionais da área jurídica e da própria sociedade.

Nesse sentido, o Direito de família homoafetivo, tem sido um dos ramos do Direito mais beneficiado por esse movimento. As transformações ocorridas na

sociedade desde meados do século XX transformaram o conceito de família para a sociedade, embora este não tenha sofrido alteração na constituição. A definição de família foi socialmente pluralizada.

Por outro lado, o conceito de filiação também sofreu importantes transformações, pois a ligação afetiva se sobrepôs à ligação sanguínea, surgindo o reconhecimento da filiação socioafetiva. Esse ponto de vista abre espaço para o estabelecimento da filiação em uniões homoparentais, através da adoção e das reproduções assistidas.

Em destarte, o recente reconhecimento legal das uniões homoafetivas estáveis garantiu vários direitos às famílias homoparentais, como o direito à adoção, à sucessão, à pensão e vários outros direitos comuns nas uniões tradicionais. Esse tipo de medida é um exemplo da aplicação, no Brasil, do Direito Alternativo, o qual busca sempre a aproximação ao cotidiano das pessoas, tendo como sustentáculo os Direitos Humanos.

O presente artigo objetiva compreender a contribuição do Direito alternativo para a efetivação do Direito de família homoafetivo. Para tanto, se utiliza do estudo do caso Cássia Eller como exemplo da interpretação alternativa do Direito.

Portanto, inicia-se o trabalho com uma análise do caso em questão (a disputa pela guarda do filho da cantora Cássia Eller). Em um segundo momento, faz-se um uma revisão de literatura a respeito do Direito alternativo e do Direito de família homoafetivo, relacionando esses elementos com o referido caso.

Em suma, tendo em vista a importância da discussão sobre o Direito das famílias homoafetivas, realidade em ascendência no país, e a atuação do Direito alternativo como meio para consolidá-lo, o tema insere-se nos contextos jurídico e social da atualidade. Já que a sentença inédita do caso Cássia Eller fomentou a constante necessidade de se adequar as decisões jurídicas à realidade social.

2. Estudo do caso Cássia Eller

A cantora Cássia Eller faleceu em dezembro de 2001, aos 39 anos, em uma clínica no Rio de Janeiro, devido uma parada cardiorrespiratória. A cantora manteve com a professora Maria Eugênia Martins uma união durante quatorze anos, com ela criou seu filho biológico Francisco Ribeiro Eller, o Chicão. (FREITAS; CRUZ, 2011, p. 6)

Como Eugênia não era considerada legalmente "parente" da criança, está após o óbito da mãe deveria ser entregue aos familiares, no caso em questão aos avôs maternos, já que o Estatuto da Criança e do adolescente reconhecia apenas familiares próximos como pessoas autorizadas legalmente a receberem a tutela e a guarda do menor, pois, até então no Brasil, a união homoafetiva não era reconhecida juridicamente. Sendo assim, a professora não poderia ficar com a guarda do filho de Cássia Eller.

No entanto, Eugênia entrou com um processo na justiça para conseguir a guarda de Chicão, menino com quem manteve desde o nascimento uma estreita relação maternal. O caso correu em primeira instancia pela 1° Vara da Infância e juventude e o Juiz em exercício concedeu à Maria Eugenia a guarda da criança. Após a decisão, os advogados do avô materno de Francisco, o Sargento reformado Altair Eller, questionaram a competência da Vara de Infância e Juventude para julgar o processo, pois Chicão era órfão de pai e de mãe. O Tribunal de Justiça decidiu, então, que o caso deveria seguir para a Vara de Órfãos e Sucessões.

O juiz da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões, Luiz Felipe Francisco, manteve com Maria Eugênia Vieira Martins a tutela definitiva de Francisco Eller, o Chicão, filho da cantora Cássia Eller, por considerar essa a melhor alternativa para o bem estar da criança, mesmo não encontrando na lei um aparato para sua decisão.

Por um lado, o caso ganhou grande repercussão no Brasil, por se tratar de um conflito até então inédito no país, no qual uma mulher lutou pela guarda do filho de sua companheira falecida.

Por outro lado, também, a inovação do juiz em exercício ao solucionar o caso mesmo sem respaldo na constituição e ao desconsiderar o modelo familiar posto pela sociedade, dando ganho de causa a uma homossexual (figura alvo de

preconceito e ainda bastante criticada pela sociedade, com poucos direitos e quase nenhuma expressividade) mostrou que nem sempre o que está determinado pela norma é a decisão mais adequada para um caso.

Através do reconhecimento da afetividade existente entre Maria Eugênia e Chicão e da possibilidade dessa adoção, o juiz traz uma abordagem alternativa do Direito para o caso, fazendo prevalecer sobre a decisão a sua sensibilidade em reconhecer o que seria melhor para a criança.

Para Luiz Felipe, Eugênia e Chicão eram evidentemente mãe e filho e, por uso de um método de compreensão e interpretação do caso concreto, ele não pôde deixar de conceder "à mãe a guarda de seu filho."

Sobre a vitória na justiça, a repercussão dos fatos e o preconceito, Maria Eugênia disse:

> A importância do caso se deu na esfera social. Naquele momento, o que ficou evidente para toda a sociedade, foi a questão da maternidade. Ficou muito claro que eu era mãe dele, a partir das fotos, vídeos, depoimentos de professores, psicólogos, amigos, que atestaram que eu estava na vida do Chicão desde o nascimento, como mãe. De alguma forma, o afeto e o amor vieram em primeiro lugar. Aquela criança foi amada e não pesou o fato de ter sido por duas mulheres. A opinião pública nos acolheu, inclusive. Os mais preconceituosos pensam em homossexualismo beirando a promiscuidade, vulgaridade. Isso serviu para mostrar que existe uma família homossexual. Assim como existem homossexuais promíscuos, há heterossexuais promíscuos e homossexuais e heterossexuais família. Não é a condição sexual que determina, mas cada pessoa. Sempre fomos bem aceitos nos colégios e nos apresentamos assim: ela era a mãe e eu, a mainha. Francisco nunca viveu uma situação constrangedora. (LOPES; COHEN, 2002, s/p)

Esse caso gerou de forma indireta grande avanço acerca dos direitos das famílias homoafetivas, pois após o episódio, evidencia-se uma pluralidade de casos em que esse julgamento serviu como base argumentativa, de jurisprudência e como uma forma de incentivo para concessão de tutela de crianças, tanto para casais homoafetivos, como para homossexuais que mesmo não sendo pais biológicos procuraram a lei para adquirir o direito de cuidar de um menor com os mesmos respaldos de quem o gerou.

3. O DIREITO ALTERNATIVO

O Direito Alternativo, como teoria, chegou ao Brasil na década de 1980, sendo marcado como um movimento de juízes, tendo tido grande repercussão sobretudo nos estados do Sul do país (notadamente no Rio Grande do Sul). Este movimento foi inspirado nos modelos europeus, que o antecederam, de modo particular o modelo italiano iniciado na década de 1970. Inicialmente, consistia em um grupo de magistrados que se reuniam na forma de um grupo de estudos na ânsia de democratizar o direito, abandonando uma visão dogmatizada que se tinha do mesmo. A partir daí, este movimento cresceu e se manifesta por todo o país, com decisões que fogem ao comum do direito e vão além da aplicação seca nos moldes de um positivismo radical. Ainda que a princípio estas não estejam vinculadas diretamente ao movimento do Direito Alternativo, pode-se afirmar que são expressões de um olhar alternativo para o direito. (CARVALHO, 1997, p. 7).

O direito deve buscar na sociedade seu sentido, uma vez que desvinculado dela ele a põe em xeque: "se se busca um direito realmente democrático, ele deve sofrer a influência da própria sociedade civil (a quem o direito deve prestar contas)" (CARVALHO, 1997, p. 9).

Esse novo olhar sobre o direito entra em contradição com a visão positivista, que considera o direito apenas como “a lei e as relações entre as leis”, estando todos os demais aspectos que não se enquadram nessa definição fora da ciência jurídica.

Um dos grandes defensores do positivismo jurídico foi Kelsen e a sua obra “A teoria pura do direito” que é o ápice do desenvolvimento do positivismo jurídico. Para essa doutrina, o conhecimento é restrito aos fatos e às leis que os regem, isto é, nada de apelar para a metafísica, a razão ou à religião. Ele defende a pureza da ciência jurídica que não deve ser confundida nem misturada com análises filosóficas ou sociológicas.

Esse novo olhar sobre o direito numa abordagem alternativo do mesmo revela-se como uma forma de suprir a falta de atenção do estado com as classes abastadas da sociedade, como os negros, as mulheres, os indígenas e os

homossexuais. Por conta dessas classes e das falta de efetividade oferecida pela prestação jurisdicional do Estado a todos aqueles que necessitam de sua tutela.

O que Lyra propõe é a perspectiva da produção de uma "ciência jurídica da libertação" que associe o sistema normativo à malha complexa da sociedade, "a partir das massas oprimidas, e não a partir das elites do poder e sua ideologia" (FREITAS; CRUZ, 2011, p. 6), tampouco para explorar as lacunas, antinomias e ambiguidades do sistema jurídico em favor da alienação, do falso caráter revolucionário, mas em favor da garantia da justiça social.

Não obstante, é visível que no caso de Chicão e Eugênia, o juiz valeu-se de uma nova conformação das instituições sociais em favor da garantia e manutenção de ordem justa. Porém, esse caso não é a regra, mas sim a exceção, são poucos os juízes que ousam contrariar a norma escrita para avaliar o caso concreto em sua particularidade, tentando adequar a sua decisão aos novos moldes da sociedade, tentando garantir o direito a igualdade e a que todos "tem".

No caso analisado, ainda que não se tenha necessariamente uma vinculação clara do aplicador ao Direito Alternativo como movimento, podemos notar de modo claro como o direito foi aplicado fugindo-se de padrões rígidos e formalistas. Para que atitudes como a de Luiz (Juiz do Caso) continue a acontecer foi e é necessário a intervenção das classes sociais.

Os movimentos sociais têm a sua luta pautada principalmente na busca pelo reconhecimento das suas identidades, das suas culturas. A luta dessas minorias caracterizadas pela dominação política autoritária, pela exploração econômica e pela exclusão social da maioria da população, observa-se que essa busca por justiça perpassa a busca de melhoria das condições materiais e o fim das desigualdades sociais.

Ainda que se possa dizer que a decisão do juiz no caso analisado é tipicamente alternativa, não se trata de algo construído sobre as bases claras da sociedade. Em casos como este, deveria ser função do direito buscar o diálogo com aquela parte da população a quem diz respeito à questão. A ideia de trazer a problematização do direito para o seio da sociedade, na verdade, mostra-se como uma solução possível para a resolução de conflitos em questões tão delicadas quanto esta. O debate com a sociedade é que deve orientar e constituir o direito, a

fim de que este não se torne a opinião de uns poucos acerca daquilo que realmente se encontra no meio social.

> Trata-se de extrair a constituição da normatividade não apenas mais e apenas das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia dos interesses do todo comunitário, num *locus* [grifo do autor] político, independente dos rituais formais de institucionalização. (WOLKMER, 2001, p. 79)

Como Ana Lúcia Sabadell mostra no seu livro Manual de sociologia Jurídica a visão dos juristas positivistas sobre o uso do estudo da sociedade no direito. "O juiz deve aplicar a lei e, neste processo, deve ser o mais neutro possível. Agora, ao admitir a contribuição de outros ramos, corre-se o risco de que estes venham a interferir na aplicação do direito." (SABADELL,2005, p. 64)

> Os juízes que aplicam o direito conforme suas convicções pessoas, ou mesmo segundo recomendações sociológicos, comprometem a segurança jurídica, pois juízes com posições diferentes sobre casos similares. Além disso, o poder judiciário não possui a competência nem a legitimidade democrática para criar um novo direito, mesmo sendo este "melhor" e mais adaptado à realidade. (SABADELL, 2005, p. 62)

Essa visão exposta por Ana Lúcia vai em oposição com o discurso do direito alternativo que prega um novo olhar para o direito, que deve buscar na sociedade na qual se insere um sentido maior do que aquele fixado na lei escrita, deve atender os anseios dos grupos vulneráveis de assistência jurídica.

> A relevância de se buscar formas plurais de fundamentação para a instância da juridicidade, contemplando uma construção comunitária participativa solidificada na realização existencial, material e cultural dos atores sociais. Trata-se, principalmente, daqueles sujeitos históricos que, na prática cotidiana de uma cultura político-institucional e um modelo sócio-econômico particular, são atingidos na sua dignidade pelo efeito perverso e injusto das condições de vida impostas pelo alijamento do processo de participação social e pela repressão da satisfação das mínimas necessidades. (WOLKMER, 2001, p. 13).

O caso em questão e os movimentos sociais que lutam pelos direitos das minorias muito contribuíram para varias conquistas a cerca dos direito dos homossexuais que há anos almejavam a paridade de direitos entre homossexuais e heterossexuais.

Os movimentos sociais desempenharam e continuam desempenhando um papel importante nessa luta por novos direitos. É cada vez mais comum a emergência de normas baseadas não apenas em fontes tradicionais, estatais. O uso exclusivo das fontes estatais já não satisfaz mais as necessidades oriundas de um novo contexto social, cultural. Assim surgem os movimentos sociais com o objetivo de dar voz àqueles que de outra forma jamais seriam percebidos enquanto indivíduos portadores de direitos. A luta das minorias, dos grupos étnicos pelo reconhecimento de sua identidade diferenciada, de comunidades pela preservação de suas práticas culturais locais e etc. torna-se mais fácil dentro do âmbito de tais movimentos, que desfrutam de uma ampla capacidade de organização e reivindicação.

De acordo com Wolkmer (2001, p.12), "A mobilização dos segmentos sociais oprimidos e excluídos dos direitos implica tanto a luta para tornar efetivos os direitos."

O marco inicial do movimento homossexual mundial ocorreu em 28 de Junho de l969, quando no Bar Stonewall, em New York, reduto *gay,* alvo frequente de ações policiais, homossexuais se rebelaram contra a perseguição policial, travando uma batalha que durou vários dias. A partir de então, o dia 28 de Junho passou a ser considerado o "Dia Internacional do Orgulho Gay e Lésbico". No Brasil o movimento teve início em 1978 com a fundação do jornal Lampião, que era o principal instrumento de comunicação da comunidade homossexual. Em março de 1979, em São Paulo, foi criado o "Somos", primeiro grupo de homossexuais organizados. Posteriormente surgiram diversos grupos pelo Brasil, inconformados com o tratamento discriminatório dispensado aos homossexuais. (MENDES,2010, s/p)

Nestes vários anos de luta, o Movimento Homossexual Brasileiro obteve importantes vitórias para o reconhecimento dos direitos humanos desse grupo. Em l985, o Conselho Federal de Medicina foi orientado a excluir a homossexualidade do rol de doenças, que anteriormente era tida como "desvio e transtorno sexual". Em 1989 foi incluída no Código de Ética dos Jornalistas a proibição de discriminação por orientação sexual. Em l990, nas leis orgânicas de 73 municípios e nas constituições dos Estados de Sergipe, Mato Grosso e Distrito Federal, foi

incluída a expressa proibição de práticas discriminatórias devido à orientação sexual. (MENDES,2010, s/p)

Essa luta se legitimou na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconheceu juridicamente a união estável entre homossexuais e o consequente fortalecimento do paradigma do Estado Democrático de Direito. A partir dessa decisão, os casais homossexuais passam a ter os mesmos direitos dos casais heterossexuais em regime de união estável, como pensão e herança em caso de morte de um dos parceiros, divisão de bens e pensão alimentícia em caso de separação, etc.

Outros direitos foram conquistas através de anos de luta como: As empresas de saúde em geral já aceitam parceiros como dependentes ou em planos familiares, mas agora, se houver negação, a Justiça pode ter posição mais rápida, além do direito a facilitação da adoção para os casais homossexuais.

Por fim, gostaria de destacar a fala de uma ministra ao dar seu voto favorável a legalização união estável entre homossexuais:

> A ministra Carmen Lúcia afirmou que todas as práticas preconceituosas devem ser abolidas para que se tenha uma sociedade democrática. Destacou ainda que em um Estado Democrático de Direito não deve haver cidadãos considerados de segunda classe. Segundo ela, os que fazem a opção pela união homoafetiva não devem ser desigualados da maioria. As escolhas pessoais livres e legitimas devem ser respeitadas e entendidas como válidas. "o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito". (STF,2011).

4. O DIREITO DE FAMÍLIA HOMOAFETIVO

O conceito de família não permaneceu estático ao longo do tempo. Ele sofreu algumas modificações até chegar à definição que a Constituição e a sociedade têm dessa instituição atualmente.

Até a primeira metade do século XX, somente o casamento legitimava a convivência sexual e marcava, legalmente, o início da família. Aos poucos, o conceito de família foi se modificando e a sua dependência dos efeitos do casamento começou a perder força e acabou abrangendo situações até então não imaginadas pelo Direito. (DOMINGUES; FERMENTÃO, 2014, p. 8)

A partir da Constituição de 1988, que apesar de estereotipar a estrutura da família como pai, mãe e filhos, trouxe uma inovação ao reconhecer as uniões estáveis e as famílias monoparentais, as quais são compostas por um dos genitores e sua prole. Esse foi um passo inicial para a futura autenticação da pluralidade familiar brasileira.

De fato, o modelo de família brasileiro pluralizou-se, não sendo mais o casal heterossexual a única representação dessa instituição. Essa afirmação é corroborada pelo último senso realizado pelo IBGE que mostrou que apenas 49,9% das casas visitadas possuem um modelo familiar tradicional, com pais heterossexuais e filhos. As demais residências possuem uma conjuntura diferente. (SILVA; RITTO, 2012, s/p)

É justamente nessa diversificação e transformação das famílias em que reside o maior desafio do Direito de família que é atualizar-se conforme a realidade social, reconhecendo os novos valores da sociedade e as novas formas de convívio das concretas formações familiares contemporâneas.

Contudo, foi também inovação da referida constituição os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os quais apontaram para a necessidade de se considerar o afeto como elemento imprescindível para o estabelecimento da família, independente da sua formação.

Foi nesse exato momento, de estabelecimento desse novo modelo de família fundado no afeto, que, segundo Luiz Fachin (2003, p. 70), os casais homossexuais reivindicaram seu reconhecimento como entidade familiar. Afinal:

> A partir do entendimento de que o afeto é a base da relação familiar, sustenta-se que é preciso reconhecer efeitos jurídicos a outras uniões, inclusive as homossexuais, pois estas também se consolidam como relações duradouras, construindo patrimônio comum pelo esforço mútuo, criando laços de responsabilidade e assistência que devem ser reconhecidos e amparados pelo Direito. (DOMINGUES; FERMENTÃO, 2014, p. 9)

Nessa perspectiva, compreende-se que uniões homoafetivas são aquelas relações estabelecidas por pessoas do mesmo sexo e que possuem uma íntima relação amorosa. Não obstante, essa realidade existe há muito tempo, haja vista a existência de relações homossexuais na Roma e na Grécia antigas. (CORINO, 2006, p. 22)

Já que, atualmente, a família é caracterizada pelos laços afetivos existentes entre os seus membros, conclui-se que todas as relações homossexuais dotadas de vínculos afetivos também deveriam se encaixar nesse conceito. Foi nessa perspectiva, que agiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar uma ação direta de inconstitucionalidade, reconhecendo o caráter de entidade familiar das uniões homoafetivas.

> Ação ordinária: União Homoafetiva. Analogia com união estável protegida pela Constituição federal. Princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Reconhecimento da relação de dependência de um parceiro em relação ao outro, para todos os fins de direito. Requisitos preenchidos. Pedido reconhecido. À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa. O art. 226 da CF não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo-se observar os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 ANOS, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (STF, 2011)

Ademais, a decisão do Conselho Nacional de Justiça trouxe outra importante contribuição para a concretização dos direitos dos casais homossexuais.

> [...] o Conselho Nacional de Justiça promulgou a Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013, onde dispôs sobre a "habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo." Por meio desta Resolução, os casais homossexuais passaram a poder realizar casamento no cartório, sendo este obrigado a fazê-lo. (ROCHA; SILVA, 2014, p. 4)

A referida decisão, que confere à união homossexual o status de família, está pautada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da isonomia, e da não discriminação em virtude de sexo ou orientação sexual.

Assim, tal medida tomada pelos Ministros do STF é, de fato, um exemplo da aplicação do Direito alternativo, já que os referidos magistrados fizeram uma discussão a partir de princípios promulgados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e incorporados à Constituição brasileira de 1988.

Além disso, usaram sua hermenêutica para interpretar adequadamente o artigo 226 da Constituição Cidadã, que apesar de estereotipar o modelo de família como casal heterossexual, não exclui as uniões homoafetivas da proteção do Estado. Assim como, adequam o Direito à realidade social.

Por conseguinte, a decisões do STF e do CNJ geraram consequências no que diz respeito ao direito de liderança, de posse, de propriedade, de sucessão e inclusive na adoção.

Os homossexuais passam a ter o reconhecimento de pensão alimentícia, ter acesso â herança do seu companheiro em caso de morte, inclusão como dependentes nos planos de saúde, adotar filhos e registrá-los em seu nome, direito ao casamento, ou seja direito a um direito de família homoafetiva. Em suma, as uniões homoafetivas passam a ter os mesmo direitos e deveres concernentes às uniões heterossexuais. (LEÃO; SIMAS; FARIELLO, 2011, s/p)

Por fim, retomando o caso Cássia Eller, não se pode ignorar que apesar de todos esses direitos terem sidos concedidos aos homossexuais somente há seis anos, a decisão inédita do juiz Luiz Felipe apontou, já em 2002, para uma necessidade. Trata-se do reconhecimento da legitimidade das relações homossexuais e da igualdade no tratamento dos homossexuais, conferindo-lhes todos os direitos e deveres dispostos no Ordenamento brasileiro.

A respeito desse caso, Maria Berenice Dias e Marlova Stawinski Fuga se pronunciam prevendo os rumos que a questão das uniões homoafetivas iria tomar no Brasil.

> Hoje, cada vez mais se está emprestando relevância ao que se chama 'filiação sócio-afetiva', mais do que ao 'vínculo biológico', e ninguém pode negar que a Eugênia é a mãe do teu coração. Chicão, a Constituição Federal te assegura, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e o Estatuto da Criança te garante o direito de ser ouvido. Por favor, exerce o teu direito, pois tens o dever de ser feliz". Roborando o assunto, Marlova Stawinski Fuga, sabiamente afirma que "não se pode mais continuar afirmando que, no mundo jurídico, família é apenas aquela formada por heterossexuais; a pensar assim, o direito estaria negando os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, também sujeitos de direito, e frustando a expectativa de inúmeros filhos de ninguém que aguardam, silenciosamente, por uma adoção. (VIEIRA, 2008, p.73)

5. CONCLUSÃO

O presente artigo proporcionou a visão do "papel do juiz na aplicação da lei". A tradição jurídica conservadora, como já foi exposto, defende aplicadores da lei que devem aplicá-la conforme o formalismo e a vontade do poder legislativo, com julgamentos neutros e ao "pé" da constituição, mesmo que esta não represente os anseios da atual conjuntura social na qual a sociedade está inserida. Porém, a análise feita do caso Cassia Eller, demostrou a importância do magistrado usar da hermenêutica, aplicando o direito de forma politizada e que se mostre consciente das necessidades da população.

Diante da necessidade de um direito mais justo e igualitário, onde todos possam conhecer a justiça, compreendemos o movimento Direito Alternativo como um comportamento estratégico. Percebendo que a pretensão de um direito neutro não é possível, por isso apoiamos o uso do sistema legal como forma de lutar pelo justo. Dentro de uma sociedade dita "democrática", devem-se buscar os espaços possíveis para lutar pelo direito.

Os movimentos sociais se mostram como uma nova forma de organizar e produzir leis, fazendo emergir um direito que leve em conta os anseios e as reivindicações dos grupos pouco privilegiados e das minorias. A luta dessas classes juntamente com a nova abordagem alternativa do direito (mesmo que o uso desse direito, não condiga com a realidade brasileira e represente a minoria dos magistrados), resultou na aquisição de novos direitos, principalmente para os grupos defensores dos direitos dos homossexuais.

6. REFERÊNCIAS

CARVALHO, AMILTON BUENO DE. **DIREITO ALTERNATIVO EM MOVIMENTO**. LUAM, 1997

CORINO, LUIZ CARLOS PINTO. **HOMOEROTISMO NA GRÉCIA ANTIGA-HOMOSSEXUALIDADE E BISEXUALIDADE, MITOS E VERDADES**. BIBLOS, V. 19, P. 19-24, 2006.

DOMINGUES, MARIA DE FÁTIMA; FERMENTÃO, CLEIDE APARECIDA GOMES RODRIGUES. O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS COMO REALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. IN: **CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI**. 23, 2014, JOÃO PESSOA. ANAIS...JOÃO PESSOA: CONPEDI, 2014. DISPONÍVEL EM: <www.conpedi.org.br/anais.php > ACESSO EM SET 2015.

FACHIN, LUIZ EDSON. **DIREITO DE FAMÍLIA**: ELEMENTOS CRÍTICOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. 2 ED. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2003.

FREITAS, CARLA DANYELLEDESIDÉRIO; CRUZ, JÔSY KARINE SOARES DA. **DIREITO DE FAMÍLIA HOMOAFETIVO**: O CONSENSO DEMOCRÁTICO DO FATO SOCIAL À LUZ DE HABERMAS E LYRA FILHO. IN:ÂMBITO JURÍDICO, RIO GRANDE, XIV, N. 91, AGO 2011. DISPONÍVEL EM: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10011&n_link=revista_artigos_leitura>. ACESSO EM AGO 2015.

LEÃO, N.; SIMAS, F; FARIELLO, D. VEJA OS DIREITOS QUE OS HOMOSSEXUAIS GANHAM COM A DECISÃO DO STF. **IG**, SÃO PAULO, 05/05/2011

LOPES, J.; COHEN, V. UMA DECISÃO INÉDITA. **ISTO É GENTE**, SÃO PAULO, 14/02;2002

MENDES, LÉO. **HISTÓRIA DO MOVIMENTO LGBT BRASILEIRO**. DISPONÍVEL EM: http://lgbtt.blogspot.com/2010/04/historia-do-movimento-lgbt-brasileiro.html.

ROCHA, FRANCIELLE LOPES; SILVA. **UNIÃO HOMOAFETIVA**: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE E DA IGUALDADE. IN: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 23, 2014, JOÃO PESSOA. ANAIS...JOÃO PESSOA: CONPEDI, 2014. DISPONÍVEL EM: <www.conpedi.org.br/anais.php > ACESSO EM SET 2015.

SABADELL, ANA LUCIA. **MANUAL DE SOCIOLOGIA JURÍDICA**. 3° EDIÇÃO. SÃO PAULO: EDITORA RT, 2005

SILVA, P.L.; RITTO, C. A NOVA FAMÍLIA BRASILEIRA. **VEJA**, RIO DE JANEIRO, 17/10/2012

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4277. VOTO DA MINISTRA CÁRMEM LÚCIA. DISPONÍVEL EM: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CL.pdf>. ACESSO EM: AGOSTO 2015.

VIEIRA, TEREZA RODRIGUES. **UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO**: FAMÍLIA HOMOAFETIVA. NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS, V. 7, N. 15, P. 69-80, 2008.

WOLKER, A. C. **PLURALISMO JURÍDICO**: FUNDAMENTOS DE UMA NOVA CULTURA DO DIREITO. SÃO PAULO: ALFA ÔMEGA, 2001.

A DISCRIMINAÇÃO RELACIONADA AOS ADOLESCENTES QUE ESTÃO EM CONFLITO COM A LEI: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS PERCEPÇÕES DOS ADOLESCENTES QUE ESTÃO EM CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NA CIDADE DE JUAZEIRO DO NORTE-CE

RELATED TO DISCRIMINATION TEENAGERS STANDING IN CONFLICT WITH THE LAW: AN ANALYSIS FROM THE PERCEPTIONS OF TEENAGERS ARE IN COMPLIANCE EDUCATIONAL MEASURES IN JUAZEIRO OF NORTH - CE

Aldair Péricles Bezerra Monteiro[1]
Ana Luíza de Melo Pinho[2]
Claudiana Avelino Almeida[3]
Suelen Saraiva da Cruz Alexandre[4]

RESUMO

A presente pesquisa trata-se de um estudo descritivo, qualitativo, bibliográfico e de campo realizada através da aplicação de questionários com os adolescentes que se encontravam internados no Centro Socioeducativo José Bezerra de Menezes da cidade de Juazeiro do Norte-CE. Buscou-se entender os motivos que levam a ocorrer às diversas formas de discriminações alusivas aos adolescentes que se encontram em contravenção penal. A relevância desse estudo se dá pela necessidade de entendimento sobre o que leva a tal discriminação de forma massiva da população e a busca por uma compreensão do contexto relacionado a esta situação, observando que isto pode ser fruto de uma sociedade que é destacada por um sistema de desigualdades sociais e marcada pelas expressões da questão social, ou seja, acompanhado pela ideologia de exclusões, preconceito, e em contrapartida a conquista de lucros pelos grandes capitalistas. Assim, a pesquisa em questão busca trazer uma discussão de algo tão presente na sociedade e que necessita de mudanças na atual conjuntura.
PALAVRAS-CHAVE: Adolescente, Discriminação, Atos infracionais.

ABSTRACT

This research it is a descriptive, qualitative study literature and conducted field through the use of questionnaires with adolescents who were admitted to the Socio-Educational Center José Bezerra de Menezes city of Juazeiro-CE. He sought to understand the reasons that lead to occur to the various forms of discrimination alluding to teenagers who are in misdemeanor. The relevance of this study is given by the need of understanding of what leads to such discrimination massively the population and the search for an understanding of the context related to this, noting that this may be the result of a society that is highlighted by a system social

[1] Professor Orientador Especialista pela Faculdade de Ciências Aplicadas - UNILEÃO.
[2] Graduada em Serviço Social pela Faculdade de Ciências Aplicadas - UNILEÃO.
[3] Graduada em Serviço Social pela Faculdade de Ciências Aplicadas - UNILEÃO.
[4] Graduada em Serviço Social pela Faculdade de Ciências Aplicadas - UNILEÃO.

inequalities and marked by expressions of the social question, that is, accompanied by the ideology of exclusion, prejudice, and in return the conquest of profits by the big capitalists. So the research in question seeks to bring a discussion of something so present in society and that requires changes in the current situation.
KEYWORDS: Teenager, Discrimination, Acts infractional

1. INTRODUÇÃO

O estudo em questão buscou enfatizar quais os principais fatores que levam a ocorrer às diversas formas de discriminações alusivas aos adolescentes que se encontram em contravenção penal. Em termos gerais, o estudo vem abordar a discriminação com esses adolescentes.

A pesquisa tem como objetivos perceber os fatores que levam ao alto índice de atos infracionais na adolescência buscando compreender o contexto de exclusão que estes adolescentes estão inseridos no sistema capitalista analisando o contexto familiar e comunitário dos adolescentes que se encontram em conflito com a lei.

A presente pesquisa justificou-se pela necessidade de entendimento sobre o que leva a tal discriminação de forma massiva da população e a busca por uma compreensão do contexto relacionado a esta situação, observando que isto pode ser fruto de uma sociedade que é destacada por um sistema de desigualdades sociais e marcada pelas expressões da questão social, ou seja, acompanhado pela ideologia de exclusões, preconceito, e discriminação a partir de um sistema hegemônico que visa a obtenção de lucros, ou seja, um sistema excludente.

No estudo percebe-se que apesar destes adolescentes violarem direitos de outras pessoas, eles ainda são considerados como sujeitos de direitos, daí a relevância da sociedade ter conhecimento desta norma, sendo que além do conhecimento é indispensável sua contribuição para a possível ressocialização, de modo que ao excluí-lo estará causando alguma forma de discriminação e preconceito e assim se retraíndo da sua responsabilidade com o social.

É relevante enfatizar que essa pesquisa foi fruto de inquietação, que se acendeu durante o período de Estágio Supervisionado I e II, realizado no CRAS I do bairro Triângulo em Juazeiro do Norte-CE, onde se obteve através da observância com os adolescentes que cumpriam Medidas Socioeducativas-MSE em

prestação de serviço a comunidade- PSC, tendo como problemática a forma que estes adolescentes eram vistos pelos usuários e até mesmo como eram tratados por alguns funcionários e profissionais do equipamento.

O estudo sendo uma pesquisa social, tem na sua metodologia uma linha que segue a natureza de uma pesquisa descritiva e qualitativa com o caráter bibliográfico e de campo, foi utilizada como método de coletas de dados a aplicação de questionários, tendo como objetivo conhecer as opiniões dos adolescentes sobre determinado assunto e discutir sobre uma possível tomada de decisão na busca pela resolução da problemática. A pesquisa irá analisar a opinião dos adolescentes, sobre tal discriminação relacionada aos mesmos e quais as consequências que isso pode causar.

Compreende-se que os fatores negativos relacionados à sociedade capitalista, como a exclusão, o desemprego, falta de escolarização e demais políticas de desenvolvimento influenciam de forma precisa na inserção e proliferação destes adolescentes na violência, após esta inserção os mesmos passam a sofrer discriminação por parte da sociedade em geral, sendo relevante enfatizar que essa forma de tratamento pode estar correlacionada com uma sociedade que não têm o amplo entendimento do contexto individual, familiar e comunitário destes.

Com os resultados desse trabalho espera-se contribuir como sendo nova fonte de conhecimento para outros pesquisadores, e que a realização dessa pesquisa possa proporcionar possíveis reflexões sobre o tema discutido, sendo que este é bastante visível nas sociedades contemporâneas de forma repreessiva acompanhada pelo fator de exclusão.

2. O PRECONCEITO E A EXCLUSÃO COM OS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI.

Antes de começarmos a discorrer sobre este tópico, é importante enfatizar a diferença do conceito entre discriminação e preconceito. Sendo que o preconceito consiste em uma ação discriminatória baseada em conhecimentos sugeridos sobre determinada pessoa, lugar ou situação, tendo o desconhecido como diferente e por isso muitas vezes tomando conclusões precipitadas sobre algum. (GALVÃO, 2010).

Já a discriminação tem um sentido ampliado, sendo motivado pelo preconceito, onde pode ser provocada por indivíduo e instituição e o preconceito é uma ação praticada somente por o indivíduo. (SANTOS s/d apud GALVÃO, 2010).

Aos adolescentes que cometeram atos infracionais, mesmo estando em fase de desenvolvimento num período de socialização ou instruções, sofrem bastante preconceito por parte da sociedade. Essas formas são muito presenciais no espaço escolar, não apenas por parte dos alunos, mais precisamente por parte da própria instituição, de modo que se percebem falhas em posição do espaço e dos seus dirigentes, que não promove um viés democrático e igualitário para todos, fazendo com que estes adolescentes desistam de uma ressocialização. (STUMPF, 2012).

Nesse processo, se vê desvinculado todos os direitos destinados a estes, e as formas que lhes fariam ter uma nova condição de vida, por esse motivo muitos acabam evadindo-se do âmbito escolar, tornando-se mais agressivos, tendo um baixo rendimento escolar e educacional em seu sentido amplo, abarcando todos os aspectos do respeito. Para tanto, se faz necessário uma revisão de postura das organizações, das políticas sociais como um todo, da família (contando como suporte para essa mudança, o que não lhes é proporcionado pelo poder público) e da própria sociedade, que é uma das que mais contribuem para que o preconceito e a discriminação se assolem.

Apesar de ser uma realidade de difícil desconstrução das práticas preconceituosas e discriminatórias, a busca pelos seus efeitos contrários é algo preciso, assim se faz necessário buscar formas de prevenção através de um sentido pedagógico a respeito do pressuposto da dignidade da pessoa humana evidenciada na Constituição Federal.

Em nossa sociedade é bem difundida a ligação do preconceito com a condição social e econômica da população, pois em suma, é claro que na visão da maioria, o crime está relacionado às classes vulneráveis, de modo que acompanhada por esse status certas classificações são voltadas a esse público, sendo esse considerado mendigo, pedinte, miserável, desvalido dentre outros caracteres, assim, deste modo, se observa que as normas não passam de uma utopia, estando desconectas em sua relação teoria e pratica. (GALVÃO, 2010).

Acompanhadas dessas ações discriminatórias temos também as exclusões, onde a sociedade por se encontrar em um contexto acirrado por tantos casos de crimes e/ou outros tipos de violência, passa a ter que conviver e se adaptar a uma vida cercada pelo medo e assim não tendo alternativas, segue um caminho não adequado, passando a excluir esses jovens do meio social.

Diante de variados fatores, os adolescentes que estão em contravenção penal, perante os olhos da grande parcela da população, são vistos como ameaçadores, assolando assim o medo, como forma de prevenir-se das inseguranças que estão postas no nosso contexto vigente.

Apesar da sociedade se manter intimidada com o forte índice de violência, cabe ressaltar que diante do exposto existe também a banalização da violência.

> [...] o contato com a morte acaba tornando-se corriqueiro, não mais causando espanto a cena de um cadáver estendido na via pública. Aquilo que, tempos atrás, era motivo de estupefação e perplexidade, hoje tornou-se elemento quase que integrante do cotidiano de milhares de crianças e adolescentes. (LEVISKY, 2001, p. 190).

É constante essa realidade de crimes no contexto social, tornando-se algo que não é mais tão espantoso, tendo em vista os grandes fatores que perpassam no cotidiano, sendo que essa realidade acaba contribuindo para a perda de um sentido de vida, principalmente relacionada aos adolescentes, que na maior parte do tempo vivenciam atos violentos e violações de direitos.

Ao refletirmos sobre essas causas, parece não mais haver saídas, de modo que a sociedade passar a compor uma divisão entre o bom e o mal, o bonzinho e bandido, tendo o adolescente o castigo que merece perante os seus atos cometidos. Então o que percebe-se é que um problema leva sempre a ocorrência de outros, e que a responsabilidade do Estado, da sociedade e da família em relação à ressocialização e reeducação destes adolescentes se encontra bastante fragilizada.

Assim estes por se encontrar em situações degradantes, não apenas pela necessidade do básico para a sua sobrevivência e também por diversas vezes não existir o afeto merecido da sua família, faz com que este procure preencher essa ausência em outros espaços não adequados como a rua, posteriormente se envolvendo no mundo do crime, tendo como resultado o medo e o preconceito da sociedade.

3. UMA REFLEXÃO DIANTE DO FATOR DISCRIMINATÓRIO CONTRA O ADOLESCENTE EM CONTRAVENÇÃO PENAL

Percebendo a complexidade de aspectos inerentes a percepção da discriminação e exclusão com os adolescentes em conflito com a lei, sendo as questões capitalistas, as relações familiares e comunitárias, a violência, o trato destes adolescentes pelos profissionais que os acompanham no cumprimento de Medidas Socioeducativas, busca-se através de um questionário a análise de tais fatores, sendo aplicados com cinco adolescentes do Centro Socioeducativo José Bezerra de Menezes.

Para tal processo primeiramente enfatiza-se a caracterização do público alvo, cujo objetivo é conhecer o perfil do adolescente e perceber se existe um padrão em tais informações. Dentre as informações se destaca, escolaridade, naturalidade e com quem o jovem convive no momento.

Todos os adolescentes que participaram da pesquisa tinham nível de escolaridade no ensino fundamental. Apesar dos participantes da pesquisa ter acesso à educação alguns relataram terem desistido dos estudos neste grau, o que é um agravante, pois se tem a educação como defasada para estes, a evasão nestes casos é emblemática e preocupante.

De acordo com Brum (2013) a maioria dos adolescentes realiza o primeiro ato infracional entre os 15 e os 17 anos, conforme uma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, sendo que a maior parte abandonou a escola, entre a quinta e a sexta séries, onde quase 90% não completou o ensino fundamental. Assim tratando da redução da maioridade penal no Brasil não se encontra argumentos suficientes que venham a diminuir a violência na sociedade, sendo que há diversos argumentos que relacionam a violência com a falha na rede de educação.

Ainda seguindo o pensamento, nessas falhas pode-se destacar a não valorização dos profissionais da rede de educação, onde Brum (2013) destaca que essa profissão deveria ser umas das mais importantes, porém o que é percebido em nosso contexto é totalmente o contrário, sendo que esta vem se tornando cada vez menos valorizada, tendo à mão de obra barateada e a precarização dos espaços no

qual estão inseridos, obtendo como resultante a impossibilidade destes desenvolver um trabalho com qualidade.

Isso implica a retração do Estado no que tange a resolução da problemática em questão, assim ocasionando fragilidades na educação e nas demais políticas, como a saúde e a profissionalização, para o desenvolvimento de qualidade destes indivíduos, a falha na rede de proteção inerente a prática destas políticas são fragmentadas, desintegradas e destituídas de objetivos de mudança e perpetuação de direitos.

O grande aumento de violência na atual realidade não escolhe lugar nem classe social, percebe-se que na explanação dos resultados obtidos, os adolescentes questionados residem em cidades diferentes, sendo que a maioria cumprem medidas em outro município. De acordo com Orientações Técnicas, (2013) relata que a responsabilidade dos municípios com os adolescentes autores de ato infracional está além da instituição de um "programa" de atendimento, possuindo mais razões, isto é válido para programas implementados sob a forma de "consórcio intermunicipal", ou seja, não basta um simples "acompanhamento" da execução da "medida" (especialmente quando este ocorre "à distância", a partir de equipamentos situados em outros municípios), mas sim, a realização de intervenções diversas, muitas delas de cunho "protetivo", organizadas no âmbito da citada política socioeducativa.

> [...] os referidos "consórcios", portanto, persiste a necessidade de atendimento do adolescente e sua família no seu município de origem, que também deve garantir as condições para que o atendimento efetuado no equipamento criado pelo "consórcio" (e/ou pela equipe técnica respectiva) não apenas ocorra de forma sistemática, mas que seja também adequado às suas necessidades pedagógicas específicas (ORIENTAÇÕES TÉCNICAS, 2013 p.72).

Diante disso percebe-se que o acompanhamento do adolescente não deve partir somente por parte do profissional e do equipamento. De acordo com o SINASE (2006) o atendimento dos adolescentes deve estar interligado com as famílias, onde estas contribuam para que estes venham se ressocializar e novamente voltar ao seu convívio social.

Dessa forma, o convívio familiar destes adolescentes é primordial em sua ressocialização, onde a família em vez de discriminar, deve buscar apoiar o seu

ente, não no sentido de apoia-lo no ato que cometeu, mas no sentido de sua recuperação. Como bem enfatiza o ECA que em seu art. 4º que é papel da família, Estado e sociedade em geral a de assegurar os direitos fundamentais e o art. 5º enfatizando a não discriminação e negligência destes.

Em relação ao convívio familiar dos adolescentes que responderam ao questionário no Centro Socioeducativo, se percebe que apenas dois moram com os pais, mais precisamente com as mães e outros em âmbitos diferenciados, de modo que isso leva-nos a refletir sobre uma possível existência de conflito familiar, de modo que isso poderá ocasionar posteriormente sua evasão para ruas e/ou para outros locais não apropriados para o seu desenvolvimento, é relevante que nessa fase estes adolescentes estejam em ambientes harmônicos e sadios, com ausência de contato periculoso, pois esse é um momento de descobertas.

De acordo com Santana (2013) as interações constituídas entre os membros familiares realizam um papel importante e indispensável no desenvolvimento podendo evoluir na personalidade das crianças e dos adolescentes.

Nessa discussão é relevante destacar que a falta de afeto e carência não influência no cometimento de ato infracional, no entanto é relevante enfatizar que a ocorrência de conflitos no meio familiar pode ocasionar atribuições negativas para criança e o seu desenvolvimento.

O grupo familiar tem um papel fundamental na constituição dos sujeitos tanto de personalidade quanto no seu comportamento através de práticas educativas que devem estar presentes no âmbito das famílias. (SCHENKER; MINAYO, 2003 *apud* ZAPPE; DIAS, 2011).

Na fase de transição da infância para a adolescência em alguns casos o termo “responsabilização” é inexistente, mais devido o aligeiramento de ocorrência dos fatos em nossa sociedade atual, faz com que o adolescente antecipe o seu compromisso.

Destaca-se que um desses adolescentes o AD 5 já constitui um novo arranjo familiar, daí é relevante, que para estes a responsabilidade se torna maior, com novas situações de responsabilização voltadas para si, de modo que este tem de suprir as necessidades de uma família.

Porém, o sistema capitalista e o Estado não deixam margens, nem propiciam suporte para que este consiga se desenvolver com dignidade, tendo a intensa massa de desigualdade, desemprego, falta de saúde e educação, como também de oportunidades. Sendo assim, estes acabam muitas vezes não conseguindo suprir suas necessidades básicas.

De acordo com os noticiários é frequente o cometimento de ato infracional efetuado por adolescentes. Na aplicação da pesquisa teve-se a curiosidade de saber o que os adolescentes entendem por ato infracional, que de acordo com o ECA no "art. 103 considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal".

> Algo errado (se comete quando menor). (AD 1)
>
> (...)
>
> E igual andar com a justiça. (AD 2)
>
> (...)
>
> O ato infracional é um delito praticado por um adolescente que geralmente é para obter dinheiro ou objetos de valor até mesmo drogas. (AD 3)
>
> (...)
>
> Algo errado. (AD 4)
>
> (...)
>
> Meu entendimento sobre o ato que não leva agente pra nem um lugar apenas atrás das grades. (AD 5).

Percebe-se que os mesmos tem o entendimento do que se trata e o que lhes causará, sendo que esse cometimento não trará nenhum tipo vantagens, mas, somente consequências negativas. Então não se trata destes não saberem o que cometeram, mas está além, onde as condições postas não lhes proporcionam os mínimos necessários. Pode-se dizer que estas necessidades estão atreladas ao contexto violento da sociedade e o seu modelo vigente.

> É sabido que a violência é maior entre a população com pouco acesso a educação, moradia, sistema de saúde e saneamento básico, contudo apesar de se saber quais seriam as medidas necessárias a serem tomadas para combater a violência, o movimento em nossa sociedade é contrário e acaba por gerar mais violência, por exemplo, sabe-se que é necessário que todas as crianças e adolescentes tenham acesso a educação, e que a educação é uma forma de combate a violência, no entanto, não são tomadas medidas efetivas para que isto ocorra. (PELOSINI, 2011, p.6)

Tendo em vista que o ato infracional ocorre com adolescentes de todas as classes sociais percebe-se um maior índice nas classes mais vulneráveis, daí é nítido que isso ocorre pelas condições de precarização por parte do Estado, a violência se torna mais frequente no espaço social, atingindo toda a população, inclusive as crianças e os adolescentes, por não conseguir um acesso aos seus direitos mesmo estes estando garantidos nas legislações.

É nítido que a concentração de renda gera desigualdade, estando refletida em todos os setores da economia capitalista, a desigualdade social que só aumenta e amplia a distância entre os homens, o que ocasiona a existência de forte encadeamento desta desigualdade com o nível educacional de nossa população economicamente excluída.

É necessária a conscientização da sociedade no que tange o conceito de cidadão, fazendo com que saia da teoria e efetive-se na prática, assim podendo ser conhecido como o indivíduo marcado por suas conquistas, numa cidadania democrática, contribuindo para que as desigualdades ocorridas no Brasil sejam suprimidas, tendo início na promoção de uma educação de qualidade para as crianças e os adolescentes, podendo desde cedo obter consciência de seus direitos (RABELO, 2011).

> O Brasil terá que optar entre a educação e a predestinação. Entre a educabilidade e a fatalidade. Ou reformamos em conteúdo, método e gestão nossa administração da justiça juvenil, ou vamos seguir o pior do pior do mundo anglo-saxão, suas taras puritanas mais bárbaras e grotescas. [...] Por isso, a base governista no Congresso está certa. Os oportunistas pescadores de águas turvas estão errados. Este não é um debate entre esquerda e direita. É um embate entre o senso comum e o bom senso (COSTA, 2015, p.2).

O Brasil é um país que se encontra num momento decisivo e de transformações, mas, infelizmente os governantes estão escolhendo o caminho errado para traçar suas metas, os investimentos em punições não vai fazer avançar um sistema falho em suas competências sociais, mas agravar a situação, tal premissa independe de partidos políticos, religiões, dentre outros, é algo comunitário que perpassa pelo futuro de todos, ainda por cima a massa social que deveria se impor a os despropósitos governistas, os apoiam em sua maioria. Pertinente ao termo punição citado acima podemos relacionar este com a redução

da maioridade penal, pois esta em seu cerne não é acompanhada por um viés de resolução para redução da "criminalidade".

Neste paradigma da existência do ato infracional e o crime, apesar de existir diferenças, o ato infracional é cometido por adolescentes, em que estes não podem ser presos e cumprir pena igualmente com a que é postas aos adultos, são somente apreendidos, passando a cumprir Medidas Socioeducativas com um viés de ressocialização e reeducação. O crime é realizado por pessoas adultas, podendo estas ser jugadas e presas. Foi indagada aos adolescentes a diferença entre o crime e o ato infracional, obtendo.

> Ato infracional comete quando se menor o crime maior de 18 anos. (AD 1)
>
> (...)
>
> O ato infracional e quando e menor e o crime e quando e maior de idade. (AD 2)
>
> (...)
>
> Ato infracional é praticado por crianças e menores de 18 anos e o crime e por maiores de 18. (AD 3)
>
> (...)
>
> Quando e menor de idade, o crime e quando passa ser maior de 18. (AD 4)
>
> (...)
>
> Ato infracional eu acho que é aquele que agente faz quando adolescente e o crime quando agente fica vamos se dizer de maior apartir dos 18 anos (AD5).

Nota-se que todos diferenciam o ato infracional e o crime estando relacionado somente à idade, assim é percebido que em nenhum momento estes vem discorrer sobre a forma de julgamento e penalização não diferenciando o ato infracional do crime. Relevante enfatizar que os adolescentes cumprem medidas socioeducativas e os que cometem crime cumprem sentenças, sendo que as medidas socioeducativas são voltadas para um viés pedagógico.

De acordo com o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (2006) a regra primordial é propor gestão pedagógica para as entidades que são responsáveis pelas medidas socioeducativas, assegurando aos adolescentes o acesso aos direitos e as oportunidades para que não se sintam rejeitados ou

excluídos, trabalhando a inclusão social com ressignificação de valores para que possa fazer parte do meio social.

Porém, com as fragilidades das redes de proteção em suas diversas instâncias torna-se ineficaz a aplicação e efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, isso vem fazer com que a situação em que o adolescente se encontra se torne mais hostil, ou seja, o objetivo das instituições com estes adolescentes dificilmente é alcançado.

> [...] à capacidade de discernimento, é obvio que sob todos os prismas o adolescente não tem a maturidade suficiente para determinar-se diante do caráter ilícito de praticar crimes e, por esta razão, não pode ser comparado ao adulto delinquente, porquanto aquele, com uma personalidade ainda em construção e com o senso de discernimento parcialmente formado, encontra-se em desigualdade de condições com os criminosos adultos (COUTINHO, 2015 p.2).

Reduzir o pensamento e tratamento dos adolescentes sem diferenciação destes dois aspectos o ato infracional e o crime, entra em desacordo com a doutrina da proteção integral conquistada após imensas lutas e discussões, sobre os direitos inerentes a infância e juventude, voltando às medidas correcionistas e punitivas de décadas atrás, ao invés de progredir leva-se a regressão e desrespeito dos direitos constitucionais.

Durante a realização da pesquisa foi questionado aos adolescentes se era a primeira vez que ele teria cometido o ato infracional e se "não", se ele já havia cumprido outro tipo de medidas socioeducativas.

> Sim foi a primeira vez e a primeira vez que estou no centro socioeducativo. (AD 1)
>
> (...)
>
> Sim, é a primeira vez. (AD 2)
>
> (...)
>
> Como esse é a primeira vez este é a única medida socioeducativa que estou cumprido. (AD 3)
>
> (...)
>
> Não. 8 vezes. Já estive nessa casa 4 vezes. (AD 4)
>
> (...)
>
> Não e a primeira, 6 vezes, já semiliberdade. (AD 5)

Diante dos resultados obtidos, tem- se que a maioria dos adolescentes cometeu o ato infracional pela primeira vez, porém a outra parte cometeu várias

vezes, assim observa-se o fator da reincidência onde o mesmo por variados motivos vem ter recaída e novamente entra no mundo da "criminalidade".

Dentre esses variados motivos, pode-se verificar a fragilidade das instâncias em seu desenvolver de atividades no que tange o processo de ressocialização e reeducação destes adolescentes.

Segundo Pelosini (2011) a sociedade colabora para que aumente o cometimento de ato infracional, causando assim a reincidência, de modo que não se pode culpar somente o adolescente por essas causas, e se caso isso venha ocorrer, está eximindo a responsabilidade da sociedade e do Estado.

Como a grande desigualdade e exclusão destes e de suas famílias, acarreta por vezes revolta por parte dos adolescentes, onde uns tem e outros não, tendo em vista a grande sociedade de consumo que move o país.

> Silva et.al (2008 apud PELOSINI, 2011) afirmam que projetos institucionais que propiciam que o adolescente sinta-se como sujeito de direitos e protagonista da sua história, auxiliam na diminuição do índice de reincidência no ato infracional. Martins et.al. (2005 apud PELOSINI, 2011) afirmam que a inserção em cursos profissionalizantes e reintegração a escola de adolescentes em conflito com a lei na prestação de serviços à comunidade, apresenta bons resultados em relação a diminuição na reincidência do ato. (PELOSINE, 2011 p. 81).

Seria gratificante se esse modelo de projeto fosse realmente concretizado, deste modo seria talvez uma possível saída para diminuição da reincidência dos adolescentes que cometeram o ato infracional, posteriormente também diminuído o contexto de violência, sendo relevante enfatizar, para alcançar tal objetivo, seria preciso também realizar projeto voltado para os adultos que cometem crime, pois os índices de violência não estão apenas voltados para os adolescentes.

Diante desta percepção, temos que o ato infracional cometido por adolescentes vem ocorrer pela ausência de responsabilidade da população em realizar o seu papel no que contribui no processo de ressocialização e reeducação, pois os adolescentes ao cometerem o ato infracional e cumprir as medidas obrigatórias, quando voltam a seu convívio social muitas vezes não têm oportunidades de refazer sua vida de forma digna, encontrando uma sociedade excludente e discriminatória.

De acordo com questionário respondido pelos adolescentes existe alguns fatores que contribuem para que os adolescentes cometam ato infracional:

> Amizade. (AD 1)
> (...)
> As amizade. (AD 2)
> (...)
> A falta de emprego. (AD 3)
> (...)
> As drogas. (AD 4)
> (...)
> Eu acho que foi as drogas acho não tenho certeza. (AD 5)

O nosso contexto atual é marcado por paradigma de desigualdades sociais, políticas e econômicas, assim é igualmente destacado as causas de cometimento de ato infracional. De acordo com o público alvo, são divergentes fatores que contribui para a ocorrência do ato.

Outra causa em discussão é o desemprego, esse não sendo parte do contexto do adolescente faz com que esse tenha tempo ocioso, levando esse a se relacionar com companhias não influentes, podendo assim ser induzidos ao uso de drogas ou outros tipos de cometimento de atos que levem ao mundo do crime.

Silva; Gueresi (2003 *apud* Muller et al, 2009) destaca que 85,6% dos adolescente que cumprem Medidas de internação possuem algum tipo de relação com drogas, sendo que essa relação vem acompanhada por comportamento delinquente, podendo nessa relação ele ser destacado como usuário ou servidor do trafico, ou seja, “aviãozinho”.

Cabe destacar que por diversas vezes o adolescente se encontra nessa situação, por não ter suas necessidades básicas supridas e assim devido a grande desigualdade posta não encontra outra saída a não ser se envolver no mundo do crime.

> A grave situação de miséria já se torna insolúvel aos olhos daqueles que, ao invés de lutar contra este estado de coisas, entregam-se ao poder que tem como meta apenas concentrar e acumular mais riquezas, em detrimento da população excluída, não se preocupando com valores morais essenciais ao pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana (RABELO, 2011, s/p).

Infelizmente essa é característica da realidade do nosso atual contexto, de modo que, é isso que está centrado em nossa sociedade, em que os considerados donos do poder não tem preocupação nenhuma com a classe menos favorecidas, onde o que importa é somente manter padrões de vida.

Rabelo (2011) também destaca que parte da população da classe mais vulnerável, para suprir suas necessidades segue o que está posto pelos que detém o poder, ou seja, a maioria se considera fraco e pensam que será irrelevante qualquer atitude de posicionamento de luta contra o poder, assim se entregando aos seus opostos, tendo como resultado a aceitação de violações dos seus direitos. Diante tais violações de direito, o Estado, não está preocupado, pois este pouco se atenta a esse fato, o que vem proporcionar ao cidadão são apenas benefícios que também venha lhe contemplar para ficar menos oneroso. Em relação ao adolescente que comete ato infracional, as legislações para proteção destes são bastante fragilizadas, pois o Estado aplica apenas garantias necessitarias e paliativas, não amenizando as frequências e o aumento de cometimento de "crimes".

Os cumprimentos de medidas são efetuados em espaços que buscam efetivar uma possível ressocialização, assim é relevante discorrer a visão dos adolescentes que estão cumprindo tais medidas e se essa realmente trás o resultado desejado de transformação.

> Acredito que a casa nos ensinou a dar valor, saindo daqui vou estudar. (AD1)
>
> (...)
>
> Vai sim eu acredito que vou mudar. (AD 2)
>
> (...)
>
> Sim. Pois faz com que eu reflita sobre o que fiz e não fazer de novo. (AD3)
>
> (...)
>
> Não porque aqui agente ver muitas tragédias. (AD 4)
>
> (...)
>
> Sim. Com certeza a gente pode pensar muito mais do que lá fora perto das drogas.(AD 5).

É visto que a maioria acredita em sua ressocialização após o cumprimento das medidas, apesar do Estado e a sociedade não ser tão fiel na efetivação de suas responsabilidades.

Hoje a priorização das medidas de internação em instituições que é mais conhecido como depósitos de adolescentes, deveriam oferecer oportunidades para os adolescentes desenvolverem e reconstruírem suas vidas para o novo convívio social, mas funciona como escolas para a "criminalidade" em que de acordo com IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) acordou que 71% dessas instituições não estavam adequadas às propostas pedagógicas citada pelo ECA. Dentre essas inadequações destaca-se desde a inexistência de espaços para atividades esportivas e de convivência até as péssimas condições de manutenção e limpeza. (SABOYA, 2015)

A desresponsabilizacão se refere ao empobrecimento ético da socioeducação com a ausência do sentido pedagógico em que o atendimento se mostra eficiente na vigilância da privação de liberdade restringindo em sua maioria a manter adolescentes sob rígida vigília longe da sociedade, foge do objetivo que propõe as legislações específicas, como o SINASE, sendo não apenas uma dimensão sancionatória, mas uma dimensão ético-pedagógica, sem fundamentação voltada para a autonomia, protagonismo, respeito, principalmente no que tange a família destes, não o retorno ao convívio familiar e comunitário, mas também a garantia da dignidade e segurança dos jovens nessa situação (AGUINSKY; CAPITÃO, 2008).

Diante de tal pressuposto, se conclui que isso pode ser caracterizado como um fator preponderante para a reincidência dos adolescentes, de modo que, no desenvolver de atividades sem fundamentação e sem objetivação, decorrerá uma atividade sem lógica e sem interesse de efetivação de direitos, assim deixando a mercê os que precisam destes.

> [...] sofrimento e isolamento, através de formas assistencialistas de atenção que se atualizam na produção social da passividade e desresponsabilização. São lógicas que convivem na socioeducação e que, contraditoriamente, sustentam-se tanto por um ideal retributivo quanto tutelar, ambos antinômicos ao espírito democrático [...] (AGUINSKY; CAPITÃO, 2008 s/p).

Como já relatado acima, tais responsabilidades não são realizadas com sucesso, se tornando fragilizadas as normas garantidas na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, assim ocasionado o sofrimento e a exclusão dos que necessitam da efetivação desses direitos. Então o que se constata é que as atividades e responsabilidades se dão de forma paliativa, com eficácia momentânea, sem preocupação do problema como um todo, ou seja, sem nenhum viés de transformação.

O cometimento de ato infracional pode vir acompanhado por vários fatores voltados para o adolescente, dentre estes pode ser destacado a discriminação, ocasionado a exclusão desse adolescente do meio social.

> Não foi a primeira vez que estou aqui. (AD 1)
>
> (...)
>
> Não. Não ove discriminação porque foi a primeira fez. (AD 2)
>
> (...)
>
> Não sofri nem uma discriminação. (AD 3)
>
> (...)
>
> Sim, a sociedade em geral, quando eu passo eles desconfia eu min sinto rejeitado. (AD 4)
>
> (...)
>
> Sim com certeza até demais, até por parte de familiares como ocorreu eu na minha casa quando eu furtei um celular da minha mãe e ela perdeu muita a confiança em mim. A minha reação foi de mais revolta procurei mim colocar num buraco sem fim e perdi muitas pessoas que gostava de mim. (AD 5).

Relacionado ao termo de discriminação podemos observar que alguns adolescentes questionados, já sofreram discriminações e outros não, sendo que os que não sofreram tem suas justificativas pelo fato de ser à primeira vez que se encontram nesse cumprimento de medidas.

Os que vêm contemplar que já sofreram discriminações citam que esse ato ocorreu pela sociedade em geral, sendo que muitas vezes o ato discriminatório inicia no seio familiar, ocasionado aos adolescentes mais revoltas.

De acordo Guerra; Romera (s/d) a "sociedade" ao se comportar desta maneira com os adolescentes, discriminando e excluindo, estará descaracterizando a situação peculiar de seu desenvolvimento, deste modo contribuindo para que este

venha cometer mais delitos, ou seja, esse posicionamento segue um parâmetro refratário no que tange a inclusão social.

Ainda nesse contexto há de se considerar a discriminação das próprias famílias desses adolescentes, onde estas deveriam buscar o cuidado e lutar pelos direitos fundamentais destes, são por vezes os primeiros a excluí-los e discriminá-los, indo contra o que está posto no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 5°[4] e no artigo 5°[5] da Constituição Federal de 1988.

É de extrema importância o trabalho em conjunto, Estado, sociedade e família, pois o adolescente ao se encontrar em contravenção penal, precisa ser mantido em um ambiente que lhe dê apoio, diante disso o principal espaço de apoio deve ser o seio familiar, pois este é o que mais pode auxiliar no processo de ressocialização.

O ato discriminatório é bastante prejudicial ao adolescente, segundo Muller et al (2009) apesar do ECA dar proteção aos adolescentes prevenindo o não registro do cumprimento de qualquer medida como antecedente criminal, ainda sim estes não são mais vistos com uma índole de boa pessoa pela sociedade, sendo que essa reação não vai proporcionar sua reeducação e ressocialização.

Diante desse pensamento, cabe destacar uma reflexão sobre a sociedade, pois esta ao tratar dessa forma os adolescentes devem também ter suas razões, a sociedade como um todo vem enfrentando casos frequentes de ocorrências de extremas violências, assim fazendo com que a atitude da população seja de temor, muitas vezes se posicionando de maneira erronia.

> Quando o jovem não recebe qualquer tipo de apoio social ou assistência, retornando à sua comunidade de origem e se deparando com os mesmos fatores que o levaram à situação de risco em que se encontrava e com os mesmos estímulos que o levaram a infringir as normas, provavelmente incorrerá novamente no ato infracional, recebendo nova medida socioeducativa ou uma punição criminal,

[4] Artigo 5°. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990)

[5] Artigo 5° da CF/1988. 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: (EC n°45/2004). (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988).

> caso já tenha avançado a idade de 18 anos. Infelizmente, muitos desses casos são vistos diariamente, porém, o Estado nada faz para interferir nessa escalada infracional, rumo às celas dos presídios. (MULLER, 2009 p.15)

A isso é relevante o papel de cumprimento de responsabilização da sociedade civil em apoiar e oportunizar aos adolescentes uma nova chance no seu convívio social, cabendo também ao Estado propor e desenvolver políticas públicas voltadas para essa categoria, tendo objetivo evolutivo para que não ocorra a reiteração do adolescente ao mundo do crime.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do trabalho foi lançar um olhar compreensivo acerca dos fatores que levam a ocorrer às diversas formas de discriminação contra o adolescente que se encontra em contravenção penal, através do estudo percebeu-se a falha nas políticas de proteção à infância e adolescência, os conflitos familiares e comunitários e como um fator primordial as desigualdades sociais, econômicas, políticas e culturais do sistema capitalista. Como também a discriminação destes adolescentes por diversas categorias, levando-se em consideração uma sociedade ainda dotada de tradicionalismo.

A partir das referências estudadas como também da pesquisa realizada com os adolescentes, foi possível perceber que são diversos os fatores que contribuem para o cometimento do ato infracional, assim como para a ocorrência do fator discriminatório contra estes, diante destes fatores pode-se destacar o sistema vigente com sua exacerbada desigualdade social, que não proporciona oportunidade para que estes se desenvolvam de forma digna, podendo muitas vezes não suprir nem mesmo suas necessidades básicas.

A este fator podemos citar que essa falta vem ocasionar o índice elevado de ocorrência de violência, pois essa privação de condições é o que mais intensifica uma sociedade em conflito. Para que esta imensa violência diminua é necessário que as leis que elencam os direitos fundamentais sejam respeitadas e colocadas em prática, pois diversas vezes estes são desrespeitados.

A família é o ponto de partida para configuração dos adolescentes em seu desenvolvimento, onde o núcleo familiar são as primeiras formas de contato direto no cotidiano destes jovens. Daí a relevância do compromisso da família em acompanhar todas às fases desse sujeito, porém para que estas famílias consigam propiciar o desenvolvimento saudável de seus membros são necessário que sejam propiciadas condições inerentes a estas famílias para seu pleno desenvolvimento.

Outro aspecto que é de suma importância para o distanciamento do adolescente do mundo da "criminalidade" é a educação, de modo que esta venha contribuir para a construção de uma identidade com atitudes positivas e a ressocialização destes, reinserindo-os na sociedade de forma qualitativa contribuindo para a não reincidência.

A discriminação é outra causa que ainda ocorre em grande proporção na sociedade brasileira, porém esta discriminação não ajuda e não resolve os casos de atos infracionais, como também a premissa de propostas de combate à violência como o projeto de lei da Redução da Maioridade Penal que se encontra em tramitação nas instâncias governamentais, diante de várias discursões sobre esta pode-se observar alguns pontos contrários, tendo como resultados negativos a superlotação de presídios, o desrespeito aos direitos da criança e do adolescente e da Constituição Federal e a não redução da criminalidade.

A proposta necessária é levar educação, saúde, profissionalização, condições dignas de qualidade na vida a estes adolescentes, assim, trazendo a prevenção e recuperação da infância e juventude brasileira, para um futuro com menos violência e exclusão.

Este estudo teve o intuito de trazer uma visão crítica e reflexiva acerca do objeto de estudo em questão, buscando compreender os aspectos inerentes a discriminação contra os adolescentes em conflito com a lei, no intuito de contribuir para uma maior abertura de discussão sobre a temática na perspectiva de mudança e conscientização da sociedade, do Estado e da família na contemporaneidade.

5. REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz; CAPITÃO, Lúcia. **Violência e socioeducação**: uma interpelação ética a partir de contribuições da Justiça Restaurativa. In: Rev. Katálises. Florianópolis v. 11 n. 2 p. 257-264 jul./dez. 2008

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, **Senado**, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05/03/ 2015.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n.8.069, de 7 de novembro de 1993.

_____**. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**-SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos-Brasília-DF: CONANDA,2006

BRUM, Eliane. Pela ampliação da maioridade moral. In: **Direitos, infância e agenda pública**. 2013. Disponível em: http://blog.andi.org.br/pelaampliacaodamaioridademoral. Acesso em: 10/05/15.

COSTA. A. C.G. Um elogio à base governista In: **ANDI, Comunicações e Direitos**, 2015.

COUTINHO L. Augusto. Retrocesso da redução da imputabilidade penal para 16 anos. In: **ANDI, Comunicações e Direitos**, 2015.

GALVÃO, Heveraldo. Preconceito e direitos humanos: tutela penal. In: **Revista Saber Eletrônico** Ano 1 Vol. 2 setembro 2010. Disponível em http://www.unifaj.edu.br/NetManager/documentos/revistacompleta_segunda_edicao.pdf. Acesso em 18/04/2015.

GUERRA.G. M. A; ROMERA V. M. Os adolescentes em conflito com a lei: um círculo vicioso de vítimizadores e de vítimizados, 2010. Disponível em http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2289/1882. Acesso em 30/04/15.

LEVISKY David Léo. **Adolescência e violência: ações comunitárias na prevenção** - "conhecendo, articulando, integrando e multiplicando" 2001. Disponível em http://www.ipardes.gov.br/pdf/cursos_eventos/governanca_2006/gover_2006_01_juventude_medo_pedro_bode.pdf. Acesso em 01/05/15.

MULLER. Francine et al. **Perspectivas de adolescentes em conflito com a lei sobre o delito, a medida de internação e as expectativas futuras.** In: Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 2009. Disponível em http://periodicos.homologa.uniban.br/index.php/RBAC/article/viewFile/40/43. Acesso em12/05/15

Orientações técnicas sobre o serviço de proteção social a Adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto. Brasília, agosto de 2013. Disponível em http://www.crianca.mppr.mp.brarquivosfilepublimdscaderno_orientacoes_mse_mds_2012_murillo.pdf/. Acesso em 28/04/15

PELOSINI. R. S.B. **Ato Infracional:** uma revisão bibliográfica na base de dados da bireme. São Paulo 2011, Disponivel em http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCBS/Cursos/Psicologia/2012/BIBLIOT_DIG_LEVV/Med_Socioeducativo/Roberta_Silveira_Bueno_Pelosini.pdf. Acesso em 10/05/15.

RABELO. Camila Carvalho. **A fragilidade do estado no tocante à proteção à criança e adolescentes.** In: Juris Way, Sistema Educacional Online, 2011. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6566. Acesso em 14/04/2015.

SABOYA, Patrícia. **A juventude brasileira e a violência.** In: ANDI Comunicação e Direitos, 2015. Disponível em: http://www.andi.org.br/infanciaejuventude/page/ajuventudebrasileiraeaviolencia. Acesso em: 09/05/15

SANTANA. K.S. **A Privação do vínculo afetivo moderno pode contribuir para o ato infracional do adolescente na atualidade.** In: psicologado, 2013. Disponível em https://psicologado.com/atuacao/psicologia-da-familia/a-privacao-do-vinculo-afetivo-materno-pode-contribuir-para-o-ato-infracional-do-adolescente-na-atualidade.Acesso em 09/05/15.

STUMPF. P. Martins. **Menores Infratores em Ambiente Escolar.** Brasília, 2011. Disponível em http://bdm.unb.br/bitstream/10483/2642/1/2011_PauloCesarMartinsStumpf.pdf. Acesso em 22/04/2015.

ZAPPE, J. G.; DIAS, A. C.G. **Violência e fragilidades nas relações familiares**: refletindo sobre a situação de adolescentes em conflito com a lei. In: Estudos de Psicologia, set-dez/2012, p. 389-395

A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA E PARA A CONSCIÊNCIA CIDADÃ

THE IMPORTANCE OF CONSTITUTIONAL KNOWLEDGE FOR THE REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE AND FOR PUBLIC AWARENESS

Mariana Lacerda Cervantes De Carvalho[1]

RESUMO

O presente artigo objetiva a análise do direito ao acesso à justiça que é um direito humano enquadrado na segunda dimensão e assegurado pelo Estado. Este diploma legal é relevante, abarcando tanto o enfoque processual quanto o das garantias individuais e coletivas. Apesar dos avanços nos ordenamentos jurídicos contemporâneos e, principalmente, o brasileiro ao atingir o patamar de Estado Democrático de Direito com a Constituição Federal de 1988, a efetividade do acesso à justiça é alvo de obstáculos. Dentre os entraves identificados, este trabalho frisa o desconhecimento jurídico da população o qual deve ser amenizado com a inserção da Constituição como disciplina obrigatória na grade escolar nos níveis fundamental e médio, tema do projeto de lei 6.954/2013 do deputado federal Romário (PSB/RJ) que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (9.394/1996), ressaltando a educação como meio responsável pelo pleno desenvolvimento, pela consciência crítica do cidadão e pelo exercício da cidadania. Este projeto foi alvo de alterações estruturais pelo projeto de lei do Senado Federal, 70/2015, o qual se encontra em tramitação no Senado Federal, porém mantém o objetivo de inserir noções jurídicas básicas através da Constituição no âmbito escolar. Dessa forma, este estudo ressalta a necessidade do conhecimento constitucional no âmbito escolar por alcançar repercussão legal com os citados projetos de lei, enfatizando a educação como instrumento intrínseco ao desenvolvimento humano e possível de solucionar o entrave do desconhecimento jurídico. Ademais, este trabalho apresenta um estudo teórico, pois é fundamentado em um projeto de lei em tramitação, de caráter documental, bibliográfico e exploratório, principalmente, nas doutrinas existentes e na legislação brasileira com feição qualitativa dominante.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça, Educação, Constituição.

ABSTRACT

This article aims to analyze the right of access to justice that is a human right framed in the second dimension and guaranteed by the state. This statute is relevant, covering both the procedural approach as the individual and collective guarantees. Despite advances in contemporary legal systems, and especially the Brazilian to reach the level of democratic rule of law with the Federal Constitution

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA.

of 1988, the effectiveness of access to justice is obstacle target. Among the identified obstacles, this work emphasizes the legal ignorance of the population which must be mitigated with the insertion of the Constitution as a compulsory subject in grade school at primary and secondary levels, bill theme 6954/2013 Congressman Romario (PSB / RJ) amending the Law of Guidelines and Bases of National Education (9394/1996), emphasizing education as a means responsible for the full development, critical awareness of citizens and the exercise of citizenship. This project was change mark for the bill by the Senate, 70/2015, which is pending in the Senate, but keeps the goal of entering basic legal concepts through the Constitution in schools. Thus, this study emphasizes the need for constitutional knowledge in schools to achieve cool impact with the said bill, emphasizing education as intrinsic to the human instrument and possible development to solve the hindrance of the legal ignorance. Furthermore, this work presents a theoretical study as it is based on a bill in progress, documentary, bibliographical and exploratory mainly on existing doctrines and laws and regulations with qualitative dominant feature.
KEYWORDS: Access to justice, Education, Constitution

1 INTRODUÇÃO

Ao analisar as questões que cercam o panorama jurídico, no geral, é perceptível a intrínseca relação entre o direito e a sociedade. O ser humano, dotado de anseios individuais e coletivos, desde os primórdios da vida humana, é um ser eminentemente social, buscando o convívio com os semelhantes. Dessa forma, ele objetiva a adaptação e a organização e, para haver harmonia neste ambiente, equaciona regras que devem ser cumpridas para o bem-estar de todos. Com a evolução das sociedades e sua complexidade, essas regras ganham um novo aspecto, o jurídico estatal, sendo postas através de códigos e emanadas de uma instituição pública, o Estado, cuja função é manter a pacificação, a justiça e ordem social. O direito, portanto, origina-se no meio social para a sociedade.

O desenvolvimento da humanidade e, em especial, na área do Direito é marcado por exclusões sociais, instabilidades políticas e conquistas de direito fruto de lutas de mulheres, de escravos, de africanos, de índios, ou seja, de indivíduos que buscavam, entre várias reivindicações, em determinado período histórico o acesso à igualdade, à liberdade, à cidadania e ao acesso à justiça. Esses direitos são garantidos na maioria das Cartas Constitucionais de cunho democrático na atualidade, diante da relevância dada ao tema direitos humanos inerentes a cada ser humano. Apesar disso, a efetividade desses direitos, nas Constituições, em

âmbito particular de cada país, não é plena o que é explícito ao observar os obstáculos inerentes ao direito do acesso à justiça no Brasil, por exemplo.

O conhecimento dos direitos e das obrigações, noções jurídicas básicas, garantidos na Constituição deve ser alvo de todos os indivíduos, pois ela detém a base para exercício da cidadania e para uma vida digna. Assim, a educação, meio legal previsto no art. 205 da Constituição Federal de 1988, é responsável pelo desenvolvimento pleno dos cidadãos com a participação conjunta do Estado, da família e da sociedade. Nesta instituição torna-se relevante a inclusão deste conhecimento constitucional, tema alvo do projeto de lei 6.954/2013 do deputado Federal Romário (BRASIL, 2013), o qual sofreu alterações com o projeto de lei do Senado Federal 70/2015, porém mantém o objetivo principal: a inserção de noções jurídicas básicas através da Constituição no âmbito escolar. Este projeto visa alterações na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, buscando a obrigatoriedade destas noções jurídicas no ensino fundamental e no ensino médio. Neste incluem-se também as disciplinas de filosofia e de sociologia e naquele conteúdo referente aos direitos da criança e do adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente), tema também essencial em âmbito constitucional.

Em suma, no decorrer deste trabalho, acepções em torno da importância do direito humano do acesso à justiça, do obstáculo da informação que causa distanciamento entre a justiça e os indivíduos, seus verdadeiros destinatários, e da importância da educação como uma instituição formadora de cidadãos conscientes serão desenvolvidas e embasadas mediante as doutrinas e as legislações.

2 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS: RECORTE HISTÓRICO

A temática direitos humanos é de extrema relevância tanto para o contexto internacional quanto para os nacionais. Eles nascem na ordem jurídica supra-estatal através de tratados, declarações e convenções, e quando recepcionados pelos países em suas Constituições, havendo o comprometimento de assegurá-los e garanti-los, recebem a nomenclatura de direitos fundamentais. A abrangência deles é o ser humano, independente de raça, cor, religião, naturalização e de qualquer outra condição discriminatória, asseverado pela Organização das Nações

Unidas ao definir que direitos humanos são "garantias jurídicas universais que protegem os indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade da pessoa" (TOMÁS, 2015).

Apesar das discussões deste tema ser de cunho recente em virtude do fenômeno do neoconstitucionalismo, da implantação do Estado Democrático de Direito e da teoria jurídica do pós-positivismo, a ideia de salvaguardar o indivíduo como pessoa, cidadão e titular de direitos, é remota e, ao longo da história da humanidade, foi sendo construída até chegar o patamar constitucional atual. Por exemplo, no direito penal, em tempos passados, as penas utilizadas eram corporais e aflitivas, admitindo a pena de morte e a de caráter perpétuo, ou seja, atingiam a integridade moral, física e psíquica dos seres humanos, além do direito à vida e à liberdade, os quais são invioláveis no contexto atual. Essa realidade veio a ser alterada no final do século XVIII e início do século XIX com a Revolução Francesa, acontecimento que foi marco internacionalmente pela propagação dos ideais de liberdade, de fraternidade e de igualdade, favorecendo mudanças no contexto social, político e histórico daquele tempo. As penas privativas de liberdade forma ganhando espaço e impedimento às punições desumanas as quais os indivíduos eram submetidos.

O princípio da dignidade da pessoa humana surge no ambiente revolucionário francês, justificando a existência dos direitos humanos. A fundamentação dos direitos humanos é uma questão relevante no estudo da Filosofia do Direito e alvo de explicações diversas. Os jusnaturalistas os defendiam como inatos, anteriores e superiores ao direito positivo, os historicistas os remetiam ao período histórico e, por esse motivo, seriam variáveis, mas a fundamentação mais coerente é de que os direitos humanos emanam da dignidade da pessoa humana. Como um princípio laico, neutro politicamente e universal, a dignidade é a base princípios dos sistemas jurídicos modernos e, na Constituição Federal Brasileira de 1988, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, presente no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior. A dignidade da pessoa humana valoriza a natureza do ser, o que pode ser expresso pelo imperativo categórico de Immanuel Kant no qual o homem é "um fim em si mesmo e não um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais dos outros", e, por

isso, encontra-se presentes nos direitos fundamentais: direito á igualdade, á vida e á integridade moral, por exemplo. Além disso, assevera a autonomia do ser humano no âmbito privado e no público, abarcando a proteção dos direitos alheios e dos valores socais inerentes aos cidadãos para manter a ordem. No privado, pela liberdade de valorações morais e de escolhas, ocorre o exercício da personalidade do indivíduo, sem imposições externas o que configura os direitos individuais e das liberdades públicas como as liberdades de expressão, de religião e de associação. No público, os direitos políticos e os de participar na administração do Estado, exercendo a cidadania.

Dois marcos importantíssimos para o alcance dos direitos humanos no contexto atual foram a Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em relação ao primeiro, os países, no pós-guerra, se reorganizaram de acordo com o modelo que estava ganhando força na segunda metade do século XX: o neoconstitucionalismo. Através dele, a Europa abre espaço para a reconstitucionalização, permitindo que a Constituição influencie as instituições contemporâneas. Outro ponto relevante deste século foi à atribuição do status de norma jurídica as normas constitucionais, adquirindo caráter vinculativo. Com a inserção da teoria jurídica do pós-positivismo, os princípios passam a ser analisados em dimensão de importância e a serem membros da Carta Constitucional. Todos os citados fatos acarretaram mudanças nas ordens jurídicas, no cenário político e na sociedade, no geral, favorecendo a implantação do Estado Democrático de Direito e as garantias individuais e coletivas partes do texto constitucional de cunho obrigatório. A Constituição da Itália de 1947 e a Constituição da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Born) são as primeiras elaboradas sob este novo paradigma constitucional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um marco histórico na história dos direitos humanos. Aprovado em 10 de dezembro de 1948, o texto foi elaborado por representantes de todas as regiões do mundo por meio da Assembleia Geral das Nações Unidas. Destina-se a todas as nações e todos os povos do mundo, objetivando a proteção universal dos direitos humanos. No preâmbulo da Declaração, a qual possui trinta artigos, proclamam-se os direitos fundamentais, prelecionando a sua existência independente de formalidades e de vontades

terceiras e inerentes a qualquer indivíduo. Este documento detém caráter normativo e a existência das suas normas são anteriores ao Estado, devendo ser aplicadas pelos países independente da inclusão ou não nas formalidades legislativas. Contudo, a implantação foi gradativa e com a presença de obstáculos seja individuais seja coletivos, os quais ainda nos dias de hoje estão sendo superados ou na busca de medidas eficazes para solucioná-los, como ressalta Norberto Bobbio, na obra A era dos Direitos:

> [...] O caminho é contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista da sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos dos cidadãos do mundo, cujo primeiro anúncio foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos. [...] (p.8-9)

3 DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos do homem, expressão utilizada por Noberto Bobbio na obra A era dos Direitos para abranger todos os homens, são definidos como "[...] condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização [..]" (2004, p.13), não surgem concomitantemente, mas, ao longo da história, diante das necessidades populacionais, do contexto histórico e dos valores sociais. Dessa forma, eles são vistos como um fluxo dos anseios humanos no contexto espaço-temporal, permitindo a divisão em gerações ou em períodos. Ressalta-se que a divisão é de cunho acadêmico para facilitar o reconhecimento deles em período específicos, mas são direitos complementares e conexos cujo processo de criação é contínuo. Um dos grandes constitucionalistas e relevante doutrinador no tema dos direitos humanos, Paulo Bonavides, foi um dos que os desenvolveu a partir do contexto histórico, separando-os em cinco gerações. Doutrinariamente surge uma controvérsia em relação aos termos gerações ou dimensão para essa classificação, fazendo com que, parte de doutrina, evite o termo geração, pois nela se encontra, implicitamente, a ideia de substituição, o que não ocorre com os direitos humanos já que são todos inerentes ao indivíduo,

reconhecidos apenas em épocas diferentes, e são resguardados no constitucionalismo atual.

Ao analisar a divisão em gerações, percebe-se ser controversa na doutrina quanto à classificação, à quantidade de gerações e a algumas abordagens. Em relação aos doutrinadores do tema, não há uma uniformidade de entendimento, já que o tema é alvo diferentes autores e dependente do período histórico de cada época. Thomas Marshall propõe a divisão em três gerações: a dos direitos civis, no século XVIII, a dos direitos políticos, no XIX, e a dos direitos sociais, no século XX. Esta análise dos direitos humanos é corroborada por Noberto Bobbio. Em perspectiva recente, Gilmar Antônio Bedin analisa os direitos do homem no âmbito internacional, permitindo dividi-los em quatro gerações: a dos direitos civis (século XVIII), a dos direitos políticos (século XIX), a dos direitos econômicos (início do século XX) e a dos direitos de solidariedade (primeira metade do século XX). O presente trabalho adotada a classificação feita por Paulo Bonavides e doutrinadores adeptos como Celso Lafer (SILVA; SPENGLER, 2011).

3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

A primeira geração dos direitos humanos surge, no final do século XVIII, em oposição ao poder absoluto e ao despotismo exercido pelos governos de caráter absolutista e tem como marco histórico a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Revolução Francesa, ambos em 1789. Dessa forma, o seu elemento axiológico é a liberdade, abarcando os direitos civis (liberdades públicas) e os direitos políticos. Aqueles atuam na dimensão individual contra o abuso de poder estatal como, por exemplo, a liberdade de expressão. Estes, por sua vez, enquadram-se em assegurar o exercício da cidadania, garantido a participação dos cidadãos na administração estatal, apresentando alguns restrições como a idade. Além dessas formas, as Constituições asseguram ao povo, titular do Poder Constituinte, agir também diretamente como no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal Brasileira de 1988, abarcando as ações populares.

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Em um contexto intervencionista o qual afirma a necessidade da intervenção estatal para a garantia dos direitos humanos através de políticas públicas, de ações afirmativas, de programas sociais e das leis, surgem os direitos de segunda geração: sociais, econômicos e culturais. Teve como marco a Revolução Industrial que abraçou a luta dos direitos sociais e, em especial, dos trabalhadores. Em uma perspectiva igualitária em virtude dos acontecimentos da Primeira Guerra Mundial, surgem os direitos de cunho prestacional estatal nas Cartas Constitucionais do México (1917) e da Alemanha – Weimar (1919), em partes que defendem os direitos e os deveres fundamentais, os políticos e os trabalhistas, vale ressaltar a inserção do Direito Econômico na Constituição de Weimar, uma das primeiras constituições econômicas, atribuindo ao tema econômico sentido jurídico e, legitimando, a atuação do Estado.

Diante da temática de cunho prestacionista, o direito ao acesso á justiça e ao ordenamento jurídico (direitos postos) enquadram-se nesta dimensão, já que é dever do Estado assegurar condições mínimas para o bem-estar do cidadão e da sociedade, garantindo saúde, habitação, transporte, educação, cultural e, principalmente á justiça, já que é o meio de assegurar os demais direitos ao cidadão. A importância do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, de natureza fundamental, é perceptível nos dias atuais, pelo papel do Supremo Tribunal Federal ao legitimar os direitos individuais e coletivos na jurisdição constitucional.

3.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

A terceira dimensão cuja origem retoma a revolução tecnocientífica e o pós-segunda guerra mundial é fruto das consequências desse período histórico. Na década de 60, passaram enquadrar as constituições dois novos direitos: os difusos e os coletivos. Estes exigem ações coletivas (jurídicas) e são determinados por um grupo de pessoas determinadas, enquanto aqueles são relações fáticas cujas pessoas são indeterminadas. Eles asseguram os interesses coletivos, de caráter

universal, e têm como características principais a transindividualidade e a indivisibilidade.

A tutela desses direitos fundamenta-se nos princípios de solidariedade e de fraternidade. Sob um contexto de nomenclatura, o termo solidariedade remete a superação do egoísmo e a credibilidade de uma postura altruísta. Além disso, abarca a proteção ao meio ambiente, ao progresso, à comunicação, ás diversidades, por exemplo, a racial e também os bens do patrimônio da humanidade. Nesse contexto, o papel do Ministério Público, das Organizações Não governamentais e da sociedade civil são destacáveis para a efetivação desses direitos, principalmente quando ocorre choque da expectativa coletiva com interesse estatal.

3.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA DIMENSÃO

Em relação à existência das três citadas dimensões percebe-se um consenso doutrinário, mas, a partir da quarta, o assunto torna-se polêmico. Aos defensores de uma quarta geração, como Paulo Bonavides afirma que a globalização política é o marco histórico desse período, abarcando o direito á democracia, á informação e ao pluralismo, em uma perspectiva máxima de universalidade no qual o mundo parece se inclinar. Além do citado constitucionalista, Norberto Bobbio, sob outro aspecto, afirma que "tratam-se dos direitos relacionados á engenharia genética". Diante dos avanços da engenharia genética e da biotecnologia, houve a necessidade da acrescentar ao ordenamento jurídico questões referentes á bioética, incorporando um novo ramo do direito: o da bioética. Nesse contexto, surgem temas como clonagem dos seres humanos, comércio de órgãos, eutanásia, aborto, manipulação do código genético, por exemplo, sendo um passo importante, pois, por se enquadrarem em normas jurídicas, exigem o cumprimento das normas, o respeito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana com risco de punição.

3.5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUINTA DIMENSÃO

A existência de uma quinta dimensão e os direitos que ela abarca é um tema mais polêmico ainda. Paulo Bonavides é um dos defensores dela, afirmando ser o direito á paz o referente. Frente aos acontecimentos do início do século XXI, como o atentado terrorista do dia11 de setembro em Nova York, nos Estados Unidos, os conflitos armados recentes no Oriente Médio, além dos inúmeros casos de violência vivenciados cotidianamente são alguns exemplos. Por esses motivos e pela tensão de guerra que circunda a humanidade, esse constitucionalista deu relevância ao tema e o frisou em uma só dimensão.

Frente à explanação dos direitos humanos em suas respectivas dimensões, tema relevante na doutrina jurídica, e o enquadramento do direito ao acesso à justiça na segunda dimensão votada aos direitos sociais, econômicos e culturais, exigindo do Estado a asseguração dos citados direitos, é necessário analisar especificamente o direito do acesso à justiça.

4 ACESSO À JUSTIÇA: CONCEITO, HISTÓRICO E OBSTÁCULOS

A expressão "acesso à justiça" não deve ser restrita apenas ao procedimento previsto, mas analisada com um amplo alcance, abarcando a justiça como um ideal da sociedade, um sentimento inato que move ações, pessoas e o próprio Estado, principalmente, no âmbito jurídico. O direito surge no meio social, pelos anseios dos indivíduos e da organização estatal em manter a harmonia, a pacificação e alcançar a justiça na sociedade, proporcionando a cada ser humano oportunidades iguais. Além dessa acepção, a expressão enquadra o acesso aos direitos individuais e coletivos e ao ordenamento jurídico, não abarcando apenas o enfoque processualista, apesar da relevância dada ao tempo a este ramo do direito.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, grandes autores do tema acesso à justiça, prepondera que é difícil estabelecer uma definição exata para a expressão "acesso à justiça", porém ela contempla dois objetivos essenciais da ordem jurídica: o de ser embasamento para que os indivíduos possam resolver litígios através dos procedimentos legais previstos e busquem a efetividade dos direitos por ela

garantidos, além da responsabilidade de produzir resultados que sejam aceitos pela sociedade, pois a ordem jurídica deve estar em conformidade com as necessidades sociais. Dessa forma, para que o acesso seja justo e efetivo aos indivíduos, precisa-se de uma justiça social, um Estado atuante, uma ampliação do alcance dos direitos dos cidadãos e de uma metodologia prática e resolutiva para promover uma justiça igualitária, mudando a visão do acesso à justiça no sistema judiciário atual: "Por admirável que seja, ele é, a um só tempo, lento e caro. É um produto final de grande beleza, mas acarreta um imenso sacrifício de tempo, dinheiro e talento." (CAPPELLETTI E BRYANT, 1988, p.58).

Ao analisar o histórico do acesso, percebe-se que a temática é antiga, mas sob o aspecto igualitário é recente. No Código de Hamurabi, por exemplo, a lei de talião "Olho por olho, dente por dente" introduz para a época uma ideia de justiça e de proporcionalidade ao dano causado, já que a punição era de acordo com a lesão sofrida. Apesar da introdução dos sistemas jurídicos na Antiguidade, não existia um pleno acesso à justiça, já que foi um período marcado por exclusão social, dominação de territórios e de povos. O tema igualdade passou a ser relevante com as Declarações de Direito do bom Povo da Vírgina e a do Homem e do Cidadão (1789), como também por ser fundamento da Revolução Francesa (1789), juntamente com a liberdade e a fraternidade.

No século XIX, sob o prisma dos Estados Liberais, o direito ao acesso a justiça era restrito aos indivíduos que tinham condições de arcar com os altos custos de um processo, ou seja, os burgueses, mostrando um desinteresse do Estado em relação na resolução do conflito das partes. Contudo, com o retorno do Estado prestativo, volta ao encargo estatal à responsabilidade de garantir condições mínimas e básicas para os indivíduos, dispondo para a sociedade um acesso à justiça, o qual é um direito garantido. Entretanto, a inserção do acesso mundialmente foi de forma gradual e, até os dias de hoje, a sua efetivação não é plena, coexistindo com inúmeras barreiras às quais devem ser superadas.

O acesso à justiça é um tema global, cuja discussão deve ser inserida nas peculiaridades dos contextos histórico, social e jurídico de cada país. Um Estado Democrático de Direito aborda prerrogativas diferentes de uma monárquica ou de

uma ditadura, por exemplo. Diante das singularidades, os obstáculos ao acesso devem ser identificados e as soluções elaboradas de acordo com tal.

Dentre os obstáculos ao efetivo acesso à justiça, Mauro e Bryant (1988, p.6-10) enumeram em sua obra: os altos custos judiciais, principalmente, os honorários advocatícios, a morosidade, as pequenas causas diante de um processo formalista, a falta de interesse social frente a um interesse difuso, a vantagem de um litigante habitual em relação a um eventual e desconhecimento jurídico o qual será frisado no presente trabalho. Esses entraves são vistos como primários, ou seja, que impedem de entrar com a ação. Rodolfo Mancuso (ALVIM apud MANCUSO, 2011), jurista brasileiro, analisa os problemas secundários, com a ação em andamento. O congestionamento no Poder Judiciário, a crise numérica dos processos e a judicialização dos conflitos.

No contexto brasileiro, o acesso a todos os indivíduo é tardio, já que alcança a forma Republicana no final do século XIX e, mesmo assim, os direitos eram garantidos em sua plenitude. Em virtude do contexto político, do coronelismo, havia uma dominação de classes, atingindo o direito. Outro fator dificultou o acesso a esse direito fundamental foi à alternância entre um período democrático e outro ditatorial, não havendo uma estabilidade de direitos, mas sim, uma conquista que, em pouco tempo, era suprimida. Pode-se citar a Constituição promulgada de 1934 que fora substituída pela Constituição de cunho autoritário de 1937 e a de 1946 pela de 1967. Dessa forma, as instabilidades dos valores, do contexto político e do social dificultavam a efetividade dos direitos, além de suprimi-los, como a liberdade de expressão na Ditadura Militar com a instituição dos Atos Institucionais, diploma jurídico que legitimava o sistema.

Apenas na Constituição Brasileira de 1988 o direito ao acesso à justiça alcança uma estabilidade em termos legais, abarcado em títulos dos direitos individuais e fundamentais do artigo 5º da Constituição na redação de vários incisos. A garantia do direito de petição seja na defesa de direito seja contra abuso de Poder (inciso XXXIV, alínea a), da apreciação legal pelo Poder Judiciário da lesão ou da ameaça a direito (inciso XXXV), da segurança jurídica de ser processado ou sentenciado pela autoridade competente (inciso LIII), do devido processo legal (inciso LIV), do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela

inerentes, tanto em procedimento judicial quanto em administrativo (inciso LV) e da assistência jurídica gratuita e integral aos que comprovarem hipossuficiência (LXXIV). Além desses direitos, no artigo 5º encontram-se instrumentos jurídicos que permitem a participação popular na administração estatal e, principalmente, da justiça. O Habeas data (inciso LXXII), o mandado de injunção (inciso LXXI), a ação popular (inciso LXXIII) e o mandado de segurança coletivo (inciso LXX) são exemplos desses instrumentos que visam à defesa dos interesses individuais e coletivos.

Diante dos problemas mencionados a efetividade desse direito, buscam-se soluções para combatê-los. No Brasil, são de extrema relevância: a criação das Defensorias Públicas, advogado remunerado pelo Estado para atender os indivíduos insuficientes financeiramente, instituição assegurada na Constituição Federal de 1988 no artigo 134 sob o título V "Da defesa do Estado e das Instituições democráticas" em consonância com a assistência jurídica gratuita e integral aos hipossufucientes prevista no inciso LXXIV do artigo 5º da Carta Maior; a conciliação, a arbitragem e a mediação são instituições que buscam solucionar conflitos extrajudicialmente, os Juizados Especiais, tema da lei 9.099/95, formados por juízes togados os quais possuem competência para julgar as causas cíveis de menor complexidade e as infrações penais de menor potencial ofensivo com procedimentos diferenciados assegurados no artigo 98º da C.F/88 e o papel do Conselho Nacional de Justiça, que dentre as suas funções, busca promover o acesso à justiça. Além desses meios, as Assistências Jurídicas prestadas pelas faculdades de Direito que auxiliam a população com informações sobre direitos e sobre procedimentos, como também os projetos de extensão cuja função é estender os conhecimentos obtidos para além do acadêmico, atingindo, principalmente, a sociedade, detentora de direitos e de deveres possuem a mesma relevância.

5 O DESCONHECIMENTO JURÍDICO COMO UM OBSTÁCULO AO EFETIVO ACESSO Á JUSTIÇA

"Um prisioneiro num mundo estranho" (1988, p.9). Esta expressão é utilizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra Acesso à Justiça para

descrever a forma que um indivíduo se sente ao buscar o sistema jurídico em meio às formalidades, aos ambientes e aos profissionais que intimidam, ao processualismo próprio do sistema jurídico, à linguagem técnica utilizada pelos operadores do direito e comum do ramo e, todo esse contexto, causa estranhamento pela distância mantida entre a justiça e a maior parte da sociedade. Um dos fatores que agrava esse distanciamento é o desconhecimento jurídico dos direitos pela maioria da população.

Na citada obra, o professor Leon Mayhew, citado por Mauro e Bryant (2002) diante desse assunto, o qual chega à determinada conclusão: "Existe um conjunto de interesses e problemas potenciais; alguns são bem compreendidos pelos membros da população, enquanto outros são percebidos de forma pouco clara, ou de todo despercebidos." (1988, p.8). Diante disso, é perceptível que o conhecimento jurídico, dos direitos e das obrigações, não é pleno a todos os cidadãos, pelo contrário, sofre limitações. Status social, níveis de escolaridade, recursos financeiros são alguns dos entraves que impõem restrições ao acesso à justiça, já que excluem indivíduos da possibilidade de compreender o meio jurídico, o qual não se encontra esclarecido, necessitando de uma busca de entendimento através dos doutrinadores ou dos operadores do Direito.

Frente a esse obstáculo, deve-se aproximar a população do ordenamento jurídico, pois ele é o dispositivo que possibilita o indivíduo a lutar pelas suas garantias através dos procedimentos previstos, exercer os seus deveres como cidadão e a manter a ordem social. E, com o devido conhecimento legal, torna-se possível o efetivo acesso á justiça. Uma das formas de eliminar essa barreira é através da educação, um direito de todos os indivíduos e meio legal responsável pela formação crítica do cidadão.

6 O PAPEL DA EDUCAÇÃO NA CONSCIENTIZAÇÃO E NA FORMAÇÃO DOS CIDADÃOS

Na obra Democracia Participativa, Paulo Bonavides transmite a ideia de que a população se torna esclarecida através da educação, já que é uma instituição cuja finalidade é formar cidadãos conscientes e com um mínimo de instrução para

uma vida digna. Essa afirmação é de tamanha convicção que no período da Ditadura Militar no Brasil (1964-1985), os estudantes eram reprimidos pelos policiais por estarem com os seus livros e algumas disciplinas de cunho sócio-histórico como a de história foram retiradas das grades curriculares escolares, já que o conhecimento estimula a consciência crítica em cada cidadão.

A educação, direito que deve ser assegurado pelo Estado, é um direito social, enquadrado na segunda geração dos direitos humanos. É garantido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, fazendo parte do Capítulo II Dos Direitos Sociais sob o Título II Dos Direitos e das Garantias Fundamentais e no artigo 205 sob o título V Da Ordem Social no capítulo III. Ela é o instrumento legal previsto responsável pelo pleno desenvolvimento da pessoa, pelo preparo para o exercício da cidadania e pela qualificação para o trabalho, metas que são obtidas com a participação conjunta do Estado, da família e com a colaboração da sociedade. (BRASIL, 1988)

O ser humano desde pequeno deve iniciar o procedimento escolar. Este é composto com fases as quais devem ser superadas de acordo com o desenvolvimento intelectual de cada indivíduo. Além disso, é um ambiente de integração pelo convívio diário com colegas, professores e servidores e de respeito às diversidades, afinal, todo ser humano é dotado de singularidades. É um processo de auxílio nas escolhas, de formação de personalidade e de consciência cidadã, através do qual se tem noção de membro da sociedade, sujeito de direitos e de deveres.

Apesar das garantidas asseguradas ao sistema educacional, ele não é efetivamente pleno, existindo inúmeros obstáculos seja por questões pessoais e sociais ou por problemas do próprio sistema. A taxa de analfabetos no Brasil, por exemplo, é um fator relevante, pois dentro um universo de jovens com 15 anos ou mais, 8,5 % deles são analfabetos, ou seja, não conseguem nem ler, nem escrever como mostra os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada em 2013 com reajustes feitos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (G1 ECONOMIA,2014). Além disso, essa mesma análise mostrou encontram-se fora do ambiente escolar 3.5 milhões de crianças e adolescentes entre quatro e dezessete anos. Esses dados referentes ao acesso ao ambiente escolar representam um retrocesso no processo de formação dos cidadãos.

Dessa forma, não obtiveram determinados conhecimentos e consciência crítica, possuindo dificuldades no meio social como na seleção de um trabalho, já que, nos dias atuais, além da concorrência, exigem-se níveis de escolaridade.

Dentro do sistema educacional, os indivíduos não possuem na grade curricular escolar uma matéria específica para o conhecimento dos direitos e dos deveres o que dificulta a efetiva consciência frente à cidadania, a qual é um fundamento da C.F./88 assegurada no inciso II do artigo 1º. Algumas disciplinas como Formação Humana, História e Religião passam algumas noções da vida em sociedade, da organização estatal, divisão de poderes e relatam alguns direitos, porém é uma explanação voltada para os conhecimentos de cada disciplina, não sendo algo específico. Dessa forma, apenas para aqueles indivíduos que querem ingressar no curso de graduação de Direito que é possível um maior entendimento, sendo restrito a essa categoria de profissionais. Em situações cotidianas, direitos são lesados e deveres descumpridos os quais passam despercebidos pela maioria da população que não tem contato com a Constituição, por exemplo, ou que é leiga para reconhecer suas garantias, os meios disponíveis e a forma de realizá-las.

Diante desse parâmetro, a educação deve atuar como um meio para amenizar esse desconhecimento jurídico, permitindo um maior acesso aos direitos e aos deveres pela população a qual informada terá capacidade para litigar e buscar a justiça, já que é a instituição responsável pelo exercício da cidadania, pleno desenvolvimento da pessoa e a qualificação para o trabalho como preleciona o artigo 205 da C.F./88. A cidadania é um elemento intrínseco ao cidadão e, ao longo do tempo, foi sofrendo transformações pelo contexto sócio-histórico de cada época. Em uma perspectiva recente, a cidadania pode ser analisada:

> O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado Democrático. (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009, p.7)

Dessa forma, se um indivíduo não tem consciência dos seus direitos, das suas obrigações e da forma que o Estado em que vive se organiza, ele não tem capacidade plena de exercer a cidadania. Assim, no sistema educacional brasileiro, deve ser incluída na grade escolar uma matéria voltada para os conhecimentos jurídicos e, em foco, a Constituição, diploma legal mais importante de um país, pois regula a vida de toda a sociedade, a garantia de direitos e de deveres individuais e coletivos (fundamentais), os meios legais previstos, as funções dos Poderes e dos demais códigos ordinários, já que devem estar em consonância com a Lei Maior. Essa medida facilitaria a atuação plena do cidadão no meio social que esclarecido seria capaz de tomar medidas conscientes e construtivas para o país, além contribuir para o acesso efetivo à justiça pelos indivíduos que teriam noção de como se organiza o procedimento jurídico e, em especial, seus direitos individuais e seus deveres coletivos, pois não basta ter o direito ao acesso à justiça, precisa-se do cidadão esclarecido para acioná-lo.

No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 64, ressalta-se a importância dada para que cada cidadão tenha o seu exemplar da Constituição Federal de 1988, já que Ela deve ser vista como guia diário em virtude da importância do seu conteúdo para o cidadão e para a coletividade, devendo ser posta á disposição de instituições representativas da comunidade como a escola, a igreja, cartórios, sindicatos, gratuitamente, pelo Poder Público através das imprensas nacional e demais gráficas seja pertencente aos demais membros da Federação (*caput*, artigo 1º da C.F//88) e seja às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Esta previsão legal corrobora a atenção que se deve ter a Constituição e a sua compreensão pela população no geral.

Em virtude da importância dada ao tema educação pelas legislações, mostrando a atuação do Direito em regulá-lo, a possibilidade de inserir a Constituição como disciplina obrigatória nas grades curriculares escolares nos níveis fundamental e médio também é alvo do processo legislativo.

7 PROJETO DE LEI 6.954/2013: INSERÇÃO DA DISCIPLINA CONSTITUIÇÃO NOS ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO

Com o objetivo de expandir a noção cívica dos estudantes, Romário, deputado federal – PSB/RJ – apresenta um projeto de lei de número 6.954/2013 que altera os artigos 32 e 36 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (9.394/1996), incorporando ao currículo do ensino fundamental e do ensino médio, obrigatoriamente, a disciplina de Constitucional. O projeto encontra-se em tramitação, porém é alvo de um projeto substituto, o Projeto de Lei do Senado 70/2015, que foi aprovado pela Comissão de Educação, Cultura e de Esporte no dia vinte nove de setembro de 2015, aguardando próxima reunião para apreciação em turno suplementar no Senado Federal. Caso seja aprovado, seguirá para a Câmara dos Deputados.

Este projeto substituto, PLS 70/2015 (BRASIL, 2015), foi sugerido pelo relator da matéria, senador Roberto Rocha (PSB-MA), cuja presidência da comissão pertence ao deputado Romário, autor do projeto inicial (9.654/2013). Aquele objetiva a introdução do conteúdo nas disciplinas existentes, não a criação de uma nova disciplina como sugere o original, pois iriam subtrair a competência dos educadores de decidir sobre as matérias e interferir no planejamento pedagógico o qual é realizado conjuntamente entre os profissionais da área (FEDERAL, 2015).

Diante das manifestações de julho de 2013, Romário, ao justificar seu projeto, ressalta a atenção que deve ser dada aos jovens, remetendo-os á lembrança dos caras pintadas do Impeachment do ex-presidente Collor. No texto da justificativa, Romário assevera que "[...] Ao completar 16 (dezesseis) anos o jovem brasileiro tem a faculdade de tirar seu título de eleitor e exercer seu direito de cidadão, que é escolher seu representante político através do voto, iniciando sua participação ativa nos assuntos da sociedade.". Por esta razão, deve o jovem estar consciente da sua atitude política e das consequências possíveis que este ato pode acarretar, já que o Brasil é regido por uma democracia representativa na qual a população elege os seus representantes através do voto. Além disso, passará a ter um maior entendimento e consciência dos direitos individuais, dos deveres

coletivos e da organização estatal no geral com inclusão da Constituição com disciplina escolar.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996) é a legislação responsável por regular o sistema educacional brasileiro, privado ou público, desde a educação básica até o ensino superior. Esta Lei assegura o direito á educação, as obrigações das unidades federativas, as modalidades de ensino e os respectivos objetivos, ou seja, a organização do sistema educacional. O projeto de lei de Romário (BRASIL, 2013) é composto por dois artigos, o primeiro contendo as alterações na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o segundo o início de vigência caso a lei seja aprovada, na dada da publicação. O projeto 70/2015 (FARIA, 2015) mantém as alterações propostas pelo original.

Em relação às alterações impostas aos artigos da lei 9.394/1996, no artigo 32 é perceptível à inclusão do parágrafo quinto e de acréscimos no inciso II e no artigo 36 a introdução do inciso IV. Neste artigo situado na seção (IV) sobre o Ensino Médico, passam a ser incluídas, com caráter obrigatório, a disciplina de Constitucional, a de Filosofia e a de Sociologia em todas as séries do ensino médio. Naquele diploma presente na seção (III) sobre o Ensino Fundamental, no inciso II, acrescentam-se a compreensão do exercício de cidadania e especificam-se os valores, os morais e os cívicos. A inserção do parágrafo quinto introduz, obrigatoriamente, no currículo do ensino fundamental a disciplina Constitucional, além dos conteúdos sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, possuindo como diretriz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) com a devida produção e distribuição de material didático, procedimentos os quais devem ser observados.

Dessa forma, objetiva-se uma educação para o direito tão necessária quanto à aprendizagem de outras matérias presentes na lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, pois o cidadão deve estar preparado para discutir sobre as questões sociais, refletir sobre os direitos individuais e os deveres sociais e participar ativamente da construção do país. Com todo esse entendimento, cidadão será capaz de exercer a sua cidadania e buscar um efetivo acesso à justiça.

8 CONCLUSÃO

O direito do acesso à justiça devido à importância de ser o meio de acesso aos demais direitos essenciais aos cidadãos amplia sua proporção nos sistemas jurídicos modernos e nas doutrinas internacionais e nacionais, as quais buscam soluções para superar os obstáculos à efetividade deste direito seja de caráter econômico, formalista seja cultural como o desconhecimento jurídico apresentado pelo artigo. Além das posições doutrinárias, ressaltam-se os avanços nas legislações de reconhecer esses entraves e de buscar possíveis soluções eficazes e dependentes do contexto de cada país.

Diante do contexto brasileiro, a educação é vista como um meio possível de amenizar o entrave do obstáculo frente ao desconhecimento jurídico já que, através dela, busca-se esclarecer os indivíduos, tornando-os capazes de refletir e de participar ativamente das discussões dos problemas sociais, dos direitos e obrigações impostos e da construção do país. Afinal, todas as decisões tomadas têm por titular o povo, o verdadeiro detentor do poder, como é observado no parágrafo único do artigo 1º: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.".

O conhecimento das noções jurídicas básicas através da Constituição apresenta-se como necessário para o desenvolvimento pleno do cidadão e é tema possível de previsão legal, já que o projeto de lei do Senado 70/2015 que objetiva inserir essas noções como obrigatórias nos ensino fundamental e médio está, atualmente, em tramitação no Senado Federal, promovendo alterações nos artigo 32 e 36 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional responsável pelo sistema educacional brasileiro.

9 REFERÊNCIAS

ALVIM, José Carreira, apud, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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: 14 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 10ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. Texto de José Luís Quadros de Magalhães.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa:** por um direito constitucional de luta e de resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DEPUTADOS, Portal da Câmara dos. **PL 6954/2013.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604367>. Acesso em: 14 ago. 2015.

DEPUTADOS, Portal da Câmara dos. **PROJETO DE LEI Nº 6.943,2013.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BEC600E4433E1C31CAEEF093765C6122.proposicoesWeb2?codteor=1209892&filename=PL+6954/2013>. Acesso em: 14 ago. 2015.

FARIA, Romário de Souza. **PROJETO DE LEI DO SENADO nº 70, de 2015.** 2015. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119869>. Acesso em: 02 out. 2015.

FEDERAL, Portal do Senado. **Constituição deve fazer parte dos conteúdos do ensino fundamental e médio.** Disponível em:

<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/09/29/constituicao-deve-fazer-parte-dos-conteudos-do-ensino-fundamental-e-medio?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais>. Acesso em: 02 out. 2015.

G1 ECONOMIA: Analfabetismo volta a diminuir após 'estacionar' no ano anterior, diz Pnad. São Paulo, 19 set. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2014/09/analfabetismo-volta-diminuir-apos-estacionar-no-ano-anterior-diz-pnad.html>. Acesso em: 01 set. 2015.

SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da; SPENGLER, Fabiana Marion. **AS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.** Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10851/1383>. Acesso em: 15 ago. 2015.

TOMÁS, Sérgio Tenreiro. **A violação dos Direitos Humanos e o papel do Direito Penal na proteção aos idosos.** 2015. Disponível em: <http://www.advocatus.pt/opinião/11595-a-violação-dos-direitos-humanos-e-o-papel-do-direito-penal-na-proteção-aos-idosos.html>. Acesso em: 16 ago. 2015.

A INFLUÊNCIA HISTÓRICO-TEÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO TOCANTE À ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL

THE HISTORICAL AND THEORETICAL INFLUENCE OF SHARED GUARD REGARDING THE PARENTAL ALIENATION IN BRAZIL

Robson Gomes[1]
Ana Elisa Linhares de Meneses Braga[2]

RESUMO

Este trabalho tem por escopo apresentar o surgimento histórico da Guarda Compartilhada no Brasil, traçando suas peculiaridades e as principais causas para sua adoção como a mais indicada em meio aos conflitos familiares. Objetiva, nessa toada, analisar o instituto da Guarda Compartilhada conforme a Constituição Federal e outras leis infraconstitucionais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e a lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). Quanto a esta, será salutar perscrutar a forma pela qual o processo alienante pode ser solucionado com o compartilhamento da custódia, tendo em vista que *a priori* o caminho menos pedregoso para um desenvolvimento psicossocial plausível da criança e do adolescente é permitir a convivência parental harmônica. Por fim, este trabalho visa, também, exibir as principais mudanças sofridas pelo instituto da Guarda Compartilhada com a vigência da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.
PALAVRAS-CHAVE: Guarda Compartilhada, Família, Constituição Federal, Criança**.**

ABSTRACT

This work has the scope to present the historical emergence of Joint Guard in Brazil, tracing its peculiarities and the main causes for its adoption as the most suitable among the family conflicts. Objective, this tune, analyze the Shared Guard Institute as the Federal Constitution and other infra laws such as the Statute of Children and Adolescents (Law no. 8.069 / 1990) and the Law of Parental Alienation (Law no. 12,318 / 2010). As for this, it will be a salutary scrutinize the way in which the selling process can be solved by sharing custody, bearing in mind that a priori the least rocky path to a plausible psychosocial development of children and adolescents is to allow the harmonic parental cohabitation. Finally, this paper also aims to show the major changes undergone by the Shared Guard Institute with the enactment of Law no. 13,058, of December 22, 2014.
KEYWORDS: Shared Custody, Family, Federal Constitution, Child

[1] Estudante do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA.
[2] Professora e Mestra do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA.

1. INTRODUÇÃO

O rateio dos papeis exercidos pelo homem e pela mulher sempre foi visível da Antiguidade até os tempos contemporâneos, com suas devidas proporcionalidades ou graus de intensidade. A verdade é que à mulher foi atribuída a tarefa de zeladora doméstica e guardiã dos filhos, prezando por sua criação e educação. Isso pode ser sentido desde a infância, quando os pais, influenciados pela sociedade machista, fornecem brinquedos de índole doméstica, como bonecas ou miniaturas de cozinha.

Quanto ao homem, reforçado por sua estrutura física, passou a exercer atividades que transcendiam os muros da casa, sendo o provedor econômico da família e o líder desta. Por esses motivos, em virtude dessa rotulação social, era (ou é) proibido permitir que a figura masculina brinque com as ferramentas lúdicas da mulher, para não ferir sua virilidade.

Todas essas peculiaridades refletiram nos ordenamentos jurídicos pátrios, uma vez que o Direito deve ser o espelho das transformações sociais, o que acabou favorecendo a cristalização da superioridade masculina em detrimento da figura feminina. O Código Civil Brasileiro de 1916, por exemplo, discorre claramente que o homem é o chefe da sociedade conjugal, e a mulher possuía um papel secundário nas instituições sociais.

Todavia, o fenômeno da Globalização requereu que não só homens, mas também mulheres pudessem fazer parte de um conglomerado industrial, o que é corroborado pela Revolução Industrial, por exemplo, na qual a figura feminina era convocada para trabalhar nas fábricas, porquanto rendia lucros aos capitalistas por receberem um salário menor. Houve a inserção, destarte, da mulher no mercado de trabalho, e o cenário social passa a ganhar novas roupagens.

As mulheres passaram a atuar de forma mais significativa na esfera social, exigindo melhores condições de vida e de trabalho, clamando por igualdade de direitos, como o acesso à instrução e sua participação política na sociedade. Essas mudanças alteraram o ambiente familiar, pois se passou a lutar, também, pela igualdade conjugal e parental.

Ao mesmo tempo em que a figura feminina buscava todos esses direitos, os homens perceberam a importância que guardava a criação e educação da prole, reivindicando também essa participação. Nesse cenário, a esposa insere-se no mundo capitalista; e o homem, na preocupação familiar. Quando tal questão é levada à seara da tutela da criança, é perceptível aferir algumas modificações.

A Guarda Unilateral, por exemplo, na qual um só dos pais tem a primazia da presença da prole, normalmente, era atribuída à mãe, em decorrência justamente do papel que àquela foi atribuído, qual seja a proteção doméstica. Com o aumento da participação paterna na família, houve a necessidade da criação de um instituto que pudesse dividir os deveres e, principalmente, os direitos parentais entre os pais. Daí surgiu a Guarda Compartilhada, que atualmente se encontra festejada no nosso ordenamento jurídico.

Como serão estudadas melhor mais à frente, tais felicitações devem-se às vantagens trazidas por esse compartilhamento, pois, prestigia, inicialmente, o Princípio do Melhor Interesse da Criança, que, em termos constitucionais, é garantido com a convivência pacífica com ambos os pais. Além disso, arrebata uma das lides familiares há tempos incrustada no seio familiar, mas um mal desconhecido por esmagadora parcela da sociedade, que é a Alienação Parental. Enfim, serão apresentadas, nas próximas linhas, as benesses proporcionadas pela Guarda Compartilhada, avaliando o seu desenvolvimento.

2. A RUPTURA FAMILIAR E A NECESSIDADE DA CONVIVÊNCIA PARENTAL

O rompimento conjugal, causado por um adultério ou pelo reconhecimento da falta de afeto, implica desagrados e desesperança, principalmente, em relação àquele que era provido economicamente pelo ex-parceiro. Maria Berenice Dias (2013), vice-presidente do Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM, alerta que tal ruptura familiar pode trazer sérias consequências à prole, ensejadas, sobretudo, pela prática do uso de expressões de baixo calão que visam difamar a imagem de um dos pais da criança.

Dessarte, há uma flagrante violação dos direitos constitucionais da criança quando o lar familiar é golpeado por uma separação conjugal litigiosa, uma vez

que, indubitavelmente, a prole torna-se espectadora de brigas e desentendimentos dos seus pais. Uma das prerrogativas prejudicadas pelo conflito familiar é a convivência harmoniosa com ambos os genitores, essencial ao desenvolvimento psicológico, ético e moral dos filhos, e que encontra guarida no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988.

Tal disposição constitucional apregoa que os direitos e os deveres são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, o que permite inferir, numa interpretação extensiva, a continuidade dessas prerrogativas mesmo após o divórcio. Assim, mais que um direito dos pais divorciados de conviverem com os seus filhos, é estes puderem crescer com os seus progenitores, uma vez que é essencial ao seu desenvolvimento. Preza-se, nessa toada, pela melhor condição da criança, enaltecendo o Princípio do Melhor Interesse. Assim, Maria Berenice Dias, no Manual de Direito das Famílias, elucida magistralmente o direito à convivência

> O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. É direito de a criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação das visitas. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental. Trata-se de um direito de personalidade, na categoria do direito à liberdade, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver. Funda-se em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz (DIAS, 2015, p. 532).

A convivência família configura-se como um direito específico, conforme Machado (2012), porquanto referida doutrinária explica que a criança e o adolescente possuem, além de todos os direitos individuais e sociais reconhecidos pela Constituição Federal, nos artigos 5º, 6º e 7º, direitos distintos dos direitos dos adultos.

Direitos esses que se chamam direitos fundamentais especiais, tendo em vista a sua peculiar condição de ser em desenvolvimento. Dentre os direitos fundamentais da infanto-adolescência, está o direito em estudo, previsto na Constituição Federal brasileira e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo nossa Carta Magna, por exemplo, é dever do Estado, da sociedade e da

família assegurar à criança o direito à convivência familiar, pondo-a a salvo de qualquer forma de violação. Eis os dispositivos mencionados

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).
>
> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (BRASIL, 1990).

No art. 227, vê-se implícito o Princípio da Proteção Integral, uma vez que todos devem unir-se para promover os direitos acima elencados. A família devendo estar orientada para a conscientização da importância que os pais exercem sobre os filhos, vez que são eles os primeiros "legisladores" da prole; a obrigatoriedade que possui a sociedade de abrir espaços para os novos agentes, fornecendo-lhes valores éticos pautados na boa conduta; e o Estado promovendo políticas públicas capazes de alcançar a efetividade da Constituição e das leis infraconstitucionais, protetora do bem-estar da prole, principalmente a envolvida nas contendas familiares.

Disserta Maria Berenice Dias, em equivalência ao supramencionado, que a forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no Estatuto da Criança e do Adolescente, microssistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito, não mais meros objetos, como em tempos passados.

Esse Estatuto rege-se pelos princípios do Melhor Interesse, Paternidade Responsável e Proteção Integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais. O direito à convivência familiar é tão importante que Maria Berenice Dias (2015) advoga que, se os pais

biológicos não estão respeitando-o, a solução elogiável é a intervenção do Estado, que poderá proceder a adoção. Senão, veja-se

> Em face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural. Porém, às vezes, melhor atende aos seus interesses a destituição do poder familiar e sua entrega à adoção. O que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, e, infelizmente, tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a famílias substitutas. Afinal, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue (DIAS, 2015, p. 50).

Enfim, conforme o cenário desenhado, é solarmente compreensível que o homem e a mulher, insertos na sociedade conjugal, possuem direitos e deveres igualitários e, desse modo, não devem eximir-se de qualquer obrigação quanto à prole perante um litígio familiar.

Nesse diapasão, uma das maiores dificuldades do casal em iminência de romper os vínculos conjugais, ou já após o divorciado, é a incompreensão quanto às relações matrimoniais e parentais, já que esta permanece numa lide familiar; e aquela, estruturalmente, é volátil. Como elucida Sandra Fedullo (2001), a diferenciação entre "casal parental" e "casal matrimonial", sob os auspícios do divórcio, revela-se como um dos aspectos mais complexos, ocasionada, sobretudo, pelo fracasso e frustração advindos do desfazimento do casamento. Nesse mesmo raciocínio, Analicia Martins de Sousa assevera, com clareza que lhe é peculiar, a necessidade da salvaguarda dos elos afetivo-parentais:

> Assim, considera-se que no trabalho realizado junto a ex-casais, seja no contexto psicoterápico, seja no jurídico, é fundamental que se aborde não só a diferença entre conjugalidade e parentalidade, mas também o vínculo conjugal, de modo que possa ser transformado, favorecendo a que ambos os pais colaborem para a preservação e a manutenção do vínculo parental, como já observaram alguns autores (SOUSA, 2010, p. 29).

O enegrecimento das relações familiares, assim sendo, destrói a paz parental, e a convivência pacífica dos ex-cônjuges torna-se meramente falaciosa, como já salientado em linhas anteriores.

Uma das soluções plausíveis para revitalizar os vínculos entre pais separados e seus filhos é o instituto da Guarda Compartilhada. Esta representa o fim do poder dado a apenas um dos pais em administrar a vida do filho, e acaba com as visitas em dias e horários programados. Ao compartilharem a guarda, pai e mãe poderão ter contato diário com a criança e participar igualmente do cotidiano desta.

3. O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA: A CORRESPONSABILIDADE PARENTAL

A Guarda Compartilhada, ou Conjunta, pode ser compreendida como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. O tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

O compartilhamento da custódia dos filhos, conforme explicita Ana Maria Milano Silva (2005), facilita sobremaneira a convivência familiar, que, insculpida no art. 227, *caput*, da Constituição Federal atualmente vigente, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurá-la à criança, ao adolescente e ao jovem, como já muito explanado acima. Enaltecendo a relevância jurídica e social da convivência entre os progenitores e as crianças em conformidade com a Guarda Compartilhada, disserta Maria Antonieta Pisano Motta:

> A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participar igualitariamente da convivência, da educação, e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. Não se refere a uma caricatura divisão pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos (MOTTA, 2007, p. 19).

Anteriormente à Guarda Compartilhada, sob a égide dos ensinamentos de Simone Roberta, em meados do século XIX, a guarda exclusiva dos filhos e o Pátrio Poder eram inteiramente atribuídos ao pai. Este transmitia a prerrogativa da autoridade parental (conhecida, hoje, como Poder Familiar) somente pela linha

paterna, pois somente o varão podia ter o Pátrio Poder, enquanto a mãe se submetia ás suas determinações. Nesse tempo remoto, considerava-se a mulher relativamente incapaz no exercício da vida civil. Dessa forma não tinha ela o poder legal de dividir as responsabilidades inerentes aos deveres relativos ao vínculo matrimonial.

Segundo Simone Roberta (2009), com as modificações ocorridas na sociedade no alvorecer do século XX, principalmente, aquela que diz respeito aos papeis parentais, no qual a mulher se introduz no mercado de trabalho, e, consequentemente, o homem acaba assumindo mais responsabilidade no âmbito familiar, surge a necessidade de adequar-se o direito de família aos novos anseios sociais.

Assim, com as transformações sociais favorecidas pela mudança de paradigmas parentais, a Guarda Compartilhada surgiu no sistema do Common Law, no Direito Inglês, na década de 1960, quando houve a primeira decisão declinável a dividir a tutela dos filhos. Noticia, dessa forma, Eduardo de Oliveira Leite:

> [...] na Inglaterra o pai sempre foi considerado o proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então, a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos Tribunais. Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não atribuição, através da *split order* (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, *care and control* (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, custódia (LEITE, 1997, p. 266).

É mister trazer à baila, também, o entendimento elogiável de Waldyr Grisard Filho (2002), o qual corrobora que a Guarda Compartilhada, ou Conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

Em outras palavras, ainda segundo Grisard, a Guarda Compartilhada (2002), enquanto manifestação operativa do poder familiar, açambarca, entre pais e filhos, a ampla comunicação, a vigilância, o controle, a correção, a assistência, o amparo, a fiscalização, o sustento, a direção, enfim, a presença permanente no processo de integração do menor.

Segundo Dias (2015), o maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a Guarda Conjunta ou Compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade.

Garante, assim, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar, arremata Maria Berenice Dias (2015), com apoio em Maria Antonieta Pisano Motta. Nessa mesma linha de pensamento, disserta Silvio Neves Baptista

> Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica (BAPTISTA, 2008, p. 35).

Enfim, a Guarda Compartilhada, com base nos ensinamentos de Motta (2007), deve ser tomada como uma postura, reflexo de uma mentalidade, segundo a qual o pai e a mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.

Cabe salientar que, mesmo antes de estar inserido na legislação, o compartilhamento de guarda não era proibido; pelo contrário, já era amplamente aplaudida pela doutrina e corroborada por alguns juízes. Ademais, conforme Dias, a interpretação das disposições legislativas que prezam pelo bem-estar do menor e igualdade dos genitores traduz parecer favorável a esse modo de exercício. Assim, a preferência legal é pelo compartilhamento, já que, nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, p. 526), "Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais". E continua discorrendo que "Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre os pais" (2015, p. 526).

4. A LEI DA IGUALDADE PARENTAL

A Guarda Compartilhada, mediante todo o cenário delineado, constitui-se num instituto, vantajosamente, voltado a proporcionar à criança ou ao adolescente uma vida saudável, um desenvolvimento com princípios ético-morais, psicológicos e sociais em conjunto com os seus pais. Diante da tamanha importância das benevolências trazidas pelo aludido instituto, este foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que conceitua, também, a Guarda Unilateral, e disciplina as regras de aplicabilidade de ambas as custódias.

Mais recentemente, em 22 de dezembro de 2014, o sistema jurídico brasileiro, reconhecendo a legítima e constitucional igualdade dos pais para a criação e a educação dos seus filhos, promulgou, acertadamente, uma nova legislação, impondo a Guarda Compartilhada como regra nos casos de separações judiciais quando houver indecisão quanto à tutela. Assim, a nova Lei nº 13.058 obriga os pais, ressalvando os casos em que um dos genitores declara ao magistrado que não deseja a guarda do menor, a compartilharem a custódia da prole. Diante disso, Yussef Said Cahali ensina sobre a responsabilidade dos genitores, mesmo diante de uma lide conjugal:

> Cessando a coabitação entre os cônjuges, a atribuição dos filhos menores ou maiores inválidos a um deles, ou a terceiro, não representa para o outro uma sanção que se resolva na perda ou suspensão do poder familiar, uma vez que nem mesmo o divórcio

> vincular modifica os direitos e deveres dos pais em relação à prole, ainda que venham a contrair novo casamento (CAHALI, 2011, p. 841).

Ademais, é explícita a necessidade de atitudes maduras por parte dos pais, porquanto é erguido não os seus desejos propriamente ditos, mas a solução mais incensurável destinada ao melhor desenvolvimento da criança. Apesar da vigência da nova lei, vale ressaltar que o juiz deve analisar o caso concreto para não prejudicar *a posteriori* a prole em casos de litígios familiares constantes.

Em análise aos dispositivos da lei da Igualdade Parental, como ficou conhecida a Lei nº 13.058/2014, encontram-se alguns dos motivos para a adoção da Guarda Compartilhada, entre eles, um dos mais comentados em linhas anteriores, é a divisão equilibrada do tempo de convívio do pai e da mãe com o filho, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses da prole. Um dos reflexos da melhor posição de fato da criança é a fixação da cidade base.

Inobstante todas as mudanças benéficas trazidas à baila, um dos dispositivos mais polêmicos é o § 2º, do art. 1.584, do Código Civil, que sofreu alterações com a vigência da lei da Igualdade Parental, qual seja

> § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (BRASIL, 2002).

Com fulcro no artigo supratranscrito, a Guarda Compartilhada será estabelecida quando não houver acordo entre os pais quanto à definição devida da tutela da criança, ou seja, em casos, por exemplo, quando um peticiona a Guarda Unilateral e o outro genitor não concorda com ela. Nesse cenário, e não havendo abdicação de um dos progenitores em relação à guarda, o juiz, observando as peculiaridades do caso concreto, decretará o compartilhamento da custódia.

A polêmica giraria em torno do desacordo dos pais como um dos "requisitos" para a aplicação da Guarda Compartilhada, vez que poderá haver, nas discussões, a sua extrapolação de uma briga parental para o campo filial, prejudicando o bom desenvolvimento da criança ao invés de ampará-lo. Todavia, em estudo ao lecionado por Maria Berenice Dias, verifica-se que a litigiosidade existente entre

os pais não retira a possibilidade de decretação da Guarda Compartilhada, senão eis

> O significado mais saliente da mudança é que o compartilhamento da guarda deixa de depender da convivência harmônica dos pais. As situações de litigiosidade não mais servem de fundamento para impedir a divisão equilibrada da guarda. A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial (CC 1.584, I). Caso não estipulada na ação de divórcio ou dissolução da união estável, há a possibilidade de ser buscada em demanda autônoma (DIAS, 2015, p. 529).

Ainda conforme as modificações proporcionadas pela Lei nº 13.058/2014, como forma de evitar acordos extrajudiciais ensejadores de violação dos direitos dos filhos, e impossibilitando de um dos pais monopolizar o controle das condições pelas quais gravitará a Guarda Compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe, para estabelecer o período de convivência e as atribuições de cada um.

Assim, a alteração não autorizada ou o descumprimento de cláusula da Guarda Compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, como diminuição do tempo de convivência. Quanto a este referido ponto, não deve haver confusão entre as Guardas Compartilhada e Alternada, apesar de a expressão "divisão equilibrada de tempo" causar embaraço doutrinário.

Giselle Groeninga (2006) diz ser importante que referida divisão se dê sempre tendo em vista as condições e interesses que variam em cada fase do desenvolvimento dos filhos, como também de acordo com as possibilidades dos pais, levando-se em conta o exercício diferenciado das funções parentais.

De qualquer modo, consoante Maria Berenice Dias (2015), não houve a consagração da Guarda Alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e nada tem a ver com a Guarda Compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares.

Por fim, o art. 1.634, do Código Civil, também sofreu alterações com a vigência da lei em comento, visto que impôs que vários encargos parentais sejam concretizados conjuntamente, além da criação e educação do filho, como, por exemplo: conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

5. A GUARDA COMPARTILHADA COMO SOLUÇÃO PARA A ALIENAÇÃO PARENTAL

Com base nas linhas supramencionadas, a Guarda Compartilhada objetiva obscurecer o afastamento dos progenitores em relação à prole, rechaçando as graves consequências de problemas provenientes de insatisfações familiares, como a Alienação Parental. Esta, conforme proposta originalmente pelo psiquiatra Richard Gardner, em meados da década de 1980, é um fenômeno no qual se realiza uma campanha difamatória contra o ex-cônjuge, denegrindo sua imagem perante a prole.

A intenção do processo alienante é afastar a criança de um dos seus progenitores, quebrando o elo físico e, algumas vezes, afetivo que há entre os dois. Tal Alienação Parental pode ser identificada pelo comportamento agressivo da criança, que passa a repudiar um dos pais sem nenhuma justificativa plausível.

Assim, no sistema alienante, é cristalino o desrespeito ao filho, pois este é utilizado como instrumento de agressão, e, segundo Maria Berenice Dias (2013), os motivos para tamanha façanha inconstitucional atinam-se a fatos espúrios. Dias elenca alguns fatores, portanto, para a deflagração da Alienação Parental: traição no casamento, divórcio e dependência financeira, ou ainda, a alimentação de outro relacionamento pelo ex-parceiro após a separação. Isso pode ser resumido em sentimentos de ódio e vinganças da figura materna, que é, majoritariamente, o agente alienante. Nas palavras de Dias.

> Os filhos tornam-se instrumentos de vingança, sendo impedidos de conviver com quem se afastou do lar. São levados a rejeitar e a odiar quem provocou tanta dor e sofrimento. Ou seja, são programados para odiar. Com a dissolução da união, os filhos ficam fragilizados, com sentimento de orfandade psicológica. Este é um terreno fértil para plantar a ideia de terem sido abandonados pelo genitor. Acaba o guardião convencendo o filho de que o outro genitor não lhe ama (DIAS, 2013, p. 15).

Já a prática excessiva da Alienação Parental resulta numa gravíssima perturbação psicológica infantil, qual seja a Síndrome da Alienação Parental (SAP). Segundo Jorge Trindade (2010), a SAP é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienante (ou alienador), transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes estratégias de atuação.

Desse modo, as falsas verdades inculcadas nos filhos alienados propiciam incontáveis obstáculos ao seu crescimento saudável, o que refletirá na sua vida social. Tendo em vista que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pilar norteador constitucional, protege ferrenhamente a vida em sua acepção mais elogiável, a Alienação Parental pode ser uma vilã dessa existência material da prole. Isso porque, em seu mundo obscuro de alienação reiterada, pode cometer o suicídio. Esclarece sobre os efeitos do sistema alienante Jorge Trindade

> Esses conflitos podem aparecer na criança sob forma de ansiedade, medo e insegurança, isolamento, tristeza e depressão, comportamento hostil, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas, e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas (TRINDADE, 2010 apud DIAS, 2013, p. 167).

Com base nos sólidos argumentos dissecados acima, é cristalinamente perceptível as vantagens proporcionadas pela Guarda Compartilhada, haja vista ser esta um divisor de águas entre a Alienação Parental resumidamente exposta e a harmonia familiar, que glorifica o melhor interesse e a proteção integral da criança. É extremamente necessário, portanto, uma análise não perfunctória desse instituto de compartilhamento de custódia com supedâneo na nova legislação, primando por sua aplicabilidade legiferante justa.

6. CONCLUSÃO

Ab initio é solar a necessidade do conhecimento concernente à Guarda Compartilhada, pois esta envolve, como já ficou repisado, os interesses e os direitos irrenunciáveis, como a vida, das crianças e dos adolescentes inseridos nas brigas judiciais dos seus próprios genitores, pondo em risco, dessarte, a sua integridade social, psicológica e até mesmo física.

Reconhecer e compreender a função jurídica que os papéis sociais atribuídos ao homem e à mulher historicamente exerceram é importante para solucionar os conflitos familiares atuais. Isso porque se incrustou, como visto, que a figura materna sempre foi a mais indicada para criação e educação dos filhos, uma vez que aquela não possuía representação política por não lhe ter sido entregue a capacidade para gerir os atos da vida civil.

Tais circunstâncias repercutiram e ainda ressoam nos institutos da custódia, como a Guarda Unilateral e a festejada e apresentada Guarda Compartilhada, que tenta, hodiernamente, desvirtuar o tradicionalismo machista e concentrador. Assim, os fundamentos essenciais para promover a tão sonhada igualdade parental é mostrar os benefícios trazidos pela convivência familiar.

Sendo um direito constitucional, a sociedade precisa entender que a criança ocupa, hoje, uma outra posição no mundo da ordem jurídica, qual seja a de sujeito de direito. Nessa toada, privar a prole do direito à convivência harmônica familiar é tirar-lhe o alimento básico para a sua formação social. Aí está a importância gigantesca proporcionada pela Lei nº 13.058/2014, que, apesar das polêmicas erguidas, intenciona elevar filhos imersos num mar da discórdia parental.

Por fim, direta ou indiretamente, o compartilhamento da guarda torna-se questão moral e ética também, porquanto questionará e mitigará problemas que, inicialmente, são simplórios, mas sua reiteração pode trazer sérios agravamentos à ordem psicológica da criança. Um desses problemas, como foi comentado, é a Alienação Parental, que é uma lacuna a ser preenchida com o bom senso, a conscientização e o dever parentais.

7. REFERÊNCIAS

BAPTISTA, SÍLVIO NEVES. **GUARDA COMPARTILHADA**. RECIFE: BAGAÇO, 2008.

BRASIL, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. DISPONÍVEL EM:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> ACESSO EM: 22 AGO. 2015.

BRASIL, LEI N. 8069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**. BRASÍLIA, 1990. DISPONÍVEL EM:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> ACESSO EM 22 DE AGO. DE 2015.

BRASIL, LEI N. 12318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. **DISPÕE SOBRE A ALIENAÇÃO PARENTAL E ALTERA O ART. 236 DA LEI NO 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. BRASÍLIA, 2010. DISPONÍVEL EM:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> ACESSO EM 22 AGO. 2015

BRASIL, LEI N. 13058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014. **ALTERA OS ARTS. 1.583, 1.584, 1.585 E 1.634 DA LEI NO 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 (CÓDIGO CIVIL), PARA ESTABELECER O SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO "GUARDA COMPARTILHADA" E DISPOR SOBRE SUA APLICAÇÃO**. BRASÍLIA, 2014. DISPONÍVEL EM:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm > ACESSO EM 22 AGO. 2015.

CAHALI, YUSSEF SAID. **SEPARAÇÕES CONJUGAIS E DIVÓRCIO**. 12. ED. REV., ATUAL E AMPL. – SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011.

DIAS, MARIA BERENICE. **INCESTO E ALIENAÇÃO PARENTAL**. 3. ED. REV. AMPL. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2013.

_____. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 10. ED. REV. AMPL. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2015.

FEDULLO, SANDRA. FILHOS DO DIVÓRCIO. IN: CASTILHO, T. (ORG.). **TEMAS EM TERAPIA FAMILIAR**. SÃO PAULO: SUMMUS, 2001 APUD SOUSA, ANALICIA MARTINS DE. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: UM NOVO TEMA NOS JUÍZOS DE FAMÍLIA. 1. ED. SÃO PAULO: CORTEZ, 2010.

FONSECA, JOÃO JOSÉ SARAIVA. **METODOLOGIA DA PESQUISA CIENTÍFICA**. FORTALEZA: UEC, 2002.

FONTES, SIMONE ROBERTA. **GUARDA COMPARTILHADA**. SÃO PAULO: EDITORA: PENSAMENTOS E LETRAS, 2009.

GARDNER, RICHARD. PARENTAL ALIENATION SYNDROME VS. PARENTAL ALIENATION: WHICH DIAGNOSIS SHOULD EVALUATORS USE IN CHILD CUSTODY DISPUTES? IN: **THE AMERICAN JOURNAL OF FAMILY THERAPY**, V. 30, N.2, 1985.

GRISARD FILHO, WALDYR. **GUARDA COMPARTILHADA** - QUEM MELHOR PARA DECIDIR? SÃO PAULO: PAI LEGAL, 2002.

GROENINGA, GISELLE CÃMARA. GUARDA COMPARTILHADA - A TUTELA DO PODER FAMILIAR. LN: PEREIRA, TÂNIA DA SILVA; PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA (COORDS.). **A ÉTICA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A SUA EFETIVIDADE N O COTIDIANO DOS TRIBUNAIS**. RIO ELE JANEIRO: FORENSE, 2006

LEITE, EDUARDO DE OLIVEIRA. **FAMÍLIAS MONOPARENTAIS**. SÃO PAULO: RT, 1997

MACHADO, BRUNO MANGINI DE PAULA MACHADO. DA FILIAÇÃO E O RECONHECIMENTO DOS FILHOS. 1 N. GAGLIARD! RAFAEL VILLAR; VENOSA, SÍLVIO DE SALVO; NASSER, PAULO MAGALHÃES (COAREIS) 1 0 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS. SÃO PAULO: ATLAS, 2012.

MOTTA, MARIA ANTONIETA PISANO. A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. IN: APASE (ORG.). **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A TIRANIA DO GUARDIÃO**: ASPECTOS PSICOLÓGICOS, SOCIAIS E JURÍDICOS. PORTO ALEGRE: EQUILÍBRIO, 2007.

SILVA, ANA MARIA MILANO. **GUARDA COMPARTILHADA**. 1. ED. SÃO PAULO: EDITORA DE DIREITO, 2005.

SOUSA, ANALICIA MARTINS DE. **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**: UM NOVO TEMA NOS JUÍZOS DE FAMÍLIA. 1. ED. SÃO PAULO: CORTEZ, 2010.

A INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS HUMANOS ACERCA DA VIOLAÇÃO À LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL

FAILURE TO COMPLY WITH THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND HUMAN RIGHTS CONCERNING THE VIOLATION OF THE LAW OF PARENTAL ALIENATION

Robson Gomes[1]

RESUMO

Este trabalho tem por fito analisar, sob a égide constitucional irradiada pela elevação dos Direitos Humanos e os direitos insculpidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, as problematizações que pairam sobre a realidade social atinente à Alienação Parental (AP), processo de difamação da figura de um dos progenitores, realizada com o escopo de romper o elo entre a prole e o seu gerador, por motivos desprezíveis. Outrossim, pretende-se dissecar os frutos dessa desmoralização através da Síndrome da Alienação Parental (SAP), reforçando a criação da Lei nº 12.318/2010. Assim, em virtude da tardia inserção do assunto ora aludido no Brasil, há oito anos, quando o tema fora bastante ventilado na Europa, migrando às terras latino-americanas, as famílias brasileiras estão sendo mitigadas pela Alienação Parental, o que corrobora a extrema relevância das discussões que se apresentarão. Destarte, tendo em vista tais fatos, chega-se ao ponto de ser figurada uma pesquisa, quanto ao objetivo, exploratória e que possui um viés eminentemente qualitativo, uma vez que foram averiguados livros e artigos científicos tocantes à Alienação Parental, objetivando maior proximidade teórica professada pelos doutrinadores nessa área. Ademais, o material visto denuncia um procedimento bibliográfico, haja vista calcar-se em discussões já trabalhadas. Enfim, com o presente estudo, será perceptível a importância de ser dilatada a temática da AP, porquanto o futuro das famílias pode estar na iminência de um abismo.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental, Direitos Humanos, Constituição.

ABSTRACT

This work has the aim to analyze, under the constitutional umbrella radiated by rising sculptured Human Rights and the Children and Adolescents' Statute, the problematizations hovering over social reality regards to Parental Alienation (PA) defamation suit the figure of one parent, performed with the aim of breaking the link between your offspring and generator, for negligible reasons. Furthermore, we intend to dissect the fruits of this demoralization through the Parental Alienation Syndrome (PAS), reinforcing the creation of Law No. 12,318 / 2010. Thus, due to the late inclusion of the subject alluded to in Brazil now, eight years ago, when the theme was quite ventilated in Europe, migrating to Latin American lands,

[1] Estudante do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA.

Brazilian families are being mitigated by Parental Alienation, which confirms the extreme importance the infrastructure presented discussions. Thus, in view of these facts, we reach the point of being figurative research, as the objective, exploratory, and that has an eminently qualitative bias, since books and touching the Parental Alienation papers were checked, aiming higher theoretical proximity professed by scholars in this area. Moreover, the material seen denounces a bibliographic procedure, given up ramming into discussions already worked. Anyway, with this study, will be noticeable the importance of being dilated the issue of PA, because the future of families may be on the verge of an abyss.
KEYWORDS: Parental Alienation, Human Rights, Constitution.

1 INTRODUÇÃO

Todos sonham com a perpetuidade dos vínculos afetivos, reunindo esforços para a mantença deles, todavia, ao se depararem com o rompimento conjugal, surgem sentimentos de desagrados e desesperanças. Nesta toada, como pontua Maria Berenice Dias, não se vislumbra adequadamente o luto conjugal, iniciando um processo de desmoralização daquele que é considerado o grande antagonista da separação.

Nota-se, nesse ponto, o vilipêndio da instituição familiar e, mais seguidamente, a própria normatização do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, e da Constituição Federal de 1988, que ergue, além das ordens explícitas, os princípios norteadores de todo o sistema do ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a título exemplar, que pontua as necessidades mínimas a uma existência digna do indivíduo, é boicotada pelo insistente ato de implantação de falsas memórias, criando inverdades e atormentando a condição psicológica dos envolvidos na AP.

Outros princípios são trazidos à baila pela Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU, com o intuito de salvaguardar o direito desses vulneráveis. Assim, além dos já consagrados princípios acima vistos, cabe salientar e que serão estudados mais adiante nas explanações, o princípio da Solidariedade Familiar, Paternidade Responsável e Proteção Integral.

As normas, por sua vez, são frontalmente golpeadas pelos atos do referido processo nefasto, a Alienação Parental, que, quando postos na concretude social,

resumem-se a gestos simplórios com efeitos estratosféricos e perniciosos. Com efeito, atitudes que alienam a criança ou adolescente vulnerável, afastando-os da convivência com um de seus pais, esbarra na dicção solar do art. 227, da Constituição Federal, que preconiza o dever da família, da sociedade e do Estado em inibir qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão contra aqueles.

Nesse panorama, não há escapar-se dos Direitos Humanos das crianças alienadas, que elevam o respeito pela dignidade ao patamar mais alto. Daí a importância da adesão do Brasil aos tratados ou convenções, que dispõem sobre a aludida temática, comprometendo-se a cumprir os regramentos estabelecidos internacionalmente.

Embora existam e estejam vigentes todo um ordenamento jurídico e acordos mundiais voltados à proteção e salvaguarda dos direitos das crianças, estas, mesmo assim, são mitigadas, solar e ilegalmente, em suas prerrogativas. Como forma de trazer a lume o real contexto dos filhos vítimas da Alienação Parental, fala-se que os mesmos são usados como instrumento de vingança, sendo impedidos de conviver com quem se afastou do lar, ressalta, desse modo, a insigne mestra Maria Berenice Dias. Depara-se, ainda, com a orfandade psicológica, porquanto a prole encontra-se no estado de fragilidade perante a corrosão da relação de seus genitores. O que dá margem, nessa toada, à implantação de falsas memórias, como já mencionado, voltada, sobretudo, à difamação do ex-cônjuge, que, majoritariamente, é a figura paterna.

Isso decorre, evidentemente, à vista dos ensinamentos de Jorge Trindade, de fatores históricos, que ratearam as funções da mulher e do homem enquanto membros da sociedade e agentes ativos no seio familiar. Enfim, esse conjunto de atitudes destinadoras do afastamento e do enegrecimento da relação dos filhos para com seu genitor traz diversas consequências nefastas. E isso tanto em relação ao cônjuge-vítima (alienado) como para o próprio progenitor provocador da condição (alienador). Mas, principalmente, à prole, que se desenvolverá impregnada de ideias errôneas e sentimentos devastadores.

Perante todo esse cenário dos direitos fundamentais e humanos da criança e adolescente envolvidos em casos de AP, adveio a imperiosa e necessária criação

da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, para regulamentar a prática desse processo de deterioração. Prima-se pela melhor condição psicológica e social dos alienados.

Todavia, infelizmente, devido à recente introdução do tema no Brasil, desconhece-se profundamente referida disposição, o que implica uma inobservância e, conseguintemente, a sua ineficácia. A figura paterna ou materna alienada, assim, sofre constantes agressões verbais que a difamam frente ao seu filho. E, lastimavelmente, o seu desconhecimento da lei da Alienação Parental a impede de ingressar judicialmente para que o Estado-Juiz tome as providências necessárias à solução da lide.

Enfim, é explícita a magnitude da AP e da SAP frente ao sistema jurídico brasileiro, o que acarreta a necessidade de discussões profundas, haja vista estar em pauta a integridade psicológica e social de uma criança, cujos pais confundem parentalidade com conjugalidade. Nesse prisma, conhecer a abrangência da Lei nº 12.318/2010 é fundamental à proteção e conservação da paz nos lares familiares.

Assim sendo, são válidas as pesquisas e os esforços destinados para que a lei da Alienação Parental possua cabais condições de ser aplicada, e não ser mais uma a cair em desuso. Nesse diapasão, alargar-se-ão, em linhas vindouras, as acepções que pairam em torno da AP, suas problematizações, bem como os regramentos constitucionais acerca desse tema. E, por fim, conhecer-se-ão a interligação e a petrificação dos direitos das crianças alienadas com os Direitos Humanos fundamentais.

2 AS PRIMEIRAS DISCUSSÕES CONCERNENTES À ALIENAÇÃO PARENTAL E À SUA REVERBERAÇÃO PSICOSSOCIAL, A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Um dos grandes e recentes avanços do Direito das Famílias foi a conceituação e demarcação de um novo instituto jurídico, ao qual se atribuiu a nomeação de Alienação Parental, uma expressão desconhecida para a grande maioria dos brasileiros, mas um velho problema deles.

Para fins elucidativos, a Alienação Parental fora inicialmente observada nos Estados Unidos da América pelo psiquiatra forense Richard Gardner, em

meados dos anos 1980, sendo cunhada com referido termo. Professor da psiquiatria infantil da Universidade de Columbia (EUA), como esclarece Analicia Martins de Sousa (2010), Richard Gardner ponderou que a AP ocorria, especialmente, em crianças expostas a litígios judiciais entre seus genitores. Dessa forma, em seu trabalho como psiquiatra, passa a conduzir avaliações com as famílias em situações de rompimento conjugal.

Já no início dos anos 1980, Gardner passou a notar, também, que a prole envolvida no contexto traçado acima alimentava uma hostilidade exacerbada por um dos pais. Isso o levou a pensar que tal fenômeno tratava-se não de uma lavagem cerebral simplória. Todavia, reconheceu, posteriormente, que era a manifestação de um distúrbio da difamação realizada por um dos progenitores presente nos filhos alienados. Gardner dispõe, destarte, sobre a Alienação Parental sendo:

> Um distúrbio da infância, que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 1985, p. 2).

Em análise ao excerto acima, tornou-se cristalino o posicionamento do aludido psiquiatra estadunidense acerca da melhor conceituação da AP, haja vista estar resumida, em poucas palavras, numa campanha realizada, unicamente, com o escopo de desdenhar a figura de um dos pais. Em seguida, após o reiterado processo de xingamentos e injúrias, a criança toma uma inverdade inculcada pelo genitor-perverso a sua realidade concreta, acreditando nela. Por isso, o autor usa como parâmetro a lavagem cerebral, levada a doutrinar a prole a repudiar qualquer aproximação da figura atacada nesse contexto.

Após esse estudo conceitual pretérito, trazem-se a lume as prerrogativas erguidas pela Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe acerca do contexto alienante aqui averiguado. Tal legislação, em seu art. 2º, *caput*, define a Alienação Parental:

> Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Ainda nesse ponto, Maria Berenice Dias (2013), quando trata das falsas memórias imputadas aos filhos em processos de divórcio, explana, magistralmente, que eles se apegam, em demasia, aos fatos contados por seu responsável legal (majoritariamente a mãe, por questões históricas) e consideram a existência do outro genitor desprezível. Com sapiência, diz a autora:

> Mas a finalidade é uma só: levar o filho a afastar-se de quem o ama. Tal gera contradição de sentimentos e, muitas vezes, a destruição do vínculo afetivo. A criança acaba aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado. Identifica-se com o genitor patológico e torna-se órfã do genitor alienado, que passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. O alienador, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se os dois unos, inseparáveis. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro (DIAS, 2013, p. 16).

E, como forma de tentar explicar o contexto no qual se insere a Alienação Parental, anota Analicia Martins de Sousa (2010), Richard Gardner faz uma oportuna analogia, ligando tal prática à área da informática. Assim, inicialmente, o aludido psiquiatra compara esse processo de desmoralização da figura do ex-cônjuge alienado (a maioria dos casos ocorre após as separações conjugais) a uma programação de computador, onde as informações (*software*) são inseridas em dispositivos (*hardware*). Trazendo tal pensamento a pessoas, as instruções mencionadas seriam as verbalizações, atos, difamações realizadas pelo agente alienador, e os dispositivos, os círculos cerebrais, a memória da criança.

Com efeito, o filho alienado recepciona tão facilmente as inverdades transmitidas, que demonstra completa amnésia em relação às experiências positivas vividas *a priori* com o genitor-alvo da alienação. O repúdio, resultado dos rebaixamentos constantes, passa a ser autônomo, porquanto a criança, frágil e desamparada moralmente, acredita veementemente nas conversas rotineiras com um dos seus pais, o que leva Richard Gardner a equiparar a prole a um ser autômato. Esse autor, citado, ainda, por Analicia Martins de Sousa (2010),

estabelece uma relação de causa e efeito, desconsiderando a capacidade de reação dos indivíduos perante a complexidade das relações humanas e tal observação, indubitavelmente, ensejou no uso, pelo autor, em termos como programação, por exemplo.

Na teoria proposta por Richard Gardner, encontra-se a individualidade como característica, uma vez que, embora a AP envolva todo o seio familiar, no modelo médico advogado, deve-se observar os sintomas apresentados pela criança, delineando o seu diagnóstico, verificando daí uma avaliação individual. Abandona-se, nessa teoria, o modelo sistêmico, porquanto, conforme o psiquiatra, inviabilizaria o estudo controlado. À medida que desconsidera o funcionamento dos sistemas, Gardner busca enquadrar a família imersa no litígio num modelo identificado como teórica, privilegiando a descrição de sintomas para a classificação de doenças e, seguidamente, uma caracterização dos indivíduos.

Após ser cunhado, inicialmente, por Richard Gardner, o precursor da Alienação Parental, que faleceu em 2003, tal processo alienante fora difundido pela Europa, com base nos estudos desse autor por François Podevyn. Este descreveu, a partir de 2001, o citado problema usando como parâmetro fatos ocorridos em sua própria vida, porquanto fora vítima dos atos praticados pela mãe dos seus três filhos.

François Podevyn analisou a Alienação Parental sob a perspectiva de sua consequência derradeira, qual a seja a Síndrome da Alienação Parental (SAP). Esclareceu que, normalmente, tal transtorno psicológico, advindo dos atos difamatórios do alienador, manifesta-se, sobretudo, no ambiente da mãe, por conhecer historicamente que a mulher é a mais indicada para exercer a guarda dos filhos. O referido pensamento apoia-se, também, nos ensinamentos de Jorge Trindade. Este sublinha, entretanto, que aludido cenário pode ser traçado por qualquer um dos genitores.

É importante, ainda, repisar que a AP e a SAP não devem ser confundidas, haja vista que esta é consequência daquela, assim pontua Rodrigo da Cunha Pereira:

> Na verdade, a síndrome pode ser a consequência da alienação parental, quando atingida em um grau mais elevado. Mas nem

> sempre há uma síndrome, embora possa estar presente a alienação parental. A partir do momento em que se pôde nomear, isto é, dar nome a uma sutil maldade humana praticada pelos pais que não se entendem mais, e usam os filhos como vingança de suas frustrações, disfarçada de amor e cuidado, tornou-se mais possível protegê-los da desavença dos pais (PEREIRA, 2003 apud DIAS, 2013, p. 32).

Jorge Trindade (2010), ainda, anotando sobre o mesmo diapasão, elucida que a Alienação Parental e a SAP são mais prováveis de acontecer em famílias multidisfuncionais. Assim, quando uma família possui uma dinâmica muito perturbada, a Síndrome da Alienação Parental pode ser considerada uma tentativa desesperada de busca de equilíbrio. Ademais, como a síndrome ora mencionada acaba mobilizando familiares, amigos, vizinhos, profissionais e as instituições judiciais, existe sempre a fantasia de que essas pessoas ou órgãos, de alguma forma, irão restabelecer a homeostase familiar, que já não existe mais.

Nesse contexto, Jorge Trindade (2010) discorre que a Síndrome da Alienação Parental é o cenário de pactualizações diabólicas, vinganças recônditas relacionadas a conflitos subterrâneos inconscientes, por exemplo.

Reafirmando, enfim, as anotações de Jorge Trindade e trazendo a lume outras, é compreensível que as manifestações da Alienação Parental ocorram, preponderantemente, nas separações e divórcios da sociedade atual. Até porque, após as cisões litigiosas, os pais, por quererem demonstrar-se superiores ao outro progenitor, manipulam a forma de pensar do filho, com atitudes específicas, desejando obstruir e prejudicar o elo da criança com o outro pai, e obtendo a guarda definitiva somente para si. Dessa maneira, o genitor alienador educa os filhos no ódio contra o outro genitor, seu pai ou sua mãe, até conseguir que eles, de modo próprio, levem a cabo esse rechaço, assim salienta Trindade (2010).

Assim, apesar de haver uma uniforme tendência a estar relacionado à separação ou ao divórcio, há traços de comportamento alienante, identificados no cônjuge alienador, durante os anos tranquilos de vida conjugal, cuja disposição, entretanto, afirma-se após o rompimento familiar. Sousa (2010), citando Fedullo, afirma que a Alienação Parental, destarte, não ocorre exclusivamente num ambiente de ruptura do elo dos casais, porquanto:

> Fedullo (2001) considera, por outro lado, que nem sempre os vínculos parentais e conjugais se misturam durante o divórcio. Para a autora há, pois, situações em que o processo de separação é sentido

> como parte natural do ciclo vital do grupo familiar. O vínculo parental, nessas situações, poderá então ser protegido, as fronteiras do sistema familiar serão respeitadas, e os lugares de cada um, enquanto pai, marido, mãe, mulher e filhos, ficam evidenciados. Já em outros casos, segundo a autora, o ciclo vital da família fica seriamente perturbado, o tempo como paralisado e o sistema familiar enrijecido. O divórcio, dessa forma, é sentido como ataque e ruptura; as fronteiras entre pais e filhos se misturam. Em tais situações, por vezes, os filhos assumem o lugar de responsáveis por seus próprios pais e irmãos, ou ainda, parecem ocupar a função marital para que não se sinta a ausência do cônjuge que partiu (SOUSA, 2010, p. 27).

Mediante todo esse arcabouço conceitual, compreende-se que a Síndrome da Alienação Parental resume-se em abusos contra a criança e, com obviedade, em negligência por parte dos seus representantes legais, quais sejam os seus pais, que se aproveitam da fragilidade intrínseca da infância para alimentar o seu ódio pelo (ex) parceiro. Com efeito, Jorge Trindade (2010) ressalta, ainda, que a SAP constitui uma forma grave de maus tratos e alerta aos genitores o cuidado a ser tomado, relatando assim tal assertiva:

> Quando o processo de separação ou divórcio vem marcado por alta carga de conflitualidade relacional, tingido por imputações excessivamente coloridas, que não existiam antes da eclosão do conflito conjugal, e com indicadores que apontam para uma adequada paternidade ou maternidade prévias, recomenda-se que sejam tomadas redobradas cautelas no valorar a desqualificação de um genitor sobre o outro, devido ao risco de ocorrência da Síndrome da Alienação Parental, que, relembramos, consiste em programar o(a) filho(a) para odiar o outro genitor, sem motivo real, como reação vingativa de uma perda inaceitável (TRINDADE, 2010 apud DIAS, 2013, p. 28).

Jorge Trindade ensina, outrossim, que os casos de mau trato e abuso são sempre graves e necessitam ser tutelados pelo Estado-Juiz por meio de reprimendas capazes, eficazmente, de frear qualquer espécie de violência psicológica. Para tal, apresenta medidas cessantes ao processo alienante, sugerindo uma separação temporária do filho e seu genitor-perverso.

À vista disso, enfim, percebe-se que o filho alienado é utilizado como instrumento de vingança, sendo desconsiderado os seus mais elementares direitos, como a convivência com ambos os pais. Tal afirmação leva Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, a atrelar a Alienação Parental ao fenômeno da "objetificação" da criança, isto é, esta

é deslocada do patamar dos sujeitos de direito e desejos e passa a ser, simploriamente, objeto de satisfação de escopos vis.

Esse barateamento da prole enseja graves consequências socioemocionais, como sentimentos de baixa autoestima, insegurança, depressão, medo, afastamento de outras crianças, transtorno de personalidade, dentre outros. Analicia Martins de Sousa (2010) corrobora o raciocínio de Rodrigo da Cunha Pereira, discorrendo que, além dessas reverberações nefastas, a vida futura de crianças e jovens, vítimas das campanhas alienantes, resta comprometida. Uma vez que a Alienação dificulta suas relações sociais e, infelizmente, chega-se ao cenário de eles mesmos reproduzirem esses comportamentos dos quais são, sorrateiramente, afetados.

Enfim, a notória desconsideração tocante à prole pelos progenitores no que atina à Alienação Parental é característica essencial para se compreender a magnitude dessa problemática, que assola, indubitavelmente, nas famílias brasileiras com tamanha incidência. Como medida repressora, cabe censurar atitudes alienantes, alardeando-as em forma de protesto a pais irresponsáveis e de respeito aos menores frágeis. Para isso, conhecer o comportamento linear adotado pelos alienantes assume uma envergadura considerável, pois não se combate um infrator sem, anteriormente, visualizá-lo.

3 CARACTERÍSTICAS PSICOLÓGICAS E COMPORTAMENTAIS CLÁSSICAS DO AGENTE ALIENADOR (OU PERVERSO) CONVENCIONADAS LEGIFERANTE E DOUTRINARIAMENTE

Fonseca (2007) considera que, mediante o casuísmo das situações que ensejam a AP e, seguidamente, a SAP, a melhor forma de reconhecê-las seria por meio do padrão comportamental adotado pelo genitor alienador. Assim, o foco não seria sobre a criança e o jovem alienados, mas analisar, psicológica e socialmente, as atitudes do agente realizador da Alienação Parental. Dentre os comportamentos, destacam-se:

> [...] não comunica ao outro genitor fatos importantes relacionados à vida dos filhos (rendimento escolar, agendamento de consultas médicas, ocorrência de doenças etc.); [...] apresenta o novo

> companheiro à criança como sendo o seu novo pai ou mãe; [...] transmite o seu desagrado diante da manifestação de contentamento externada pela criança em estar com o outro genitor; controla excessivamente os horários de visitas; [...] transforma a criança em espiã da vida do ex-cônjuge; [...] quebra, esconde ou cuida mal de presentes que o genitor alienado dá ao filho; [...] (FONSECA, 2007, p. 12).

Motta (2007) enfatiza o comportamento do agente-perverso na medida em que é essencial para o diagnóstico da Alienação Parental, pois, segundo a autora, há a necessidade solar de perscrutar o relacionamento dele com as figuras alienadas, as quais se tornam reféns do seu ódio. Assim, disserta que:

> Características psicológicas, comportamentos recorrentes e padrões de relacionamento formam um conjunto valioso a ser observado, pois montam um quadro geral do genitor alienador, de sua relação com os filhos, com o ex-cônjuge e com o ambiente, de modo geral suficientemente claro, para não deixar margens para dúvidas de que o que está em curso é a Síndrome da Alienação Parental (MOTTA, 2007, p. 45).

Quanto aos comportamentos, ainda, vivenciados pelo progenitor alienador, Motta (2007) corrobora que a mudança de residência do filho para outra cidade, sem dar conhecimento à mãe ou ao pai alienado, configura-se também atos do processo alienante, "abduzindo" a prole para lograr seus objetivos.

Entretanto, no que toca a esse posicionamento, Richard Gardner advoga uma forma mais ponderada, uma vez que a decisão do genitor-perverso em transladar de moradia pode significar somente uma necessidade, influenciada pelo ingresso em outro emprego ou alimentar um novo relacionamento. Por isso, ressalta o psiquiatra precursor da AP, que, perante o caso concreto, deve o terapeuta especialista avaliar, aproximando-se da verdade real, qual era a intenção verídica dessa atitude materna ou paterna.

Já Jorge Trindade (2010) escalpela que, para se fazer uma abordagem terapêutica da AP, exige-se uma avaliação de todas as pessoas envolvidas, havendo, dessa forma, uma necessidade de atendimento da criança, do alienador e do alienado. À vista disso, Trindade desperta para a importância de ser rapidamente detectada a Alienação Parental, porquanto, segundo o renomado autor, quanto mais cedo ocorrer a intervenção psicológica e jurídica, tanto menores serão os prejuízos causados, facilitando o prognóstico de tratamento.

Como o próprio Jorge Trindade esclarece, é difícil estipular, com segurança, uma lista das principais condutas do alienador, haja vista podendo ser ele muito criativo, mas, como forma exemplificativa, arrola algumas atitudes, quais sejam: apresentar o novo cônjuge como o novo pai ou nova mãe; interceptar cartas, *e-mails*, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos; sair de férias e deixar os filhos com outras pessoas; ameaçar punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge; e ocupar os filhos no horário destinado a ficarem com o outro configuram alguns atos comportamentais que estimulam o surgimento da Alienação Parental.

Após essa análise doutrinária dos principais estudiosos em linhas pretéritas, traz-se à baila o rol não taxativo, elencado pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.318/2010, das atividades realizadas pelo agente-perverso com o intuito de afastar o filho do ex-cônjuge, isto posto: realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade (inc. I); dificultar o exercício da autoridade parental (inc. II); dificultar contato de criança ou adolescente com genitor (inc. III); dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar (inc. IV); omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço (inc. V); apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente (inc. VI); e mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (inc. VII).

Além dos supracitados incisos, cabe sublinhar, mais uma vez, que o rol é exemplificativo, o que dá margem a outras situações diante do caso concreto, declarados pelo juiz ou constatados por perícia (art. 2º, *caput,* segunda parte, da Lei nº 12.318/2010). E vale frisar, por fim, que esse comportamento pode ser praticado diretamente pelo genitor alienador, ou auxiliado por terceiros (avós, babás, etc.).

4 O VILIPÊNDIO EXPLÍCITO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PELA PRÁTICA ARDILOSA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Em vista ao conceito da Alienação Parental, seu processo alienante, bem como todas as suas consequências, sobretudo a Síndrome da Alienação Parental, não parece obscura a constatação que há a violação às disposições e aos princípios constitucionais, aos quais se referem, principalmente, à família, à criança e ao adolescente.

A priori cita-se o princípio basilar da Carta Magna, qual seja a Dignidade da Pessoa Humana, insculpida em seu art. 1º, inc. III, que deve fundamentar a ordem social, jurídica e política do Brasil. A Dignidade da Pessoa Humana fora recentemente positivada, pois somente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a Declaração Universal da ONU (1948) passou a ser reconhecida e expressa nas Constituições de diversos países. Todavia, foi referenciada pela primeira vez na Bíblia Sagrada, em seu Antigo e Novo Testamento, ao mencionar que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, ligando a figura humana a uma divindade suprema dotada de reverência e valor.

Segundo Sarlet (2011), quanto à seara filosófica, o instituto da dignidade não está associado à religião, mas sim à posição social do homem perante a sociedade. Assim, em termos de proporcionalidade, quanto maior o reconhecimento que o indivíduo tivesse perante o meio comunitário, mais ampliada seria sua dignidade.

Já no âmbito jurídico, de um modo geral, o referido instituto atrela-se à responsabilidade do Estado em assegurar que o indivíduo tenha as condições mínimas necessárias para sua sobrevivência, essencial a um Estado que se intitula Democrático de Direito. Assim sendo, a dignidade revela-se como uma valorização do ser humano, porquanto resguarda o devido respeito e os seus direitos, o que implica também ser uma prerrogativa irrenunciável e inafastável dos cidadãos. Enfim, Ingo Wolfgang Sarlet define, espetacularmente, tal prerrogativa como sendo uma:

> (...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por

> parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 73).

Com as devidas e oportunas explanações feitas acima sobre a Dignidade da Pessoa Humana, torna-se cristalina que a Síndrome da Alienação Parental, o distúrbio psicológico adquirido pela criança em processo alienante, atinge frontalmente o aludido fundamento, já que a priva de uma condição mental mínima de pensar e agir baseada em fatos verdadeiros. Com a SAP, como já visto, a prole transtorna-se pelo conflito existente entre os seus genitores, afogando-se numa batalha pertencente à vingança, ao ódio e à desesperança. A implantação dessas falsas memórias leva o filho alienado a rechaçar qualquer aproximação do ente alienado, o que corrompe sua relação familiar, reverberando no seio social.

Assim, ainda atinente ao conflito psicológico enfrentado pela criança alienada, esta possui os seus direitos postos em segundo plano, haja vista ser utilizada como arma em processos judiciais, num verdadeiro fenômeno de "instrumentalização infantil", como a separação conjugal litigiosa, ensejando a disputa pela sua guarda. Dessa forma, a Humanidade inerente ao indivíduo é surrupiada, justamente, por quem deveria preservá-la contra ataques externos.

As falsas verdades inculcadas nos filhos alienados propiciam incontáveis obstáculos ao seu crescimento saudável, o que refletirá na sua vida social. Assim, tendo em vista que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, após análise de sua carga conceitual, protege ferrenhamente a vida em sua acepção mais plausível, a Alienação Parental pode ser uma vilã dessa existência material da prole. Até porque esta, em seu mundo obscuro de alienação reiterada, pode cometer o suicídio. Esclarece, com efeito, Fonseca:

> Como decorrência, a criança passa a revelar sintomas diversos: ora apresenta-se como portadora de doenças psicossomáticas, ora mostra-se ansiosa, deprimida, nervosa e, principalmente, agressiva. [...] a depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e, às vezes, o suicídio [...] a tendência

> ao alcoolismo e ao uso de drogas também é apontada como consequência da síndrome (FONSECA, 2007, p. 10).

Tal consequência extrema é, também, lembrada pelo renomado autor Jorge Trindade (2010), quando este arrola os principais comportamentos dos filhos que vivenciam, rotineiramente, a AP e que já são portadores da nebulosa Síndrome da Alienação Parental.

Além dos golpes à Dignidade da Pessoa Humana, a prole alienada torna-se órfã de pai ou mãe viva, pois o agente alienador tenta, reiteradamente, como já visto, quebrar o vínculo familiar do filho com o ex-cônjuge. Isso decorre de uma discrepância deficiente realizada entre conjugalidade e parentalidade. Ou seja, os pais confundem as relações matrimoniais, rompidas pelas lides constantes, com as ligações parentais, que se perpetuam por fatores emocionais.

Dessa sorte, como escalpa Sousa (2010), nota-se uma obscuridade na capacidade dos pais em preservar a relação com os filhos, assim como a desenvoltura de manterem entendimento mútuo em questões relacionadas a esses num cenário de desafeição. Conforme estudo de Souza (2006), há uma subvalorização da própria capacidade parental, dando mais importância à raiva dirigida ao ex-cônjuge ou à culpa por ter uma família degradada.

Nessa incapacidade de os pais gerirem a relação parental após a separação judicial, agredindo o ex-parceiro verbalmente, a criança passa a conviver com apenas um dos seus genitores, rejeitando, consciente ou inconscientemente, qualquer aproximação do alienado. Isto posto, há um ferimento à disposição constitucional com dicção no § 5º, art. 226, da Constituição Federal/1988 no que atina ao direito da criança e do adolescente de conviver com ambos os pais. Tal dispositivo assevera que os direitos e as obrigações referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

As obrigações pertinentes ao contexto ora apresentado são a criação, educação, direcionamento, saúde, lazer, e demais prerrogativas atribuídas aos filhos no seio familiar. A ausência de uma das figuras dessa dupla relação (pai e mãe) pode desequilibrar o desenvolvimento da prole, o que ocorre na maioria dos casos envolvendo cisões conjugais litigiosas. O citado art. 226 vem, também, reafirmar a igualdade de direitos que os homens possuem em relação às mulheres

no matrimônio ou na convivência análoga ao marido e esposa, reforçando, destarte, a equiparação disposta no art. 5º. inc. I, também da Carta Magna.

Perante a inserção feminina no mercado de trabalho, e uma maior participação do ente paterno no acompanhamento do desenvolvimento do seu filho, está vendo-se uma tímida superação da supremacia da mãe em ser, unicamente, a grande responsável pelos cuidados essenciais destinados à criança. Modernamente, a paternidade tem ganhado seu espaço nesse cenário e reivindicado pelos seus direitos, desdenhando o seu único papel histórico na instituição familiar, o de provedor econômico. Daí surgiu o instituto da Guarda Compartilhada, a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Após dissecação do dispositivo constitucional referente à convivência familiar isonômica, cabe abordar que a criança ou adolescente possui integral proteção da família, da sociedade e do Estado, alargada pelo princípio da Proteção Integral. Anota-se que, apesar desse rol de responsáveis, o maior garantidor é o Estado, que deve ofertar a execução de Políticas Públicas capazes de atender a essa parcela vulnerável da população. A base legal encontra-se no art. 227, *caput*, da Carta Suprema, assegurando à criança o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessarte, há, por parte dos já citados garantidores (família, sociedade e Estado), uma explícita obrigação de dar prioridade absoluta a esses direitos. Eliane Araque Santos, com a maestria que lhe é inexorável, escalpela a respeito:

> Crianças e adolescentes são sujeitos especiais porque pessoas em desenvolvimento. O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como expresso no art. 227, da Constituição Federal, implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento (SANTOS, 2006, p. 130).

Além disso, há, no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu art. 6º, *caput*, expressa orientação quando se versa sobre o art. 227, uma vez que deve ser respeitada a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. A criança e o adolescente, nesse diapasão, gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo assegurados por lei ou por outros meios, como dispõe o art. 3º, *caput*, do ECA, as facilidades e as oportunidades, objetivando promover o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Quando se trazem essas garantias constitucionais e as com fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente ao campo da Alienação Parental, há uma violação direta ao direito ao respeito, à liberdade, à dignidade e à convivência familiar já dissertadas em linhas anteriores. O desenvolvimento tão advogado pelo ECA é surrupiado brutalmente pelas práticas da AP, chegando até mesmo a atitudes radicais, como o suicídio, já visto.

Outro ponto imperioso a ser tratado é o princípio da Paternidade Responsável, que encontra respaldo no art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988, na medida em que toda criança tem o direito de conhecer e ser cuidada pelos seus pais. Nessa toada, a Paternidade Responsável deve ser exercida desde a concepção do filho, a fim de que o pai, biológico ou afetivo, responsabilize-se pelas obrigações, exigindo, pois, um planejamento familiar. No processo alienante, a criança alienada é afastada de quem a ama, um dos seus progenitores, vilipendiando aludido princípio.

As relações familiares são regidas, também, pelo princípio da Solidariedade Familiar, que entrou em vigor após a promulgação da Constituição Federal atual. Segundo Lisboa (2002), tal princípio decorre da solidariedade social (art. 3º, inc. I, da Carta Suprema) e pode ser observado sob seus ângulos interno e externo. Se for observado externamente, pode-se dizer que cabe ao Poder Público, assim como à sociedade civil, a promoção de políticas públicas que garantam o atendimento às necessidades familiares dos pobres e excluídos. Contudo, se for analisado internamente, percebe-se que cada membro componente de um determinado grupo familiar tem a obrigação de colaborar para que os outros membros da família obtenham o mínimo necessário para o seu completo desenvolvimento biopsíquico.

Na Alienação Parental, infelizmente, não se observa o princípio da Solidariedade Familiar, uma vez que a figura alienadora ignora qualquer colaboração do ex-cônjuge. Enfim, mediante os princípios e as normas constitucionais e infraconstitucionais analisados, não é obscuro o ataque à Constituição Federal e, também, ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, as políticas públicas não estão sendo eficazes para desacelerar os efeitos da AP, porquanto a intervenção estatal no seio familiar, embora necessária, é enormemente criticada, já que, supostamente, estar-se-ia limitando a privacidade parental.

5 OS DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE À ALIENAÇÃO PARENTAL

Antes de perscrutar a ligação existente entre os Direitos Humanos e a prática da Alienação Parental, e como forma de facilitar, sobremaneira, a compreensão desse vínculo, é de tamanha magnitude inicialmente traçar o perfil histórico e a fundamentação teórica concernentes ao berço desses direitos considerados universalmente.

Destarte, a ideia dos Direitos Humanos ganhou demasiada relevância ao longo dos passos curtos da história, tendo em vista que seus pressupostos e princípios possuem o escopo de observar e proteger, universalmente, a Dignidade da Pessoa Humana. Além disso, diversos documentos contribuíram, sobremaneira, para a concretização desses direitos de índole universal antecedentemente à positivação do Direito.

Todavia, como salienta Fábio Konder Comparato (2005), tais cartas não eram uma garantia da liberdade do homem comum, mas contratos feudais nos quais os reis se comprometiam a respeitar os direitos dos seus vassalos, não afirmando propriamente, portanto, Direitos Humanos, mas estamentos. Já na modernidade, continua Konder, o surgimento da lei escrita cria uma regra geral e uniforme, afirmando que todos os indivíduos, vivendo numa sociedade organizada, ficam submetidos à aludida normatização.

Assim, com a positivação das teorias filosóficas de Direitos Humanos, enquanto absenteísmo estatal, é que há um reconhecimento da positivação e efetivação dos Direitos Universais da Humanidade. A partir de 1776, dois fatores cruciais consagraram os direitos fundamentais e Humanos, quais sejam: jusnaturalismo racionalista e as teorias contratualistas. Segue esse pensamento o ilustre Antonio Enrique Pérez-Luño:

> São ingredientes básicos na formação histórica da ideia dos direitos humanos duas direções doutrinárias que alcançam seu apogeu no clima da Ilustração: o jusnaturalismo racionalista e o contratualismo. O primeiro, ao postular que todos os seres humanos desde sua própria natureza possuem direitos naturais que emanam de sua racionalidade, como um traço comum a todos os homens, e que esses direitos devem ser reconhecidos pelo poder político através do direito positivo. Por sua vez, o contratualismo, tese cujos antecedentes remotos podemos situar na sofística e que alcança ampla difusão no século XVIII, sustenta que as normas jurídicas e as instituições políticas não podem conceber-se como o produto do arbítrio dos governantes, senão como resultado do consenso da vontade popular (PÉREZ-LUÑO, 2002, p. 23).

Portanto, as duas posições doutrinárias que elevaram a temática dos Direitos Humanos podem ser delineadas no positivismo e no jusnaturalismo. Este defendido por doutrinadores ínclitos Dalmo de Abreu Dallari e o já mencionado Fábio Konder Comparato, onde a Pessoa Humana é o fundamento atemporal, global e absoluto dos Direitos Humanos. Estes implicam um tratamento igualitário, justo e solidário a todas as pessoas e sublinha sua dignidade como a razão máxima do Direito e da sociedade, havendo o dever de resguardá-la e cultivá-la.

Nessa concepção, os direitos não são frutos das ações humanas e estatais, mas preexistem ao Direito. Direitos Humanos são a reunião de condições, garantias e comportamentos, pela visão jusnaturalista, capazes de assegurar o elemento essencial do homem, a sua dignidade em sentido universal. Para fins conceituais, o eminente João Baptista Herkenhoff discorre que:

> Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir (HERKENHOFF, 1994, p. 30).

Já o positivismo, advogado por Norberto Bobbio, onde se afirma a inexistência quase que absoluta dos direitos, já que o processo dogmático jurídico caracteriza-se pela historicidade, advindo de uma ordem do Direito passível de constantes modificações, bem como outros indicadores, isto é, a sociedade, a cultura, a economia, etc. Um preceito, na ótica positivista, só pode receber o caráter de jurídico quando carregado de repressão, concedendo a eficácia. Se o ordenamento não oferta garantias para assegurar o cumprimento das regras, só será mera expectativa de conduta.

Atualmente, todavia, está-se vivenciando uma tendência de positivação dos Direitos Humanos, salientada aprioristicamente, inserindo-os nas Constituições das nações, o que reflete, também, a criação de mecanismos internacionais, a exemplo dos tratados e convenções Internacionais.

O tratado internacional com o maior número de aceitações ou ratificações, em 2010 contara 193 países, é a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 1989, estando vigente desde 1990. Na referida Convenção, segundo a insigne Flávia Piovesan, a criança é definida como o ser humano inferior a dezoito anos de idade.

A Convenção sobre os Direitos da Criança elenca inúmeros direitos inerentes à sua personalidade, como: direito à vida e à proteção contra a pena capital; a liberdade de pensamento, religião e consciência; a proteção de seus interesses no caso de adoção; direito ao acesso aos serviços de saúde, devendo o Estado reduzir a mortalidade infantil e abolir práticas tradicionais prejudiciais à saúde; direito à educação, objetivando que todos os Estados ofereçam educação primária compulsória e gratuita; proteção ante a separação dos pais. Esta última garantia com *status* de Direitos Humanos, como se vê, afasta, tacitamente, qualquer ato revestido de Alienação Parental, haja vista esta ocorrer, na maioria esmagadora dos casos, em famílias rompidas pela separação dos pais.

Enfim, os Direitos Humanos das crianças visam, sobretudo, protegê-las de qualquer lesão ou ameaça a direito, abrangendo todas as esferas e níveis de sua existência. Dessa forma, a Alienação Parental torna-se um alvo para os duros golpes advindos de tratados internacionais, onde estes preveem a adoção de políticas públicas capazes de sanar quaisquer lacunas ou violações às leis.

6 CONCLUSÃO

A Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental ceifam os interesses das crianças envolvidas nas separações judiciais pelas quais seus pais as submetem e, o que é imperioso ressaltar, nem sempre tal processo alienante ocorre com o rompimento conjugal. Isto é, há a possibilidade de o pai ou a mãe acometer o filho de falsas verdades, pondo-o contra um dos seus genitores.

Nessa toada, a criança, imersa nas práticas difamatórias de um dos seus pais, prioriza as ideias implantadas por eles em detrimento das suas, já que suas verdades são bastante frágeis frente aos dos seus responsáveis legais, aproveitando-se dessa situação o agente-perverso. Este usa o próprio filho como instrumento para se vingar das mazelas conjugais. É nesse cenário que a prole passa a agir em nome alheio para satisfazer interesses de terceiros, sendo repudiada sua própria dignidade enquanto Pessoa Humana e sujeita de direitos.

O que se vê, infelizmente, são vilipêndios reiterados às normas e princípios constitucionais, que, apesar de elevarem os interesses das crianças ao mais elevado patamar num ordenamento jurídico, são esquecidos perante a Alienação Parental. Esta, tendo como tipificação a Lei nº 12.318/2010, ataca, internacionalmente, os Direitos Humanos das crianças, pois elas são expostas a uma situação degradante de desídia quanto às suas prerrogativas inexoráveis.

Em suma, as medidas ou políticas públicas destinadas a proteger os direitos das crianças e, principalmente, os dos filhos envolvidos em processos de separações judiciais, dependem de uma maior divulgação da Alienação Parental, bem como da sua tipificação, porquanto deve conhecer-se o problema para que o mesmo seja combatido pela própria família, pela sociedade e, sobretudo, pelo Estado.

7 REFERÊNCIAS

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

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 17 nov. 2013.

BRASIL. Lei n. 12318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, 2010. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em 24 set. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FEDULLO, Sandra. **Filhos do divórcio**. In*: CASTILHO, T. (Org.). Temas em terapia familiar*. São Paulo: Summus, 2001.

FONSECA, *Priscila* Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da Alienação Parental**. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p. 5-16, fev./mar. 2007.

GARDNER, Richard. **Parental alienation syndrome vs. Parental alienation: which diagnosis should evaluators use in child custody disputes?** In: *The American Journal of Family Therapy*, v. 30, n.2, 1985.

HERKENHOFF, João Batista. ***Curso de Direitos Humanos***. v I. São Paulo: Acadêmica, 1994.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **A síndrome da alienação parental. In: APASE (Org.). Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social.** *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano IV, n. 16, jan./fev./mar.2003 *apud* DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. ***Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución***. 3ª ed. Madri: Teccnos, 1990.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Eliane Araque. **Criança e adolescente: sujeitos de direitos**. 2006. Disponível em:<http://www.ibict.br/revistainclusaosocial/include/getdoc.php?id=303&article=57&mode=pdf > Acesso em 02 set. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SOUZA, Roberto Martins. **Configurações plurais. Especial: as novas configurações da família: o que mudou e o que permanece.** In. *Viver, Mente e Cérebro*, ano XIV, n. 167, p. 53-59, dez. 2006.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DO IDOSO NO CENÁRIO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM BASEADA NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PROMOÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

RIGHT JUDICIALIZATION THE HEALTH OF THE ELDERLY IN THE BRAZILIAN SCENARIO: AN APPROACH BASED ON HUMAN DIGNITY, EXISTENCIAL MINIMUM PROMOTION AND POSSIBLE RESERVE

Luênea Leite de Albuquerque[1]
Roberta Gonçalves Bezerra de Menezes[2]

RESUMO

O presente artigo objetiva discutir sobre a judicialização do direito fundamental social à saúde do idoso, abordando inicialmente a construção histórica desse direito ao longo das constituições brasileiras, remetendo-se à proteção jurídica concedida ao idoso no ordenamento jurídico brasileiro, como também à discussão envolvendo saúde, mínimo existencial, reserva do possível e os destacáveis princípios da proteção integral e prioridade absoluta, a ele destinados. Para tanto, realizou-se pesquisa qualitativa, utilizando-se os métodos de procedimento dedutivo e sistêmico, embasando-se em diplomas e legislações voltados à proteção especial desse direito, como a Constituição Federal, o Estatuto do Idoso (Lei n° 10.741/2003), a Política Nacional do Idoso (Lei n° 8.842/94) e a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (Portaria n° 2.528, de 19 de outubro de 2006). Utilizou-se como técnica de pesquisa estas documentações indiretas, incluindo a pesquisa bibliográfica através de livros, dissertações e artigos, intentando uma abordagem atual do tema. Concluiu-se que, à luz do contexto histórico brasileiro, a judicialização da saúde do idoso é um reflexo do exercício do direito de cidadania no Estado Democrático de Direito.
PALAVRAS-CHAVE: Idoso; Direito Fundamental Social à Saúde; Reserva do Possível; Mínimo existencial

ABSTRACT

This article aims to discuss the legalization of fundamental social right to health of the elderly, initially addressing the historical construction of this right along the Brazilian constitution by referring to the legal protection afforded to the elderly in the Brazilian legal system, as well as the discussion involving health , existential minimum reserves as possible and detachable principles of full protection and absolute priority, are intended. To this end, it carried out qualitative research, using the methods of deductive and systemic procedure, basing on diplomas and

[1] Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri - URCA; Bacharel em Direito pela URCA; Integrante do GEDHUF, Integrante dos Projetos de Extensão "Idoso Cidadão" e "APAE", ambos na URCA; Advogada.
[2] Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA.
Bolsista pelo programa PIBIC-URCA. Integrante do GEDHUF.

legislation aimed at special protection of this right, as the Federal Constitution, the Statute of the Elderly (Law No. 10.741 / 2003), the National Policy for the Elderly (Law No. 8,842 / 94) and the National Health Policy for the Elderly (Ordinance No. 2,528, of October 19, 2006). It was used as research technique these indirect documentation, including literature through books, dissertations and articles, attempting a current approach to the subject. It was concluded that, in light of the Brazilian historical context, the legalization of elderly health is a reflection of the exercise of citizenship rights in a democratic state.

KEYWORDS: Elderly; Social Fundamental Right to Health; Reserve Possible; Existential Minimum

1. INTRODUÇÃO

A judicialização do direito à saúde consiste em um dos principais temas inseridos no centro das discussões acadêmicas, levantando-se o questionamento de legitimidade da participação do Poder Judiciário no âmbito das Políticas Públicas, tendo em vista a aparente violação ao princípio da Separação de Poderes. No entanto, ante a inefetividade de direitos sociais como este, ainda mais quando se trata do direito do idoso, visto como prioridade absoluta do Estado, a atuação judicial é imprescindível para a prestação célere da tutela jurisdicional, pois a decisão pode consistir no elo que garanta o exercício da manutenção direito à vida ou a colaboração para sua morte.

No contexto do atual envelhecimento populacional, ter qualidade de vida é algo indispensável ao exercício dos demais direitos constitucionais. Dessa forma, a concessão de medicamentos por parte do Estado e a concessão de serviços públicos de saúde constituem ações que resultam diretamente na dignidade da pessoa humana.

Para melhor compreensão do atual reflexo que a inefetividade das Políticas Públicas de Saúde têm nas demandas do Poder Judiciário, é necessário debruçar-se sobre a construção histórico-jurídica do direito à saúde, propiciando uma abordagem mais ampla, permitindo ir além daquilo que aparentemente pode ser óbvio.

Parte-se do pressuposto de que o direito à saúde é considerado como um direito fundamental social, constituindo direito de todo e qualquer cidadão, imbuído das mesmas características dos direitos fundamentais, devendo ser

exercido pelo Estado por meio da implementação de políticas públicas e sociais que favoreçam ao indivíduo o gozo efetivo de seus direitos.

Dessa forma, questiona-se: o direito fundamental social à saúde admitiu esse patamar em todas as Constituições brasileiras? No que consistem o mínimo existencial e a reserva do possível? Qual destes deve prevalecer em ações que versam sobre o direito à saúde do idoso? A crescente judicialização da saúde pode ser vista como maior conhecimento da lei e consequente exercício da cidadania?

2. SAÚDE NO BRASIL: A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO?

Atualmente, o direito à saúde é considerado como um direito fundamental social intrinsecamente ligado ao exercício do direito à vida, garantindo-se o acesso universal e igualitário. Por meio das disposições constitucionais, verifica-se que é admitido ao indivíduo a postulação perante o Poder Judiciário ante lesão ou ameaça a direito, seja pela prestação de um serviço ou pela concessão de um medicamento.

A Carta Magna admite-o como direito de todos e consequente obrigação do Estado, devendo ser garantido através de políticas econômicas e sociais, reduzindo o risco de doenças para proteger, promover e recuperar a saúde do indivíduo. Contudo, é importante destacar que essa realidade nem sempre foi verificada no cenário brasileiro. Sendo assim, torna-se indispensável fazer algumas considerações sobre o direito à saúde no Brasil nos contextos jurídico e fático, a fim de se apontar a construção social acerca da fundamentalidade deste.

À priori, vale dizer que a saúde nem sempre foi considerada um direito fundamental do indivíduo, pois não era vista como uma prioridade estatal, clamando a atenção deste quando da infestação de epidemias que refletiam no contexto econômico.

Na Constituição Imperial de 1824, a saúde foi timidamente mencionada, estando atrelada às práticas mercantis, pois permite o exercício de trabalhos relativos à indústria, cultura ou comércio, desde que estes não afetem a saúde dos cidadãos, demonstrando a correlação do bem-estar individual com a esfera econômica (BRASIL, 1824, art. 179, XXIV).

Em contrapartida, a Constituição de 1881 não faz sequer menção à saúde, demonstrando um relativo retrocesso. Mas, segundo Albuquerque Júnior (2013), este documento possuía uma tímida cláusula aberta, porque seu artigo 78 protegia a garantia e os direitos nela não estipulados, resultantes dos princípios por ela defendidos, podendo, em último caso, ser invocada para a proteção da saúde (JÚNIOR, 2013).

Em seguimento à evolução do direito à saúde na esfera brasileira, é imperioso destacar um capítulo em especial do século XIX. O estado do Rio de Janeiro, o então prefeito Pereira Passos iniciou uma reforma urbana, no ano de 1902, em virtude de seu aspecto aparente demonstrar o caráter de colonial da cidade, com ruas estreitas e desorganizadas. Além disso, era difundida a imagem negativa desta pela recorrente incidência de epidemias como a varíola, febre amarela e a peste bubônica. A cidade não dispunha de um serviço satisfatório de abastecimento de água e rede de esgotos, propiciando ainda mais a difusão destas doenças (CARVALHO, 2006).

Visando efetivar ações para dissipação da febre amarela, Oswaldo Cruz implementou a desinfetação de ambientes como ruas, cortiços e casas para pôr fim à febre amarela. Em 1904, iniciou o combate à varíola, obrigando os indivíduos, por meio de lei, a receberem vacinas para conter a epidemia. Embora possa ser considerada como uma Política Púbica voltada à promoção da saúde humana, tais atos eram entendidos como violação aos direitos de primeira dimensão do indivíduo, a exemplo da liberdade e inviolabilidade do domicílio.

Num período marcado por constantes insatisfações e manifestações, iniciou-se, em 1904, a Revolta da Vacina. Entendendo que o Estado não tinha o poder de obrigar os cidadãos a injetá-la contra sua vontade, na visão dos cidadãos, além do desconhecimento dos efeitos colaterais desta pela população em geral, não bastasse a derrubada de suas casas, consideradas como não higiênicas, o Estado interveio ainda mais em sua liberdade individual. Embora tenham sido inúmeras as arbitrariedades cometidas por este ente, alcançou-se sua finalidade, qual seja a dissipação da febre amarela.

Para Carvalho (2006, p. 75), a Revolta da Vacina não passou de um protesto da população ante um aglomerado de insatisfações com o governo vigente,

apresentando, inclusive, aspectos moralistas, vez que se espalhou um boato de que "os médicos do governo aplicariam as vacinas nas coxas, ou mesmo nas nádegas, das mulheres e filhas dos operários", o que considera como peso decisivo no movimento por afetar a honra do chefe da casa, não cabendo ao Estado intervir desta forma. Afirma ainda que nesse período a população tinha noção dos deveres do Estado e de seus direitos, desde que fossem respeitados seus valores e vida privada.

Ressalta-se que a proteção à saúde surgiu não como um interesse do Estado em proteger o bem-estar de seu cidadão, mas sim como fomento à proteção do trabalhador, tendo em vista que a manutenção de sua saúde era fator indispensável para prosseguir com o funcionamento da máquina industrial e, consequentemente, do fator econômico. Era perceptível o interesse mínimo do Estado na proteção de uma vida digna, vez que as parcelas vulneráveis da sociedade estavam jogadas à própria sorte, a exemplo de crianças, adolescentes e idosos. Nesse período, observa-se que a saúde estava ligada diretamente à previdência social, pois a proteção social nesta esfera era concedida apenas aos trabalhadores regularizados (com carteira assinada), usufruindo da aparente saúde pública.

Em 1923, com a Lei Eloy Chaves, marco da Previdência Social no Brasil, surgiram as Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAP's), fornecendo às categorias profissionais a esta vinculadas tratamentos médicos e medicamentos a custos reduzidos. Em 1930, iniciou-se as bases de um sistema público de saúde através do Ministério da Educação e Saúde Pública, porém com acesso restrito, já que beneficiava apenas as profissões legalmente reconhecidas, marginalizando a saúde dos trabalhadores informais e demais indivíduos. As CAP's foram substituídas pelos Institutos de Aposentadoria e Pensão, ampliando os benefícios previdenciários os demais trabalhadores urbanos celetistas (JÚNIOR, 2013).

Em continuidade, a Carta de 1934, considerada como o primeiro diploma constitucional a mencionar a saúde enquanto direito, atribuindo à União e aos Estados a competência concorrente para cuidar da saúde e assistência públicas, em conformidade com o disposto no artigo 10, inciso II (BRASIL, 1934, art. 10, II). Destaca-se que, embora seja disposição única relativa à temática da saúde, essa

evolução legislativa pode ser visualizada como um primeiro passo à consideração da saúde humana como direito do indivíduo, atribuindo ao Estado o dever de sua proteção.

A Constituição de 1937, em seu artigo 5°, inciso XV, alínea *b*, outorgada por Getúlio Vargas, centralizou o poder no âmbito do executivo e reiterou a competência da União em legislar sobre normas de caráter geral de proteção e defesa da saúde, demonstrando o caráter autoritarista do governante (BRASIL, 1937, art. 5°, XV, "b").

Pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1946 não trouxe inovações, conferindo um regresso quanto à proteção da saúde, porque não a admite como um direito, mencionando-a em seu texto apenas como Competência legislativa da União e em caso de investidura em cargo público como inspeção precedente (BRASIL, 1946).

Já a Constituição Federal de 1967, fruto do período em que imperava a ditadura militar, foi redundante ao copiar o disposto na Carta de 1946, porém acrescentou a competência a tal ente para o estabelecimento de planos nacionais de saúde. No mesmo período, implantado o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), admitindo-se a participação dos trabalhadores legalmente regulamentados, houve aumento considerável da procura de tais serviços, resultando, em 1974, em seu desmembramento e na consequente implementação da autarquia federal denominada de Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), atendendo os contribuintes e seus dependentes, que é conhecido atualmente como o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

Mas, e como ficavam aqueles que laboravam no mercado informal ou simplesmente não se encaixavam em nenhum dos requisitos exigidos para vinculação ao INAMPS? Infelizmente, restavam-lhes recorrer a entidades filantrópicas de caráter religioso, denominadas de "Santas Casas", colaborando para a recuperação da saúde destes carentes.

Nesse ínterim, é interessante aduzir às afirmações de Júnior (2013) ao afirmar:

> Instituiu-se, assim, uma divisão de responsabilidades em que ao **Estado** eram reservadas as **medidas coletivas**, sobretudo o controle das endemias, enquanto a **assistência médica**

> **individual** ficou a cargo da seguridade social financiado pelo **sistema contributivo,** modelagem esta que contribuiu para a concepção, arraigada no país, de se enxergar o **direito à saúde** não como um direito do cidadão e dever do Estado, mas **como uma assistência ligada à esfera privada restrita** a quem contribuía, cenário acentuado com a instituição do Sistema Nacional de Saúde em 1975, o qual reconhecia essa dicotomia. (JÚNIOR, 2013, p.21, grifo nosso)

Dessa maneira, observa-se que o modo como as medidas de proteção à saúde foram implantadas no Brasil favoreceram ao pensamento de que o Estado não tinha o dever de intervir na proteção da saúde individual, sendo esta uma competência da seguridade social, necessitando da contribuição financeira para seu devido acesso.

Ante o cenário de desigualdade social para proteção da saúde e a consequente garantia da vida dos indivíduos, a Constituição Federal de 1988, norteada pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assegurou a saúde como direito de todos, garantidos o acesso universal e igualitário, imputando ao Estado o dever de efetivá-los através de políticas econômicas e sociais, reduzindo os riscos de doença, além de destinar ações e serviços para promover, proteger e recuperá-la. Quanto ao idoso, garante ainda o dever da família, sociedade e Estado na defesa de sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhe o direito à vida, que é desfrutado em tais condições quando da realização de sua necessária qualidade (BRASIL, 1988).

Assim, pode-se perceber que, à priori, a saúde nem sempre foi considerada pelo ordenamento jurídico brasileiro como um direito, submetendo as parcelas sociais mais carentes ao mero alvedrio do destino, caracterizado o sistema de saúde com acessibilidade restrita aos trabalhadores regularizados, com notória desproporcionalidade quanto às necessidades dos cidadãos, constituindo a Constituição Federal de 1988 em um marco histórico na garantia do acesso e exigibilidade da efetivação do direito à saúde pelo indivíduo, ensejando sua judicialização em pleno exercício da cidadania.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA VISÃO DOUTRINÁRIA- ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Por ser a saúde um direito essencial ao exercício de direitos como a vida, a liberdade, a igualdade, o trabalho e o lazer, refletindo sua promoção e recuperação no bem-estar, qualidade de vida e dignidade humanos, ao aduzir sobre esse direito no ordenamento jurídico pátrio**,** tona-se indispensável a remissão à dignidade da pessoa humana que, conforme a estipulação constitucional no texto de 1988, é caracterizada como fundamento do Estado Democrático de Direito, limitando o poder estatal e conduzindo suas ações à garantia e efetivação dos direitos fundamentais e sociais assegurados (BRASIL, 1988).

Muito se discute acerca da definição do que vem a ser a dignidade da pessoa humana: se um fundamento, princípio, direito fundamental ou valor do ordenamento jurídico brasileiro, vez que seu caráter de incidência é bastante amplo, podendo admitir várias facetas no Direito. Para compreender a relação entre a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, é necessário apontar seus principais contornos, fazendo apenas algumas exposições da discussão doutrinária, sem que se objetive esgotar o tema.

Levando em conta a busca do Poder Judiciário pela efetivação do direito à saúde não somente de grande parte da população, mas também do idoso, observa-se que as demandas envolvendo este tema vão além das representações materiais visualizadas em um primeiro momento, pois ao requerer do Estado um fornecimento de medicamento específico ou a prestação de um serviço de saúde, o postulante busca não somente a recuperação de sua saúde através de uma ação imediata do Estado, mas sim sua dignidade humana, vez que os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados a esta, existindo uma relação de reciprocidade: os primeiros servem de embasamento para exigência daquela, que obterá o devido respeito a partir da efetivação destes.

Ressalta-se que o artigo 1°, inciso III, da Constituição Federal de 1988, admite a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil. Isto implica dizer que as ações

estatais devem fundamentar-se neste princípio constitucional para possuir validade legal, considerando o humano não como um meio deste, mas sim como um fim em si mesmo (BRASIL, 1988, art. 1°, III).

Enquanto princípio, por ser um valor inserido na Carta Magna com ampla aplicabilidade, a dignidade da pessoa humana pode servir de critério para fundamentar decisões judiciais e ações do Estado, servindo de norte à formulação e aplicabilidade de leis e normas que, em desconformidade com seu conteúdo, podem ser decretadas como inconstitucionais. Pode ser considerada como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, originando de através de seu conteúdo, outros princípios e diretrizes capazes de fundamentar e proteger os direitos humanos.

Com base nestas considerações, Martins (2003) admite-a como um princípio, afirmando que embora a Carta Magna vislumbre a preservação da dignidade da pessoa humana, ela intenta, acima de tudo, promovê-la, de modo que é sempre possível extraí-la através do rol de proteção dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando assim a interligação entre ambos. Em oposição, Moraes (2003) admite-a como um direito supremo, afirmando não existir parâmetro de comparação, não podendo ser definido como valorativo ou quantitativo, mas sim como moral, inerente ao ser humano.

Já Novelino (2008), correlaciona os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, considerando-a como um valor e não como um direito fundamental do indivíduo, se não vejamos:

> A dignidade em si, não é um direito fundamental, mas um atributo inerente a todo ser humano ou simplesmente um **valor**. Todavia, existe uma **relação de mútua dependência** entre ela e os direitos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada e protegida. A exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais encontra-se estreitamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana, razão pela qual estes direitos "são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos". (NOVELINO, 2008, p. 248-249, grifo nosso).

No mesmo sentido, Segatto (2003) considera a dignidade da pessoa humana como um valor supremo da ordem jurídica brasileira, vez que constitui fonte dos direitos fundamentais e, estando o Estado Democrático de Direito intrinsecamente ligado à efetivação destes, considera-a como um princípio absoluto.

Demonstra-se que embora não possua um conceito jurídico consolidado, apresentando-se de forma vaga e imprecisa, ora como princípio, ora como valor supremo, a dignidade da pessoa humana é plenamente entendida como valor superior às próprias estipulações legais, constituindo, ao mesmo tempo, fundamento do estado, princípio constitucional e valor absoluto na proteção dos direitos fundamentais do homem.

Contudo, optou-se, no presente trabalho, pela definição simultânea desta como princípio e valor, em razão desta constituir um princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, além de ser inerente a todo e qualquer indivíduo, constituindo "elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado Democrático de Direito" (ROSENVALD, 2005, p. 08).

Levando em conta que a atividade do Estado é refletida através da elaboração e efetivação de Políticas Públicas para saúde dos indivíduos e que por disposição constitucional é dever deste garantir as condições mínimas para que o indivíduo usufrua de sua vida com dignidade, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente correlacionado ao direito fundamental social à saúde do indivíduo.

Assim, o idoso possui o direito fundamental de ver sua saúde efetivada por ações do Estado, proporcionando-lhe condições materiais e estruturais mínimas para garantia de uma vida dignamente saudável. Adiante, tratar-se-á de outro aspecto ligado à judicialização do direito à saúde, qual seja o mínimo existencial.

4. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No cenário jurídico brasileiro, o idoso é considerado como prioridade do Estado, assim como as crianças e adolescentes, consistindo o envelhecimento humano um direito personalíssimo do indivíduo, ou seja, é um direito

intransmissível e irrenunciável, não podendo ser exercido por outrem que não seja o seu titular.

Intentando a proteção especial requerida por esta fase da vida, instituiu-se a Lei n° 10.741/2003, mais conhecida como Estatuto do Idoso. Nele, há inúmeras disposições específicas sobre as necessidades que circundam os idosos, definidos estes como pessoas com idade igual ou superior sessenta anos de idade, abordando, inclusive, o direito à saúde.

De acordo com seus dispositivos, é assegurada a proteção integral o idoso, consistindo esta na garantia de todas as oportunidades e facilidades para usufruir de todos os seus direitos fundamentais garantidos, como a saúde física e mental, refletindo no princípio do melhor interesse do idoso. Quanto a este, Barletta (2014) assevera sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, afirmando que em ações relativas à saúde, ante a vulnerabilidade do idoso acarretada por esta fase da vida, esta deve ser priorizada não somente em relação aos demais direitos, como também em face de indivíduos de idades diversas, para preservação de sua autonomia, concedendo-lhe a devida proteção, vejamos :

> O **princípio do melhor interesse do idoso** é consectário do **princípio da dignidade da pessoa**, que não tolera um tratamento formalmente igualitário e materialmente desigual entre pessoas de idades díspares em virtude das **vulnerabilidades** acarretadas pela velhice. Logo, a pessoa idosa é tutelada tanto pelo direito constitucional quanto pelas leis setoriais, em seus princípios e regras, levando-se em conta suas particularidades, seu momento de vida, em uma palavra: sua unicidade, para que não seja lesada em seus direitos, principalmente quando se trata da parte fraca de uma relação ou situação jurídica levada às Instituições Democráticas possuidoras dos poderes, para apreciação e decisão. Interpretar o direito dos idosos de acordo com o princípio do seu melhor interesse significa, em questões relativas à sua **saúde**, não só lhe conceder esse direito fundamental de maneira **prioritária** em relação aos seus outros direitos, mas também de lhe conferir **prioridade** no acesso à saúde em face de direitos concorrentes da mesma estirpe de pessoas de outras faixas etárias, e nesse caso o Poder Executivo tem o poder de implementar políticas desse jaez. Também para se efetivar o princípio do melhor interesse do idoso, torna-se necessária estreita relação de balanceio entre doses de autonomia (no sentido de deixar a pessoa idosa livre, apesar de possuir alguns declínios) e doses de proteção (no sentido de assistir a pessoa idosa com atenção diferenciada), pois, para preservar a **autonomia do idoso**, é necessário antes cuidado com sua saúde. Forçoso, portanto, é tratar a saúde como direito prioritário nas

> idades adiantadas para que as pessoas idosas, efetivamente, desfrutem não só dos direitos comuns a todos os seres humanos, mas também dos que a maior idade lhes garante. (BARLETTA, 2014, p. 130, grifo nosso)

Ainda, o Estatuto admite a atenção integral à saúde, garantindo acesso universal e igualitário, com preferência em atendimento e destino de verbas públicas priorizadas, inclusive quanto às enfermidades com maior probabilidade de incidência nesta etapa da vida. O idoso pode desfrutar de atendimento em seu domicílio, inclusive quanto à internação, caso esteja impossibilitado de se locomover, valendo esta norma para aqueles que se encontram em abrigos ou instituições filantrópicas, não havendo distinção quanto aos meios rural ou urbano (BRASIL, 2003).

Embora a garantia do mínimo existencial não esteja implícita em seu texto, esse diploma incumbe ao Poder Público o dever de fornecer medicamentos a idosos, de forma gratuita, incluindo aqueles que uso contínuo, bem como próteses ou outros meios capazes de refletir na qualidade de vida do idoso, garantindo a prioridade absoluta e seu bem-estar.

Dentre outros direitos, na área da proteção à saúde em conformidade com a dignidade humana, são assegurados ao idoso o direito a acompanhante, quando de sua internação ou permanência provisória, devendo o órgão de saúde viabilizar condições adequadas para essa permanência, como também a opção por tratamento de saúde mais favorável, podendo essa decisão ser passada ao curador, familiares ou médico, quando constatada a ausência de suas faculdades mentais (BRASIL, 2003).

Esse diploma legal, em consonância com o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 admite que a saúde deve ser garantida através de políticas sociais e econômicas, consistindo prioridade do Estado a preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas específicas para essa parcela. Ainda, afirma ser competência concorrente da União, Estados e Municípios cuidar da saúde, conferindo-lhes também a competência legislativa sobre o assunto, conforme cumulação dos artigos 24, inciso XII e 30, incisos I e VII (BRASIL, 1988, arts. 24, XII, 30, I, VII e 196).

Nesse passo, a Lei n° 8.842/94, mais conhecida como Política Nacional do Idoso, elenca em seu artigo 10, inciso II, alínea "a", a competência dos órgãos e entidades públicas garantir, na área da saúde, assistência nos diversos níveis de atendimento do SUS, devendo prevenir, promover, proteger e recuperar a saúde do idoso através de programas e medidas profiláticas (BRASIL, 1994, art. 10, II, "a" e "b").

Destaca-se ainda a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, aprovada pela Portaria n° 2.528, de 19 de outubro de 2006, destinando-se a medidas coletivas e individuais na promoção, manutenção e recuperação da saúde do idoso, em conformidade com os princípios e diretrizes do SUS (BRASIL, 2006).

Assevera-se que embora exista essa diversidade na proteção jurídica ao idoso, inclusive quanto às Políticas Públicas, o aumento da judicialização da saúde se deve ao fato de que estas não conseguem evoluir para acompanhar a demanda social, mostrando-se algumas sem a efetividade esperada, vez que necessitam de investimento de dinheiro público para sua devida concretização. Para o idoso, o judiciário é visto como última esperança à concretização desse direito fundamental social, seja para determinar imediatamente a realização de uma cirurgia da qual teria de esperar anos até chegar a sua vez ou para o fornecimento gratuito de medicamento que falta em postos públicos.

> Assim, a crescente judicialização da saúde é um mero reflexo da possibilidade de intervenção do Judiciário, quando da insuficiência destas políticas públicas, de sua efetivação e do provável esgotamento das vias extrajudiciais, não havendo que se falar em violação ao princípio da Separação de Poderes, já que se trata da proteção a um direito fundamental.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL

Surgida na Alemanha, a teoria do mínimo existencial referia-se aos direitos sociais de cunho prestativo, admitindo a possibilidade de efetivação de um direito subjetivo de um indivíduo em face do Estado, garantindo o mínimo indispensável ao exercício de uma vida saudável, quando da redução de prestações de direitos

essenciais, diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, vez que foi extraído desta.

Segundo Sarlet (2007, p. 181), o mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado "mínimo vital" (ou mínimo de sobrevivência), pois este está relacionado com a garantia da vida humana, ou seja, o exercício do direito à vida, sem englobar as condições dignas de sobrevivência física. Na visão do autor (SARLET, 2007. p. 184), ele deve ser visualizado como um "conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável".

O mínimo existencial pode ser visto como uma condição para o exercício dos direitos humanos, inclusive a liberdade, garantido através de prestações positivas do Estado, como reflexo do exercício da cidadania e democracia, sem que seja necessário qualquer tipo de prestação pecuniária por parte do indivíduo.

No dizer de Torres (1989), o mínimo existencial pode se expressar através dos princípios da igualdade, da dignidade humana, no devido processo legal e na cláusula do Estado Social de Direito. Em outras palavras, é da compreensão dos princípios e fins do ordenamento jurídico brasileiro que se pode admitir a existência implícita deste considerado direito.

Deve-se lembrar que a Constituição Federal de 1988 não faz menção direta ao mínimo existencial em seu texto. Contudo, a partir da leitura do artigo 170, o legislador constituinte originário inseriu como fim da ordem econômica a existência digna a todos. (BRASIL, 1988, art. 170, *caput*).

É fato que no atual contexto do envelhecimento no cenário brasileiro, o crescimento deste grupo se mostra bastante inexorável, exigindo-se do Poder Público ações que vislumbrem ao exercício da sadia qualidade de vida e dignidade humana. Com o passar dos anos, o indivíduo tende a ficar mais propício a doenças ligadas ao fator idade, requerendo atenção especial para a manutenção e recuperação de sua saúde.

Mas, para o idoso, o que pode ser considerado como mínimo existencial? Levando em conta as considerações supramencionadas, as prestações materiais do Estado através do fornecimento de medicamentos básicos e excepcionais, como também a prestação de serviços voltados à prevenção e recuperação da saúde, tais

como consultas, exames médicos e até mesmo cirurgias, tendo em vista que estas modalidades constituem ações indispensáveis à manutenção da saúde destes indivíduos.

Além disso, em nosso ordenamento jurídico, o idoso deve ser tratado como prioridade do Estado, garantindo-lhe a proteção integral necessária à efetivação de sua saúde física e mental, com atendimento preferencial imediato e individualizado ante órgãos públicos, através do Sistema Único de Saúde (SUS), e privados, por meio de Planos de Saúde ou outras categorias. Assim, verifica-se a correlação do direito à saúde com o mínimo existencial, vez que as necessidades desta parcela residem em boa parte na manutenção de sua saúde para usufruir dos demais direitos e garantias com a devida qualidade de vida.

Vale dizer que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) menciona o mínimo existencial em ações que versam sobre o direito à saúde, utilizando-o como parâmetro para a efetividade deste direito, admitindo a intervenção do Poder Judiciário, quando do comprometimento do núcleo básico que o qualifica.

Sendo assim, a garantia de um mínimo existencial através de prestações estatais para promoção, manutenção e recuperação da saúde do idoso reflete diretamente no exercício dos demais direitos fundamentais, pois se este se encontrar em condições de debilidade física ou psicológica, não há que se falar em pleno gozo de uma sadia qualidade de vida, da liberdade, da cidadania, do lazer e muito menos das convivências familiar e social.

6. RESERVA DO POSSÍVEL: ENTRAVE À EFETIVAÇÃO DA SAÚDE DO IDOSO?

A reserva do possível, surgida inicialmente na Alemanha, apresentava não só a ligação com aquilo que era economicamente disponível por parte do Estado, mas também com a razoabilidade da prestação intentada. Ao longo dos anos e em razão do aparato em que se inseria, no Brasil, a Reserva do Possível não ficou somente restrita às condições de disponibilidade financeira do Estado, conferindo sua incidência nas escusas estatais para a concretização do direito à saúde dos indivíduos.

Essa escusa pode ser definida como uma limitação jurídica e fática do Estado na implementação dos direitos sociais de caráter prestacional, levando em conta as restrições no orçamento público. Contudo, por conta da crescente judicialização do direito à saúde, a reserva do possível tem sido comumente utilizada como uma maneira de escusa do Estado para a não efetivação do direito constitucional do indivíduo, alegando a suficiência de recursos, sem que haja sequer a comprovação por parte de quem a invoca.

No dizer de Masson (2013), em nosso ordenamento jurídico pátrio, a reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão: a efetiva disponibilidade fática, devendo a demanda ser analisada não somente quanto àquela demanda individual, mas sim frente a outras semelhantes; disponibilidade jurídica, verificando a competência dos órgãos responsáveis pelas Políticas Públicas; e a prestação da proporcionalidade, verificando a razoabilidade da postulação individual com a disponibilidade financeira (MASSON, 2013).

Constata-se uma divergência quanto àquilo que foi pretendido pelo legislador constitucional originário e à atual restrição orçamentária do Estado na concretização do direito fundamental social à saúde do idoso. Embora o idoso seja visto como prioridade, a carência nesta seara ainda é bastante considerável, surgindo o judiciário como um potencializador da prestação estatal, vez que em alguns casos a espera pode ser fatal ao idoso.

Não se está afirmando que o Poder Público não esteja investindo na saúde, pelo contrário, observa-se atuação deste na área, porém não em conformidade com a crescente demanda populacional. O ser humano conquistou o envelhecimento como um direito, mas nada disso adianta se as condições básicas para a manutenção de sua saúde por meios materiais e serviços indispensáveis não o atingir de forma eficiente, resultando afronta à sua dignidade humana. Para tanto, necessitam-se de políticas públicas que atinjam, de fato, seus reais objetivos, passando do mundo jurídico ao mundo real.

Em conformidade com o disposto, Júnior (2013), afirma:

> [...] Em matéria de direito à saúde no Brasil, há um certo descompasso entre a vontade constitucional e a vontade dos governantes. Apesar de tal pensamento soar, de certo modo, um pouco pretensioso, ele é fruto de uma construção de raciocínio

> simples e de duas etapas: a primeira abrange a conscientização de que o direito à saúde, como direito social que é, tem seu processo de concretização marcado por uma idéia de gradualidade no sentido de que, frente às limitações orçamentárias de sua implementação, o Estado deve contar com uma certa paciência da sociedade em entender que a efetividade do mesmo será alcançada e construída pouco a pouco, passo a passo, conforme a capacidade financeira do Estado: e a segunda, de ordem fática, arremata a conclusão de que esse passo gradual encontra-se hoje deficitário ou atrasado se comparado com a evolução aguardada pela sociedade, a qual já chegou no seu limite de paciência. (JÚNIOR, 2013, p. 16)

A reserva do possível não pode constituir óbice à efetivação do direito à saúde do idoso, prevalecendo sobre a concessão do mínimo existencial desse indivíduo, muito menos sobre a dignidade da pessoa humana, quando de sua comparação sobre o que deve prevalecer, se a prestação indispensável do direito à saúde ou a escusa estatal pela restrição no orçamento.

É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal (STF) vem decidindo sobre o afastamento da teoria da reserva do possível e a prevalência do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana em demandas relacionadas com o direito fundamental social à saúde do idoso, vez que interfere diretamente no núcleo destes.

Ainda, é possível perceber que o STF desconsidera a reserva do possível até mesmo em casos em que o idoso tenha que se valer dos serviços privados de saúde para obter a prestação do Estado, responsabilizando-o em caso de omissão de serviços, se não vejamos:

> CUSTEIO, PELO ESTADO, DE **SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS** ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE **URGÊNCIA** E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA. DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR **INÉRCIA ESTATAL** (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796). A QUESTÃO DA **RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE**, **SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO**

QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES"). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197). A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, **PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL**, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). DOUTRINA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL.2. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA** DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO **SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS).** COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS- -MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHES CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA "AD CAUSAM" NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS. CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (STF - RE: 848331 PE , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de

> Julgamento: 19/11/2014, Data de Publicação: DJe-233 DIVULG 26/11/2014 PUBLIC 27/11/2014). (grifo nosso).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de considerações históricas e atuais no ordenamento jurídico brasileiro verificou-se que a crescente judicialização da saúde surge como um reflexo do exercício dos direitos à saúde e cidadania e dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta do idoso, ciente de que o direito à saúde constitui obrigação do Estado, devendo este proporcionar o bem-estar do humano a partir da garantia das condições materiais mínimas para a efetivação deste e de outros direitos, possuindo a Carta de 1988 uma contribuição fundamental para estas ações.

Averiguou-se que o idoso busca a ajuda do judiciário como última instância para sanar suas necessidades imprescindíveis, seja quanto a medicamentos ou atendimento médico, podendo, inclusive, requerer a prestação de serviços em instituições privadas de saúde, quando da omissão do Estado neste setor.

Demonstrou-se também que o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões que entendem pela não admissão da teoria da reserva do possível, obrigando o Estado a efetivar esse direito fundamental social, quando do confronto com o núcleo básico desse direito, considerando os entes federados como responsáveis solidários, passíveis de se inserir nessas demandas.

Portanto, o idoso deve ser agente passivo de políticas públicas e ações que realmente visem a colocá-lo em situação de prioridade, constituindo o direito à saúde um aglomerado de outros direitos, também considerados indispensáveis, refletindo sobre sua qualidade de vida.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL, 1824. **Constituição política do império do brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

_____, 1934. **Constituição da república dos estados unidos do brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 05 set. 2015.

_____, 1937. **Constituição dos estados unidos do brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm:>. Acesso em: 03 set. 2015.

_____, 1946. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

_____, 1967. **Constituição da república federativa do brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm.> Acesso em: 09 set. 2015.

_____, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 09 set. 2015.

_____. Lei n. 8.842 de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L8842.htm >. Acesso em: 29 jun. 2015.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

_____. **Portaria nº 2.528 de 19 de outubro de 2006**. Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa. 2006. Disponível em: <http://www.saudeidoso.icict.fiocruz.br/pdf/PoliticaNacionaldeSaudedaPessoaIdosa.pdf>. Acesso em: 09 set. 2015.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. 8° ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006.

JÚNIOR, Hélio Varela de Albuquerque. **Direito fundamental a saúde**: parâmetros e alternativas para sua concretização no Brasil. Natal: UFRN, 2013. p. 16. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati**. Dignidade da pessoa humana:** princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional.** Bahia: Juspodivm, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde:** algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org).

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Especial 848331 PE**. Rel. Min. Celso de Mello. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, 2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25326998/recurso-extraordinario-re-848331-pe-stf>. Acesso em> 09 set. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. *In*: Revista de Direito Administrativo. Vol. 177. Julho/Setembro, 1989.

_____. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A VISÃO NEGATIVA DA SOCIEDADE PERANTE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR PARTE DA POLICIA

THE NEGATIVE PERCEPTION OF SOCIETY BEFORE THE VIOLATION OF HUMAN RIGHTS BY POLICE FORCES

Ana Jéssica Pereira Alves [1]

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar como a questão da violação dos direitos humanos por parte da polícia influencia negativamente a percepção da sociedade acerca desta instituição. Insere-se ao longo deste trabalho uma proposta de pesquisa metodológica exploratória, bibliográfica e descritiva, com a finalidade de obter maiores informações sobre o tema. Com base em noticiários, anuários de pesquisa social, dados estatísticos, textos jurídicos e trabalhos científicos, são discutidos todos os pontos que se relacionam e os aspectos que compõem a violência policial, compreendendo as causas e consequências das ações policiais e, como a população enxerga e reage a realidade que lhe é imposta. Diante os resultados da pesquisa, conclui-se que para uma alteração no quadro de visão negativa da população para/com a polícia faz-se necessário uma reforma das instituições de justiça e o fortalecimento de seus controles externos como condição fundamental para a consolidação democrática, bem como maior transparência e abertura para a participação coletiva.
PALAVRAS-CHAVE: Violação dos direitos humanos, violência policial, perspectiva social.

ABSTRACT

This article has the objective to analyze how the human rights violations matter by the police forces negatively impacts how society perceives this institution. Throughout this work, it is inserted an exploratory, bibliographic and descriptive methodological research proposal, aiming to gather more information on the matter. Based upon television news, social research directories, statistic data, law texts and scientific works; all the points and aspects that compose police violence will be discussed, understanding causes and consequences of police action and how the population sees and reacts to the given reality. Finally, it is conclusive that for any changes to happen on the negative perception towards/within the police forces by the population it is necessary a reform of the justice institutions and the strengthening of its external controls as the fundamental condition to the democratic consolidation, as well as more transparency and openness to collective participation.
KEYWORDS: Human rights violation, police violence, social perspective.

1 Graduando em Direito da Universidade Regional do Cariri, (URCA)

1 INTRODUÇÃO

Em 1988 foi promulgada a Constituição Federal vigente, até o presente momento, no Brasil. A Constituição Cidadã, como ficou conhecida, propunha levar o país a uma nova fase, onde a paz democrática, a inclusão social e os direitos humanos fossem assegurados à população. Em seu Art. 1º, inciso III, a Carta Magna deixa claro que a dignidade da pessoa humana é um dos seus fundamentos. Já em seu Art. 5º vemos o direito dos indivíduos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade postos como garantias fundamentais. Hoje, com 27 anos de vigor da Constituição, percebe-se que a sociedade brasileira ainda não pode usufruir satisfatoriamente das garantias fundamentais que lhe são fixadas.

O Estado, que em tese, deveria ser responsável por efetivar os direitos da população elencados na Carta Magna, em certos casos, passa a desempenhar o papel de violador de garantias constitucionais dos indivíduos. A polícia, setor basilar do Estado, mostra-se um dos setores que se pode detectar esta anomalia estatal. Em sua função de proteger o cidadão e preservar a paz e a ordem, os agentes podem vir a infringir os direitos humanos.

Determinados dados podem demonstrar estas violações das garantias fundamentais por parte dos policiais brasileiros e lançar luz sobre o assunto. Segundo o 8° Anuário brasileiro de Segurança Pública, as Polícias Civis e Militares foram autoras das mortes de ao menos 11.197 pessoas no espaço de tempo que vai de 2009 até 2013. Apenas em 2013 os policiais cometeram 2.212 assassinatos, sendo 81,8% destes em serviço. As estatísticas se tornam mais claras quando comparamos os números com os das ações policiais norte-americanas. Para que a polícia estadunidense matasse o número de 11.090 seres humanos, quantidade inferior ao número de mortos pela polícia brasileira em cinco anos (2009-2013), foi necessário trinta anos (1983-2012). (**ANUÁRIO, 2014).**

Diversos são os fatores que contribuem para tornar o setor policial brasileiro um violador de direitos humanos em potencial. Preconceito, desrespeito e despreparo dos policiais para com a população são apontados como alguns dos principais ingredientes que compõem a intricada fórmula da violência policial. Além de certos dispositivos legais que, usados de modo peculiar, terminam por

contribuir para o desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos por parte da classe policial.

Perante a realidade da violação dos direitos humanos realizada pela polícia, uma parcela significativa do povo brasileiro tem se mostrado descontente com as instituições policiais. Efetuando uma média entre dados fornecidos por uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre segurança pública, chega-se à conclusão que 66,35% dos brasileiros confia pouco ou não confia na polícia militar, enquanto 65,05% confia pouco ou não confia na polícia civil. (IPEA, 2010, 2012)

O presente trabalho busca analisar a insatisfação da população brasileira defronte os elementos que configuram a violação de direitos humanos efetuada pela polícia.

2 PRECONCEITO, DESRESPEITO E DESPREPARO

De acordo com pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em média, 64,4% dos entrevistados afirmaram que os policiais do Brasil tratam as pessoas de maneira preconceituosa. (IPEA, 2010, 2012)

O grau de preconceito atrelado à violência policial depende de certos fatores como, por exemplo, a classe social, a cor da pele e o local onde reside o indivíduo. Um estudo feito pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Estado do Rio de Janeiro revelou que a proporção de negros vítimas da violência policial é três vezes a proporção desse grupo na população como um todo. Ou seja, a probabilidade de um negro ser morto ou agredido por policiais é três vezes maior que a de um branco. (PNUD, 2005).

Dados de uma pesquisa qualitativa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) evidenciam a diferenciação que a polícia faz entre pessoas de classes sociais diferentes. Veja-se, a título de ilustração, o relato de um policial militar entrevistado:

> *Em todas as coisas da vida, as pessoas com mais dinheiro são mais bem tratadas. Não se pode tratar uma pessoa da favela da mesma maneira que se trata uma pessoa rica, pois mesmo que ela seja um trabalhador ela não é igual ao outro (o rico), a linguagem é diferente, as pessoas são mais rudes*. (CARDIA, 1997, p.257)

As "favelas", por possuírem sua população formada, em maioria, por pessoas negras e de baixo poder aquisitivo, são as áreas mais prejudicadas pela violência policial associada ao preconceito. Na concepção de Sylvia (LEANDRO, 2012) a população que mora na "favela" sofre com o estigma da criminalização, e por isso, do ponto de vista da polícia e de uma parcela da sociedade, os "favelados" são dignos de desconfiança, pois são considerados "bandidos" pelo simples fato de residirem na periferia.

No imaginário popular, as regiões periféricas das cidades são antros de mal feitores. Os muitos trabalhadores que residem nessas áreas estão fadados à invisibilidade e condenados a sofrer os danos decorrentes da violência policial, quando esta se mostra incapaz de distinguir entre trabalhadores e bandidos. Como relata um dos entrevistados pelo NEV: "*A minha mãe era diretora de uma escola de periferia ela contava dos abusos (da polícia) bastava um aluno negro andar um pouco melhor vestido para já ser abordado como suspeito...*" (promotor 3, homem). (CARDIA, 1997, p. 257).

Vários são os casos concretos que atestam o preconceito com que a polícia age nas áreas urbanas periféricas. Uma história recente que ganhou repercussão e gerou comoção nacional, e serve de ilustração, foi a de Amarildo de Souza, ajudante de pedreiro, residente na Favela da Rocinha, torturado e morto por policiais da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) da comunidade. Em 14 de julho de 2013, segundo os policiais, Amarildo era suspeito de envolvimento com tráfico de armas e drogas, e levaram-no até uma das bases da UPP para interrogá-lo, a fim de descobrir quem eram os outros traficantes. Amarildo nunca voltou desse interrogatório, e jamais foi comprovado seu envolvimento com o tráfico. A polícia não possuía nenhuma evidência de que Amarildo era um infrator, porém torturou e matou o mesmo. O ajudante de pedreiro teve seus direitos fundamentais violados e foi assassinado apenas por ser um morador típico da favela e, assim, ser considerado um criminoso em potencial.[2]O desrespeito para com os cidadãos é

[2] **MP vai investigar participação do Bope no Caso Amarildo:** imagens mostram que Bope estava na Rocinha quando pedreiro sumiu. Peritos analisam volume suspeito em caçamba de veículo da corporação. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/06/mp-vai-investigar-participacao-do-bope-no-caso-amarildo.html>. Acesso em: 25 ago. 2015.

outro componente da violação dos direitos humanos por parte da polícia. Segundo os dados fornecidos pela pesquisa do IPEA (2010, 2012), 66,5% dos brasileiros declaram que a policia aborda as pessoas de forma desrespeitosa.

Tornou-se comum que, no Brasil, os policiais se comportem de maneira desrespeitosa nas mais variadas situações. Desde o uso desmedido da força que acaba resultando em agressões e homicídios até o descaso que implica na omissão de socorro a pessoas em estado de risco, constata-se a afronta a direitos como os à vida; à dignidade e à integridade física, garantidos pela Constituição a todos os indivíduos. Uma noção mais clara sobre o desrespeito policial é obtida a partir do desabafo de um dos entrevistados pelo NEV:

> *Numa lanchonete (chega) – 'documento tem?'ou 'vai aonde?' tudo com arma na mão, arma apontada pra cabeça. Acho um absurdo isso. Não tem educação pra lidar com o povo. Acho que devia ser mais humano com o povo... acho que fazem diferente de uma pessoa pra outra. Só que a pessoa que vier de um nível rico pelo menos eles perguntam primeiro quem é. Se é pobre, primeiro eles vão batendo pra depois perguntar quem é.* (operário especializado 3, homem). (CARDIA, 1997, p.255).

Não é raro encontrar casos atuais onde se mostrem perceptíveis as marcas do desrespeito da polícia aos indivíduos e seus direitos, como outro caso paradigmático da negligência da polícia, pode-se citar o de Claudia Silva Ferreira, de 38 anos, que foi baleada numa troca de tiros entre policiais e traficantes do Morro da Congonha, em Madureira/Rio de Janeiro, enquanto ia comprar pão. A mulher, além de ter sido atingida por dois projeteis balísticos, foi arrastada pela viatura da polícia por cerca de 250 metros. A situação se deu porque os agentes que estavam envolvidos na ação tentaram socorrer Claudia após ser baleada, colocando-a no porta-malas do carro, não perceberam que a porta estava aberta e o corpo da mulher foi pendurado e arrastado pelo asfalto. A população tentou avisar, mas os policiais só perceberam o que estava acontecendo quando pararam no sinal, então desceram da viatura e colocaram Claudia novamente na traseira do carro. A mesma veio a óbito por causa dos ferimentos causados no percurso ao hospital, fruto da imprudência do socorro prestado pelos policiais à vítima.[3]

[3] PMs do caso Cláudia se livram de responder ação na Justiça comum. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/11/pms-do-caso-claudia-se-livram-de responder-acao-na-justica-comum.html>. Acesso em: 25 ago. 2015.

Ao lado do preconceito e do desrespeito, o despreparo policial é outro ponto que merece ser analisado. Com base ainda nas pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, constata-se que 59% dos entrevistados acreditam que os policiais do Brasil não recebem uma boa formação e são despreparados (IPEA, 2010-2012). Essa percepção parte da forma abusiva com que os policiais abordam as pessoas, da falta de tato e habilidade para com as vítimas resultantes das próprias ações policiais, e ainda a falta de treinamento para assumir operações arriscadas que exigem certa cautela. Nota-se o perigo a que a população está exposta no seguinte relato:

> As batidas policiais com uso de helicóptero, em que os policiais estão armados com metralhadoras ou pendurados em janelas de veículos transitando em vielas estreitas e que não têm saída, são muito assustadoras. O risco de disparos acidentais são muito presentes. Essas batidas ocorrem sem aviso, as pessoas não têm tempo de se abrigarem adequadamente. Pais entram em pânico pela sorte das crianças que brincam nas vielas e quintais. (CARDIA, 1997, p.251).

Diversos são os eventos em que a polícia age de maneira imprudente, trazendo consequências indesejadas. Os altíssimos índices de letalidade e as recorrentes histórias de arbitrariedades cometidas por policiais são sintomas que evidenciam o seu despreparo. Um fato recente que pode ser citado como exemplo é o do jovem Eduardo de Jesus Ferreira, de apenas 10 anos de idade, morto durante uma operação de combate à criminalidade. Ele foi baleado na porta de sua casa, sendo atingido na cabeça, durante confronto da Polícia Militar na localidade em que residia. O inquérito continua aberto, a fim de investigar de onde surgiu o disparo, posto que a troca de tiros envolvia policiais e traficantes. No entanto, a mãe da criança alega que o disparo foi efetuado por um policial que estava presente na operação, a mesma também afirma que foi ameaçada de morte pelo suposto agente. Este não é um caso isolado, e sim, faz parte da vasta gama de incidentes que demonstram a inaptidão das instituições policiais brasileiras.[4]

[4] **Pezão admite erro da PM em ação que matou Eduardo no Alemão:** 'Foi uma atuação errada', disse o governador nesta segunda-feira (13). PM suspeito de ter dado o tiro renovou licença médica e não depôs. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/04/pezao-admite-erro-da-pm-em-acao-que-matou-eduardo-no-alemao.html>. Acesso em: 25 ago. 2015.

O preconceito, o desrespeito e o despreparo com que agem os agentes da segurança pública estão entrelaçados e, em conjunto, produzem as violações aos direitos dos cidadãos, que, prejudicados, passam a ter uma visão negativa sobre a polícia.

3 AUTO DE RESISTÊNCIA

Um homicídio cometido por policiais, sejam militares ou civis, fundamentado em uma legítima defesa, devido a uma resistência a prisão é denominado no ato do Registro de Ocorrência como "Homicídio proveniente de auto de resistência." A nomenclatura "auto de resistência" designa o que está normatizado no Art. 292 do Código de Processo Penal (Decreto Lei 3689/41), de acordo com o referido artigo:

> Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência a prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito por duas testemunhas.

Sendo assim, cabe analisar como é feito o Registro de Ocorrência desse auto. Primeiramente, a denominação penal utilizada no registro é o "homicídio", previsto no Art. 121 do Código Penal, que entra em consonância com o artigo 23 do mesmo código, que prevê a "exclusão de ilicitude" nos seguintes casos:

> Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Excesso punível. Parágrafo único – O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

A denúncia do caso é feita, geralmente, pelos próprios policiais em ação no bloco de boletins de ocorrência da Polícia Militar, em seguida, é comunicado à delegacia distrital responsável por delimitar as circunstâncias em que o fato ocorreu, mas a apuração e o julgamento do caso é dever do Sistema de Justiça Criminal comum.

No Registro de Ocorrência são listados todos os "envolvidos" no caso, como autores, testemunhas e vítimas. Sendo assim, o morto aparece tanto como vítima, do homicídio decorrente de auto de resistência, tanto como autor, nesse caso, de tentativa de homicídio dos policiais e resistência a prisão.

Neste ato é comum que não apareçam testemunhas oculares para prestar depoimentos na delegacia sobre o fato, por falta de interesse ou até mesmo por medo. Dessa forma, as testemunhas são os próprios policiais envolvidos na operação, ou seja, eles aparecem como autores do homicídio justificado, vítimas de tentativa de homicídio e testemunhas dos fatos. Em virtude desses aspectos, percebe-se que no ato do Registro de Ocorrência o morto já é culpado pelo seu próprio óbito, posto que são incriminados de tentativa de fuga ou resistência à prisão e homicídio antes mesmo do caso ser investigado.

De acordo com o relatório final da pesquisa "Auto de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)", notou-se que havia várias semelhanças nos Termos de Declaração presentes nos registros, compondo uma ideia de "narrativa padrão", onde os policiais civis, responsáveis pelo registro, e os militares, relatores, compartilhavam de um senso comum sobre as práticas policiais e sobre a forma de narrá-las oficialmente, aproveitando-se da legitimidade da ação policial, para elaborar o relato no sentido de legitimá-los.

A partir desses Termos de Declarações, os policiais civis formulam a primeira versão oficial sobre os fatos, descrita, no Registro de Ocorrência, no item denominado Dinâmica do Fato. A descrição da Dinâmica também se assemelha com o Termo de Declaração, mudando basicamente o modo de exposição das informações, que deixam de ser afirmações ditas, de modo indireto e reformuladas, por alguma testemunha e passam a ser uma versão da investigação policial sobre a morte ocorrida. Sabendo-se que os policiais gozam de "fé pública", e geralmente não há testemunhas oculares, o relato feito pelo policial é tido como oficial e não há questionamentos sobre sua versão.

A pesquisa que analisou os casos de homicídios cometidos por policiais no Rio de Janeiro dispõe de alguns exemplos de "Dinâmicas do Fato" mais comumente encontradas nas dezenas de inquéritos observados:

> "Trata-se de AUTO DE RESISTÊNCIA ocorrido na data de hoje por volta das 14 horas na esquina da rua X. com rua Y. Ocorre que policiais da 2a seção da PMRJ do [Número] BPM realizavam uma incursão no Morro C. quando, ao entrarem num local conhecido como T foram recebidos a tiros por traficante local (sic) não tendo outra opção senão a de revidar a injusta agressão. Após o confronto,

> os policiais se dirigiram ao local onde encontraram, ferido, caído ao solo, um elemento identificado aprioristicamente como J. P. A. O qual ostentava em uma de suas mãos uma pistola IMBEL calibre 380. Os policiais imediatamente socorreram J. ao Hospital Z., sob o BAM 12345, o qual não resistiu vindo a sucumbir." (MISSE, 2011, p.36)
>
> "Trata-se de Homicídio Proveniente de Auto de Resistência, onde Policiais Militares em incursão no conjunto habitacional L., área da [Número] DP, foram recebidos a tiros por meliantes no local, revidaram os tiros tendo um elemento não identificado sido baleado. O tal elemento foi socorrido e levado ao Hospital B., onde veio a falecer. Com ele foram encontrados um revólver e material de endolação." (MISSE, 2011, p.36)
>
> "Trata-se o presente de Homicídio Proveniente de Auto de Resistência, no qual os nacionais: X e Y, envolveram-se em confronto armado com policiais militares do [Número] BPM, quando esses faziam patrulhamento pela Comunidade do D., no bairro J., sendo apreendidos com as vítimas, uma carabina Winchester calibre 22, uma pistola calibre 9,0 mm da marca Taurus de numeração raspada, além de 140 papelotes de cocaína, 1.057 papelotes de crack e três rádios transmissores; ato seguido foram as vítimas socorridas ao Hospital B. conforme BAMs números 1 e 2, e posteriormente compareceram os policiais a esta central de flagrantes para o cumprimento das finalidades legais". (MISSE, 2011, p.36)

Outra característica repetida nos relatos é que as vítimas são descritas como "elementos" ou "meliantes", denominações que contribuem para a sua classificação enquanto criminosos, mesmo antes de se buscar seus antecedentes ou de se apurar as circunstâncias de sua morte. Além disso, também perceberam, nessa mesma pesquisa, que na visão dos policiais os bandidos "merecem morrer", e a ação letal da polícia é justificável se o morto tiver envolvimentos com práticas criminosas em vida. Nas palavras de um policial civil: "*bandido tinha que morrer tudo no pneu mesmo, mas agora tem essa história de Direitos Humanos, né?*". Outro policial fez a seguinte reflexão sobre o conceito de Direitos Humanos, chamando atenção à questão do saber das práticas policiais e a justificativa de suas ações:

> *O que não concordo é com direitos humanos para abanar vagabundo. Eu concordo com os direitos humanos de que você tem que dar educação, saúde pro povo. (...) Nós trabalhamos em cima da realidade. Não tem ONG pra amparar família de policial morto, não há igualdade. Mais da metade dos policiais entendem que direitos humanos devem ser dados a quem é de direito* (1 policial). (MISSE, 2011, p.40)

Apesar dos policias exercerem uma profissão de risco, as principais vítimas são os civis, pois há uma enorme diferença se compararmos o número de policiais mortos em serviço com o número de pessoas mortas em confronto com a polícia. Dados do relatório final da pesquisa "Auto de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)" comprovam essa assertiva. Apenas no ano de 2008 houve 1137 vítimas de "auto de resistência" no Estado do Rio de Janeiro. No mesmo ano foram mortos 26 policiais, o que significa que, para cada policial morto, houve 43,7 civis mortos. (MISSE, 2011).

Outro fator importante é que são registradas menos ocorrências do que o número de vítimas letais decorrentes de auto de resistência, o que significa que há mais de uma vítima em uma ocorrência. O número de inquéritos policiais instaurados ainda é menor do que o número de registros. Dos inquéritos, poucos são tombados no Tribunal de Justiça, e a maioria entre os casos tombados é com pedidos de arquivamento do Ministério Público. A partir de 2005 o número de inquéritos de auto de resistência arquivados por "exclusão de ilicitude" chega a 99,2% dos casos. Mas o que sabemos nesses inquéritos é apenas a versão contada pelo PM na delegacia que vai sendo reproduzida, aprimorada e repetida até o Tribunal do Júri e acaba sendo um inquérito para provar a culpabilidade da vítima e não uma investigação sobre o ato do homicídio.

O "auto de resistência" não é uma medida moderna, ela é um resquício do período do regime militar no Brasil. Oficialmente, foi criada em 1969, pela Superintendência da Polícia pelo então Estado da Guanabara através de uma Ordem de Serviço, na qual dispensava-se a necessidade de prisão em flagrante dos policiais ou de inquérito nas circunstâncias previstas no artigo 292 do Código de Processo Penal. A época em que essa medida foi implantada reforça a ideia de que esta serviria como recurso para acobertar os abusos dos militares.

Diante disso, em 2012 surgiu o Projeto de Lei 4.471 fomentado pelo Deputado Paulo Teixeira (PT/SP), que prevê alterações no Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41). Dentre as mudanças, o PL define a abertura de inquérito para apuração do caso, prevê o fim do termo "auto de resistência" e o substitui por "morte decorrente de intervenção policial", obriga a preservação da

cena do crime, realização de perícia e coleta de provas imediata. Assim, pretende-se garantir a responsabilização pelos atos e diminuição do abuso da força policial. No entanto, este projeto passa por vários obstáculos para ser aprovado.

4 DIFICULDADE DE DENÚNCIA

A violação dos direitos humanos por parte dos policiais advém, em parte, da dificuldade que a população encontra para denunciar as arbitrariedades cometidas pelos agentes da segurança pública. Considerável parcela da população não possui conhecimento acerca de quais órgãos devem recorrer caso tenham seus direitos desrespeitados pela polícia. Aqueles que sabem a quais meios se deve recorrer não acreditam que os órgãos responsáveis sejam capazes de solucionar o problema de maneira eficaz.

As ouvidorias de polícia, criadas em 1995, são órgãos não subordinados à polícia que tem como função receber, encaminhar e acompanhar denúncias feitas pela sociedade acerca de abusos cometidos por autoridades e policiais. Contudo, a ouvidoria não é responsável por investigar os casos que recebe, limitando-se a enviar os casos para que sejam apurados por outros órgãos.

A corregedoria de polícia é a encarregada de averiguar os casos de infração cometidos pelas instituições policiais. Porém este órgão é pouco conhecido pela população e não goza de respaldo frente aos poucos que o conhecem. Uma pesquisa qualitativa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) perguntou às pessoas como estas reagiriam em face de uma violência policial e apenas os próprios policiais e um único juiz responderam que recorreriam à corregedoria de polícia. (CARDIA, 1997)

Para Cardia (1997) a não existência de mecanismos amplamente difundidos de proteção à sociedade no caso de arbitrariedades da polícia pode estar fomentando a desconfiança e o descrédito da população nas instituições policiais. Segundo a pesquisa do NEV, a falta de alternativas para a população é reconhecida pelos promotores e juízes. Na voz de um dos entrevistados, que possui uma rede de relacionamentos influentes, ele afirma: "*vou criar um 'clima', vou ao secretário de segurança pública, ao delegado geral de polícia*" (promotor 1, homem). Já no caso

de outros entrevistados, que não têm conhecidos com poder para intervir na situação, temos os seguintes relatos: "*tem que entregar nas mãos de Deus*" disse uma operária qualificada, e na fala de um funcionário público: "*procuraria o chefão de polícia para que ele fizesse uma investigação. Se ele não desse jeito eu não sei com quem reclamar. Interessante, né?*" (CARDIA, 1997).

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, foram expostos alguns dados que evidenciam a violação dos direitos humanos por parte da polícia. Foram esmiuçados os componentes que constituem a violência policial, tal como o preconceito, o desrespeito e o despreparo com que agem os policiais. Também se mostrou a polêmica acerca do "auto de resistência" e como este legitima os homicídios cometidos contra civis. Além da dificuldade da população em denunciar os arbítrios cometidos pelos agentes da segurança pública. Procurou-se relacionar estes aspectos ao crescente descrédito e desaprovação das instituições policiais frente aos cidadãos, que passam a temer os abusos cotidianos fruto das ações daqueles que, em tese, deveriam proteger a população e prezar por seus direitos fundamentais individuais e coletivos.

As evidências expostas neste artigo apontam para um Estado brasileiro em contradição, ainda muito distante de atingir o Estado Democrático de Direito almejado pela Constituição Federal de 1988 e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e responsável por muitas das violações cometidas contra a população, especialmente a periférica, no que tange, especialmente, ao exercício da força com o objetivo de manter o controle e a ordem na sociedade por meio das ações policiais. Para Agamben (2003), a justificativa de combate ao terrorismo acaba por apoiar ações repressivas, autoritárias e restritivas contra o povo, isso acontece no Brasil quando o Estado usa do pretexto de combate a criminalidade e ao tráfico de drogas para violar os direitos dos brasileiros.

A maneira truculenta com que opera a polícia gera, ao longo do tempo, medo e desconfiança por parte dos cidadãos que, por sua vez, cooperam menos com os agentes de segurança, o que torna o trabalho dos mesmos mais complicado,

contribuindo para que estes adotem uma postura ainda mais arbitrária na tentativa de alcançar os resultados esperados. Desse modo, concluímos que a violência policial e o descrédito do povo geram um ciclo vicioso difícil de ser quebrado e muito prejudicial como um todo, pois não há como pensar em uma democracia em que não há controles eficazes para se exigir a responsabilização da conduta de agentes públicos. Sendo assim, a reforma das instituições de justiça e o fortalecimento de seus controles externos são uma condição essencial para a consolidação democrática, mas também é preciso haver maior transparência e abertura para a participação coletiva.

6 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, *Giorgio*. **Estado de exceção** (Iraci Poleti Trad.). São Paulo: Boitempo. 2003.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2014. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, v. 8, 2014.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Resolução nº 217 A (III), de 10 de janeiro de 1948.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição nº -, de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 05 jan. 1988.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de janeiro de 1940. **Código Penal.** Rio de Janeiro, 07 jan. 1940.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de janeiro de 1941. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro, 03 jan. 1941.

CARDIA, Nancy. **O medo da polícia e as graves violações dos direitos humanos. Tempo Social,** São Paulo, v. 9, n. 1, p.249-265, maio 1997.

CARLOS LOPES (Brasil). Pnud (Ed.). **Relatório de Desenvolvimento Humano - Brasil 2005:** Racismo, pobreza e violência. São Paulo: Primapagina, 2005.

FOUCAULT, Michel.**Vigiar e punir: nascimento da prisão**. (Título Original: Surveiller et punir. Traduzido por Raquel Ramalhete). 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **O Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS):** Segurança Pública. -: Ipea, 2010. 17 p.

_____. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **O Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS):** Segurança Pública. -: Ipea, 2012. 17 p.

LEANDRO, Sylvia Amanda da Silva. "AUTO DE RESISTÊNCIA": UM ESTUDO DE CASO DAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS NO INQUÉRITO POLICIAL. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19. 2010, Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Conpedi, 2010. p. 1323 - 1335.

_____. **O que matar (não) quer dizer nas práticas e discursos da Justiça Criminal: o tratamento judiciário dos "Homicídios por Auto de Resistência".** Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012.

_____; FIGUEIRA, Luiz Eduardo. 'Não me venha com direitos humanos': Por uma compreensão do sujeito no 'homicídio por auto de resistência. Dilemas: **Revista de Estudos de Conflito e Controle Social,** Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p.261-291, jun. 2014.

MISSE, Michel. "AUTOS DE RESISTÊNCIA": UMA ANÁLISE DOS HOMICÍDIOS COMETIDOS POR POLICIAIS NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO (2001-2011). Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011.

PNUD, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Negro é vítima maior de crime e polícia:** Taxa de homicídio entre negros é duas vezes maior que em brancos; violência policial também atinge mais os pretos, aponta PNUD. 2005. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=621>. Acesso em: 25 ago. 2015

ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06: O REFLEXO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL (CONSTITUCIONALMENTE) FALIDA

Arthur Gomes Pontes[1]

RESUMO

Trata-se de análise feita sobre o artigo 28 da Lei 11.343/06 à luz de uma interpretação Constitucional, com um enfoque na atual doutrina do neoconstitucionalismo e sua nova hermenêutica. Sob o prisma de princípios constitucionais expressos e implícitos é possível extrair a desproporcionalidade das medidas penalizadoras constantes na tipificação penal relativa ao usuário de drogas, ferindo, mortalmente, direitos humanos e fundamentais, maculando de verdadeira inconstitucionalidade material o art. 28 da Lei de Tóxicos. Dessa forma, como uma consequência lógica, deve ser buscado um novo olhar sob a atual política de drogas e a utilização do sistema penal como forma de solução, sendo tal prática superada em outros Países, uma vez que o sistema penal deve se limitar as questões extremas, figurando, verdadeiramente, como *ultima ratio,* sob pena de tornar as medidas penais completamente ineficazes, uma vez que se trata de um problema relacionado muito mais a questões patológicas do que jurídicas.
PALAVRAS-CHAVES: Ineficaz. Lei de Tóxicos. Neoconstitucionalismo. Direitos humanos e fundamentais.

ABSTRACT

This article's propose is an analysis on Article 28 of Law 11,343 / 06 guided by a Constitutional interpretation, with a focus on current doctrine of neoconstitutionalism and its new hermeneutics. Based on the expressed and implied constitutional principles, it is possible to extract the disproportionality of ways to penalize in the criminal classification on the drug user, wounding, severely, human and fundamental rights, marking with true material unconstitutionality the art. 28 of the Toxics' Law. Thus, as a logical consequence, a new way to look at the current drug policy and the use of the penal system as a way of solution should be sought, considering that this practice is surpassed in other countries, since the penal system should be limited to extreme issues, working, truly, as "ultima ratio", risking to make the penal measures completely ineffective, since it is a problem related more to pathological issues rather than legal.
KEYWORDS: Ineffective. Toxics' law. Neoconstitutionalism. Human and fundamental rights.

---

[1] Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA.
Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Regional do Cariri - URCA.

1 INTRODUÇÃO

O direito penal moderno tem como escopo a pena, sendo a resposta mais prática para o Estado e em contrapartida a mais estigmatizante para os indivíduos que cometem crimes. Contudo, o há limites para a aplicação da pena, seja pela sua ineficiência prática, desproporcionalidade, incompatibilidade com princípios constitucionais, se tornando um instrumento de repressão estatal sem conteúdo axiológico.

O artigo 28 da Lei 11.343/06 é um grande exemplo, atualmente, da política criminal no Brasil, demonstrando claramente onde deve haver intervenção penalizante por parte do Estado e onde não deve haver, uma vez que o este (o Estado) detém vários outros meios de evitar e reparar uma conduta social sem lançar mão dos meios mais duros. Sendo assim, o artigo científico objetiva, a partir de uma análise fundamentalmente doutrinária, combater a necessidade penal para o caso concreto do usuário de drogas, trazendo citações e indagações acerca de sua real necessidade, com fito de garantir, efetivamente, o respeito aos direitos fundamentais.

2 ARTIGO 28. DA LEI 11.343/06: CONTEXTO E PROCEDIMENTO

Ao analisar o artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, nota-se que é um crime com duas características principais, quais sejam: variadas condutas consideradas típicas (adquirir, guardar, transportar e etc) e o consumo pessoal, ou seja, o "porte de drogas".

Determinar que o "porte de drogas pessoal" seja uma das características *sine qua non* para o enquadramento formal do crime é ponto de partida fundamental para a compreensão do tipo penal contido no art. 28 da Lei de Tóxicos. Na realidade, há um delito específico para o usuário de drogas e outro para o traficante (art. 33 da Lei 11.343/06).

Nesse sentido, assim preleciona o próprio art. 28 da Lei 11.343/06:

> "Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou

> em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:"

Nesse momento, é necessário abrir um parêntese para esclarecer que o delito é estritamente pessoal, não atingindo, com sua conduta, nenhum terceiro.

Em consonância com o artigo 28 da Lei de Tóxicos resta clara a existência codificada de uma regulamentação penal com todas as suas consequências jurídicas (como por exemplo, a existência de penas) e sociais para o usuário de drogas.

Após o enquadramento legal, através da técnica interpretativa de subsunção do fato concreto à normal, haverá a instauração de um procedimento policial denominado de termo circunstanciado de ocorrência, uma vez que se trata de delito criminal inserido no microssistema dos Juizados Especiais Criminais, conforme disposição legal do art. 48, § 1º da Lei de Tóxicos:

> "§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais."

Sendo assim, em atendimento ao dispositivo legal retromencionado, o Delegado de Polícia e seus Agentes (policiais civis), bem como os policiais militares, terão por obrigação a condução do usuário de drogas até a Delegacia de Policial Civil mais próxima (ou a que seja competente para tanto) para que seja averiguado o fato sumariamente e expedido um "termo de compromisso" com a assinatura do conduzido, para que comparece a audiência vindoura (nota-se que não há prisão em flagrante para o caso do art. 28 da Lei 11.343/06), instaurando-se, se houver justa causa para tanto (indícios de autoria e materialidade delitiva), processo judicial que poderá resultar na aplicação de uma das penas previstas no art. 28, §1º, I, II ou III da Lei 11.343/06, caso fique demonstrado a autoria por parte do conduzido.

Importante frisar que o caráter da Ação Penal é Pública incondicionada, haja vista tratar-se de questão de ordem pública, não podendo os Agentes de polícia se eximirem de realizar tão condução, sob pena de incorrerem em crime (art. 319 do CPB).

Destarte, está instaurada no Brasil verdadeira 'guerra civil' entre o sistema penal brasileiro (e todo o seu aparato) contra os usuários de droga.

Na realidade, toda guerra visa o extermínio de um "mal", para que a "paz" prevaleça entre os homens de "bem". Contudo, é negligenciado o efetivo custo-benefício entre os meios empregados e a finalidade perseguida, ou seja, para um mesmo problema em que há variadas soluções, deve-se optar por qual?

De fato, a Lei 11.343/06 trouxe, notadamente, um avanço social quanto ao desencarceramento pelo art. 28 do referido diploma, bastando somente assinatura de termo de compromisso pelo Agente delituoso para posterior comparecimento em Juízo, bem como outros procedimentos de práxis (conduções feitas por Policiais até a delegacia, lavratura de termo circunstanciado de ocorrência, inquirição de testemunhas pelo Delegado de Polícia e demais provas necessárias a subsidiar eventual Denúncia).

Em seguida, a máquina estatal se movimento pelo braço do Judiciário, havendo a distribuição do Termo Circunstanciado de Ocorrência na Vara do Juizado Especial, despacho judicial para remessa dos Autos ao Representante do Ministério Público, Audiência Preliminar (art. 76 da Lei 9.099/95), eventual proposta de transação penal ou prosseguimento da Ação, passando pela fase instrutória e ulterior sentença.

Necessário se faz pontuar todo o procedimento preliminar (fase policial) e judicial, para que se perceba a amplitude da movimentação do aparato estatal (Executivo e Judiciário) no intuito de se responsabilizar criminalmente um usuário de drogas. Há tanta relevância na problemática dos dependentes químicos que traga a necessidade de movimentação do judiciário (juízes e servidores) e do Ministério Público (promotores de justiça e servidores)?

Como resta evidente, a sanção social independe da sanção estatal (penal), haja vista que a própria condução, o comparecimento em juízo e figurar como Réu já é deveras estigmatizante para qualquer indivíduo. Contudo, o usuário, independentemente da quantidade de drogas, terá que ser submetido ao crivo de um Juiz (art. 28, §2º da Lei de Tóxicos), pois é competência da Autoridade Judiciária determinar qual medida será aplicada, podendo, ao final do processo, receber a respectiva pena.

Assim, resta um grande enigma para o legislador ordinário penal: Há verdadeira necessidade de movimentação da máquina pública para tratar de uma questão relativa a uso de drogas para consumo próprio? Em síntese, há proporcionalidade?

Tal pergunta é emblemática, pois atualmente o entendimento é de que a questão do usuário ainda é caso de polícia e de competência exclusiva do Judiciário, uma vez que se trata de ação penal pública.

3 O BEM JURÍDICO LESADO E A PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE DO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Para que se entenda o caráter público da Ação Penal, é necessário buscar o bem jurídico lesado pela conduta delituosa. No caso do porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/06) o bem tutelado é a saúde pública.

A saúde pública é um bem jurídico indeterminado quanto ao seu objeto concreto, uma vez, falar em saúde pública não é palpável se não há 'saúdes individuais'. Assim, o que se entende por saúde pública é o conjunto de 'saúdes individuais', sendo um bem jurídico individual na prática, mas coletivo para fins legais.

Com o uso pessoal de drogas, quem é efetivamente lesado? Sem dúvidas o usuário.

Alguns poderão argumentar que a família é afetada de forma mais aguda que o próprio dependente químico, mas seria a melhor solução o estigma de responder um processo penal? Isso atenuaria de algum modo a situação emocional familiar? Há proporcionalidade na inserção penal e processual penal do usuário?

Nesse momento, é necessário entender o Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade[2], para que possa ser aferida a necessidade efetiva da penalização, seja em qual nível for (encarceramento e/ou punitivo), da conduta do Usuário.

[2] Suzana Toledo Barros, **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 1996, p.54; Dirley da Cunha Jr., **Curso de Direito Constitucional**, 2012, p. 233.

Luis Roberto Barroso[3] apresenta três máximas como 'testes' para determinar se há proporcionalidade/razoabilidade na medida aplicada ao caso concreto, são eles: a)*Adequação*, método utilizado para determinar se o meio utilizado é apto para a promoção do fim almejado; b)*Menor ingerência possível*, é vista como o meio menos gravoso (que menos afronte direitos fundamentais) dentre todas as outras alternativas igualmente adequadas; c)*Proporcionalidade em sentido estrito*, há uma verdadeira balança entre o custo-benefício da medida aplicada.

Para que uma norma-princípio seja considerada proporcional, é necessário o preenchimento cumulativo de todas as máximas retromencionadas.

A bem da verdade, o Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade são postulados normativos (princípios de 2º Grau), pois são utilizados quando há colisão entre princípios, servindo como facilitadores e norteadores da eventual solução jurídica.

Retidamente ao tópico tratado há uma colisão entre a Saúde Pública e a proporcionalidade de sua medida (aplicação de pena através de um processo penal).

A resposta para tal questionamento (se há ou não proporcionalidade) é extraída, peremptoriamente, das seguintes indagações: "O meio processual penal é apto para solucionar o problema do Usuário ou da Comunidade?"; "De todas as alternativas postas, a responsabilização penal é a menos danosa ao Usuário?"; e "Há um efetivo custo-benefício para o Usuário ou para o Estado na movimentação e aplicação da Lei penal em prol da proteção da Saúde Pública?".

Evidentemente que não há proporcionalidade e nem razoabilidade em nome da Saúde Pública que possa justificar a instauração do processo penal contra o Usuário, seja porque não é o instrumento hábil para sanar questões de saúde pública ou porque não há efetivo custo-benefício para o Estado (financeiramente), para a sociedade (celeridade processual/solução efetiva) e para o Usuário (situação fática/punição).Portanto, sob o aspecto da proporcionalidade e razoabilidade das medidas penais e processuais à luz da tutela de uma saúde pública, não se está, na prática, tratando ou resolvendo problema algum.

[3] Luis Roberto Barroso, **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2012, p.282.

Por fim, considerando que o bem lesado seja a saúde privada/individual, não há, sistematicamente, a punição pela auto-lesão no ordenamento penal brasileiro, pode-se citar, à exemplo, o caso da "tentativa de suicídio".

4 NEOCONSTITUCIONALISMO E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Para que se possa perceber a patente inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, é fundamental entender a repercussão que a doutrina constitucional contemporânea (neoconstitucionalismo) traz à própria Constituição, seus princípios (implícitos e explícitos) e a consequente vinculação de todo o ordenamento jurídico.

O neoconstitucionalismo é uma corrente doutrinária trazida pela Alemanha em 1949, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), acompanhado do processo de redemocratização e reconstitucionalização da Espanha e de Portugal (década de 70)[4] e no Brasil com a Constituição de 1988, tudo isso em um cenário pós-guerra. Trata-se de corrente doutrinária que é formada por um verdadeiro processo sincrético entre o jusnaturalismo moderno e o positivismo jurídico.

As implicações do neoconstitucionalismo irradiam em todos os Códigos e em todas (ou quase todas) as relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Nessa senda, assinala Riccardo Guatini:

> "A constitucionalização do Direito é um processo de transformação de um ordenamento jurídico ao fim do qual a ordem jurídica em questão resulta totalmente *impregnada* pelas normas constitucionais, que passam a condicionar tanto a legislação como a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais." ("La 'constitucionalización' del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano". In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo (s), Editora Trotta, Madrid, p.49, 2003).

O espectro mais relevante, ao menos para o caso concreto, é o da efetividade normativa da Constituição de 1988, sendo espelho de observância obrigatória de todas as normas infra-constitucionais.

[4] Luis Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo,* 2012, p.268

Nas palavras de Dirley da Cunha Jr., o Neoconstitucionalismo propiciou:

> "reconhecimento da dupla dimensão *normativo-axiológica* das Constituições contemporâneas, ensejando a consolidação de uma teoria jurídica material ou substancial assentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Nesse contexto, o discurso jurídico, antes associado a uma concepção formal e procedimentalista, evolui para alcançar uma vertente *substancialista* preocupada com a realização dos valores constitucionais."

Assim, percebe-se o novo enfoque da Constituição, passando essencialmente pela Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III da CRFB/88) e assegurando valores mínimos ligados a ética, moral e direito, não mais dissociando os campos do conhecimento social[5].

Nesse diapasão, a leitura que deve ser feita de cada dispositivo legal é não só uma interpretação conforme a Carta Magna, mas também conforme a função social, boa-fé, eticidade, lealdade, probidade. Há a inserção, efetivamente, princípios meta-jurídicos como métodos hermenêuticos.

5 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DO ATUAL PARADIGMA INTERPRETATIVO

Sob uma ótica neoconstitucional há verdadeira invasão e desproporção do art. 28 da Lei de Tóxicos e dos Postulados constitucionais expressos (art. 1º, III e art. 5º, X, ambos da CRFB/88) e implícitos (proporcionalidade e razoabilidade).

Uma interpretação conforme a Carta de Outubro e suas garantias demonstram uma evidente inconstitucionalidade material do art. 28, da Lei 11.343/06.

O exame das máximas da proporcionalidade e razoabilidade como já apresentado, trouxe à tona uma incompatibilidade entre a tutela do bem jurídico lesado (se é que há bem jurídico lesado no caso concreto) e as medidas aplicáveis, contudo a análise foi sumária.

Há, para os hermeneutas do direito brasileiro, uma forma interpretativa de subsunção como regra, ou seja, busca-se o dispositivo legal abstrato que melhor se

[5] MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais.* 2008, p. 11-12.

enquadre a situação posta, sem haver nenhuma consideração quanto ao caso concreto e suas particularidades.

É necessário compreender, para uma mudança mais contundente de paradigma hermenêutico, que além da própria Constituição da República ser de caráter vinculante e efetivamente normativo, a leitura dos seus dispositivos venha no sentido de ampliar os direitos fundamentais, posto que o rol apresentado pelo art. 5º é apenas exemplificativo (art. 5, §3º da CRFB/88), bem como que para a adequação correta ao modelo atual do constitucionalismo brasileiro seja feita, diuturnamente, uma mutação com esse viés.

Sendo assim, a mutação constitucional é ponto de partida para tal releitura, tendo característica de outorgar diferente *ratio* aquela regra ou princípio, uma vez que a produção legiferente é extremamente lenta em razão da velocidade das modificações sociais de cada comunidade.

Quanto ao atraso das Leis em relação aos apelos e as evoluções sociais, pontua Luis Roberto Barroso:

> "Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver." (Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Ed. Saraíva, 3ª edição. 2012, p. 159).

Na busca de uma saída efetiva e de uma solução ao fim do túnel, a mutação constitucional sob o novo prisma dos costumes *secundum legem* somada às recentes mudanças sociais (seja quanto as liberdades individuais sob o prisma da Constituição de 88, seja quanto aos novos estudos científicos e tendências mundiais liberalizantes) o presente instrumento interpretativo é medida judicial que se amolda aos anseios Constituicionais atuais, e que também traz verdadeira justiça (despenalizando quem não pratica crime contra ninguém) e proporcionalidade às medidas impostas.

A mutação "segundo a Constituição" serve para uma ampliação, como já mencionado, dos direitos fundamentais individuais, ou seja, as liberdades intangíveis de cada indivíduo frente ao Estado. Tal raciocínio segue, unicamente, a ótica do bem jurídico lesado e as repercussões efetivas de uma medida penal (independentemente do encarceramento), trata-se de verdadeira mitigação (ainda

mais) do sistema penal e carcerário aplicado hoje em dia, fomentando assim reais possibilidades de se alcançar soluções e não mais problemas carcerários e financeiros para o Estado, sendo verdadeira 'faca de dois gumes' (atingindo o indivíduo na sua singularidade – intimidade e dignidade -, bem como o Estado, este quanto ao fator econômico e logístico).

Desse modo, uma releitura sobre o verdadeiro alcance material da dignidade da pessoa humana e à luz da efetividade das medidas atuais adotadas, bem como a real solução do atual entrave contra as drogas demonstra que a seara penal não é um local adequado para a resolução de tais impasses sociais e 'ressocializadores', ao menos no que tange aos usuários (ponto que ainda será abordado mais adiante).

É necessário esclarecer que não se busca defender uma negligência do Estado (atitude negativa). Aliás, tal negligencia já é operada nos dias atuais. O Estado atuando pelo Direito Penal, seja pelo mecanismo encarcerador, seja pelo viés psicológico (o medo da prisão e outras penas), só demonstra a ineficiência velada de todos os outros mecanismos sociais e estatais de prevenção (informação, clínicas de tratamento, trabalho como forma de ressocialização e etc). Tal "carta de ineficiência" é emitida através de toda a legislação penal 'contra' o usuário de drogas, diga-se de passagem.

6 O DIREITO PENAL "MÁXIMO

A última *ratio*, ou última alternativa, é um consectário lógico do princípio da intervenção mínima do direito penal, contrariando, assim, aquela ideia de que quanto mais pena/repressão Estatal, melhor será a resolução dos conflitos sociais (remontando a uma ideia psicológica de medo de eventuais sanções).

A própria doutrina trás, como uma tendência moderna, algumas medidas estatais que corroboram com o "direito penal mínimo":

> "[...]no sentido de se operar uma redução da intervenção punitiva do Estado, normalmente encontram-se os seguintes processos: Descriminalização, Despenalização e Diversificação." (SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania. São Paulo: Atlas, 2010, p. 163 a 165).

Diante da manifestação constitucional expressa pela regra das liberdades individuais (ambulatorial, crença, reunião, manifestação, pensamento e etc) reunidas no art. 5º do citado diploma, pode-se conceber que o Brasil está diante de uma verdadeira Carta Maior Libertária, ao menos no caráter social.

A realidade é observada inclusive pelos Juristas, asseverando no sentido de que:

> "[...]tal perspectiva conduz, pois, a um modelo de política criminal radicalmente descriminalizador; conduz, enfim, a um modelo de direito penal mínimo, que julgamos constituir a formulação mais condizente com a Constituição, brasileira, em particular, sobretudo pela sua declarada vocação libertária". (QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: parte geral. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 188).

Dessa maneira se apresenta a força vinculante da Constituição da República de 1988, em razão da perspectiva neoconstitucional, havendo fortes evidências, por conta de seus mandamentos principiológicos, na busca de maior efetividade nas liberdades individuais do que nas políticas de encarceramento ou mesmo penalização, fato infelizmente negligenciado pelo legislador ordinário, à exemplo do art. 28 da Lei 11.343/06.

Para atestar a ineficiência outrora alegada, os números apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), que teve pesquisa concluída em Dezembro de 2012 só reafirmam a ineficácia dos meios repressivos penalizadores utilizados até hoje (os dados apresentados levam em conta somente o tráfico, mas que repercute diretamente na ausência de meios concretos para combater o avanço das drogas)[6].

Assim, é fácil concluir que a política criminal brasileira opta por verdadeiro direito penal "máximo", penalizando (encarcerando e/ou punindo) situações sociais e jurídicas de forma desnecessária, criando verdadeiro problema a respeito dos direitos individuais (seja à nível da intimidade ou mesmo da dignidade humana, haja vista alguns usuários terem que suportar o sistema prisional e suas mazelas,

[6] O número de presos condenados por tráfico de drogas cresceu 30% nos últimos dois anos, passando de 106.491 em 2010 para 138.198 em 2012. No mesmo período, o número de presos em geral aumento apenas 10%, passando de 496.251 para 548.003.

uma vez que não há uma maior objetividade nos critérios diferenciadores dos arts. 28 e 33 da Lei de Tóxicos) e uma política de encarceramento em massa.

7 O GARANTISMO PENAL E SUAS EFETIVAS REFLEXÕES

Na ótica do Direito Penal Mínimo, efetivamente o Princípio da Intervenção Mínima ou Fragmentariedade, temos em realidade uma aplicação do Garantismo Penal (influenciado diretamente pela Humanização do direito e o neoconstitucionalismo), como verdadeiro avanço na proteção dos direitos fundamentais subjetivos dos Agentes delitivos.

Nesse mesmo sentido apresenta-se, principiologicamente, a própria Lei 11.343/06:

> "Art. 4º São princípios do Sisnad:
>
> I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;
>
> [...]
>
> X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;"

A liberdade à autonomia, à luz da dignidade da pessoa humana, são fontes de formação interpretativa da própria Lei de Tóxicos, haja vista o dispositivo legal retromencionado, do mesmo modo a estabilidade e o bem-estar social.

No caso específico do art. 28 do referido diploma legal, temos a mitigação dos direitos fundamentais individuais (art. 4º, I da Lei 11.343/06) em razão do ilícito praticado, mas não se consegue atingir a *ratio legis* com tal aplicação fria da norma, uma vez que o aparato repressor Estatal não consegue, ao menos até o presente momento, promover estabilidade e o bem-estar do povo, aliás, muito pelo contrário, há uma verdadeira guerra civil em razão das drogas (e supostamente contra elas) instaurada, no Brasil, desde o final do séc. XX.

Por tudo que foi até agora exposto, é notório que há verdadeiro conflito entre a criação de modalidades penais novas (direito penal de emergência – política criminal difundida nos EUA pelo lema:"Law and Order") e o Princípio da

Intervenção Mínima. Mas, como já apresentado, a Constituição, parâmetro de legalidade de todas as normas ordinárias (inclusive a Lei de Tóxicos), não legitima tal política criminal desenfreada, existindo verdadeiro descompasso entre a Carta Magna de 88 e a Lei 11.343/06.

Como bem Pontua por Maria Lúcia Karam:

> "esta publicidade enganosa cria o fantasma da criminalidade, para em seguida, 'vender' a ideia da intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estarão solucionados" (De crimes, penas e fantasias. Rio de Janeiro: Luam. 1991, p. 200-201).

Portanto, há que se analisar: a) o cenário em que está inserida a comunidade; b) outros meios solucionadores; e c) custo-benefício da medida. Em suma, há uma necessidade de verdadeira ponderação de interesses (Paz Social *versus* Liberdades Individuais) à luz da proporcionalidade e dos princípios insculpidos na Carta de Outubro.

A verdade é que entra no debate uma suposta "paz social", que ao invés de ser fomentada (promovida) pelos atuais meios utilizados, ela é renegada. A conclusão é óbvia e notória, basta ligar a televisão, ler um jornal ou acessar a internet para entender que do modo como a situação está sendo "solucionada", há mortes incessantes para todos os lados da história (traficantes, usuários, policiais e inocentes).

Portanto resta inequívoca uma conclusão: Há verdadeira inconstitucionalidade material no art. 28 da Lei 11.343/06, seja por ferir preceitos fundamentais básicos, seja pela sua gritante desproporcionalidade, não sendo a real (concreta) solução da problemática sob a ótica do usuário.

E, por fim, resta uma gigantesca interrogação na sociedade brasileira do século XXI: "Aumentar o aparato repressor é a solução para o combate aos dependentes químicos?".

8 CONCLUSÃO

Primeiramente é importante trazer à tona que a conclusão efetiva da "guerra contra as drogas" (que atinge também o usuário) não é matemática, ou seja, não há um grau de certeza exata para se resolver essa problemática. Contudo, é notório que a forma como se está combatendo não se mostra eficaz.

Desse modo, remete-se novamente ao questionamento anterior: "Aumentar o aparato repressor do Estado, seja pelos tipos incriminadores novos ou pelo aumento nas penas, é realmente a solução?". Desse questionamento há duas óbvias respostas: A) Sim, é a solução e B) Não, não é a solução.

Caso a resposta mais coerente com a realidade atual do Brasil fosse pelo aumento do aparato repressor (penas mais duras, maior quantidade de policiais e criação de tipos penais incriminadores), seria certa a conclusão de que o Estado estaria caminhando no sentido mais acertado, haja vista o maior combate ao tráfico e aos usuários (aumento da força policial), bem como a criação de nova regulamentação quanto aos Tóxicos (Lei 11.343/06). Contudo, a conclusão fática milita em sentido contrário, há verdadeiro "Estado paralelo" (Leis, força humana repressora, território delimitado, organização política, escola de produção de novos traficantes e etc) financiado pelo próprio crime organizado, essencialmente mantido pelas drogas.

A bem da verdade é que a aplicação do constitucionalismo contemporâneo, de uma interpretação hermenêutica da Carta de Outubro de 1988 e de soluções extra penais parte de uma efetiva conscientização da população brasileira do atual quadro de drogas do Brasil e de um olhar crítico para os países do exterior que estão buscando a saída de um modo mais ousado (Alguns Estados dos EUA, Holanda, Portugal, Uruguai e etc).

Obviamente somado ao fator mencionado, é necessário pontuar que a "guerra contra as drogas" não terá solução do dia para a noite, bem como que a atuação Estatal em outros meios sociais (escola, infraestrutura e maior oportunidade para as pessoas marginalizadas) ajudará a minar a busca pela saída mais "fácil".

Acreditar que a solução da problemática trazida pelo art. 28 da Lei 11.343/06 se dará somente com sua despenalização e abolição dos procedimentos policias e judiciais à ele inerentes nos dias atuais é desconsiderar que a questão do usuário de drogas passa muito mais por uma área social do que jurídica. Desse modo, busca-se não uma solução integral do problema, mas assinalar/indicar por onde começar a resolvê-lo, juridicamente.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Editora Saraiva, 3ª edição, 2012.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**, Editora Trotta, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, Editora Juspodivm, 6ª Edição, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Luam. 1991.

MARMELSTEIN, George**. Curso de direito fundamental constitucional contemporâneo**, Editora Atlas, 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 3. Ed. São Paulo: Saraiva 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal**: criminologia, princípios e cidadania. São Paulo: Atlas, 2010.

EDUCAÇÃO TRANSMUTADA EM PREPARAÇÃO PARA O MERCADO DE TRABALHO PRECARIZADO E VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE CARÁTER TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DO CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO

EDUCATION TRANSMUTED IN PREPARATION FOR THE LABOR MARKET PRECARIOUS AND HUMAN RIGHTS VIOLATIONS OF LABOR CHARACTER: AN ANALYSIS OF THE EMPLOYMENT CONTRACT FOR A SPECIFIED PERIOD

Sophia Alencar Araripe Luna[1]

RESUMO

No presente artigo busca-se compreender de que forma a educação tem servido aos moldes de produtividade no regime capitalista enquanto educação profissional ou técnica, através da precarização e flexibilização dos postos de emprego. Para tanto, analisou-se a categoria de contrato de trabalho por prazo determinado. O trabalho, como uma das referências dos direitos humanos, tem sido pensado apenas no modelo do emprego ou trabalho abstrato, tendo em vista que ocupa a centralidade de uma sociedade salarial construída nos moldes do capitalismo. Além de objetivar o trabalho abstrato como preparação e segundo demandas do "mercado de trabalho", deve-se priorizar a educação para as/os trabalhadoras/es que permita, com a atuação direta do Estado, as condições materiais mínimas de existência que importam, inclusive, no acesso ao conhecimento. É necessário reconhecer que educação deve ser voltada sempre, como conteúdo e como expressão, aos direitos humanos, fundamentais, em respeito à dignidade de vida, para emancipação.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; direito do trabalho; educação.

ABSTRACT

In this article we seek to understand how education has served to mold productivity under capitalism as a professional or technical education, through casualization and flexibility of jobs. To this end, we analyzed the employment contract category for a specified period. The work, as one of the benchmarks for human rights, has been thought only in employment or abstract labor model, given that occupies the centrality of a wage society built on capitalism molds. In addition to objectify the abstract work in preparation and according to the demands of the "labor market", priority should be given to education for the workers which allows, with the direct involvement of the state, the minimum material conditions of existence that includes even the access to knowledge. It must be recognized that education should be geared always, as content and as an expression, to human and fundamental rights, in respect for the dignity of life, towards emancipation.

KEYWORDS: human rights; labor law; education.

[1] Bacharela no curso de Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos sob um regime capitalista de mercado não monopolista, em que o ser humano despossuído de capital vende sua força de trabalho como condição necessária e suficiente para garantir a própria subsistência. Nesse contexto, se difunde a mentalidade de que o padrão de vida de um ser humano é diretamente proporcional à sua capacidade de produzir, e a educação adquire um caráter de investimento, ou seja, um gasto de recursos que visa um aumento da produtividade no futuro. A expectativa de que mais anos de escolaridade garantem mais condições de empregabilidade e melhores ganhos à/ao trabalhador/a é especialmente problemática para a maioria das/os empregadas/os e desempregadas/os, que não têm acesso à educação de qualidade; esta educação, por sua vez, é oferecida principalmente à elite, e não se configura em igualdade de oportunidades no mercado.

Seguindo neste artigo a compreensão de Aldacy Coutinho do momento atual, em tempos de trabalho como bem escasso, o incremento do número de postos de trabalho tem ocorrido em funções com menor remuneração e mais precarizadas, que muitas vezes demandam trabalho não qualificado. Abordar-se-á aqui uma dessas situações de precarização e flexibilização, aquela relativa aos contratos de trabalho por prazo determinado, com enfoque específico no contrato de trabalho por temporada. A educação e o trabalho surgem em conjunção como objeto de análise juntamente com o advento e desenvolvimento do capitalismo, expressando a necessidade de formação ou preparação de mão-de-obra capacitada da classe assalariada. Enquanto a educação no ensino superior se revela enquanto um privilégio de uma elite pensante intelectualizada, nas classes mais pobres, a educação se ressignifica como apenas um meio de preparação de fator de produção para o mercado de trabalho, em sua faceta mais precária e flexibilizada.

Por outro lado, uma garantia concreta e efetiva de direitos trabalhistas se alinha à defesa dos direitos humanos econômicos e sociais, usufruídos não apenas individual mas também coletivamente. Na concepção geracional de direitos humanos, o conjunto dos direitos sociais, econômicos e culturais, dentre os quais se

encontra os de caráter trabalhista, estão associados à segunda geração, que surge no início do século XX na esteira das lutas operárias e do pensamento socialista na Europa Ocidental. Esta geração abrange não apenas os indivíduos, mas os grupos sociais, e explicitou-se na prática, nas experiências da social-democracia, consolidando-se posteriormente nas formas do Estado do Bem Estar Social, vivenciadas ao longo do século.

É de extrema relevância teórica e prática estudar os direitos humanos em seu caráter trabalhista, a fim de compreender todas as dimensões e repercussões do capital no mundo do trabalho e de que forma se reflete na crescente precarização e flexibilização do trabalho por todo o mundo. Na interface com a educação, também é necessário compreender como a mesma foi apropriada em forma de ferramenta em favor do regime capitalista de mercado, afastando-se radicalmente do potencial educador como fenômeno de emancipação e autonomia, como explanou Paulo Freire.

A metodologia utilizada consistiu em pesquisa bibliográfica em literatura relacionada ao Direito do Trabalho, Direitos Humanos, Modernidade e Pós-Modernidade na interface com o mundo do trabalho, bem como à Educação, num viés crítico.

2. DESENVOLVIMENTO

3. CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO

Fugindo ao princípio da continuidade da relação de emprego, a vigência dos contratos por tempo determinado ou a termo está condicionada à realização de determinado fato suscetível de previsão aproximada – o contrato depende, portanto, de termo prefixado.[2] Embora os contratos de trabalho por prazo indeterminado sejam celebrados com base na crença de que os mesmos vigorarão enquanto a/o trabalhador/a tiver condições de trabalhar, ocorre que, infelizmente,

[2] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. Manual de Direito do Trabalho. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

é incluída nesses contratos cláusula de garantia mínima do emprego, ou seja, o empregador dá à/ao empregado/a a garantia de que não a/o despedirá, sem razões, no prazo de "x" anos ou meses. É necessário que tal cláusula seja mais debatida nos pactos coletivos, empresas e sindicatos, inclusive a fim de elaborar sanções para ela.

4. HISTÓRICO DA FLEXIBILIZAÇÃO E PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Essa flexibilização relaciona-se com novas atividades decorrentes do avanço do capitalismo tecnológico no século XX e com a precarização do trabalho advinda de sistemas de produção adotados por alguns setores na economia moderna. A origem desse tipo de contrato advém de uma transposição do direito civil, no qual já era prevista a locação de serviços por um período determinado, proibida a locação sem prazo. Tendo em vista que o princípio da proteção ao trabalhador presume um vínculo que perdure indefinidamente e uma relação de emprego que só mudará quando as partes tiverem motivos relevantes para romperem o vínculo, o contrato por prazo determinado configura uma exceção na legislação, de acordo com as determinações específicas contidas em lei.

Isso pode ser justificado pelo fato de que esse tipo de contrato geralmente não beneficia a/o trabalhador/a – por exemplo, é comum que em contratos por prazo determinado haja restrições a alguns dos direitos trabalhistas legalmente previstos para os pactos por prazo indeterminado. Reconhecer a suma relevância do princípio da proteção no Direito do Trabalho implica em reconhecer a desigualdade de fato existente entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, tendo em vista que a/o trabalhador/a depende do empregador, tanto na execução da tarefa como em termos econômicos, razão pela qual este princípio existe – visando evitar sua submissão, bem como possíveis excessos ou desvios do empregador. [3]

> Para Américo Plá Rodriguez, o fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho, pois a liberdade de contrato entre pessoas economicamente desiguais favorece o

[3] RUPRECHT, A J. apud GUERRA, Rogéria Gladys Sales. **O Princípio Protetor no Contexto da Flexibilização do Mercado de Trabalho**. Recife: FASA, 2013. p. 53.

> aparecimento de exploração da parte vulnerável, sendo imprescindível a proteção jurídica que se expressa sob três formas: a regra in dúbio pro operário, a regra da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica. [4]

Sempre que houver dúvida, portanto, será definido o contrato por prazo indeterminado, de forma presumida, por isso a/o interessada/o, em caso de uma determinação de prazo, é que deve prová-la, na forma e pelos meios admitidos em direito. Por essas razões, dentre outras, o contrato por tempo determinado passou a ser encarado durante certo tempo como um instrumento que merecia pouco acolhimento no direito do trabalho, sofrendo inclusive restrições da jurisprudência além das já existentes na lei. Esclarece o tema o julgado de Alice Monteiro de Barros:

> EMENTA: **CONTRATO** POR **PRAZO DETERMINADO**. No Direito do Trabalho, os contratos a termo, não obstante o alargamento de suas hipóteses ocorrido em face do fenômeno flexibilizador, ainda constituem uma exceção, motivo pelo qual o parágrafo 2o. do art. 443 da CLT estabeleceu as hipóteses em que é possível a contratação por **prazo determinado**. Essa modalidade de contratação somente é admissível no diploma consolidado quando se tratar de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do **prazo**; no caso de atividade empresarial de caráter transitório; ou, finalmente, nos contratos de experiência. Há, ainda, outras leis, além da CLT, prevendo a admissibilidade de contratos por **prazo determinado** em outras hipóteses, como, por exemplo, a do safrista (Lei n. 5.889, de 1973), do trabalhador temporário (Lei n. 6.019, de 1974), do jogador de futebol (Leis n. 6.354, de 1976, e Lei n. 9.615, de 1998, entre outras), do artista (Lei n. 6.533, de 1978), do técnico estrangeiro, do trabalhador contratado por obra certa (Lei n. 2.959, de 17 de novembro de 1956), por acordo ou convenção coletiva nos termos da Lei n. 9601/98. Embora as possibilidades de adoção do **contrato determinado** tenham se ampliado, o Direito do Trabalho ainda prestigia os contratos por **prazo** indeterminado, como corolário do princípio da continuidade. Logo, se a reclamada deliberou formalizar com o autor essa modalidade de **contrato**, deveria, necessariamente, justificar essa conduta, a fim de possibilitar o exame da legalidade do ajuste. Deixando a empresa de apontar as razões pelas quais contratou o reclamante por **prazo determinado**, há de ser mantida a decisão que

[4] PLA RODRIGUEZ, Américo. apud GUERRA, Rogéria Gladys Sales. **O Princípio Protetor no Contexto da Flexibilização do Mercado de Trabalho**. Recife: FASA, 2013. p. 54.

> declarou nulo o ajuste firmado entre as partes e deferiu ao empregado o pagamento das parcelas rescisórias inerentes ao **contrato** por **prazo** indeterminado.
>
> (TRT da 3.ª Região; Processo: RO - 9217/04; Data de Publicação: 21/07/2004; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Alice Monteiro de Barros; Revisor: Fernando Antonio de M. Lopes; Divulgação: DJMG . Página 7)

O aumento do desemprego e da reserva de mercado tão necessária ao capitalismo alteraram essa situação, pois à semelhança do que hoje ocorre com a terceirização, os ordenamentos jurídicos dos Estados voltaram a utilizar o contrato a prazo como forma de absorver esse mercado de trabalhadoras/es que preferiam esse tipo de contrato à total precarização de suas forças de trabalho, e por isso aumentaram novas hipóteses permissivas quanto à situação legislativa desses contratos. Vale atentar ao papel do desemprego estruturante nesse contexto, o qual se apresenta enquanto reflexo do estabelecimento de novos padrões de organização do trabalho na globalização.

5. CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO EM OUTROS ORDENAMENTOS

Com o surgimento de máquinas modernas pós capitalismo industrial, bem como novos materiais, a seletividade do mercado se torna mais incisiva e apenas uma minoria de trabalhadores/as permanecem contratados formalmente, pois cada vez mais aumenta a quantidade de trabalhadores/as que não conseguem se qualificar, "o que gera a precarização, ou seja, o surgimento de relações desregulamentadas e sem proteção legal, pois terceiriza-se a produção e os serviços, produzindo o mercado informal ou não-regulado".[5]

Enquanto em alguns países a inserção de prazo no contrato é mera cláusula, em outros, esse prazo de fato transfere o instrumento para o plano de um contrato próprio – o contrato por prazo determinado. Em atenção ao princípio da proteção ao trabalhador, a legislação brasileira fixou como regra a limitação às

[5] CASTRO, Maria Silvia Portella de. apud GUERRA, Rogéria Gladys Sales. **O Princípio Protetor no Contexto da Flexibilização do Mercado de Trabalho**. Recife: FASA, 2013. p. 160.

contratações por prazo determinado, permitindo-as apenas nos casos autorizados em lei que mencionamos aqui, sendo insuficiente, portanto, a mera vontade das partes para validar cláusula de duração determinada.[6] Constata-se que a tendência moderna nos ordenamentos da maioria dos países é de disciplinar essa espécie de contratos, visando combater a utilização desses contratos por aqueles que almejam extorquir os assalariados dos direitos e vantagens que surgem ordinariamente na esteira dos contratos de tempo indeterminado.[7]

Quanto as hipóteses nos diferentes ordenamentos que admitem a contratação por prazo determinado, destaca-se a atividade sazonal, semelhante ao caso do contrato por temporada – admitida na França, Portugal e Itália, essa situação inicialmente era limitada ao turismo, teatro e hotelaria, mas posteriormente foi alargada para toda atividade econômica.[8] Na Venezuela, o art. 28 da Ley del Trabalho estabelece que o contrato de trabalho pode ser realizado para uma obra determinada, por tempo determinado, ou por tempo indeterminado; o art. 45 do Codigo Sustantivo del Trabajo, da Colômbia, especifica que o contrato de trabalho pode ser celebrado pelo tempo que durar a realização da obra; o art. 51 do Codigo Paraguayo del Trabajo dispõe que há a possibilidade de o contrato de trabalho ser firmado por obra ou serviço determinado. Na França, só se admite o termo no contrato trabalho havendo detalhamento especificado quanto ao término do pacto, porém é permitido o contrato sazonal, cujo termo final não é conhecido com exatidão (Lei n° 122-3, 1).[9]

6. TRABALHO TEMPORÁRIO E CONTRATO POR TEMPORADA: TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

Não podem ser confundidos o contrato por temporada com o contrato temporário da Lei N° 6.019/94, este último trata da situação na qual a/o

[6] CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4ª edição. Niterói: Impetus, 2010. p. 591.
[7] SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho: comentada**. 44ª edição atual, revisada e ampliada por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2011. p.558.
[8] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. ***Curso de Direito do Trabalho***. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
[9] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 120.

empregada/o é contratada/o por uma empresa prestadora de mão de obra para prestar seus serviços a um tomador, sem que haja qualquer vínculo de emprego com a empresa tomadora ou cliente. Trata-se de variedade expressamente prevista e regulamentada em lei de terceirização de serviços.[10] Se não for possível identificar motivos que justifiquem tal modalidade, ou se extrapolado o prazo legal para a prestação de serviços, caracteriza-se fraude, e portanto a relação de emprego forma-se diretamente com a "empresa cliente" – a empresa que intermediou a mão de obra responderá solidariamente, pois foi participante da fraude.

O trabalho temporário configura uma espécie de contrato por prazo determinado sob a modalidade "termo incerto" como regra – isso ocorre porque a substituição de pessoal regular e permanente do tomador ou o aumento de serviço podem não ter data fixa para acabar.[11] Observemos o contexto histórico-político:

> Com a restrição ao uso abusivo do contrato de trabalho a prazo, multiplicaram-se as empresas criadas com o objetivo de fornecer mão de obra a outras empresas, para atividade permanente ou transitória, ora por intermédio do contrato de locação de serviços, ora via empreitada. Difundiu-se rapidamente no Brasil esse sistema de locação de pessoal. Em 1973, só em São Paulo, havia 10 mil empresas que se utilizavam desse sistema, por meio de contrato com duração indefinida. [12]

Os direitos da/o trabalhador/a temporária/o estão contemplados no art. 12 da Lei n° 6.019/74. É necessário destacar que, embora as figuras da/o empregada/o e da/o trabalhador/a temporário/a sejam ambas subordinadas, a subordinação jurídica do trabalhador/a temporário/a dirige-se à empresa de trabalho temporário, com a qual o contrato é mantido; o/a trabalhador/a temporário é contratado pela empresa de trabalho temporário, a qual o/a remete para prestar serviços ao seu tomador ou cliente. Enquanto a/o empregada/o do contrato por prazo certo está numa empresa porque tem um contrato de trabalho direto com ela (e dessa forma esta empresa deverá responder pelos direitos da/o empregada/o e a/o subordinará), a/o trabalhador/a temporária/o, quando nas dependências do tomador, está em

[10] PRUNES, José Luiz Ferreira. apud GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Método, 2007. p. 124.
[11] CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4ª edição. Niterói: Impetus, 2010. p. 606.
[12] ALMEIDA, Isis de. apud BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Edição. São Paulo: LTr, 2013. p. 351.

nome da empresa de trabalho temporário, e não por manter um vínculo jurídico direto com a tomadora.[13] Também deve-se atentar à nomenclatura do "trabalho a tempo parcial", categoria que, apesar do nome, nada tem a ver com contrato com tempo determinado ou sequer com trabalho temporário, já que se refere ao trabalho cuja duração não excede a vinte e cinco horas na semana, de acordo com o art. 58-A da CLT.

Diferente dos casos de contrato por tempo determinado aqui mencionados, no trabalho temporário o contrato deve ser escrito, e a sucessão de contratos a termo não precisa respeitar o prazo contido no art. 452 da CLT, desde que para tomadores distintos, ou para atribuições técnicas absolutamente diferentes, quando para o mesmo tomador. Essa lei se explana como mais uma forma de fragilizar a relação de emprego, pois torna mais fácil para o empregador formalizar vínculos pouco estáveis para a/o trabalhador/a.

7. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO DA LEI 9.601/98 E OUTROS RETROCESSOS DE DIREITOS TRABALHISTAS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

É importante observar que o artigo 1º da Lei 9.601/98, a qual dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado, é diverso do pacto a termo estabelecido pela CLT, e desconsidera as condições estabelecidas no artigo 443 da CLT aqui transcrito para fixar que "as convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado", independentemente daqueles requisitos, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados. Há grande resistência por parte dos sindicatos profissionais em assinar convenção ou acordo coletivo que autorize tal contratação, tendo em vista que tal diploma representou retrocessos em diversos aspectos relacionados a direitos conquistados ao longo dos anos.[14] A redução estabelecida no art. 2º da referida lei, de 8% a 2% em relação à alíquota da contribuição para o FGTS,

[13] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36ª edição. São Paulo: LTr, 2011. p. 172.
[14] SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 13ª edição. São Paulo: Método/Gen, p. 92.

representa claramente uma ofensa ao princípio da isonomia, disposto pelo art. 5º, caput, da Constituição Federal, portanto é plenamente passível de inconstitucionalidade, com a agravante de representar discriminação, pois estabelece discrepante diferença de tratamento entre a/o empregada/o contratada/o pelo regime da Lei 9.601 e a/o empregada/o contratada/o a prazo determinado nas hipóteses previstas na CLT.[15] Além da referida lei não haver atingido o pretexto com o qual foi criada, qual seja, aumentar o número de postos de trabalho, ainda promoveu um desrespeito aos direitos básicos das/os trabalhadoras/es, especialmente quando levamos em consideração que o FGTS já veio em substituição à antiga estabilidade decenal. Reflete a doutrina:

> Ocorre que após a implantação desse modelo de contrato, o Estado não conseguiu reduzir o desemprego e na realidade entendemos que houve uma precarização dos direitos trabalhistas, no tocante a redução do percentual do FGTS para 2% (dois por cento) e na admissibilidade de renovar o contrato por mais de uma vez. Porém o empregador teve garantida a redução de encargos fiscais. Assim, apesar de não se negar a necessidade de medidas inovadoras dentro do ordenamento justrabalhista, não é legítima a implantação de normas de tal natureza que na realidade trata-se de precarização e flexibilização das normas trabalhistas. [16]

Para Aldacy Coutinho[17], reflexos do movimento de globalização permitem a entrada das teorias neoliberais e expressam a tendência mundial de extensão da escolaridade fundamental e alargamento do ensino profissionalizante, focando em competências profissionais, bem como na redução ou aniquilamento do ensino superior público. Um exemplo dessa dinâmica é a Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que realiza, no espaço do ensino profissional, a conexão entre educação e trabalho, a ciência e a tecnologia, conduzindo ao permanente desenvolvimento para a vida produtiva. As políticas públicas de educação no Brasil sinalizam no sentido da perspectiva do ensino profissional

---

[15] PRUNES, José Luiz Ferreira. apud GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007. P. 122-123.

[16] DALLEGREVE NETO, José Affonso. apud GUERRA, Rogéria Gladys Sales. **O Princípio Protetor no Contexto da Flexibilização do Mercado de Trabalho**. Recife: FASA, 2013. p. 135

[17] COUTINHO, Aldacy Rachid. Educação e trabalho: uma questão de direitos humanos. In **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/22_cap_2_artigo_14.pdf>. Acesso em: 20 ago.2015.

paralelo ao do ensino básico, na busca da concretização de um "perfil profissional", representado por pesquisas dos cenários e tendências das profissões da Área.

> A estruturação curricular está toda assentada na ideia de flexibilização (máxime por módulos sem terminalidade), com preocupação marcante na interdisciplinaridade e contextualização do profissional, como trabalhador produtivo, marcada pela prática (fazer) e não mais transmissão de conhecimento por conteúdos "estanques". Isto porquanto a demanda, no mercado, é de trabalhadores multifuncionais e criativos, os saberes efêmeros e a sociedade pós-moderna, ditada pela complexidade; a postura, antes passiva (trabalhador subordinado com dever de fidelidade e obediência), transforma-se em ativa (colaboradores e líderes).[18]

Enquanto o trabalho abstrato é uma necessidade para reprodução do capital, o trabalho em si se revela como a necessidade eterna para a existência e reprodução social. Educar para o trabalho em si é uma questão de direitos humanos – direito à vida, ao trabalho – enquanto educar para o trabalho concreto é formar mão-de-obra habilitada, sem custo direto para o capital. A democratização do conhecimento, pela educação, tem uma função social de reflexão e construção dos direitos humanos, definidos por Herrera Flores[19] como "sistemas de objetos (valores, normas instituciones) y sistema de acciones (práticas sociales) que posibilitan la apertura y la consolidación de espacios de lucha por la dignidade humana", que não é um dado, nem um construído, mas um processo contínuo de construção, mediante a ação política, na qual "conhecer é saber interpretar o mundo"[20].

Como bem expressou Boaventura de Sousa Santos, cada vez mais o trabalho vai deixando de servir de suporte à cidadania, e vice-versa, ou seja, cada vez mais a cidadania vai deixando de servir de suporte ao trabalho.

> Ao perder o estatuto político que detinha enquanto produto e produtor de cidadania, o trabalho fica reduzido à dor da existência, quer quando o há – sob a forma de trabalho desgastante –, quer

[18] COUTINHO, Aldacy Rachid. Educação e trabalho: uma questão de direitos humanos. In **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. p. 382. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/22_cap_2_artigo_14.pdf> Acesso em: 20 ago.2015.

[19] HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y critica de la razón liberal**. Madrid : Desclée, 2000. p. 52.

[20] HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y critica de la razón liberal**. Madrid : Desclée, 2000. p. 47.

> quando não o há – sob a forma de desemprego, e não menos desgastante. É por isso que o trabalho, apesar de dominar cada vez mais as vidas das pessoas, está a desaparecer das referências éticas que dão suporte à autonomia e à auto-estima dos sujeitos.[21]

8. EFEITOS CONTRATUAIS

Entendendo que a contratação nos termos dos contratos por prazos determinados não são permitidas constantemente pela lei, justamente por não ser muito benéfica à/ao trabalhador/a, as exigências legais, se descumpridas, tem como consequência a inserção do contrato no plano da contratação por tempo indeterminado, devendo inclusive serem aplicadas todas as normas relativas a essa modalidade de pacto – por prazo indeterminado. O aviso prévio, por exemplo, não é devido em sendo o contrato a termo, conforme dispõe o art. 487 da CLT; como as partes já sabem, de antemão, quanto terminará o contrato, o legislador entendeu que não há sentido no aviso prévio para estas situações. Assim, se por desconhecimento ou porque assim entenderam mais conveniente, as partes apuserem cláusula de aviso prévio – rescisão antecipada – no contrato a prazo, sua natureza se transforma, se foi exercida essa faculdade, portanto o contrato começa a ser configurado como por prazo indeterminado, aplicando-se, desta forma, todos os preceitos próprios deste segundo tipo de contratação (até a indenização por antiguidade, se for devida). Dispõe a jurisprudência:

> AUSÊNCIA DE CLÁUSULA ASSECURATÓRIA DE RESCISÃO ANTECIPADA. EFEITOS.
>
> Nos contratos a termo, sem cláusula assecuratória de rescisão antecipada, descabe o aviso prévio. Recurso conhecido e provido para o fim de excluir da condenação o aviso prévio e os reflexos daí decorrentes. (Acórdão n° 922/88 – R.O. n° 271/88 – DJ CE 27.9.88).[22]

O contrário, no entanto, jamais será consentido, ou seja, um contrato a prazo pleno e indeterminado não pode ser convertido em outro por prazo determinado, pois tal prática anularia os direitos do/a trabalhador/a advindos de

---

[21] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, Maio 2003: 3-76. p. 19.

[22] CARDOSO, Hélio Apoliano. **Controvérsias Jurisprudenciais Trabalhistas, Tomo I**. 1ª edição. Campinas – SP: Bookseller, 2001. p. 219-220.

sua antiguidade e pertinentes à indenização que lhe seria devida, pois no caso de contrato a prazo, a seu término nenhuma indenização será válida. O que a lei não prevê em termos de proibição é que há como burlar essa regra, pois um contrato por prazo indeterminado pode seguir-se de um outro contrato, sendo este segundo por prazo determinado. Há a atenuante, nessa hipótese, de que a/o empregada/o teria mantidos seus direitos decorrentes da rescisão do primeiro contrato; nada proíbe, porém, que a/o mesma/o empregada/o que antes tinha uma relação empregatícia de prazo indeterminado, agora estipule em conjunto com o empregador um contrato a termo.

Uma ponderação considerável acerca da cláusula autorizadora da rescisão antecipada é em relação às garantias de emprego ou indenização especiais:

> A aplicação a tais casos (em que a cláusula está presente) dos 'princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado' (art. 481, CLT) não deve conduzir à conclusão que até mesmo as garantias de emprego e indenizações especiais por ruptura contratual desmotivada incidem em tais situações empregatícias, caso seja a ruptura provocada por ato empresário desmotivado. O contrato continua a ser a termo, com as regras e restrições que lhe são próprias; apenas o conjunto de verbas rescisórias é que se amplia, em face da cláusula autorizadora da rescisão antecipada. [23]

Quanto aos efeitos da suspensão e da interrupção no contrato a termo, ambas as hipóteses não transferem o termo final do contrato a prazo determinado. Desde que não haja negociação em contrário, ao retornar ao emprego após o afastamento, o/a trabalhador/a tem direito a findar apenas o período de tempo que resta do acordado inicialmente no contrato. Só ocorrerá o deslocamento do termo final do contrato de houver acordo de vontades entre as partes. Pode-se fazer uma crítica a essa regra, disposta no art. 472, §2º, da CLT, pois é extremamente maléfica à/ao trabalhador/a, restando o mesmo desprotegido em diversas hipóteses de afastamento. O/a trabalhador/a fica sem qualquer tipo de estabilidade, portanto. Vejamos:

> Na hipótese de ainda não ter chegado a termo o contrato, até que o obreiro receba alta médica (a qual corresponde, em tese, à cessação da incapacidade laborativa, e fim do benefício previdenciário), tem-

[23] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª edição. São Paulo: LTr, 2009. P. 500-502.

> se como vedada a sua dispensa sem justa causa ou arbitrária, justamente em razão da suspensão contratual. Eventual dispensa imotivada, durante esta suspensão, será nula, não propriamente por causa da estabilidade (que inclusive não teria, ainda, como ser adquirida, pois só pode ter início a partir da cessação do auxílio-doença acidentário), mas sim em razão de estar o contrato suspenso. Nesse caso, embora o trabalhador faça jus à restauração do pacto, uma vez restabelecidos os efeitos e a execução da relação de emprego, advindo o prazo de seu término (aquele previamente estipulado ou este acrescido dos dias do afastamento, como já mencionado acima), a sua cessação é automática, não havendo que se falar em estabilidade provisória posterior a isso. [24]

Se demitida/o sem justa causa antes do termo final do contrato, o empregada/o tem direito à indenização no valor equivalente à metade da remuneração faltante até o fim do contrato, de acordo com o artigo 479 da CLT.

Analogamente, se a/o empregada/o abandona o trabalho, sem justa causa, antes do termo pactuado, deverá indenizar o empregador de prejuízos decorrentes desse desligamento, se o empregador provar esse dano. O valor dessa indenização não pode ser maior do que aquela à qual teria direito a/o empregada/o se o caso fosse de rescisão antecipada por iniciativa do empregador, de acordo com o artigo 480 da CLT. Contudo, se houver cláusula de rescisão antecipada, permitindo às partes rescisão imotivada antes do termo final pactuado no contrato, as regras cabíveis caso uma das partes exerça esse direito serão as de rescisão de contratos por prazo indeterminado – isto é, o empregador deve indenizar a/o empregada/o com concessão de aviso prévio, multa de 40% do FGTS, dentre outras, se foi ele quem ocasionou a rescisão antecipada. Se for a/o empregada/o o que teve a iniciativa de rescindir o contrato antecipadamente, serão aplicadas, analogamente, as regras do pedido de demissão em um contrato por prazo indeterminado. Destaque-se que a presença da cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada converte o contrato por prazo determinado em contrato por prazo indeterminado apenas para fins de rescisão.

Vejamos que o Decreto n. 59.820/1966 assegura a equivalência entre o valor dos depósitos do FGTS e a indenização, que a CLT estabelece, para a/o empregada/o demitida/o sem justa causa antes do termo final do contrato a termo, no art. 30,

[24] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Método, 2007. p. 117.

§3º: "Na rescisão antecipada do contrato de trabalho por prazo determinado, de iniciativa da empresa, esta pagará à/ao empregada/o a eventual diferença entre o valor da indenização prevista no art. 479 da CLT e o saldo da sua conta vinculada". Como o termo final no contrato já é conhecido pelas duas partes desde o começo da relação empregatícia, essa espécie de contrato também sofre a peculiaridade de não ser alcançado pelas garantias constitucionais de estabilidade especial no emprego, do art. 10, II, 'b' do ADCT e do art. 8, VIII da CF.

Ao analisar os efeitos rescisórios nos contratos a termo, verificamos que estes concedem parcelas rescisórias mais restritas em favor da/o empregada/o, especialmente se fizermos uma comparação com as características dos contratos por tempo indeterminado. O rol dessas parcelas não tem grande diferenciação entre si, conforme a modalidade de ruptura contratual verificada nesses contratos a termo.[25]

Em caso de extinção normal do contrato, ou seja, quando do cumprimento do prazo prefixado, é devido à/ao empregada/o 13º salário proporcional, férias proporcionais mais 1/3, bem como liberação de FGTS, sem multa de 40%. Se a situação for de extinção do contrato devido a dispensa antecipada pelo empregador, as verbas devidas são as mencionadas na primeira hipótese, com o acréscimo da indenização do artigo 479 da CLT e dos 40% sobre o FGTS. Embora alguns afirmem que os 40% sobre o FGTS deveriam ser compensados com a indenização do art. 479, sob o argumento de que as duas parcelas visam obedecer à mesma causa e objetivos jurídicos (a reparação pela dispensa imprevista), tal entendimento vai de encontro com a letra da lei que regulamenta o FGTS, a qual disciplina o pagamento dos 40% nos casos de dispensa antecipada por ato empresarial no contrato por prazo determinado. A ideia da compensação também se choca com a jurisprudência já pacificada, a exemplo da súmula do TST:

> Súm. TST 125. CONTRATO DE TRABALHO. ART. 479 DA CLT.
>
> O art. 479 da CLT aplica-se ao trabalhador optante pelo FGTS admitido mediante contrato por prazo determinado, nos termos do

[25] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª edição. São Paulo: LTr, 2009.

> art. 30, §3º do Decreto n° 59.820, de 20.12.1966. (RA 83/1981, DJ 06.10.1981)[26]

Outro cenário de extinção contratual é aquele em que houve o pedido de demissão antecipada pela/o empregada/o, neste caso a/o trabalhador/a não saca o FGTS, e ainda seria obrigado a indenizar o empregador pelos prejuízos resultantes da ruptura antecipada, como mostramos acima. Embora isso seja o que dispõe o texto expresso da CLT nos arts. 479 e 480, essa determinação não acolhe o princípio da razoabilidade ou da isonomia, tendo em vista que empregada/o e empregador não encontram-se em mesma posição de condições e possibilidades econômicas e/ou sociais. Na hipótese de haver no contrato a cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação rescisória, incidirão as parcelas rescisórias típicas de contratos por prazo indeterminado, como já explanado aqui.

9. EDUCAÇÃO TÉCNICA E PROFISSIONAL EM CONFRONTO COM UMA EDUCAÇÃO COMO PRÁTICA DA LIBERDADE

Há uma estrutura dual na política educacional que demonstra a formação de uma elite condutora do país, por um ensino mais prolongado e definido pelo Estado, de natureza emancipatória, e do outro lado, existe a preparação para um ofício direcionada aos filhos dos operários, aos desvalidos e menos afortunados, que deveriam adentrar no mercado de trabalho, de natureza mais assistencialista; consistia na preparação de trabalhadoras/es manuais, especializadas/os, que tinham no "fazer" a constituição de sua identidade, que vinculava educação e trabalho[27]. Dessa forma, o ensino passa a ser encarado como a expressão do dever de um Estado que precisa formar uma disciplina moral e adestramento físico do cidadão, que por sua vez, deveria arcar com seus deveres para com a economia e a defesa da nação. Enquanto se constrói a mentalidade de que o ócio é pernicioso e destrutivo, adota-se a ideia de que essa educação para o trabalho constitui a

[26] SARAIVA, Renato, MANFREDINI, Aryanna, SOUTO, Rafael Tonassi. **CLT Consolidação das Leis do Trabalho**. 10ª Edição. São Paulo: Método/Gen, 2014.

[27] COUTINHO, Aldacy Rachid. Educação e trabalho: uma questão de direitos humanos. In **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. p. 376. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/22_cap_2_artigo_14.pdf> Acesso em: 20 ago.2015.

personalidade moral do sujeito, tanto em sua dimensão geral de enquadramento social, a docilização, quanto em sua dimensão mais específica, de colaboração com o capital. Num viés diametralmente oposto a esse, Paulo Freire sustenta que ensinar exige criticidade, por meio da curiosidade como inquietação indagadora:

> Como manifestação presente à experiência vital, a curiosidade humana vem sendo histórica e socialmente construída e reconstruída. Precisamente porque a promoção da ingenuidade para a criticidade não se dá automaticamente, uma das tarefas precípuas da prática educativo-progressista é exatamente o desenvolvimento da curiosidade crítica, insatisfeita, indócil. Curiosidade com que podemos nos defender de "irracionalismos" decorrentes *do* ou produzidos por certo excesso de "racionalidade" de nosso tempo altamente tecnologizado. E não vai nesta consideração nenhuma arrancada falsamente humanista de negação da tecnologia e da ciência. Pelo contrário, é consideração de quem, de um lado, não divisa a tecnologia, mas, de outro, não a diaboliza. De quem a olha ou mesmo a espreita de forma criticamente curiosa.[28]

A ideia de educação voltada para produtividade assemelha-se às bases teóricas relativas à "educação bancária" criticadas por Paulo Freire, para quem esse tipo de educação não estimula[29]. Ao revés, sua tônica residiria fundamentalmente em matar nos educandos a curiosidade, o espírito investigador, a criatividade. Sua "disciplina" é a disciplina para a ingenuidade em face do texto, não para a indispensável criticidade. Para Freire, na educação bancária o educador substitui a expressividade pela doação de expressões que o educando deve ir "capitalizando", ou seja, quanto mais eficientemente o faça tanto melhor educando será considerado, assim como ocorre na educação "técnica" ou "profissionalizante".

Enquanto o ensino pré-vocacional e profissional, como escolas de aprendizagem, focam no adestramento de pessoas, Paulo Freire sugere que uma prática educativo-crítica, ao contrário, deve propiciar as condições em que os educandos em suas relações uns com os outros e todos com o professor assumam-se como ser social e histórico, como ser pensante, comunicante, transformador,

---

[28] FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 51ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2015. p. 33-34.

[29] *FREIRE*, *Paulo*. ***Ação* cultural para a *liberdade***. 5ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra. 1981. p.

criador, realizador de sonhos, capaz de ter raiva porque capaz de amar; assumir-se como sujeito porque capaz de reconhecer-se como objeto[30].

A partir da década de 70, o ensino passou a receber influências da teoria do Capital Humano de Becker[31] que serve à lógica de mercado do capitalismo e à implementação da reestruturação produtiva, transportando o ensino de bem público a mercadoria, aderindo a uma nova racionalidade eficientista, como instrumento para assegurar a maximização dos lucros e a minimização dos custos. Nesse contexto, não se pode negar o caráter ideológico da educação. Como afirma Paulo Freire:

> Saber igualmente fundamental à prática educativa do professor ou da professora é o que diz respeito à força, às vezes maior do que pensamos, da ideologia. É o que nos adverte de suas manhas, das armadilhas em que nos faz cair. É que a ideologia tem que ver diretamente com a ocultação da verdade dos fatos, com o uso da linguagem para penumbrar ou opacar a realidade ao mesmo tempo em que nos torna 'míopes'. [32]

No esquema atual da globalização, uma das eficácias de sua ideologia fatalista é convencer os prejudicados das economias submetidas de que a realidade é assim mesmo, de que não há nada a fazer mas seguir a ordem natural dos fatos. Pois é como algo natural ou quase natural que a ideologia neoliberal se esforça por nos fazer entender a globalização, e não como uma produção histórica.

10. CONCLUSÃO

É necessário enxergar o contexto da flexibilização do mercado de trabalho inserido no âmbito da globalização, a fim de compreender as diferentes variantes de contratos por prazo determinado como mecanismos de manutenção de privilégios de determinada classe, que surgem em meio a um verdadeiro embate de ideologias, por vezes opostas.

---

[30] FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 51ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2015. p. 42.

[31] BECKER, Gary. The economic way of looking. Nobel Lecture. December 9, 1992. Disponível em: http://nobelprize.org/ nobel_prizes/ economics/laureates/1992/becker-lecture.pdf.Acesso em: 20 ago.2015.

[32] FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 51ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2015. p. 122-123.

Para além das visões "neutralizantes" do Direito, que tentam impô-lo como ciência desprovida de caráter político, é necessário visualizar as disputas que se delineiam no meio jurídico, o conteúdo social e político existente na positivação de direitos (qualquer que seja seu direcionamento) e no caminho de interpretação principiológica, bem como de horizontalização dos direitos fundamentais, que cresce cada vez mais.

Esse viés crítico é imprescindível, se objetivamos lançar mão de vias alternativas no Direito do Trabalho, a fim de impedir retrocessos nas garantias já conquistadas no último século, bem como assegurar os direitos sociais, coletivos e difusos que vem sendo firmados. São muitos os fundamentos e argumentos que evidenciam a desigualdade inerente às relações de trabalho, e por isso precisamos continuamente resgatar as origens e motivações de princípios como o da proteção ao trabalhador, na construção de caminhos jurídicos cada vez mais progressistas.

O trabalho, como uma das referências dos direitos humanos, não pode ser pensado apenas no modelo do emprego ou trabalho abstrato, mesmo que seja a centralidade de uma sociedade salarial construída nos moldes do capitalismo. Além de objetivar o trabalho abstrato como preparação e segundo demandas do "mercado de trabalho", deve-se priorizar a educação para as/os trabalhadoras/es que permita, com a atuação direta do Estado, as condições materiais mínimas de existência que importam, inclusive, no acesso ao conhecimento. É necessário reconhecer que educação deve ser voltada sempre, como conteúdo e como expressão, aos direitos humanos, fundamentais, em respeito à dignidade de vida, para emancipação.

11. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Isis de. **O Regime de Trabalho Temporário**. São Paulo: LTr, 1977.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Edição. São Paulo: LTr, 2013.

BECKER, Gary. The economic way of looking. Nobel Lecture. December 9, 1992. Disponível em: http://nobelprize.org/ nobel_prizes/ economics/laureates/1992/becker-lecture.pdf. Acesso em: 20 ago.2015.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Controvérsias Jurisprudenciais Trabalhistas, Tomo I**. 1ª edição. Campinas – SP: Bookseller, 2001.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4ª edição. Niterói: Impetus, 2010.

CASTRO, Maria Silvia Portella de. **Efeitos da globalização e da formação de blocos regionais sobre o mercado de trabalho: os casos do Mercosul e do NAFTA. Emprego e desenvolvimento tecnológico: processos de integração regional**. São Paulo: DIEESE, 1999.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Educação e trabalho: uma questão de direitos humanos. In **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/22_cap_2_artigo_14.pdf >. Acesso em: 20 ago.2015.

DALLEGREVE NETO, José Affonso. Transformações das Relações de Trabalho à Luz do Neoliberalismo. **Transformações do Direito do Trabalho**. Coordenação de José Affonso Dallegreve Neto, Aldacy Coutinho e Luiz Eduardo Gunther. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª edição. São Paulo: LTr, 2009.

FREIRE, *Paulo*. ***Ação* cultural para a *liberdade***. 5ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra. 1981.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 51ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Método, 2007.

HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y critica de la razón liberal**. Madrid : Desclée, 2000.

GUERRA, Rogéria Gladys Sales. **O Princípio Protetor no Contexto da Flexibilização do Mercado de Trabalho**. Recife: FASA, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. ***Curso de Direito do Trabalho***. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PLA RODRIGUEZ, Américo**. Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2000.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Trabalho terceirizado e composição industrial**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2000.

RUPRECHT, A J. Os Princípios do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho: comentada**. 44ª edição atual, revisada e ampliada por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, Maio 2003: 3-76.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 13ª edição. São Paulo: Método/Gen, 2011.

SARAIVA, Renato, MANFREDINI, Aryanna, SOUTO, Rafael Tonassi. **CLT Consolidação das Leis do Trabalho**. 10ª Edição. São Paulo: Método/Gen, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PLA RODRIGUEZ, Américo**. Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2000.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Trabalho terceirizado e composição industrial**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2000.

RUPRECHT, A J. Os Princípios do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho: comentada**. 44ª edição atual, revisada e ampliada por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2011.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 13ª edição. São Paulo: Método/Gen, 2011.

SARAIVA, Renato, MANFREDINI, Aryanna, SOUTO, Rafael Tonassi. **CLT Consolidação das Leis do Trabalho**. 10ª Edição. São Paulo: Método/Gen, 2014.

LUTAS POPULARES POR HABITAÇÃO: A EXPERIÊNCIA DO CONJUNTO HABITACIONAL NOSSA SENHORA DE FÁTIMA EM JUAZEIRO DO NORTE (CE) [1]

POPULAR STRUGGLES FOR HOUSING: THE EXPERIENCE OF THE HOUSING COMPLEX OUR LADY OF FATIMA IN JUAZEIRO OF NORTE (CE)

Vicência Maria de Souza Silva[2]

RESUMO

O artigo tem por objetivo discutir as lutas populares por Habitação, caracterizando-as e exemplificando com a experiência do Conjunto Habitacional Nossa Senhora de Fátima em Juazeiro do Norte (CE) que é uma ocupação de terrenos. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica, documental e entrevista semiestruturada. Os resultados obtidos permitiram identificar como a negação de Direitos básicos e a inexistência de políticas públicas rebatem na qualidade de vida dos moradores; como essa deficiência é superada pela consolidação do sentimento de pertencimento a casa e à comunidade; e a necessidade de se reforçar o debate sobre o confronto, organização e reivindicação coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Lutas por Habitação; Assentamentos Urbanos; Ocupação de Terreno.

ABSTRACT

The article aims to discuss the popular struggles for housing, characterizing them and giving examples from the experience of the Housing Complex Our Lady of Fatima in Juazeiro do Norte (CE) which is a occupation of land. To this end, there was literature, documentary and semi-structured interview. The results have identified as the denial of basic rights and the lack of public policies folded in the quality of life of residents; as this deficiency is overcome by consolidating the sense of belonging to home and the community; and the need to strengthen the debate on the confrontation, organization and collective claim.

KEYWORDS: Fights for Housing; Urban Settlements; Occupation of land.

[1] Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso de Serviço Social orientado pela Professora Dra. Rúbia Aurenívea Ribeiro Lóssio e apresentado a Banca Examinadora composta pelas Professoras Ma. Rita Fabiana Arrais do Nascimento e Esp. Cecília Bezerra Leite.

[2] Assistente Social.

1 INTRODUÇÃO

Durante a ocupação e urbanização do território brasileiro, a habitação sempre se mostrou insuficiente para seus demandantes, mas essa, só pode ser considerada como um problema quando o Estado o reconhece como tal e passa a intervir via políticas, programas e projetos, intervenção essa, que ao longo do desenvolvimento econômico e social do Brasil mostra-se insuficiente. Atualmente, os desafios do cenário brasileiro são inúmeros e intensos, especialmente pelo elevado número de moradores de rua, pelo índice de déficit habitacional e moradias inadequadas, a fragmentação de políticas de desenvolvimento e planejamento urbano, a enorme desigualdade de renda no país e o impacto negativo da privatização de serviços básicos para os mais pobres.

Em Juazeiro do Norte, encontram-se problemas semelhantes aos das grandes capitais brasileiras, entre eles má distribuição de renda; segregação sócio espacial; precariedade nas condições de vida da população; e escassas e insuficientes políticas públicas. E é nesse espaço que se verifica, cada vez mais intensa, a luta contra a apropriação capitalista da cidade, que limita a efetivação dos direitos da classe trabalhadora.

Portanto, problematizam-se como os usuários podem cobrar e/ou participar da efetivação dos direitos à Moradia e a Cidade, frente sua violação e transformação em bens de consumo. E o que é necessário fazer para acessar a moradia, mesmo que precária, se também não se tem condições para adquiri-la pelo mercado formal? Atualmente, existem políticas sociais, que desmanteladas pela conjuntura neoliberal e atendendo as determinações dos órgãos financeiros multilaterais, não conseguem acompanhar a crescente demanda habitacional, resta, portanto, esperar que o Estado resolva todas essas questões, denunciarem a violação dos direitos a órgãos nacionais e internacionais ou organizar forças e mobilizar a sociedade para manifestações, atos públicos e até ocupações de terrenos.

Pela ausência do Estado, própria do neoliberalismo, os atores sociais mobilizam-se e articulam-se a fim de criar um campo político de força social e resistência, por isso, o presente artigo tem por objetivo discutir as lutas populares

por Habitação, exemplificando com a experiência do Conjunto Habitacional Nossa Senhora de Fátima em Juazeiro do Norte (CE) que é uma ocupação dos terrenos pertencentes à Prefeitura Municipal, cujas práticas assemelham-se a ações dos movimentos sociais rurais, no sentido de ocupar e resistir.

2 LUTAS POR HABITAÇÃO: A PARTICIPAÇÃO POPULAR E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

Inúmeras foram às conquistas sociais de mobilizações e movimentos populares urbanos e rurais e no campo da Habitação, eles foram e continuam sendo responsáveis pela criação de importantes legislações e estatutos. As manifestações populares consistem na junção de forças para a tentativa da construção do novo, consta-se que eles estão presentes desde o inicio da civilização, mas é a partir da década de 60 que eles deixam ser sindicalistas e ações de trabalhadores organizados, para serem os novos momentos sociais.

Nas palavras de Gohn (2000, p. 13) os movimentos sociais

> São ações coletivas de caráter sociopolítico, construídas por atores sociais pertencentes a diferentes classes e camadas sociais. Eles politizam suas demandas e criam um campo político de força social na sociedade civil. Suas ações estruturam-se a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em situações de: conflitos, litígios e disputas. As ações desenvolvem um processo social e político-cultural que cria uma identidade coletiva ao movimento, a partir de interesses em comum. Esta identidade decorre da força do princípio da solidariedade e é construída a partir da base referencial de valores culturais e políticos compartilhados pelo grupo (GOHN, 2000, p. 13)

Ou seja, os movimentos sociais são ações de caráter coletivo, de grupos organizados que almejam transformações da sociedade como um todo, ou de aspectos isolados, em outras palavras, pela revolução ou pela reforma, através do embate político. Eles atuam direta ou indiretamente na esfera publica ou privada contribuindo para o desenvolvimento da sociedade.

Os movimentos sociais dividem-se em cinco tipos: transformadores, reformistas, redentores, alternativos (GONH, 2000) e ainda os conservadores. Os transformadores objetivam mudanças estruturais e radicais e os reformistas buscam transformações setoriais; enquanto os movimentos redentores destinam-

se a transformação da vida das pessoas e os alternativos referem-se aos direitos dos negros, homossexuais, feministas, ecológicos, enfim pelas minorias; e os conservadores, que buscam manter os regimes, não aceitando mudanças.

Todo movimento social é uma ação coletiva, mas nem toda ação coletiva é um movimento social. Os movimentos sociais constroem uma identidade para a luta e defesa dos seus interesses e se tornam um porta-voz de um grupo de pessoas que se encontram numa mesma situação, seja social, politica, econômica, cultural ou religiosa. A existência de um movimento social requer organização, articulação e mobilização, o que demanda recursos materiais, financeiros e pessoais.

Os movimentos sociais, de acordo com Gonh (2007a), apresentam características fixas que os definem e os diferenciam dos demais movimentos e ações coletivas que são: definição de metas e objetivos para atingir; escolha de líderes e assessores; mobilização de pessoas para as bases; e definição e difusão de reivindicações, bandeiras de lutas e estratégias, por meio de assembleias, reuniões, atos públicos, meios de comunicação oral e áudio visual.

Enquanto as ações coletivas de grupos organizados objetivam alcançar mudanças sociais por meio de embate politico, conforme seus valores e ideologias dentro de uma determinada sociedade e de um contexto específicos, permeados por tensões sociais. Podem objetivar mudança, transição ou mesmo revolução de uma realidade hostil a certo grupo ou classe social; seja a luta por algum ideal ou o questionamento de uma determinada realidade que se caracteriza como algo impeditivo da realização dos anseios desses movimentos.

No Brasil existem lutas e organizações populares desde o período Colonial. As primeiras manifestações e organizações populares no Brasil foram impulsionadas pelas péssimas condições de vida; as longas jornadas de trabalho, a falta de salário digno, aposentadoria, férias; e pela miséria dos locais de moradia; ou seja, manifestando a ausência dos direitos básicos, que foram respondidas por leis repressivas e criminalizadoras.

As demandas alteram-se de acordo com o modelo econômico e produtivo do país e com eles surgem ligas, associações, etc; as mobilizações populares foram, em sua maioria, reivindicatórias e contestatórias, por meio de denúncias, greves, revoltas, pressão direta e indireta. Até que em 1964, a Ditadura Militar amplia

todas as lutas que já estavam postas, este foi um período de forte repressão politica, justificado pela necessidade de se manter a ordem social.

Os anos que antecederam o golpe militar de 64 foram marcados por grande efervescência politica, além das mudanças trazidas pelas eleições presidenciáveis de 1960, pela renuncia do candidato eleito Jânio Quadros (31 de janeiro de 1961 a 25 de agosto de 1961) e pela posse do novo presidente do Brasil João Goulart (1961 a 1964).

A posse de João Goulart encontrou oposições postas pelos militares, que afirmavam que ele mantinha vínculos comunistas/socialistas prejudiciais para o Brasil, mas em contrapartida ocorreram manifestações pelo cumprimento da Constituição, que afirmava que o Vice deveria assumir caso o Presidente renunciasse. Jango assumiu a presidência em 07 de setembro de 1961, através de articulação entre o Congresso Nacional e os militares, pela mudança do regime presidencialista para parlamentarista, mas em janeiro de 1963, o presidencialismo foi restaurado mediante plebiscito popular (ARAUJO; SANTOS; SILVA, 2012).

O debate politico assumiu a postura por reformas de base estruturais, a articulação de partidos políticos, organizações e movimentos sociais exigiam reformas nos âmbitos fiscal, administrativo, universitário e agrário. O governo Jango foi marcado pela intensa politização social, ou seja, o momento vivido possibilitou a maciça participação da população por meio de debates e confrontos sobre os projetos do país.

De acordo com Araújo, Santos e Silva (2012, p. 15)

> Em 1964, o governo João Goulart via-se acuado: as direitas civis alardeavam que as reformas de base visavam comunizar o país; o Congresso Nacional, de maioria conservadora e, em boa parte, representante dos grandes latifundiários, recusava-se a aprovar o projeto de reforma agrária sem indenizações aos proprietários; as esquerdas, que lutaram para garantir sua posse, exigiam veementemente à realização imediata das reformas, sem acordos ou recuos. De aliadas, tornaram-se ferozes contestadoras. Concomitantemente, os setores militares golpistas já se articulavam visando destituir o presidente. (ARAUJO; SANTOS; SILVA 2012, p. 15)

Jango era favorável às reformas estruturais e pela construção de um projeto nacional democrático, mas pelo medo da "esquerdarização" do Brasil, os militares derrubaram o governo: tanques de guerra e soldados invadiram o país e

em três de abril o General Castelo Branco foi nomeado presidente da Republica. Várias ditaduras foram instauradas pelo mundo, financiadas pelas grandes potências econômicas mundiais, principalmente pelos Estados Unidos da América, por ter chegado o fim da década de ouro do capital, pela necessidade de encontrarem novas formas de acumulação e pelo reordenamento da divisão internacional do trabalho.

O Golpe Civil-Militar, chamado por Netto (2007) de Autocracia Burguesa, abortou a possibilidade das reformas democráticas; perseguiu os protagonistas e vanguardas, que apresentavam ameaça a ordem social; redefiniu o Estado em favor dos monopólios; favoreceu a desigualdade social; intensificou a dependência do país em relação aos países estrangeiros; propôs-se superar a inflação e aumentar a economia; realizou reformas culturais e educacionais; e promoveu tímidas politicas sociais.

Nessa época surgiram inúmeros atores sociais, organizações populares e movimentos sociais e deflagram-se muitas greves em oposição ao regime militar, apoiados pelos católicos vinculados a Teologia da Libertação, até que em 1968 é instituído o Ato nº 5, perdendo e cassando, torturando atores sociais, tendo em vista que eles desestabilizavam a ordem posta.

Com o enfraquecimento da Ditadura, os movimentos sociais começam a se reorganizar, retomando seu espaço de atuação, sendo o principal deles o "Diretas Já" em 1984, reivindicando eleições diretas para Presidente da República, que só aconteceram em 1989. Na construção de uma nova Constituição, os movimentos sociais conseguiram transformar suas demandas em direitos. Após essa conquista, eles sofreram um enfraquecimento, devido a vários fatores, mas principalmente pela pouca articulação e mobilização.

Retornando aos cenários das lutas sociais os movimentos atuam sobre quatro linhas: primeiro, as lutas contra os efeitos da globalização, objetivando um novo padrão civilizatório, orientando a população acerca das políticas neoliberais; segundo, por ética na política, fiscalizando e gerenciando o emprego dos recursos governamentais/estatais; terceiro, eles tornaram-se importantes por cobrir áreas não atingidas por entidades e instituições públicas e privadas; e por último eles construíram um novo conceito para a autonomia (GONH, 2007b).

Essas novas práticas serão responsáveis para o surgimento do associativismo e da chamada Participação Cidadã, compreendidas no conceito mais amplo de cidadania, que abrange a totalidade da qualidade de vida do ser humano, fundamentado em valores éticos e universais e na democracia radical, que orienta os sujeitos sociais a construção de uma sociedade livre de todas as formas de dominação e exploração. Para tanto, os sujeitos precisam estar organizados e mobilizados.

As camadas mais pobres da população tiveram suas condições de moradias reduzidas nas últimas décadas, fortalecendo o ressurgimento dos movimentos sociais urbanos. Mesmo com o enfraquecimento e redimensionamento dos movimentos sociais, as lutas por moradia continuam até hoje na centralidade das lutas populares. Essas lutas dividiram-se em quatro categorias, as institucionalizadas; assessoria de Organizações Não Governamentais; renovação das práticas, igualando-se as dos movimentos rurais; e a última, protagonizada pelos moradores de rua (GONH, 2007b).

A ala institucionalizada desse movimento passou a atuar no plano jurídico, contribuindo para a criação de leis, decretos, resoluções, registros e cadastros, mas nesses espaços é necessário não só a luta por aprovação de novos textos, porque eles devem vir acompanhados com estratégias e mecanismos que possibilitem a sua aplicação e efetividade, para que as conquistas propostas por eles alcancem mudanças reais.

Na assessoria, os movimentos sociais estimulam as ONGs para que seus serviços cheguem a locais e situações em que o Estado é pouco presente, mesmo que, na maioria dos casos, as ONGs trabalham em parceria com o Estado e obtêm recursos através de financiamento dos governos, empresas privadas, venda de produtos e da população em geral (através de doações), assim, as demandas do movimento sociais são absorvidas pelas ONGs e suas ações ganham mais visibilidade, via projetos institucionais e cooperativa de ajuda mutua e autogestão.

A renovação das práticas assemelha-se aos movimentos rurais, realizando ocupações de áreas vazias ou prédios públicos e privados e amplas manifestações de rua, criando novas demandas, reguladas pelas políticas sociais especificas. E as lutas protagonizadas pelos moradores de rua, não se tratam de ações organizadas

contra essa situação, mas contra o crescente número e atos de violência contra essa população levaram a criação de políticas e projetos.

Maricato (2012) destaca que as principais conquistas dos movimentos, sindicatos, associações e ONGS ligadas à Moradia e a Reforma Urbana, foram alguns capítulos na Constituição Federal de 1988, o Estatuto das Cidades, a criação dos Ministérios das Cidades, a realização da Conferencia Nacional das Cidades, o Programa Nacional de Regularização Fundiária, o Conselho Nacional das Cidades, o marco regulatório para o Saneamento Ambiental, a criação e instituição do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social e o Programa de Aceleração do Crescimento em Habitação e Saneamento.

Toda essa atividade participativa não tem efeito sobre o capitalismo nacional e global, para Maricato (2012) a população organizada, preocupa-se com a melhoria das condições de vida da população, com os direitos das minorias, entre outras demandas, porém "sem tratar do presente ou do futuro do capitalismo" (ibidem, p. 89). Não se pode deixar de lutar pelas demandas especificas, mas é preciso, ter como pano de fundo a criação de uma sociedade, que não privilegie a existência delas.

3 POR QUE JUAZEIRO DO NORTE?

Juazeiro do Norte é um município brasileiro situado no Sul do Ceará, considerado o maior do interior do Estado, ocupando uma área de 248 km² com população de quase 300 mil habitantes. Seu crescimento dá-se devido à grande integração com os municípios vizinhos, Barbalha e Crato, e ao fenômeno religioso encabeçado pelo Padre Cicero Romão Batista, tornando-o um espaço sagrado, de peregrinação e romarias.

Inicialmente Juazeiro mantinha traços de fazenda canavieira, com uma população em torno de dois mil habitantes. O rápido crescimento e desenvolvimento deram-se em função da figura do Padre Cicero, que atraia grande contingente populacional em busca de orientação, benção e aconselhamento (ARAUJO, 2005).

> A ação do Padre Cícero sobre a cidade de Juazeiro contribuiu para delimitar o espaço social, político e econômico, e suas práticas econômicas contribuíram para imprimir o ideal de prosperidade presente na memória econômica da cidade. (ARAUJO, 2005, p. 35).

Percebe-se que é impossível contextualizar a história de Juazeiro do Norte sem referenciá-la com o papel desempenhado pelo Padre Cicero; este foi responsável pelo desenvolvimento de todos os setores do município, tanto é que ainda sendo distrito do Crato, já ultrapassava em número de habitantes os três maiores municípios do sertão cearense, juntos.

O processo de migração romeira proporcionou ao Juazeiro do Norte um processo peculiar de urbanização, onde a maioria da população, que era pobre e sem qualificação profissional, era destinada as atividades produtivas, por ordem do líder religioso, contribuindo para a criação de comunidades agrícolas.

Segundo Araújo e Silva (2012, p. 1), o processo de urbanização é "caracterizado pelo rápido crescimento dos grandes centros e pelo surgimento de problemas sócio espaciais dos mais diversos no seu interior, favorecendo com isto o comprometimento da qualidade de vida".

O processo de urbanização do Juazeiro do Norte aconteceu de forma rápida, intensa e desordenada, trazendo consequências danosas e imprevisíveis para a qualidade de vida local, atingindo as necessidades básicas de saúde, educação, segurança, dentre outros fatores primordiais para o sustento adequado de uma comunidade (Araújo e Silva, 2012). Mas, é um processo que se dá de forma limitada e reduzida nas áreas já ocupadas, correspondendo somente ao alargamento de ruas e avenidas.

Atual e juntamente com Barbalha e Crato, Juazeiro está em contínuo dinamismo e expansão da área urbana, ocasionando um aglomerado urbano, localizado em proximidades de grande importância de preservação ambiental, áreas comprometidas pelo crescente aumento da população e pelos seus diferenciados estilos de vida.

Alguns dos problemas refletidos pela falta de urbanização em Juazeiro do Norte são, além dos agravantes socioambientais, problemas de segurança pública, trabalho infantil, prostituição infanto-juvenil, uma crescente drogadição, aumento de periferias, desemprego, ausência de saneamento básico e mobilidade urbana de

qualidade. Tudo isso porque a urbanização vai além "da modificação do espaço geográfico, trata-se também de uma dinâmica social que contribui para o fomento de atividades ligadas ao estilo de vida urbano" (Araújo e Silva, 2012, p. 5).

Encontramos ainda problemas semelhantes aos das grandes capitais brasileiras, entre eles, má distribuição de renda; segregação sócio espacial; precariedade nas condições de vida da população; escassas e insuficientes políticas públicas; e gravíssimas violações ao direito de Moradia Digna dos usuários, como despejos, remoções forçadas e violentas. Esses problemas são reflexos das desigualdades em função do espaço, fator que antigamente não existia em Juazeiro do Norte.

Conforme dados da Fundação João Pinheiro (2007) apud Neves (2010, p. 4):

> "O município de Juazeiro do Norte apresenta um déficit quantitativo de 9.213 unidades habitacionais, dos quais o déficit urbano é de 8.288 unidades habitacionais e o déficit rural de 925 unidades, para uma população total de 242.139 habitantes em 2007". (NEVES, 2010, p. 4)

Pela via do direito a parcela mais pobre da população não tem sido atendida. E o que é necessário fazer para acessar a moradia, na maioria das vezes precária, se também não se tem condições para adquiri-la pelo mercado formal? Para esses, existem políticas sociais, que desmanteladas pela conjuntura neoliberal e atendendo as determinações dos órgãos financeiros multilaterais, não conseguem acompanhar a crescente demanda habitacional, obrigando as famílias a colocar-se em situações de vulnerabilidade social.

No município, a execução da Política Nacional de Habitação dá-se primordialmente pelo Subsistema de Habitação de Mercado. Sendo a Habitação pouco valorizada na agenda municipal, a principal medida tomada para a diminuição do déficit habitacional é o financiamento de casas pelo Programa Minha Casa, Minha Vida via financiamento, que embora venha sendo bem conduzido (constata-se que apenas um dos empreendimentos equivale à redução do déficit habitacional dos 14%, de um total de 9.231 unidades habitacionais) não consegue responder a crescente demanda habitacional.

A cidade pertence a todos os seus habitantes e não se justifica diferenciá-la por etnia, gênero, idade, raça, credo e/ou condição econômica, como também violação dos direitos, a mercantilização e elitização das cidades, principalmente dos centros urbanos, justificados pelo desenvolvimento econômico. Assim, verifica-se cada vez mais intensa, a luta contra a apropriação capitalista da cidade, que limita a efetivação dos direitos da classe trabalhadora.

Como reflexo desse processo em julho de 2012 iniciou a ocupação com aproximadamente 30 famílias em uma área pertencente à Prefeitura Municipal de Juazeiro do Norte - CE, localizado no Bairro Campo Alegre, atualmente conhecida como Conjunto Nossa Senhora de Fátima ou popularmente "sem terra". O apoio para a ocupação deu-se por parte de vereadores que se utilizaram na necessidade da população como estratégia político-partidária para angariar votos.

A principal bandeira de luta dos ocupantes é o Direito à Moradia, que aqui se resume a construção da casa e não se luta pelas demais condições de habitabilidade que abarcam a totalidade do direito. Dessa forma, verifica-se a total omissão do Poder Público não só com a ocupação, mas com o bairro de um modo geral, manifestada tanto na ausência de políticas públicas, quanto de equipamentos, infraestrutura e serviços básicos de qualidade e mesmo com isso, os ocupantes continuam resistindo.

O embate se dá pela escritura de posse do terreno, onde a Prefeitura Municipal alega que quer construir indústrias e fábricas, mas não se pensa na qualidade de vida dos ocupantes e assim, não se dialogam, nem constroem ou propõem meios adequados para atingir a solução dessa problemática. Mesmo que as casas estejam construídas é preciso avançar na luta pelos direitos à Moradia e à Cidade, até que se possa usufruir plenamente dos Direitos Humanos, especialmente os sociais.

4 AS LUTAS POR HABITAÇÃO PROTAGONIZADAS NO CONJUNTO HABITACIONAL NOSSA SENHORA DE FÁTIMA

Há muito que dizer sobre o papel que os Direitos assumem no Capitalismo. Nesse modelo de sociabilidade, a ação do Estado tende a assegurar as mínimas

condições de vida e de trabalho aos mais pobres, sendo que os Direitos Sociais, construídos na luta pela expansão e universalização dos Direitos Civis e Políticos, são fundamentados na ideia de promoção de bem-estar coletivo, igualdade e redistribuição da riqueza socialmente produzida.

De acordo com Nogueira (2005, p. 7) "os direitos de cidadania, e particularmente os direitos sociais, são um parâmetro fundamental da vida civilizada e refletem conquistas importantes do movimento democrático e das lutas sociais dos séculos XIX e XX". Mas seu reconhecimento por parte do Estado não significa, necessariamente, que eles serão efetivados, além disso, a mundialização do capital e as ideias neoliberais, criam uma fragilidade no campo dos direitos, que ficam a espera da vontade dos governantes e se deparam com o individualismo e a competitividade que retiram a força da coletividade.

Também chama atenção, a desconstrução dos direitos sociais, ocasionadas pelas inversões ideológicas que o capitalismo opera, de forma que os sujeitos de direitos não se reconhecem como tal. No campo especifico do Direito à Moradia, verifica-se uma enorme defasagem entre a legislação especifica e o seu cumprimento, acarretando no total ou parcial desconhecimento do conceito, impossibilitando a luta coletiva por sua efetivação e ampliação.

Como elementos constitutivos de uma legítima organização popular têm-se a articulação e a mobilização, como também a definição de metas e objetivos para atingir; escolha de líderes e assessores; mobilização de pessoas para as bases; e definição e difusão de reivindicações, bandeiras de lutas e estratégias, por meio de assembleias, reuniões, atos públicos, meios de comunicação oral e áudio visual.

Inicialmente, percebeu-se o desconhecimento parcial ou total sobre os direitos à Moradia Digna e à Cidade, que estão na base da luta popular por habitação, os quais são reivindicados pelos moradores, o que Nogueira (2005, p. 14) define como "crise da ideia de cidadão", onde este termo mostra-se cada vez mais distante dos indivíduos que não se reconhecem como sujeitos de direitos, principalmente porque eles se aproximaram da esfera financeira e mercadológica.

Quando os usuários têm o pleno conhecimento do seu direito, adquire-se autonomia para reivindicar, por isso Santos et al. (2011, p. 464) defendem a necessidade de "viabilizar a igualdade para todos na possibilidade de

desenvolverem sua autonomia ética, fornecendo subsídios à sociedade através da disponibilização das informações [...], para que todos possam exercer seus direitos e não somente os mais favorecidos".

A falta de compreensão dessa definição tem se mostrado um grande obstáculo para sua efetivação e isso é refletido na forma como se analisa as condições de moradia e a partir dela, definem-se a efetivação dos seus direitos. O entendimento de que o acesso à informação é uma via eficaz para o acesso a outros direitos indica que sendo a Moradia Digna um direito social garantido constitucionalmente, é função do Estado prover e garantir o acesso às informações relativas aos mecanismos usados para efetivá-la. Mas o processo de mercantilização no qual estamos inseridos contribui para que os indivíduos se reconheçam entre si como coisas, em contrapartida o Estado atua para a redução e desconstrução dos direitos, principalmente os sociais, a fim de que a luta coletiva seja desmobilizada.

O desconhecimento quanto aos direitos dita as formas como os eles serão reivindicados, se não se conhece, não se sabe pelo que lutar, tendo sua qualidade de vida prejudicada. No conjunto habitacional estudado, percebeu-se a total falta de serviços e infraestrutura básica, inclusive segurança de posse, que constituem a totalidade do Direito à Moradia Digna, mas mesmo assim os moradores admitem certo grau de qualidade que independem do acesso a esses serviços.

O Conjunto Habitacional é distante de todos os equipamentos sociais: educação, saúde, transporte, lazer, trabalho, segurança, etc, porque a igualdade e a justiça social não foram garantidas aos moradores. Mas o sentimento de pertencimento a casa e ao terreno, supera todas as dificuldades que a falta de serviços pode acarretar, de tal forma que ter a posse da casa é a resolução de todos os problemas, dessa forma, a casa deixa de ser somente o espaço físico para abarcar a subjetividade dos indivíduos sociais.

Por outro lado, esse processo também é mediado pela necessidade imediata de morar. Assim, ocupar um espaço que não abarca a totalidade do Direito à Moradia Digna, nem possibilita a construção do Direito à Cidade não se constitui como a efetivação de um Direito, principalmente porque se verifica na comunidade que os moradores entendem por terminados os problemas com a construção da casa

e a conquista da posse do terreno. Sobre isso Lima (2011, p. 12) diz que "é sabido que os problemas não terminam na construção da casa, a luta pelo direito à habitação de qualidade, é também a luta pelo acesso aos demais serviços públicos, que possam garantir a qualidade de vida da população".

> A partir disso, questiona-se sobre a legitimidade da ocupação de terreno enquanto exercício do direito à Moradia Digna, pois o problema habitacional não é totalmente superado com a construção da casa, a luta por esses direitos abrange também o acesso aos demais serviços públicos, que devem garantir qualidade de vida a população. Dessa forma, o Conjunto Habitacional em questão, como todo em bairro em que está inserido é profundamente marcado pela omissão do Estado no trato de politicas publicas e garantia das condições mínimas de habitabilidade.

5 CONCLUSÃO

O problema habitacional é moldado no sistema de produção capitalista, onde morar é reduzido a ter uma casa ou ocupar um espaço, independente das condições de habitabilidade existentes na comunidade que devem oferecer um padrão de vida adequado ou condições para alcançá-lo. Também é o capitalismo que dá o desenho das cidades, tal como temos hoje, que é fruto da crescente indústria que opera transformações objetivas e subjetivas na gestão e organização das cidades. Assim, a efetivação do Direito a Moradia, vai depender também de como a lógica capitalista apropria-se da cidade.

A organização desigual do território Juazeirense possibilita a inexistência de Politicas Publicas no Conjunto Habitacional Nossa Senhora de Fátima, que vão desde o acesso, o transporte, até a ausência dos equipamentos coletivos. Com esse estudo verifica-se que o Conjunto concebe-se como um legítimo exercício do direito à Moradia Digna, mesmo que não esteja sendo efetivado em sua totalidade.

A experiência da ocupação reforça a necessidade do debate sobre o confronto, organização e reivindicação coletiva, que são matérias necessárias para a construção de um novo projeto societário, para tanto é necessário conhecer para transformar. A prática realizada no Conjunto Habitacional assemelha-se a ações dos movimentos rurais, no sentido de ocupar e resistir.

Os itens e elementos necessários para a constituição de uma ação coletiva ou movimento social são inexistentes na ocupação. Diante disso, verifica-se a necessidade do fortalecimento das práticas educativas e informativas dirigidas aos moradores da ocupação, para a construção da identidade coletiva, porque a comunidade fortalecida tem grande poder de pressão na perspectiva da ampliação dos direitos e gestão democrática das cidades.

A partir das necessidades que o Conjunto apresenta, elenca-se como principal a superação da tensão existente entre ocupantes e Prefeitura Municipal, no tocante a posse do terreno, que será possível quando a garantia dos Direitos Humanos, especialmente os sociais estiverem em primeiro plano na gestão da cidade e para que isso seja alcançado, existem inúmeras possibilidades.

Diante do exposto, reforça-se a necessidade da construção de um projeto democrático que implica na ampliação da cidadania, como forma máxima de acesso a todos os Direitos, fora do âmbito mercadológico que limita, restringe e reduz esse acesso. Assim o Conjunto Habitacional Nossa Senhora de Fátima é um símbolo de resistência das classes populares, que mesmo com as limitações, por meio da luta constante obtém conquistas no âmbito dos Direitos à Moradia e à Cidade.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARAUJO, Maria de Lourdes de. **A cidade do Padre Cícero:** trabalho e fé. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2005. (Tese de Doutorado, 250p.)

ARAUJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis Santos. **Ditadura Militar e Democracia no Brasil: história, imagem e testemunho** - 1. ed. - Rio de Janeiro : Ponteio, 2013

ARAUJO, Maria Selma de Castro. **Os Donos da Casa:** das Políticas de Habitação aos Significados Da Moradia. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2005. (Dissertação de Mestrado, 168p.)

ARAUJO, Ricardo Souza. SILVA, Flávio Batista da. **Análise Histórica Do Processo De Urbanização Do Aglomerado Urbano Regional Do Triângulo Crajubar.** In IV Encontro Universitário da UFC no Cariri, 2012. Disponível em

<http://encontros.ufca.edu.br/index.php/encontros-universitarios/eu-2012/paper/view/1007/726>. Acesso em: outubro de 2014

GOHN, Maria da Glória. **500 anos de lutas sociais no Brasil:** movimentos sociais, ONGs e terceiro setor. Revista Mediações, Londrina, v. 5, n. 1, p. 11-40, jan./jun. 2000. Disponivel em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9194>. Acesso em: outubro de 2014

_____. **Movimentos Sociais no Inicio do Século XXI:** Antigos e Novos Atores Sociais. 3. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes, 2007b

_____. **Teoria dos movimentos sociais -** Paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Loyola, 2007a

LIMA, Bruna Massud de. **Direito à Moradia e Políticas Públicas**: o Leningrado e a Organização do Espaço Urbano Natalense. In Anais de Congresso da V Jornada Internacional de Politicas Publicas, 2011. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/cdvjornada/jornada_eixo_2011/questao_urbana_e_gestao_das_cidades/direito_a_moradia_e_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: outubro de 2014

MARICATO, Ermínia. **O Impasse da Politica Urbana no Brasil**. 2. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2012

NETTO, José Paulo. As condições histórico-sociais da emergência do Serviço Social in **Capitalismo Monopolista e Serviço Social**. 4. ed. – São Paulo, Cortez, 2005.

NEVES, Mairton Antônio Garcia. **Estudo Sobre o Déficit Habitacional em Juazeiro do Norte/CE**. Crato: Universidade Regional do Cariri, 2010. (Trabalho de Conclusão de Curso, 39p.).

NOGUEIRA, Marco Aurélio**. O desafio de construir e consolidar direitos no mundo globalizado**. Revista Serviço Social e Sociedade, nº 82. São Paulo, Cortez, 2005.

SANTOS, Ellen Cristina Barbosa dos; TEIXEIRA, Carla Regina de Souza; ZANETTI, Maria Lúcia; SANTOS, Manoel Antônio dos**. A Efetivação dos Direitos dos Usuários de Saúde com Diabetes Mellitus**: Co-Responsabilidades entre Poder público,

Profissionais de Saúde e Usuários. Texto Contexto Enferm, Florianópolis, 2011 Jul-Set; 20(3): 461-70. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tce/v20n3/06.pdf>. Acesso em: outubro de 2014.

MULHERES QUE LUTAM: UMA ANÁLISE DA RESISTÊNCIA DAS TRABALHADORAS RURAIS DA CHAPADA DO APODI/RN A PARTIR DO CONCEITO DE ECOLOGIA DE SABERES PARA UMA CONSTRUÇÃO MATERIAL DE DIREITOS HUMANOS

Maria Luiza Caxias Albano[1]

RESUMO

Problematizar os determinismos que a mulher, em especial a do campo, sofre quanto construção mítica do sexo frágil, é o ponto de partida dessa pesquisa. As trabalhadoras do município de Apodi-RN, *locus* dessa pesquisa, vivem em comunidades fruto da reforma agrária, e trabalham com agricultura de base agroecológica, sendo esses aspectos fundamentais para a materialização da luta pela dignidade humana e desconstrução de opressões de gênero. A implantação do perímetro irrigado Santa Cruz do Apodi vem desvirtuar todo modelo de vida desenvolvida pelas trabalhadoras/es. Este artigo objetiva se deter a análise teórica da construção dos atos de resistência das trabalhadoras rurais, que protagonizaram esse processo, ao Estado e ao patriarcado, a partir do conceito de ecologia de saberes SOUZA SANTOS (2010), bem como, se propondo a uma percepção crítico dialética dos Direitos Humanos, tendo como marco teórico também HERRERA FLORES(2003, 2009), culminando na legitimidade das trabalhadoras em defesa da manutenção de seus modelos de vida como base para a efetivação da dignidade humana. Metodologicamente se adota o modelo de análise teórica das entrevistas feitas aos sujeitos, a partir de uma análise materialista histórico-dialética, não tendo como resultados dessa pesquisa um dado fixo, mas a construção de uma pluralidade de questionamentos sobre a realidade rural e da mulher no semi árido nordestino.

PALAVRAS-CHAVE: Ecologia de saberes. Trabalhadoras rurais. Direitos Humanos.

ABSTRACT

Questioning the determinism that women, especially the field suffers as mythical construction of the fairer sex, is the starting point of this research. The workers of the municipality of Apodi-RN, locus of this research, live in communities result of land reform, and work with agroecological agriculture, and these fundamental aspects for the realization of the struggle for human dignity and deconstruction of gender oppression. The implementation of the irrigated perimeter Santa Cruz do Apodi comes detract whole life model developed by the working / s. This article aims to stop the theoretical analysis of the construction of the acts of resistance of rural workers, who staged this process, the state and the patriarchate, from concept SANTOS SOUZA knowledge of ecology (2010), as well as proposing a critical perception dialectic of Human Rights, with the theoretical framework also FLORES HERRERA (2003, 2009), culminating in the legitimacy of workers in

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração em Direitos Humanos, bolsista da CAPES.

defense of maintaining their role models as a basis for the realization of human dignity. Methodologically it adopts theoretical analysis model of interviews to subjects, from a historical and dialectical materialist analysis, not having results of this research a fixed given, but the construction of a plurality of questions about rural reality and of women in semi arid.
KEYWORDS: Knowledge of Ecology. Rural workers. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

Onde pisa uma mulher há sentimentos,
onde pisam duas mulheres, há determinação;
onde pisam três mulheres, a organização nasce.
Mas quando mais mulheres se juntam
e pisam em terra firme,
germina a esperança.

(Camponesa da MMC)[2]

Historicamente existe uma rejeição a atos que subvertam a estrutura social, que vá de encontro a uma ordem pré-estabelecida, mesmo que não se perceba quem a estabeleceu ou com que intenção.

Os atos de subversão e oposição vêm, em geral, de grupos marginalizados e espoliados que não estão inseridos de maneira central no Estado (ordem), subvertendo este e as estruturas, que geram ou são geradas por ele, como, por exemplo, a propriedade privada.

> Centro há somente um. O que não coincida com ele é abandonado à marginalidade. Periferias, no entanto, existem muitas. Na realidade, tudo é periferia, se aceitamos que não há nada puro e que tudo está relacionado (HERRERA FLORES, 2002, p.25)

Para tanto, fica evidente que no modelo de sociedade atual mulheres, negras e negros, pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transexuais (LGBT), pobres, pessoas de comunidades tradicionais como quilombolas e indígenas e todas/os aquelas/es que se enquadram em grupos socialmente vulneráveis não são acolhidas/os em suas demandas de maneira isonômica por parte do Estado, que assume o papel abstrato de garantidor de direitos humanos universais.

[2] Autora de nome desconhecido, integrante da Marcha das Mulheres Camponesas

O *locus* dessa pesquisa acontece em terra fruto da resistência popular que promovera a reforma agrária, através também do crédito fundiário, no semiárido do Rio grande do Norte, desenvolvida através da agricultura camponesa e familiar, em contra ponto ao sistema nacional de produção em larga escala com o uso de insumos agrícolas e monocultura-latifundiária para exportação.

Utiliza-se aqui o método histórico dialético, numa perspectiva de totalidade em que as entrevistas das trabalhadoras foram base para uma análise de aporte teórica a partir da realidade concreta delas e considerando outros fatores consubstanciais para o entendimento do processo de resistência.

O espaço amostral foram as comunidades fruto da reforma agrária e referência em agricultura de base agroecologia que vem sendo impactadas pelo projeto do perímetro irrigado, quais sejam: Agrovila Palmares e Aurora da Serra analisado os impactos, se positivos ou negativos, tanto nas relações familiares e de desenvolvimento pessoal das sujeitas, como o impacto das relações coletivas de auto organização, feitas através de associações e grupo de mulheres.

Neste cenário há um protagonismo evidenciado das mulheres da região, que ao desenvolverem suas relações de trabalho no campo tanto para o auto consumo como economicamente e a atividade historicamente inerente às elas, a saber, o trabalho doméstico, conseguem firmar relações desconstrutoras de opressão tanto nas microrrelações familiares como nas relações coletivas com a comunidade.

A referência nacional da localidade em produção orgânica e de transição agroecológica é totalmente vinculada ao protagonismo de suas trabalhadoras, muito embora, no meio rural em seu aspecto tradicional é fonte de intensa manutenção de opressões de gênero, o que, prejudica inevitavelmente o desenvolvimento da dignidade humana, familiar e alimentar no campo e consequentemente, na cidade.

Nesse contexto, o Departamento Nacional de Obra contra a Seca (DNOCS) vem implantando o Projeto de Irrigação Santa Cruz do Apodi. A partir desta obra, conforme o Relatório de Impactos Ambientais (RIMA), foram desapropriadas 13.855 ha (treze mil, oitocentos e cinquenta e cinco hectares), porém, toda essa

extensão territorial tem sido usada para a futura instalação de indústrias do agronegócio, que trabalhará com a fruticultura irrigada.

Essa produção, não só de alimentos, mas de modelo de vida, aqui defendida, parte de um saber tradicional, que se passar através de gerações, entre aprendizados técnicos e aprendizados que surgem a partir da experiência cotidiana naquele solo, como a agricultura de sequeiro, que só se desenvolve nos períodos de chuva, nas regiões áridas. Boaventura Sousa Santos acrescenta nessa discussão trazendo o conceito de ecologia de saberes:

> (...)um conjunto de epistemologias que partem da possibilidade da diversidade e da globalização contra-hegemônicas e pretendem contribuir para as credibilizar e fortalecer. Assentam dois pressupostos:1) Não há epistemologias neutras e as que clamam sê-lo são as menos neutras; 2) A reflexão epistemológica deve incidir não nos conhecimentos em abstracto, mas nas práticas de conhecimento e seus impactos noutras práticas sociais. Quando falo de ecologia de saberes, entendo como ecologia de prática de saberes (SOUZA SANTOS, 2010, p. 154)

A partir desse caminho epistemológico que o autor abre para a discussão acerca da construção legítima da resistência das trabalhadoras à construção do Perímetro Irrigado Santa Cruz do Apodi, pode-se problematizar de que forma o conhecimento adquirido e transmitido por essas mulheres não estão inseridos no modelo global de produção de alimentos, as colocando em uma posição marginalizada e oprimida, para além da sua condição histórica quanto mulheres.

Este artigo pretende se deter a análise teórica da construção dos atos de resistência a implantação do Perímetro Irrigado Santa Cruz do Apodi, das trabalhadoras rurais da Chapada do Apodi, no Rio grande do Norte, a partir do conceito de ecologia de saberes, trazido por Boaventura de Souza Santos, bem como ao cabo, fazer uma ligação sequencial a perspectiva crítica dialética de direitos humanos.

2 DESENVOLVIMENTO

Seria inviável discutir a ecologia de saberes, sem colocar, em que lugar social estão inseridos os sujeitos alvo desse estudo. As mulheres, historicamente oprimidas por condições ideológicas, já que, não existe nenhum indicio

antropológico ou biológico que inferiorize a condição da mulher ao homem, vide pesquisadoras como Margareth Mead, Heleieth Saffioti, Andrea Nye, Frances Olsen, entre outras.

Ao entender os rebatimentos do modelo de produção capitalista para a vida das mulheres, percebe-se que o trabalho, condição de sustento material dos indivíduos e base da estrutura capitalista, traz impactos diretos as circunstâncias das mulheres em especial as rurais até hoje, pois o trabalho doméstico designado a mulher não é valorizado quanto essencial para a reprodução do trabalho remunerado e, portanto, um trabalho primário.

> Trabalho leve não significa trabalho agradável, desnecessário ou pouco exigente em termos de tempo ou esforço. Pode ser estafante, moroso, ou mesmo nocivo à saúde – mas é "leve" se pode ser realizado por mulheres e crianças. [...] A conclusão, portanto, é clara; o trabalho é leve (e a remuneração é baixa) não por suas próprias características, mas pela posição que seus realizadores ocupam na hierarquia familiar (PAULILO *apud* SANTOS, 2013, p.89.)

Esse entendimento contribui para que se enxergue como a conciliação entre o trabalho familiar e doméstico com a agricultura familiar/camponesa de base agroecológica é um modelo de contraposição a produção convencional, posto que, a partir do trabalho em casa as mulheres geram renda, para além da subsistência, aumentando sua capacidade de autonomia para o enfrentamento as opressões de gênero.

Infelizmente, neste curto espaço não cabem os diversos argumentos que ressaltam a importância da agricultura familiar/camponesa praticada pelas mulheres da Chapada do Apodi, envolvendo discussões de saúde coletiva, enfrentamento de violências de gênero, desenvolvimento de economia local, uso manejado dos solos, entre outros. Obsta aqui discutir sobre como essa ecologia de saberes legitima a resistência a um modelo violador de Estado, que através da justificativa de função social, visa implantar uma obra pública que desestruturará essa construção coletiva de saberes e dignidade. Segundo uma moradora da comunidade:

> No que você ta produzindo, você ta economizando em casa e você ta guardando mais um pouco em casa e a questão dos valores que a

> gente sabe que a princípio a agroecologia traz de benefício não da gente como mulher só, mas também da família (Wanessa).[3]

O informe do relator da ONU sobre direito à alimentação (DE SCHUTTER 2010 *apud* AZEVEDO e CAPORAL 2011) conclui que a agroecologia não só apresenta fortes conexões conceituais com o direito à alimentação, como pode avançar rapidamente na direção da concretização deste direito humano para muitos grupos vulneráveis.

O conhecimento existe para dar legitimidade a sua prática passada e futura, quanto maior for seu reconhecimento, maior será sua capacidade de adesão social, o que não significa que todo conhecimento válido e eficaz tenha uma validade coletiva, isto por que, a aplicabilidade e a massificação dele circunda sob interesses financeiros.

> Esta auto reflexão subalterna permite um duplo questionamento: por que são todos os conhecimentos não científicos considerados locais, tradicionais, alternativos ou periféricos? Por que permanece a relação de dominação apesar de mudarem as ideologias que as justificam (progresso, civilização, desenvolvimento, modernização, globalização, governação)? (SOUZA SANTOS, 2010, p.153)

Essas hierarquias entre o científico e o não científico, se estendem a outras dicotomias, como, moderno/tradicional, hierárquico/não hierárquico, cada uma delas podendo, a depender, revelar uma dimensão de dominação.

Segundo Boaventura de Souza Santos, para que a diversidade seja reconhecida ela deve ser cultural, devendo assim, traduzir as múltiplas facetas de ser e estar no mundo. Não podendo sobremaneira estar limitada a um modelo, universal e exclusivista, como se pretende os direitos humanos burguês[4]. O autor ainda sugere que "a premissa do universalismo está ligada aos ideais burgueses iluministas do século XVIII e hoje, esse universalismo se liga diretamente a globalização." Ora, tal como na ciência clássica, a unidade da realidade e de

[3] Nome fictício de uma trabalhadora rural entrevistada em março de 2014, conforme Termo Circunstancial de Livre Esclarecimento (TCLE)

[4] Considera-se que o direito em si é uma categoria essencialmente burguesa. Se houvesse uma revolução estrutural na sociedade não deixariam de existir parâmetros de comportamento ou regulação social, porém não seriam considerados direito, pois este, desde sua essência é fruto de interesses de classe. Adotando aqui uma perspectiva de direito que possa ser argumento de luta de indivíduos historicamente vulnerabilizados.

conhecimento foi de par com o universalismo, hoje a diversidade e a pluralidade vão de par com a globalização" (SOUZA SANTOS, 2010, p.151)

A ecologia de saberes, por ser plural e permear os espaços de conhecimento formais, mas predominantemente informais e contra hegemônicos de oposição e luta ao modelo vigente:

> Neste conjunto identifico, entre outras, as perspectivas feministas, pós coloniais, multiculturais e pragmáticas. Em geral, podemos designá-las como epistemologias das práticas científicas. Procuram uma terceira via entre a epistemologia convencional da ciência moderna e ouros sistemas de conhecimento alternativos à ciência. (SOUZA SANTOS, 2010, p.145).

Essa diversidade não é apenas um reflexo epistemológico espontâneo de uma diversidade de saberes práticos, ela mostra a inviabilidade de se ficar apenas uma forma essencial de vida e de saber coletivo. "Ela assenta na impossibilidade de identificar uma forma essencial ou definitiva de descrever ordenar e classificar processos, entidades e relações no mundo." (SANTOS, 2010, p.148)

Apesar de considerar um universalismo que atende prioritariamente as demandas produtivas liberais, é preciso considera-lo como um caminho de enfrentamento as violações de direitos humanos, se utilizando de uma tentativa de unidade para colocar esses indivíduos na agenda de lutas. Para Hector Diaz Polanco (2006, p.08) Liberalismo duro e relativismo absoluto funcionam como as caras da mesma moeda.

> Isto significa que a diversidade e a pluralidade, longe de florescerem de modo indiferente nos processos materiais, econômicos, políticos, sociais e culturais, estão alojadas neles, tanto como sinais de cumplicidade, como de confronto, tanto como parceiros quanto como antagonistas. Ou seja, as relações de poder, de resistência, de dominação e de alternativas de hegemonia e de contra-hegemonia são constitutivas da globalização (SOUZA SANTOS, 2010, p.151).

Nisso, se percebe que a proposta de resistência das trabalhadoras da Chapada do Apodi, não é promover uma revolução social, ou uma ruptura completa de paradigmas, mas sim, utilizar das próprias estruturas que o Estado fornece em suas contradições para a construção de sua dignidade material.[5]

[5] Adota-se o conceito de direitos Humanos de Joaquim Herrera Flores, o qual coloca que direitos humanos devem ser sempre o fim material da luta por dignidade. Que diretos humanos na pretensão de ser tudo, tornou-se nada além de discursividade e retórica.

Evidencia-se cada vez mais a necessidade de universalização da ciência moderna, sendo esta apenas uma forma de particularismo que consiste na reprodução de poder de disseminação desse saber universal, revitalizando-o. A par dessa concepção de saberes trazida pelo autor, introduz-se aqui o aprofundamento dessa concepção ligada a resistência, a construção de dignidade humana.

> Desde então, o debate sobre o conhecimento centrou-se no interior da ciência moderna, nos fundamentos da validade privilegiada do conhecimento científico, nas relações deste com outras formas de conhecimento(...)O que distingue o debate moderno sobre o conhecimento dos debates anteriores é o fato de a ciência moderna ter assumido a sua inserção no mundo mais profundamente do que qualquer outra forma de conhecimento anterior ou contemporâneo: Propôs-se não apenas a compreender o mundo ou explica-lo, mas também a transformá-lo. Contudo, paradoxalmente, para maximizar a sua capacidade de transformar o mundo pretendeu-se imune às transformações do mundo. (SOUZA SANTOS, 2010, p.138)

Nesse contexto de saberes culturais como concretizadores de direitos humanos, faz-se necessário um apanhado sobre a positivação desses direitos.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948[6], revigora-se, enquanto discurso uníssono, códigos morais normativos com pretensões universalizantes. Esse universalismo de direitos é reconhecido atualmente por diversas ideologias[7] políticas como conteúdo fundamental da ideia de justiça[8] (ATIENZA, 2012, p. 34). No entanto, a materialização desses mesmos direitos não acompanhou essa escalada.

Assim, Costa Douzinas afirma que o século XX é o mais assassino de que se tem registro, contendo catástrofes humanas que produziram desde as maiores fomes da história, até o genocídio sistemático e a limpeza étnica, chegando a

[6] Deve-se esclarecer que os Direitos Humanos não nascem na Revolução Norte-Americana e Francesa, sendo apenas um marco contemporâneo.

[7] De acordo com Slavoj Zizek, sucintamente "pode-se afirmar categoricamente a existência da ideologia *qua* matriz geradora que regula a relação entre o visível e o invisível, o imaginável e o inimaginável, bem como as relações dessa relação" (ZIZEK, 1996, p. 7).

[8] Compreende-se no presente trabalho que, assim como Hans Kelsen expõe, "o juízo, por meio do qual algo é declarado como justo, nunca poderá ser emitido como reivindicação de excluir a possibilidade de um juízo de valor contrário", ou seja, "Justiça absoluta é um ideal irracional. Do ponto de vista do conhecimento racional existem somente interesses humanos e, portanto, conflitos de interesses." (KELSEN, 2001, p. 23).

observar que "se o século XX é a era dos direitos humanos, seu triunfo é no mínimo um paradoxo." (DOUZINAS, 2009, p. 20).

Não se pode dissociar a construção de direitos humanos, com o modo de produção capitalista, isto por que, o ideal de atingir a todos os indivíduos de maneira uniforme na conquista de direitos considerados básicos, invariavelmente irá desconsiderar suas especificidades culturais, pretendendo criar uma grupo homogêneo de consumo e dominação.

> Nosotros entendemos los derechos humanos como los procesos y dinámicas sociales, política, económicas y culturales que se desarrollan históricamente estrecha relación con la aparición y expansión del modo de producción y de relaciones sociales capitalistas. De ahí la impresión que se tiene acerca de sus orígenes occidentales y las dificultades que se encuentran otras formas de vida, no dominadas de un modo tan absoluto por el capitalismo y sus correspondientes formas de poder, para aceptar la categoría de derechos humanos[9] (HERRERA FLORES y MÉDICI, 2003, p.02).

Isso porque, o que se firmou hegemonicamente enquanto modelo de direitos humanos está protegido dentro dos próprios limites de sua vinculação histórica ao modo de produção capitalista e ocidental[10]. Ou seja, ainda que essa estrutura

---

[9] Nós entendemos os direitos humanos como os processos e dinâmicas sociais, políticas, econômicas e culturais que desenvolvem historicamente estreita relação com a aparição e expansão do modo de produção e das relações sociais capitalistas. Daí vem a impressão que se tem acerca de suas origens ocidentais e as dificuldades que se encontram em outra forma de vida, não dominadas de um modo tão absoluto pelo capitalismo e suas correspondentes formas de poder, para aceitar a categoria de direitos humanos (Traduzido por nós).

[10] A respeito de determinados desdobramentos históricos na construção tradicional de direitos humanos, Lynn Hunt afirma: ainda mais perturbador é que aqueles que com tanta confiança declaravam no final do século XVIII que os direitos são universais, vieram a demonstrar que tinham algo muito menos inclusivo em mente. Não ficamos surpresos por eles considerarem que as crianças, os insanos, os prisioneiros ou os estrangeiros eram incapazes ou indignos de plena participação no processo político, pois pensamos da mesma maneira. Mas eles também excluíam aqueles sem propriedade, os escravos, os negros livres, em alguns casos as minorias religiosas e, sempre e por toda parte, as mulheres. Em anos recentes, essas limitações a 'todos os homens' provocaram muitos comentários, e alguns estudiosos até questionaram se as declarações tinham um verdadeiro significado de emancipação. Os fundadores, os que estruturaram e os que redigiram as declarações têm sido julgados elitistas, racistas e misóginos por sua incapacidade de considerar todos verdadeiramente iguais em direitos. Não devemos esquecer as restrições impostas aos direitos pelos homens do século XVI, mas parar por aí, dando palmadinhas nas costas pelo nosso próprio 'avanço' comparativo, é não compreender o principal. Como é que esses homens, vivendo em sociedades construídas sobre a escravidão, a subordinação e a subserviência aparentemente natural, chegaram a imaginar homens nada parecidos com eles, e em alguns casos também mulheres, como iguais? Como é que a igualdade de direitos se tornou uma verdade 'autoevidente' em lugares tão improváveis? (...) Se pudéssemos compreender como isso veio a acontecer, compreenderíamos melhor o que os direitos humanos significam para nós hoje em dia (HUNT, 2009, p. 16-17).

socioeconômica tenha permitido a positivação de alguns direitos sociais, que, abstratamente, visam erradicar a miséria e construir uma sociedade livre, igualitária e fraterna[11], a efetivação desses resta condicionada às contingências e prioridades do mercado global forjado sob política liberal.

Por outro lado, utilizando dos direitos humanos como retórica, como instrumento jurídico e formal de perspectiva materialmente humana de direitos humanos[12], existem os movimentos sociais, que lutam em defesa de grupos oprimidos, em muitos casos vitimizados por políticas autoritárias, enfrentamentos que frequentemente explícita ou implicitamente são estabelecidos contrariamente ao sistema socioeconômico vigente. (SOUZA SANTOS, 1997, p. 113).

Desse modo se chega a perspectiva de insurgência das trabalhadoras rurais da Chapada do Apodi, que através da auto organização bem como da sua própria rotina vêm resistindo, desde o início da implantação do perímetro irrigado, para que ele não se instale na comunidade e seus saberes coletivos continuem se perpetuando.

Essa resistência tem se dado não apenas de forma simbólica, ou na oposição política ao projeto, intitulado pela comunidade de "Projeto da Morte", [13]mas em atos de impacto em especial ao período pré-obras, a moradora da Agrovila Palmares, exemplifica:

> A resistência das mulheres de Palmares quando colocaram um cadeado no portão da indústria. Tudo isso foi resistência e a cada dia a gente ia tentando fazer algo pra resistir, né? Fomos a Brasília juntamente com o movimento, sei que assim, foi muita coisa pra resistência do projeto, né? Tivemos confraternizações aqui que fizemos uma mística representando o "Projeto da morte", da chapada né? Quando a gente falou aqui e quem estava viu, e tem acesso porque foi filmado então foi muito bom. E a cada ano, e a

[11] Importante destacar que essa positivação foi travada dentro de lutas históricas e concessões realizadas pelo próprio sistema como forma de manutenção do controle sobre a ordem social.

[12] Ressalta-se a concepção de que é possível estabelecer dentro do que se delimita direitos humanos uma potencialidade emancipatória não necessariamente compartilhada historicamente por interpretações/proposições antagônicas as modelo liberal, como o socialismo e comunismo marxiano, que não adentra a tais questões justamente por pensar que os direitos humanos seria iminentemente fruto de uma sociedade burguesa liberal.

[13] O qual aqui estamos denominando de "Projeto da Morte", foi uma alusão feita pelas/os moradoras/es em uma reunião na comunidade de Palmares, onde havia, na sede da associação, um cartaz com a palavra "agrovida" a qual uma moradora se referenciou a agricultura que elas/es praticavam como agricultura de vida e o projeto de morte.

> cada canto que a gente vai a gente sempre fala do projeto, né? E a resistência ainda existe porque não parou só que ela teve também o acampamento de Edvan Pinto, né? Que fez um ano agora e também foi uma resistência ao projeto, e enfim (Frida).[14]

Considerando os direitos humanos enquanto um campo de disputas culturais e políticas, fomentam-se discursos e práticas que contribuem para a formação de concepções alternativas ao modelo vigente. Esse horizonte se delineia visando a superação dos paradoxos através da visibilidade de experiências culturais diversas daquela que se concretizou enquanto universal.

A superação do profundo abismo entre teoria e prática nos direitos humanos, a necessidade de emancipação[15] de determinados sujeitos desumanizados[16] pelo sistema socioeconômico, bem como a existência de lutas identitárias por reconhecimento são pontos levantados pelas perspectivas de direitos humanos insurgentes. É a experiência a favor da construção de uma cultura de direitos humanos,[17] praticada pelas trabalhadoras a partir dos seus saberes, que não são acadêmicos, diferenciando-se do abstracionismo normativo pertencente ao modelo clássico.

---

[14] Nome fictício de moradora da comunidade, conforme Termo Circunstancial de Livre Esclarecimento (TCLE)

[15] Emancipação se refere a autonomia dos sujeitos e a expansão de suas consciências quanto sujeito sociais, hoje, emancipação social passou a ser o nome da regulação social no processo de auto revisão ou auto transformação (SANTOS, 2003, P.10)

[16] Luciano Oliveira trata do processo de "desumanização" quando considera que a exclusão social ganhou novos contornos a partir de meados da década de 80, e considera: "Dois traços – além, evidentemente, da não-inserção no mundo normal do trabalho –, ambos inter-relacionados, seriam específicos dessa forma contemporânea de exclusão. O primeiro é que os excluídos, por seu crescimento numérico e por não possuírem as habilidades requeridas para ser absorvidos pelos novos processos produtivos – já em si liberadores de mão-de-obra – teriam se tornado 'desnecessários economicamente'. (...) o fato é que os excluídos, aparentemente postos à margem do processo produtivo e do circuito econômico tradicional, são no momento considerados "desnecessários". Mas não apenas isso. O segundo traço, aquele que mais imprime força e sentido à própria ideia de *exclusão*, tem a ver com o fato de que sobre eles se abate um estigma, cuja consequência mais dramática seria a sua expulsão da própria 'órbita da humanidade', isso na medida em que os excluídos, levando muitas vezes uma vida considerada subumana em relação aos padrões normais de sociabilidade, 'passam a ser percebidos como indivíduos socialmente ameaçantes e, por isso mesmo, passíveis de serem eliminados'.". (OLIVEIRA, 1997, p. 51)

[17] Cultura de Direitos Humanos apresentada no presente trabalho está associada àquela referida por Vera Maria Candau, ou seja, "uma cultura dos Direitos Humanos que penetre todas as práticas sociais e seja capaz de favorecer processos de democratização, de articular a afirmação dos direitos fundamentais de cada pessoa e grupo sociocultural, de modo especial os direitos sociais e econômicos, com o reconhecimento dos direitos à diferença." (CANDAU, 2007, p. 399)

Assim, empiricamente considerados, os direitos humanos estariam interligados a histórias coletivas que cotidianamente são reconstituídas por meio das experiências culturais que os grupos humanos vivenciam.

> Desse modo, os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade. Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado "a priori" por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação. Mas, cuidado! Falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja "digna" de ser vivida (HERRERA FLORES, 2009, p.37).

Para SOUZA JÚNIOR, FONSECA, APOSTOLOVA (2011, p. 236). "Trata-se, assim, de um rol de direitos provisórios, a todo tempo passível de ampliação, interpretado e construído com o maior número de influências possível" Uma categoria que deve ser trabalhada para que seja melhor compreendida a questão da insurgência popular pela efetivação de direitos é a "justa raiva" cunhada pelo educador popular nordestino Paulo Freire.

> Está errada a educação que não reconhece na justa raiva, na raiva que protesta contra as injustiças, contra a deslealdade, contra o desamor, contra a exploração e a violência um papel altamente formador. O que a raiva não pode é, perdendo os limites que a confirmam, perder-se em raivosidade que corre sempre o risco de se alongar em odiosidade (FREIRE, 1996, p.23).

Para o autor a assunção emocional é um ponto central a ser tratado no que tange não só a educação, mas as relações entre os indivíduos espoliados e marginalizados. O que quer dizer que, não se pode esperar que indivíduos e em especial, mulheres, que foram oprimidas cotidianamente por sua realidade não só de classe, como de gênero, raça e etnia, deixem de lado essas características e esses sentimentos que as acompanharam por toda sua história, para que no momento de catarse dessas violações sua justa raiva não apareça, se expressando, por exemplo nos diversos casos de desobediência civil que os movimentos sociais protagonizam.

Questionar se é legítimo o direito de desobediência às leis, e em que casos e por parte de quem, não possuem respostas objetivas e deve ser feita a partir de

uma análise complexa, histórica e política de cada caso concreto e situação que se propõe a isso.

Para quem não vive uma realidade de tal modo periférica, distante do centro, pode ser de difícil assimilação enxergar como esses sujeitos históricos têm direito de agir contra a o ordenamento vigente, mas entendendo que, ao se tratar da dignidade que cada comunidade e indivíduo constroem ao longo de gerações e ecologias de saberes e de modelos de vida, se torna imperativa a não aceitação.

> Toda vez que a autoridade pública desleixar sua função ou a liberdade e a dignidade humana forem espezinhadas, cabe o direito da resistência, assim considerado como implícito nas instituições jurídicas. Dessa forma, o direito de resistência se converte num aglutinador das "demandas de fato" que se baseiam tão-somente na existência de conflitos sociais e políticos para oportunas "soluções constitucionais" destinadas a manter a unidade do Estado e evitar sua completa ruptura político-jurídica (BUZANELLO, 2001, p.11)

Ademais, incorre em erro reduzir a questão da resistência apenas como política, reduzindo a discussão, o direito se constrói pelas múltiplas facetas sociais e pela sua eficácia.

Para atingir o fim material que é a qualidade de vida e a dignidade de suas comunidades, as trabalhadoras da Chapada do Apodi resistem ao "projeto da morte", mesmo não conseguindo impedir o desenvolvimento completo do perímetro irrigado, muitas áreas foram privadas das desapropriações através das negociações e dos atos de resistência. Elas, por terem hoje condições de vida dignas e justas diante de suas realidades, dentro do contexto de ecologia de saberes, reconhecem e enxergam que não podem perder o que foi conquistado ao longo dos anos através da reforma agrária e do seu trabalho, em suas casas e fora delas.

Entender e respeitar as questões da multiculturalidade local da Chapada do Apodi, sem universalizá-las mas também sem enrijecer esse conceito o apartando da pluralidade social, deve ser ponto de partida para uma construção direitos humanos.

A mobilização popular incitada pela dor cotidiana de violações básicas e pela justa raiva insurge, tem contornado e aos poucos reconhecido instâncias de resoluções de conflitos legitimados pelas questões locais e culturais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da construção do conceito de ecologias de saberes através de Boaventura de Souza Santos, pode-se perceber que os saberes considerados tradicionais, da comunidade da Chapada do Apodi, fazem parte de um amplo espaço de construção cultural, em que não está inserido em uma agenda de massificação e globalização, pois esta visa cumprir interesses econômicos.

Assim, ao perceber que os saberes são essenciais quanto resultados práticos no cotidiano dos sujeitos que dele se valem, pode-se questionar a imposição de um saber hegemônico/universal/de massas, que, na prática não contribui na construção de dignidade dos indivíduos que o praticam. O que está sobremaneira ligada a construção de direitos humanos.

Os direitos humanos mesmo sendo fruto da política liberal que universaliza os direitos, pretendendo centralizar e uniformizar características humanas e culturais permite que se aborde uma perspectiva crítica dialética da contradição entre universalismo e relativismo dos direitos humanos, se optando por entender que o universalismo cumpre uma função essencialmente liberal, porém o relativismo absoluto, nestes moldes sociais, engessam as conquistas formais de dignidade humana de grupos vulnerabilizados,

A postura de não aceitação de uma imposição federal como foi o decreto de desapropriação S/N das terras produtivas que as mulheres de Apodi trabalhavam, é considerada por parte do Estado como uma posição marginalizada e violadora de deveres. Porém aqui entendemos que a luta delas e de seus companheiros é pela manutenção de um processo de produção agroecológico, de uma ecologia de saberes que proporciona o enfrentamento a opressões de gênero, através de seu trabalho conseguindo fruir de direitos humanos materialmente.

Ainda:

> As violações ocorrem tanto no caso das mulheres, condenadas a viver enclausuradas e apartadas dos processos sociais cotidianos, como no caso dos seres humanos, condenados, pelas políticas colonialistas de destruição de seus Países de origem, a buscar trabalho em um ambiente hostil de um Ocidente-fortaleza. Reivindicar a interculturalidade não se limita, por outro lado, ao necessário reconhecimento do outro. É preciso, também, transferir

> poder, "empoderar" aos excluídos dos processos de construção de hegemonia. E, assim, trabalhar para a criação de mediações políticas, institucionais e jurídicas que garantam dito reconhecimento e dita transferência de poder (SOUZA JÚNIOR, FONSECA, APOSTOLOVA, 2011, p.19-20).

Finalmente, mas não exauridamente, se considera que o processo de reconhecimentos desses saberes como saberes legítimos para o enfrentamento ao modelo Estatal burguês não colocam as mulheres, bem como tantos outros grupos vulnerabilizados, como inimigos do Estado. O que acontece são atos de resistência contra uma agenda política neoliberal que não mascara suas reais intenções, e não cumpre ao menos minimamente o discurso que o legitima, ser regulador social.

Devendo assim, fortalecer os sujeitos históricos através da valorização de seus aspectos culturais, mas, principalmente dar voz as/os historicamente mudos.

4 REFERÊNCIAS

ATIENZA, MANUEL. MARXISMOS Y DERECHOS HUMANOS. *IN*: FEITOSA, ENOQUE; FREITAS, LORENA. (ORGS.). **MARXISMO, REALISMO E DIREITOS HUMANOS**. JOÃO PESSOA: EDITORA UNIVERSITÁRIA DA UFPB, 2012.

BUZANELLO, JOSÉ CARLOS. **DIREITO DE RESISTÊNCIA**. UFSC, FLORIANÓPOLIS, SC, BRASIL, ISSNE 2177-7055. 2001.

CANDAU, VERA MARIA. EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS ATUAIS. *IN*: GODOY, ROSA MARIA (ORGS.). **EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS**: FUNDAMENTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS. JOÃO PESSOA: EDITORA UNIVERSITÁRIA DA UFPB, 2007.

CAPORAL, FRANCISCO ROBERTO. COSTABEBER, JOSÉ ANTÔNIO. PAULUS, GERVÁSIO. **AGROECOLOGIA**:MATRIZ DISCIPLINAR OU NOVO PARADIGMA PARA O DESENVOLVIMENTO RURAL SUSTENTÁVEL. TEXTO APRESENTADA NO III CONGRESSO BRASILEIRO DE AGROECOLOGIA FLORIANÓPOLIS, SC, 17 A 20 DE OUTUBRO DE 2005.

DOSSIÊ DENÚNCIA- PROJETO DA MORTE: PROJETO DE IRRIGAÇÃO SANTA CRUZ DO APODI/RN. 2012

DOUZINAS, COSTAS. **O FIM DOS DIREITOS HUMANOS.** TRADUTORA: LUZIA ARAÚJO. SÃO LEOPOLDO: UNISSINOS, 2009.

FREIRE, PAULO. **PEDAGOGIA DA AUTONOMIA.** 1996. VERSÃO DIGITALIZADA EM 2002.COLETIVO SABOTAGEM.

HERRERA FLORES, JOAQUÍN. **A (RE)INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.** FLORIANÓPOLIS: FUNDAÇÃO BOITEUX, 2009.

HERRERA FLORES, JOAQUÍN Y MÉDICI, ALEJANDRO MARCELO. **LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ORDEN GLOBAL**. 3 DESAFÍOS TEÓRICO-POLÍTICOS.2003

HUNT, LYNN. **A INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA HISTÓRIA**. TRADUÇÃO: ROSAURA EICHENBERG. SÃO PAULO: COMPANHIA DAS LETRAS, 2009.

KELSEN, HANS. **O QUE É JUSTIÇA?** A JUSTIÇA, O DIREITO E A POLÍTICA NO ESPELHO DAS CIÊNCIAS. TRADUÇÃO: LUIS CARLOS BORGES. 3ª ED. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2001.

OLIVEIRA, LUCIANO. **OS EXCLUÍDOS EXISTEM? NOTAS SOBRE A ELABORAÇÃO DE UM NOVO CONCEITO**. *IN:* REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS SOCIAIS, N. 33, FEV. 1997, P. 49-61.

POLANCO, HECTOR DIAZ. **LOS DILEMAS DE LA DIVERSIDADE.** ARTIGO ORIGINALMENTE PUBLICADO EM WWW.GEOCITIES.COM/RELAJ/POLANCO/HTML , ACESSADO EM 31 DE AGOSTO DE 2015.

SANTOS, MICHELA KATIUSCIA CALAÇA ALVES DOS. **ROMPENDO A CERCA DO ISOLAMENTO**: AS RELAÇÕES ENTRE A AGROECOLOGIA E AS QUESTÕES DE GÊNERO-RECIFE: O AUTOR. 2012.

SOUZA SANTOS, BOAVENTURA DE. **A GRAMÁTICA DO TEMPO**: PARA UMA NOVA CULTURA POLÍTICA. 3ª ED. SÃO PAULO. CORTEZ. 2010.

_____. **PODERÁ O DIREITOS SER EMANCIPATÓRIO?** REVISTA CRÍTICA DAS CIÊNCIAS SOCIAIS. MAIO 2003, 3:76.

_____. **UMA CONCEPÇÃO MULTICULTURA DE DIREITOS HUMANOS**. *IN:* REVISTA LUA NOVA, N. 39, SÃO PAULO, 1997, P. 107-201.

SOUSA JÚNIOR, JOSÉ GERALDO. APOSTOLOVA, BISTRA ESTEFANOVA E FONSECA, LÍVIA GIMENES DIAS (ORGS.) **INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO DAS MULHERES**-SÉRIO DIREITO ACHADO NA RUA.BRASÍLIA, CEAD, FUB, 2011

ZIZEK, SLAVOJ. O ESPECTRO DA IDEOLOGIA. *IN:* ZIZEK, SLAVOJ. **UM MAPA DA IDEOLOGIA.** TRADUÇÃO:VERA RIBEIRO. RIO DE JANEIRO: CONTRAPONTO, 1996.

O HOMEM MECÂNICO: EUGENIA E 'COISIFICAÇÃO' ENQUANTO POSSIBILIDADES TECNOLÓGICAS À LUZ DA AUTODETERMINAÇÃO ÉTICA FUNDADA NA DIGNIDADE PESSOAL

MECHANICAL MAN: EUGENICS AND 'COMMODIFICATION' AS TECHNOLOGICAL POSSIBILITIES IN THE LIGHT OF ETHICAL SELF-DETERMINATION BASED ON THE PERSONAL DIGNITY

Ramiro Ferreira De Freitas[1]

RESUMO

A pesquisa ora empreendida quer descobrir em que nível o direito humano à livre determinação conflita com o arbítrio inviolável do próximo. Hodiernamente, escolhas são feitas por alguém (um genitor, por exemplo) e repercutem no desenvolvimento de outrem (a prole da geração vindoura). Não resta dúvidas – a produção de novas tecnologias permitiu avanços positivos incríveis! Todavia, continua sendo desafiador conciliar tanto potencial mecânico com o bem-estar sem cair a sociedade numa distopia inflamada e terrível, onde máximas de potestade sobrepujem valores éticos humanitários. Daí emergem problemáticas sinuosas, renascença da eugenia há muito adormecida... Este trabalho, mediante pesquisa bibliográfica de cunho exploratório, pretende tornar mais clara a (possível) retomada de opiniões tendentes a ressuscitar práticas estranhas à compreensão da diversidade biológica, cultural e social inerente à espécie humana. Como resultados pretendidos, afiguram-se os seguintes: (1) divulgação da eugenia enquanto conceito desprovido de cientificidade (em sentido considerado "viável" pelas recentes descobertas no campo antropológico) e,mesmo assim, recorrente nos diversos campos do biodireito; (2) relacionar o atual desenvolvimento técnico-científico às condições humanas em crise e (3) verificar em que medida a legislação e o senso comum aceitamveladamente os ideais 'bem nascidos' darwinistas. Este artigo não contém, é somente lógico, suficiente fôlego para enfrentar todas as questões erigidas. A continuidade do projeto é indispensável ao aprofundamento das discussões aqui somente inauguradas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Eugenia Liberal. Ética.

ABSTRACT

The research undertaken now want to find out at what level the human right to self-determination conflicts with the inviolable will of others. In our times, choices are made by someone (one parent, for example) and affect the development of another (the offspring of the next generation). There is no doubt - the production

---

[1] Acadêmico do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA. Foi monitor da disciplina Teoria Geral do Direito (2014.2). Cumpre Estágio Profissional na Procuradoria Geral do Município – PGM em Crato-CE e atua como Fiscal no CEC – Centro Caririense de Apoio à Pessoa com Deficiência Visual.

of new technologies has enabled incredible positive developments! However, it remains challenging to reconcile both mechanical potential with no welfare society fall a fiery and terrible dystopia where maximum potestade outweigh humanitarian ethical values. Hence emerge winding problematic renaissance of eugenics long-dormant... This work by bibliographic research exploratory, aims to clarify the (possible) resumption of opinions aimed at resurrecting strange practices to the understanding of biological, cultural and social diversity inherent in the human species. As expected results, the following appear to be: (1) disclosure of eugenics as a concept devoid of scientific (in the sense considered "viable" by recent discoveries in the anthropological field) and even then, recurring in various fields of biolaw; (2) relate the current technical and scientific development to human conditions in crisis and (3) to verify to what extent the law and common sense aceitamveladamente ideals 'well born' Darwinists. This article does not contain, it is only logical enough breath to face all the issues erected. The continuation of the project is essential to the deepening of discussions here just opened.
KEYWORDS: Human Rights. Liberal eugenics. Ethics.

"O que foi feito para o desenvolvimento de dimensões verdadeiramente humanas de vida, para erguer o homem ao maior nível alinhado, para governar livremente e autenticamente o mundo?"
– VACLAV HAVEL.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa examinar as possíveis implicações de um 'totalitarismo' ditatorial das regras inerentes ao aperfeiçoamento humano tecnológico. Trata, sem tentar esgotar, de temática por demasia importante embora seja, infelizmente, pouco notada. Busca, também, mediante pesquisa bibliográfica de cunho exploratório, pretende tornar mais clara a retomada constatável de opiniões tendentes a ressuscitar práticas estranhas à compreensão da diversidade biológica, cultural e social inerente à espécie humana.

Como resultados pretendidos, afiguram-se os seguintes: **(1)** divulgação da eugenia enquanto conceito desprovido de cientificidade (em sentido considerado "viável" pelas recentes descobertas no campo antropológico) e, mesmo assim, recorrente nos diversos campos do biodireito; **(2)** relacionar o atual desenvolvimento técnico-científico às condições humanas em crise e **(3)** verificar em que medida a legislação e o senso comum aceitamveladamente os ideais 'bem nascidos' darwinistas. Este artigo não contém, é somente lógico, suficiente fôlego

para enfrentar todas as questões erigidas. A continuidade do projeto é indispensável ao aprofundamento das discussões aqui somente inauguradas.

Realmente, é admirável a escassez de trabalhos tratando (diretamente) a 'coisificação' humana como problema pós-moderno. Isso se deve, procuramos demonstrar nas páginas seguintes, ao completo desinteresse e esquecimento quanto aos impactos – presentes e futuros – da técnica afirmada diuturnamente enquanto superioridade contrária ao pluralismo. Ora, em pleno século XXI os entes midiáticos e a população, geralmente, veem (exibições) evocativas dos direitos humanos encerrados no foco "DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA", julgando ser isso mecanismo puro para execução da justiça 'coesa'. Na verdade, os cidadãos, embora 'pensem diferente', agem igualmente no fulcro da aceitação teórica do outro como ele é.

Os direitos humanos – entre eles a chamada 'dignidade corpóreo-psíquica' merecem proteção.

Mas nem tudo termina com propaganda pró-inclusão e ação afirmativa governamental. Renasce, na era dos *microships* o ***Magnum*** enquanto sinônimo olímpico da evolução. Isso, em si mesmo, não seria erro se, por subterfúgios – modus vivendi – continuasse restrito ao progresso. A querela virá-a-ser após tomadas decisivas de consciência ou flagrantes desgastes no entendimento da espécie como grupo unificado.

Dias atrás, na maior corte europeia, debatiam duas ideologias – a tradicional (contra eutanásia positiva) e a 'compassiva com os interesses do paciente', naquele acirrado debate o vencedor (se é que o foi) não permitiu a continuidade do tratamento 'ineficaz' dado durante vários anos ao 'homem sem recuperação'. Mas, será que, na sociedade dos riscos, podemos falar corretamente em impossibilidade? Não há prova científica cabal acerca dos sentimentos e vontades humanos em circunstâncias extremas.

Igual substrato duvidoso perpassa por aspectos outros – aborto, manipulação genética, transgenia, ... – e desemboca numa eugenia mais ou menos liberal-utilitária.

No próximo tópico, abordaremos precedentes históricos e evolução paradigmática do objeto de estudo, retomaremos um curso histórico do tema,

explicando, sucintamente, seu significado e abrangência pretéritos. Também será ocasião para referir alguns pensadores importantes que contribuíram para construção das perspectivas eugênicas.

Na posterior fase, tratamos de incluir n'algumas searas jurídicas contemporâneas, o escopo inovado das manipulações como fórmulas modificativas do ser humano. Investigadas serão possíveis semelhanças e diferenças entre técnicas antes denotadas e potenciais significados 'higienistas' na sociedade globalizada. Os ideais de perfeição racial e riqueza cultural não fogem à ponderação.

No culminante momento analítico, despintam alternativas ao desenvolvimento sistêmico da humanidade. Uma espécie deve cumprir seu papel mas, a fim de fazê-lo com propósito prudente, é necessário encontrá-lo segundo padrões valorativos determinados. O *Homo sapiens* é dotado da *facultas agendi* inerente ao córtex cerebral supercondutor, ele pode, com um clique salvar (vacinar) e matar (implodir). Suporta o planeta inteiro, mais de 7 bilhões de almas, possuindo ogivas nucleares e indústrias farmacêuticas. Para onde vamos? Se não podemos escolher o lugar, pelo menos devemos caminhar.

2 UMA BREVE INICIAÇÃO HISTÓRICA À EUGENIA: seleção natural ou 'limpeza' programada?

Qualquer objeto pretensamente científico não prescinde de uma apreciação histórica. Se, como ensinava MARC BLOCH, a História é ciência dos homens no tempo, nenhum ramo do conhecimento cronologicamente aceitável passa despercebido a mutações por vezes cíclicas, e, em outras ocasiões, incomparáveis.

2.1 PRIMÓRDIOS

Antes mesmo da criação oficial do termo "eugenia", ocorrida em 1883, por iniciativa do biólogo inglês Francis Galton, os naturalistas e demais intelectuais darwinistas do século XIX já entendiam o ciclo de desenvolvimento humano como algo 'controlável'. Pesquisadores pretendiam comprovar irregularidades no

desenvolvimento dos seres humanos, julgando, à maneira eurocêntrica, ser possível reconhecer em certo modelo perfeccionista a plenitude da razão humana.

Na Grécia antiga, berço da civilização ocidental, o ideal do 'bem criado' surge com a seleção dos recén-nascidos aptos. A desventura para uma família seria correspondente à desonra de conceber um embrião 'monstruoso' ou irregular. A sociedade humana seria essencialmente progressiva e deveria, assim, permanecer impecável. PLATÃO[2], filósofo notável e precursor das ideias socráticas, não furtou-se de expor seu convencimento, segundo o qual, unicamente com a extirpação dos elementos indesejáveis atrelados à terra seria possível alcançar verdadeira paz próspera. A condição das crianças com deficiência ilustra, detalhadamente, drama vivido por muitos, inclusive desprovidos de males reais (portadores do que a moderna pediatria convencionou denominar 'reflexos pós-natais'). "Además, si no eran comprados por algún ciudadano, se acostumbraba a colocarlos en el interior de una vasija, abandonándolos en cualquier parte, preferentemente cuando estaban tarados, caso en el que Platón y Aristóteles abogaban por el infanticídio", ensina JESÚS MONTORO MARTÍNEZ em passagem discursiva autorizada.

Observações similares cabem para muitos povos – romanos, germanos primitivos e, até nossos dias, várias tribos indígenas (na América) e aborígines (Ásia e Oceania).

Na Idade Média, o senso de caridade perpetrado pela Igreja reduziu substancialmente o opróbio destinado a grupos marginalizados. Fez isso, porém, sem atribuir personalidade plena a grandes percentagens da população. Naquela época, a maior parte da Europa não sabia ler ou reivindicar espaço porque, não obstante presença certa dos recursos técnicos à disposição de autoridades governamentais, mostrava ser mais vantajoso direcionar a atenção popular para um futuro distante, onde maná celestial (pão) e gozo dos sofrimentos imputados aos pecadores (circo) faziam dos dogmas uma panaceia. Embora não procurassem qualificar a vida das pessoas, foi naquele período que alguns beneplácitos simbolizaram oferta de sobrevivência a supostas 'raças' inferiores massacradas,

[2] Na obra "*A República*" encontramos, talvez, o mais antigo registro completo sobre como deveriam se organizar as sociedades 'melhores' a fim de o povo obter êxito em cada projeto. Várias passagens do texto nos deixam imaginar que, como o homem grego era virtuoso por natureza, traços de erro precisavam ser eliminados, a saber, aqueles incapazes de atenderem a uma mínima condição existencial, precisavam ser destruídos.

contudo, perdoadas SE não questionassem as verdades imutáveis do prévio destino.

2.2 GENES E SELEÇÃO ARTIFICIAL

O iluminismo, com seus 'marcos normativos' flexibilizados no espírito científico pré-cartesiano permitiu esperança imatura. Tudo seria possível no bem do mecanicismo puro, afinal, só o comprovado empiricamente (para uma corrente pragmática) ou confirmado na psique (exaltada pelos enciclopedistas como 'validade suprema do saber) devia sustentar o poder.

Uma crise perpassa os séculos XVIII e XIX, afinal, corroboravam os processos dignificantes ser plenamente aceitável conciliar diferenças entre humanos condicionados em graus incongruentes. O eurocentrismo formal perdia espaço, ao mesmo tempo, CHARLES DARWIN elaborava teses sintetizadoras do simbólico 'fetichismo' original específico – com enfoque, primeiro, na Botânica e, depois, na Antropologia.

Tudo isso permitiu, no século XX, proliferar da simbiose. Prejuízos mereciam redução pois, se excepcionalmente o homem mata animais, vegetais ou semelhantes visando sobrevivência, ele o faz ancorado nos princípios da bioética. (ABEL e BARRETTO, 2014, p. 440)

A proteção à autodeterminação dos membros da espécie humana era tida como desarrazoada. Relações matrimoniais foram, inclusive, desmanteladas sob a falaciosa menção ao integro lineamento racial.

Nas últimas décadas, instrumentos internacionais fomentados pela ONU (Organização das Nações Unidas) têm fortalecido proteções biotecnológicas. Não obstante, regulamentações, continuam os interesses intransigentes de organizações mal-intencionadas a propalarem inclinações nocivas.

No Brasil, a Lei n. 11.105/2005 regula situações ligadas a biossegurança, traçando, orientada pelos princípios fundamentais do Direito, regras acerca das manipulações futuras do genoma

3 A IDEIA DE PERFEIÇÃO SOB PROJETOS GARANTISTAS DOS DIREITOS HUMANOS

Nunca antes na História humana, estivemos tão próximos do bem – 'paz perpétua' kantiana – e, paradoxalmente, quase conseguimos, na dissolução dos sujeitos, eliminar o próprio gênero.

A PERGUNTA inaugural deste artigo reflete duas coisas: já não satisfeitos com o regime do Leste Europeu, movimentos políticos procuravam miscelânia de sentimentos, julgando, na identidade pessoal, encontrarem respostas certas desvinculadas da realidade cultural. A segunda prova reside no fato da complexa inferioridade inculcada pelo 'centro' ocidental resultar – tanto para a Tchecoslováquia quanto no (outro) mundo subdesenvolvido – em resoluta crise de consciência.

Se alguém passa a desviar-se e agir sem função social clara, ou seja, adota idiossincrasias não propensas ao contentamento alheio, terríveis sombras (sóbrias) o acometerão. Com totalitarismos regressivos morais, revitalizamos nós uma perigosa fantasia. Os homens não são coisas, portanto, deviam assinalar propósito seletivo. Ainda merecem libertação dos poderes panópticos (BENTHAM) e devem conhecer o "bravo mundo novo" disponível (HUSLEY).

A máquina nunca substituirá a carne.

Na seara psicológica, o indivíduo humilha-se ao afirmar sua incompletude. Tal improvável plenitude – nua presentificação da existência privada – uniformiza padrões ideológicos burgueses (WIESENGRUND-ADORNO). Se houver opção, os resultados do pecado podem não ser apenas maldição. As provisões otimistas contrapõem esforço produtivo e resultado. Não se está a defender barbárie, os incontáveis benefícios da transformação são esboçados diuturnamente. A confecção da presente investigação prova como recursos tecno-informáticos (computação) auxiliam discernimento. O risco, amiúde, incide na amoral irresponsabilidade com os próprios atos. Quando concentramos atenção em selecionar, artificialmente, nem sempre mensuramos a consequência desde 'prateleiras' num 'supermercado genético'. Os pais – geração provedora – devem amar seus filhos – jovem prole humana – incondicionalmente.

Sem álea natural (*iactus retis*) nunca saberíamos quantas oportunidades perdidas, experiências interrompidas ou inimigos vencidos teríamos ainda por perto. Erram aqueles pensadores excêntricos prontos à defesa do radicalismo anárquico científico. Eles esquecem que o argumento da descontrolada maternidade não justifica pressões futuras atreladas ao condicionamento pós-humano.

As pessoas merecem cura dos malefícios epidêmicos, precisam ampliar suas expectativas qualiquantitativas de vida. Adoecer configura sucumbir e a vida é fundante protótipo no espírito da energia instituída em voluntário ânimo. O prognóstico absolutista corrompe, inclusive, avanços maiores na compreensão do ser oculto num ente cindido (deuterocanônico). O terceiro império alemão – nazista – massificou, não criou, estilo de assimilação dos mais néscios, como ADORNO recorda na fraude (do *Führer neurótico).*

Políticas à parte – elas são excludentes --, consumar o 'fim' da jamais vivida novidade humana significa impor, de cima a baixo, um modelo (tipo ideal) fincado nas entranhas conjunturais. É colher frutas transgênicas e nem saber que o mundo 'selvagem e sujo' lá fora poderia ser coisa distinta da 'certificada modernidade'. O *humus* suplanta *thanatus* ao passo que o labor compromete harmonia.

Distinguimos duas tendências: I) em regulamentos internacionais (Pacto de São José da Costa Rica, Declaração de Salamanca, etc) a dignidade é erigida a patamar superior embora sua real significação apareça desfigurada ou não conceituada. Nesses termos, é elogiável o esforço transnacional pela proteção grupal e II) eugenia positiva (ações) e negativa (omissões) prosperam, ainda, indistintamente. No Brasil, o pensamento preconceituoso reflete pequena preocupação com minorias. Isso justifica negligência no tratamento de crianças prematuras (um documentário produzido pela BBC mostra inúmeros médicos defendendo a "remessa dos recursos para setores mais promissores"), repressão baseada na cor da pele (o povo é miscigenado, mesmo assim, renço da escravidão perdura) e inferiorização dos índios (os nativos não são considerados capazes pelo Código Civil (2002) – art. 4, parágrafo único -, mereciam tratamento automático).

Enfim, não morreu, na civilização 'garantista' o antigo fetiche homogeneizante biológico. Vestígios ameaçam criar provas contra a honrada

assunção plena do outro, reconhecido como é, ou melhor, com quem consegue ele tornar-se.

4 O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS NA ELIMINAÇÃO DE DISCRIMINAÇÕES NEGATIVAS

Turvas águas circundam a ilha dos desejos. O nilismo devora, como outrora fora devorado. Embora não entremos no âmago totalizante do esquadrinhado tópico genealógico (contrarregra lacunar dos instintos animalescos pseudoamortecidos), compete-nos insinuar que princípios nunca abandonam os jugos humanos. São essas verdades fundantes do sistema (MIGUEL REALE) que desarticulam ambição atinada. Simplesmente não é provável encontrar o complexo *organum* convicções esgotadas segundo base na qual o rigorismo impere.

Tentativas fortuitas remontam anos-luz cristalizados em imaginações corajosas. Não por mera convenção já se diz que a ética (em todos os seus pormenores) é anoréxica. Vivemos crítica fase na qual se supervalorizam coisas e menosprezam-se entes que são '*personas non gratas'*. Os parágrafos anteriores ilustram corretamente ilações tanto mais visíveis quanto mais rechaçadas pelo hipócrita senso comum.

Violência – abuso da força – "sempre precisa de justificação", amparando-se na legalidade convém recorrer aos meios extremos brutais quando sua vida -- a da opinião pública – está ameaçada. A confrontação armada é 'situação limítrofe', ora, o *status* impondo ao cidadão uma máxima: "matar ou morrer", dilema objetado (relevado) por solução pretensa. E a lei do menor esforço esclarece perfeitamente motivos pelos quais uma consciência introjetada nos outros parece inolvidável.

Eutanásia, aborto, exame pré-implantatório, ... Por trás desses e (maiores) juízos pode restar o espelho narcizista.

Mas, longe de desaguar tudo numa mesma foz, a *vis* passiva, o 'caldo' vital oferece – no campo matricial – cristal que Narciso não poderia contemplar constrangido pelas monções vernais.

O socialismo utópico visava cientificizar o homem e via o próprio rosto nas espúrias águas lacrimais. Fatídico exemplo: o Camboja e seu Kmer Vermelho,

outra variante nos mesmos rumos vem a ser a República Popular da China (merecedora de especial atenção em outra sede), cujos domínios subvencionam-se à irracional jornada indelével (a nação é incógnita para o Ocidente em termos do último relatório produzido nas dependências da OIT). Isso recapitula preclusão às vezes da própria força, vindicação revestida segundo insuficiências econômico-sociais suspeitas. Ora, tais deficiências foram maquiladas pelo clamor momentâneo (se preferir, de prevenção) patente nos riscos pós-II Grande Guerra. A crise imanente nos últimos anos (após a extinção da URSS) compõe o coração do sobrevivente capitalismo parasitário. Emprestada uma fórmula reificada da antiga baixa-estima ignominiosa, insensatez pró-burguesia traduz, cabalmente, novo sintoma acéfalo.

Mais ultrajante é a privação para um inocente que múltiplas regalias ao culpado. Menos aceite deve ser a falta irresponsável que o mero erro ignorante.

Se alguém pensa que o preenchimento das necessidades depende, em instância, da imagem togada imanente no *magister*, aguarda resgate hercúleo desnudo, amparado pela Politéia Democrática circundada por sebe intransponível, quer dizer, jacta-se da indisposição ao crítico fim dialético taxado de anticientífico. Por esse motivo – e só por ele – continuam sendo 'letras vivas' os ditames coesos da verossimilhança constitutiva, do superlativo papel humano da pessoa física. Confundir – todavia – univocidade verdadeira (não podem haver duas cláusulas válidas quando uma contraria a outra) com arsenal dos padrões (*standards*) é praticar autoengano. O real sentido diz como orientar conduta melhor – obedecendo orientação solidária, fazendo ao próximo aquilo que se quer para si. Em sã mentalidade, ninguém pretende autoflagelo perpétuo.

Seguirá o homem moderno suportando injustiça, recorrendo à agressividade, acatando o caos que invade sua vida social, sem perceber que a qualquer momento pode destruir-se e reduzir o planeta a um deserto estéril não mediante deflagração, mas num sublime suspiro? Agora é urgente refazer a pergunta, sublinhando injustiças praticadas antes como galardão do vitorioso, todavia resguardadas na alegórica figura do 'id' exasperado.

Evocando indignação, na qual nos estribamos, declara ANDRÉ COSTA:

> Que paradoxo! Quando é para incluir todos são iguais. Quando é para excluir e discriminar a cor da pele vira algo extraordinário!
>
> Chegou a hora de reagirmos... de protestarmos... de exigirmos justiça e igualdade! Todos nós, brancos, negros, índios, mulheres, deficientes... lutarmos juntos por uma sociedade sem preconceito e sem discriminação. (COSTA, 2009, p. 21)

No mais, especialmente sabendo que o desrespeito apenas consiste em mais uma manifestação da selvageria aterradora, ente destruidor da integridade social no qual se negligenciam inevitavelmente funções cogentes e é travado o advento fraternal. Porém com o aflorar progressivo da sensorialidade, são suscitadas opções alcunhadas pacificadoras.

Internacionalmente surge cada vez maior produção documental concernente a (falsas) políticas inclusivas, é o atendimento a diversas demandas teoricamente suprido. Melhor ainda, exemplares meritórios convertem pessoas normais em super-heróis, estrelas do circo sensacional lançado ao grande público assistindo ao espetáculo telúrico da (super)ação pelo extraordinário. Sem embargo, a historicidade retórica, aposta partidária, gera produto hodierno, mas dissociado dos ambitos ativistas sociais. Não é merecimento, apenas permissão a *ratio* vitoriosa... Formulação, reconhecimento e proteção – tripé legitimado no discurso da comunidade multinacional – acusam nova forma de colonialismo.

Em diferentes partes do mundo pôde o debate pretenso definir o "humano" em oposição ao "bárbaro" (animal). É possível que a normatização ande separada da utopia. Demandas somadas mantém pressão abissal porque os processos sociais (repita-se) podem sobrepujar a práxis e entrever o cosmos. Um mal estar se espraia inclusive entre os ardorosos defensores institucionais dos Direitos Humanos, eles, os setores vulneráveis minoritários, tentaram concluir uma doutrina liberalizante o que, em grande medida, confronta relações espúrias mesmo cumprindo papel invulgar em prol das cisões contrárias à manutenção do estandarte hegemônico.

Faz-se premente emancipar alguém, confrontar outrem e atravessar a ponte referencial calcada na proporcionalidade progressista, este é o rumo do pensamento crítico. Produtos ocidentais reinventam apropriação beligerante como se a criação fosse simples ato, matriz subjetiva. A verdade, reitere a ênfase intelectual, requer negação dos pseudo-axiomas. Imensas lacunas virão-a-ser se, e somente se, as práticas contraditórias (imperialistas) não forem substituídas pelo

lugar refrigerado tocado pela alternativa contextualizada. Integração circunscreve abandono da indignação envolta no impulso dinamizador popular.

A esperança militante assume tonalidade inconformista. Proclama denúncia ao temor imperante na "ordem do risco", porquanto não há unívoca maneira (transcendência) de encarar o relativo mundo.

Toda marginalização, exploração ou opressão findam no recepcionar próprio focado nos aspectos livres desde os aportes antropomórficos constitutivos do sentido tradicional.

Quem conhece a realidade nulifica o *status quo* ante a modal controvérsia escalonada, a menos que, descomprometidos com redução prejudicial da natureza humana, assumiremos as consequências do paradoxo inadvertido, sofreremos imponderações exterminadoras – cataclismo extintivo da razoabilidade conquistada mediante intensa dialética interpretativa. Significantes sobreporiam significados, deixando ao avesso a virtude e o genuíno altruísmo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da concatenação de fatos acima, tecemos algumas observações. Em primeiro lugar, reiteramos o desempenho deste estudo enquanto introito ao tema. No que pese surgirem, recentemente, alguns artigos e livros, a perspectiva mediata da situação atual não conseguiu obter, primariamente, atenção de muitos estudiosos. A maioria deles aborda o assunto contextualizando-o cronologicamente, tentando afastá-lo da realidade nacional do terceiro milênio. [3]

[3] Se, na América do Sul falta oposição ao pragmatismo holista, na Europa, autores começam a despertar, alertando-nos sobre ameaças – agora e depois – da descontínua falência institucional. Antissemitismo, darwinismo social, mixofobia, nacionalismo exacerbado e fundamentalismo religioso parecem hoje mais incentivados. A técnica passa a conotar arma anti-alienígena.
HABERMAS, JONAS e BECK (em alemão) propugnam revisionismo (e outros 'ismos') na obra de KARL MARX. Para preservação formal do bem constante, a ordem capitalista liberal precisa ser invertida e, em seu lugar, surgirá uma democracia deliberativa total, com todos em pé de isonomia. Nesse sentido: "*In einem weiteren Teil verfolgt der Autor die Diskussionen in einzelnen Gruppierungen und Organisationen der sozialistischen Bewegung die er bezogen auf Eugenik als «pressure-groups» innerhalb der Sozialdemokratie der Weimarer Zeit begreift. Es sind vor allem sozialpolitisch-fürsorgerisch-medizinisch engagierte Sozialisten, die sich in¬ tensiv mit Eugenik auseinandergesetzt haben und zu ihren klaren Befürwortern gewor¬ den sind. Neben der Ärzteschaft gehörten auch die Lebensreformer dazu, deren starkes Engagement für Präventionsgedanken*

Logo, somos exceção. Não reinventamos a ópera, contudo, sabemos das dificuldades em gerar assertivas terminativas. Sinfonias harmoniosas não cabem ao primeiro ensaio. Tampouco pretensão de inquestionável veracidade aponta honestidade. Insistimos em salientar as alternâncias entre um futuro mais humanizado – afirmação da autonomia plena, com profunda interrelação sujeito-natureza – e a mera robótica cingida da mecanicidade não sensível. Devem os cientistas uma resposta ao público, negar os aprimoramentos ainda possíveis é retroagir, mas a raça humana não surgiu com alma indolente aceitando imposições sem curiosamente dissecá-las.

Por outro lado, caso os benefícios não formem sociedade mais justa e fraternal, o triste fim da ciência degenerará em opróbio e infinito perecimento.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Henrique; BARRETTO, Vicente de Paulo. Direito e bioética no século XXI: proteção jurídica da dignidade humana no estabelecimento de marcos normativos adequados. In: **Revista da AJURIS**, vol. 41, n. 136, dezembro/2014, pp. 437-454.

ADORNO, Theodor Wiesengrund-. **Minima moralia**. Lisboa: Edições 70, s/d.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

wesentlich die Aufnahme eugenischer Kon¬ zepte ermöglichte. Eine weitere Gruppe, die, wie Schwartz zeigt, früh und mit Nachdruck neomalthusianisch-eugenische Überlegungen übernommen und zu einem eugenischen Programm entwickelt hat, ist die sozialdemokratische Frauenbewegung." (ZIEGLER, 1997, p. 225) [***Em outra parte , o autor {MICHAEL SCHWARTZ} traça discussões fracionadas em vários grupos e organizações no movimento socialista compreendidos, com base na eugenia como "elemento de pressão" dentro da social-democracia do período Weimar. Existiu principalmente intensa preocupação sócio-política com tendências socializantes comprometendo médicos que conseguem lidar intensivamente com a eugenia à sua clara identidade fenomênica. Além de exercerem profissão médica, os reformadores indicavam forte compromisso com prevenção, pensando muito amplamente na prática dos conceitos eugênicos autorizados. Outra organização que, como Schwartz mostra, aderiu às considerações neomautusianas – energias pré-eugênicas desenvolvidas em programa seletivo — é o movimento das mulheres social-democratas***.]

BENTES, Hilda Helena Soares. Prometeu liberto: nova ética para o homem da técnica segundo Hans Jonas. In: **Veredas do direito**, Belo Horizonte, v. 9, n. 18, julho/dezembro de 2012, pp. 169-187.

BIZZO, Nélio Marco Vincenzo. O paradoxo social-eugênico, genes e ética. In: **Revista USP**, São Paulo, n. 24, dezembro/1994-Fevereiro/1995, pp. 28-37.

COSTA, André Luiz de Souza. **Escritos sobre racismo, igualdade e direitos**. Fortaleza: Instituto Afirmação de Direitos – Igualdade e Justiça, 2009.

FELDHAUS, Charles. Habermas, eugenia liberal e o direito à liberdade reprodutiva. In: **Fragmentos de cultura**, Goiânia, v. 18, ns. 7/8, pp. 543-553, jul/ago, 2008.

GARCIA, Alessandro Barreta; JUNIOR, Edivaldo Góis. A eugenia em periódicos da educação física brasileira (1930-1940). In: **Revista da educação física/UEM**, Maringá, v. 22, n. 2, 2º trim/2011, pp. 247-254.

MARTÍNEZ, Jesús Montoro. **Los ciegos en la historia**, tomo 1. Madrid: ONCE, s/d.

PLATÃO. **A república**. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALVETTI, Ésio Francisco. Em busca de normatizações políticas e jurídicas que limitem a eugenia liberal: estudo a partir do pensamento habermasiano. In: **Filosofazer**, Passo Fundo, n. 33, jul/dez 2008, pp. 79-89.

ZIEGLER, Béatrice. Sozialistiche eugenik: eugenische sozialtechnologien in debatten und politik der deutschen sozialdemokratie 1890-1933 [Michael Schwartz]. In: **Schweizerische zeitschrift für geschichte = Revue suisse d'histoire = Rivista storica svizzera,** 47 (1997), pp. 222-226.

O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA CRÍTICA A RORTY A PARTIR DA AMÉRICA LATINA

Maria Luiza Caxias Albano[1]
Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira[2]

RESUMO

Com o fim de colocar críticas válidas ao modelo de direitos humanos até então vigente mundialmente, considerando ser um modelo hegemônico, racionalista, abstrato, e, portanto, pouco prático, o pensador neopragmatista Richard Rorty desenvolve associações que seriam, em sua concepção, mais úteis na efetivação dos direitos humanos. Ocorre que o desenvolvimento realizado pelo mencionado autor não leva em consideração aspectos que subjazem a interação entre sujeitos, sobretudo aqueles de culturas diversas, e, assim, ignora as relações de poder existentes entre nichos culturais. Dessa forma, o presente trabalho tem por escopo realizar um contraponto à proposta rortyana de direitos humanos a partir do aporte das teorias descoloniais da América Latina. Utiliza-se, então, de revisão bibliográfica para demonstrar os espaços vazios no pensamento rortyano a respeito de direitos humanos.
PALAVRAS-CHAVE: Richard Rorty; América Latina; direitos humanos; pensamento descolonial latino-americano.

ABSTRACT

In order to validly criticize the current conception of the human rights theory, considering it's an hegemonic and rationalist model, thus lacking practicity and efficacy, Richard Rorty develops some associations that would be, in his opinion, more usable and practical on the effectuation of human rights. However, the pragmatic proposal made by the aforementioned author does not take into consideration various aspects that lay behind the interaction between people, especially those from different cultures, and thus ignores the underlying relations of power. The critique to the rortyan suggestion will be constructed from the theoretical framework of the decolonial theory of a specific context, Latin America. Methodology-wise, the method of literature review will be used in order to point out the gaps on the Rortyan thought on humans rights.
KEYWORDS: Richard Rorty; Latin America; human rights; Latin American decolonial thought.

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração em Direitos Humanos, bolsista da CAPES.
[2] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração em Direitos Humanos, bolsista da CAPES.

1 INTRODUÇÃO

O breve século XX foi considerado como a Era dos Direitos por diversos pensadores, devido à proliferação dos padrões de direitos humanos. Assim, considerou-se que nunca antes se teve em uma situação onde a linguagem dos direitos humanos quase que substituiu todas as outras linguagens morais. Contudo, o século terminara em um estado de inquietação e peculiar ceticismo frente a tais direitos.

Acontece que, se por um lado a linguagem dos direitos humanos se propagou enquanto discurso uníssono e normativo de códigos morais considerados universais, reconhecidos atualmente por diversas ideologias políticas enquanto conteúdo fundamental da ideia de justiça (ATIENZA, 2012, p. 34), por outro, a materialização desses mesmos direitos não acompanhou essa escalada. Nesse sentido, o século XX é o mais assassino de que se tem registro, contendo catástrofes humanas que produziram desde as maiores fomes da história, até o genocídio sistemático e a limpeza étnica (DOUZINAS, 2009, p. 20).

Percebe-se, então, o emprego da discursividade dos direitos humanos nas suas mais variadas formas e para os mais diversificados fins: serve como álibi para intervenções militares "humanitárias" de superpotências ocidentais em países miseráveis e como sacralização da tirania do mercado (ZIZEK, 2010, p. 11). Concomitantemente, questiona-se: o que acontece com os direitos humanos daqueles excluídos da comunidade política, que estão expostos cotidianamente à violência de classe, raça e gênero? Percebe-se que a concretização dos direitos humanos está condicionada às contingências, podendo agir a favor de uns e contra outros a depender do contexto e da forma como são aplicados.

Assim, no plano teórico, o termo clássico/corrente "direitos humanos" abriga o discurso suprahistórico de convergência, cristalizando padrões valorativos absolutos e universais (ATIENZA, 2012, p. 34), enquanto que demandas circunvizinhas mas externas às esferas de macropoder global são invisibilizadas. A falta de efetividade dos direitos humanos, portanto, não é um mero acaso: implica uma dinâmica concreta, contrária à busca de condições para a igualdade universal de fato, deixando marcas profundas na materialidade social. (ALVES, 2013, p. 142)

Nesse contexto, o neopragmatismo, tendo em Richard Rorty seu principal expoente, ao oferecer uma crítica à visão representacionista do mundo (e, portanto, à ficção simbólica dos direitos humanos) sugere a construção de uma nova compreensão dos direitos humanos a partir da experiência em contraposição ao comum universalismo. Assim, teoria e prática se apresentariam indissoluvelmente interligadas: partir-se-ia da sentimentalidade em contraposição à tradição racionalista. Porém, desconfia-se que a proposta sugerida pelo neopragmatismo em relação às questões de direitos humanos também se mostra insuficiente quando levada em consideração outros contextos sociais que não aqueles relacionados a culturas eurocêntricas, como o da América Latina.

Portanto, o presente trabalho está centrado em realizar um contraponto a partir das teorias descoloniais latino-americanas à proposta neopragmática de direitos humanos construída por Richard Rorty. Desse modo, será realizada a exposição do pensamento rortyano a respeito da questão dos direitos humanos, e, posteriormente, serão pontuadas as críticas levando em consideração a base das teorias descoloniais latino-americanas, sobretudo a partir de Aníbal Quijano e Walter Mignolo. Para tanto, será realizada revisão bibliográfica.

2 SENTIMENTALIDADE E EMPATIA: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR UM VIÉS RORTYANO

O profundo abismo entre teoria e prática nos direitos humanos é uma preocupação que se apresenta enquanto parte central das atuais discussões a respeito do tema: a partir do momento em que se percebe a existência de uma relação direta entre o discurso meramente normativista dos direitos humanos e as práticas paradoxais da dinâmica político-social[3], o tema passa a ser abordado com frequência, através de diversos ângulos.

[3] A título de exemplo desse abismo obscuro entre metafísica e prática, tem-se as diretivas dos filósofos Slavoj Zizek e Costas Douzinas. Nas palavras de Zizek: "(...) a derrubada de Saddam, liderada pelos Estados Unidos, legitimada em termos de pôr fim ao sofrimento do povo iraquiano, não foi apenas motivada por interesses político-econômicos pragmáticos, mas também contou com uma ideia determinada acerca das condições econômicas e políticas sob as quais era para ser entregue a 'liberdade' ao povo iraquiano: capitalismo liberal-democrático, inserção na economia de mercado mundial, etc." (ZIZEK, 2010, p. 24). Douzinas, por sua vez, afirma: "O discurso dos direitos

No contexto de crise dos fundamentos dos direitos humanos, a partir das contradições já expostas anteriormente, Richard Rorty desenvolve um pensamento ousado: põe em xeque a racionalidade enquanto dotada da atribuição de criar ou descobrir a melhor maneira de se operacionalizar os direitos humanos. Ao questionar "verdade" enquanto algo absoluto e transcendental, considera normatizações ineficientes como forma de materialização dos direitos humanos. Dessa forma, o filósofo sugere o abandono do discurso racional universalista, ensejando o desenvolvimento da sentimentalidade: é a experiência a favor da construção de uma cultura dos direitos humanos.[59]

Richard Rorty considera, de forma pragmática, que a falta de observância dos direitos humanos não está associada ao desconhecimento do seu "conceito" pelos violadores, mas sim ao fato destes considerarem as suas vítimas enquanto não humanas. Nessa esteira, a respeito do relato de um jornalista sobre torturas ocorridas no conflito da Bósnia praticadas por sérvios contra mulçumanos, afirma:

> A moral a ser tirada da história de David Rieff é que assassinos e estupradores sérvios não pensam em si mesmos como violadores de direitos humanos. Para eles, essas coisas não estão sendo realizadas com outros seres humanos, mas com os *muçulmanos*. Eles [sérvios] não estão sendo desumanos, mas apenas discriminando entre os

---

perdeu sua coerência e seu universalismo inicial. O disseminado cinismo popular em relação a reinvidicações de governos e organizações internacionais sobre os direitos humanos foi compartilhado por alguns dos maiores filósofos políticos e jurídicos do século XX" (DOUZINAS, 2009, p. 24)

59 Vale transcrever aquilo que Rorty considera acerca do termo 'cultura de direitos humanos': "Uso o termo 'cultura de direitos humanos', emprestado do jurista argentino Eduardo Rabossi. Num artigo chamado 'Naturalização dos Direitos Humanos', Rabossi argumenta que os filósofos deveriam pensar nesta cultura como um novo e bem-aceito fato do mundo pós-holocausto. Eles deveriam parar de tentar ignorar esse fato, parar de tentar detectar e defender seus chamados 'pressupostos filosóficos'. Na visão de Rabossi, filósofos como Alan Gewirth estão errados ao argumentar que os direitos humanos não podem depender de fatos históricos . 'Meu ponto básico', diz Rabossi, é que 'o mundo está mudado, que o fenômeno dos direitos humanos torna o fundacionismo ultrapassado e irrelevante'. Eu estarei ampliando e defendendo a alegação de Rabossi de não valer a pena levantar a questão dos seres humanos realmente terem ou não os direitos enumerados na Declaração de Helsinki. (RORTY, 1993, p. 115-116, tradução nossa). No original: "I borrow the term 'humam rights culture' from the Argentinian jurist and philosopher Eduardo Rabossi. In an article called 'Human Rights Naturalized', Rabossi argues that philosophers should think of this culture as a new, welcome fact of the post-holocaust world. They should stop trying to get behind or beneath this fact, stop trying to detect and defend its so called 'philosophical presuppositions'. On Rabossi's view, philosophers like Alan Gewirth are wrong to argue that human rights cannot depend on historical facts. 'My basic point', Rabossi says, is that 'the world is changed, that the humans rights phenomenon renders human rights foundationalism outmoded and irrelevant'." (RORTY, 1993, p. 115-116).

> verdadeiros seres humanos e os pseudohumanos. (RORTY, 1993, p. 112, tradução nossa)[4]

Assim, o esquema principiológico, abstrato e normativista dos direitos humanos como um "conceito" a ser elaborado, como uma "verdade" a ser conhecida e propalada, não assegura esses direitos frente ao processo de desumanização. Nesse sentido, a concepção rortyana de direitos humanos empiricamente considerados está interligada a uma história coletiva que cotidianamente é reconstituída por meio das experiências de sofrimento e solidariedade que as pessoas vivenciam.

Daí a sentimentalidade enquanto fio condutor para despertar o senso de humanidade: como os direitos humanos não estão no mundo das ideias, sendo resultantes de vivências intersubjetivas, é preciso falar em uma "educação sentimental"[5] que desperte a sensibilidade das pessoas. O intuito é de fazer reconhecer o outro – o diferente – enquanto humano sem falar em uma moral universalizante, mas estimulando a compaixão pela dor, e o remorso pela crueldade, bem como utilizar a capacidade de notar e se identificar com a dor e a humilhação (RORTY, 2007, p. 317).

Dessa forma, alguns pontos cruciais podem ser identificados na visão rortyana: a) direitos humanos é uma questão de sentimentalidade e de reconhecimento do outro – do diferente – enquanto humano; b) há a compreensão de que a sensibilidade para os direitos humanos é desenvolvida culturalmente e não através de fundamentos racionais (anti-fundacionismo); c) a partir da

---

[4] No original: "The moral to be drawn from Rief's stories is that Serbian murderes and rapists do not think of themselves as violating human rights. For they are not doing these things to fellow human beings, but to Muslims. They are not being inhuman, but rather are discriminating between the true humans and the pseudohumans." (RORTY, 1993, p. 112).

[5] Rorty defende a manipulação dos sentimentos através das experiências vividas por cada pessoa: "Esse tipo de educação deixa as pessoas diferentes suficientemente familiarizadas umas com as outras, de modo que elas se sentem menos tentadas a pensar que aquelas que são diferentes delas são apenas pseudohumanas. O objetivo desse tipo de manipulação do sentimento é expandir a referência dos termos 'nosso tipo de gente' e 'gente como nós'." (RORTY, 1993, p. 122-123). No original: "That sort of education sufficiently acquaints people of different kinds with one another so that they are less tempted to think of those different from them-selves as only quase-human. The goal of this manipulation of sentiment is to expand the reference of the terms 'our kind of people' and 'people like us'." Tal educação, portanto, tem por finalidade transformar aquilo que nos é estranho em familiar. Seria baseada no desenvolvimento do interesse pelo desconhecido e de tolerância às diferenças.

sensibilidade aflorada e não de valores pré-estabelecidos enquanto absolutos e universais, não há compreensões de direitos humanos superiores a outras.

Não obstante, existem questões sobre a concretude dos direitos humanos que não encontram formulação dentro da teoria de Richard Rorty. Primeiramente, o despertar da sensibilidade através da educação sentimental, proposta pelo filósofo, exige um convívio minimamemte estável, de "condições de vida suficientemente livres de risco para fazer com que as diferenças de uma pessoa não tivessem influência sobre seu auto-respeito e seu senso de valor" (RORTY, 1993, p, 128)[6]. Ora, mas já se reconhece contemporaneamente que existem condições de extrema desigualdade, de empobrecimento da vida, o que recai na redução do próprio "eu", na medida em que compelem o ser humano para uma situação de sobrevivência, de estado de necessidade, de concorrência por condições dignas de vida, transformando a convivência em um ambiente nocivo em relação "ao outro".

Nessas circunstâncias, Rorty afirma que "a educação sentimental funciona apenas com pessoas que podem relaxar durante um tempo suficiente para ouvir" (RORTY, 1993, p. 128)[7]. Entretanto, essa já é uma das condições que se tenta estabelecer através da própria materialização dos direitos humanos: que as pessoas consigam dialogar[8] independentemente das diferenças e/ou desigualdades. Assim, a educação sentimental, diante dessas considerações, não exigiria como pré-requisito uma espécie de estado encontrado pelos revolucionários norte-americanos em 1776: estando libertos, puderam, então, fundar a liberdade? (OLIVEIRA, 2012, p. 30).

Outras críticas são tecidas acerca da potencialidade dos sentimentos para sustentar a concretude dos direitos humanos. Para Michael Perry, um discurso dos direitos humanos sem fundamentos não deixa espaço nem para a própria demanda

[6] No original: "[…] conditions of life sufficiently risk-free as to make ones difference from others inessencial to one's self-respect, one's sense of worth." (RORTY, 1993, p, 126)
[7] No original: "Sentimental education only works on people who can relax long enough to listen." (RORTY, 1993, p, 126).
[8] Vale nesse trecho destacar a concepção de diálogo paulofreiriana: "O diálogo é este encontro dos homens, imediatizados pelo mundo, para pronunciá-lo, não se esgotando, portanto, na relação eu-tu. Esta é a razão por que não é possível o diálogo entre os que querem a pronúncia do mundo e os que não querem; entre os que negam aos demais o direito de dizer a palavra e os que se acham negados deste direito." (FREIRE, 2005, p. 91).

dos direitos humanos. Segundo esse autor, ainda, Rorty baseia-se não no "sentimento humano", mas em sentimentos "eurocêntricos" e "em sentimentos dos norte-americanos do século XXI e dos europeus ocidentais."[9] (PERRY, 2006, p. 26)

Por sua vez, Habermas, afeito ao pragmatismo em muitos aspectos, vê com certa suspeita a desconstrução completa de apelos transcendentais mesmo quando esses estão articulados não enquanto centro, mas como adjacência. O filósofo nota certa "utilidade" para a manutenção de uma "verdade", mesmo que em sentido discursivo, ideal ou comunicativo. Já Rorty enxerga na "verdade" apenas o nome de uma propriedade que todas as afirmações verdadeiras partilham. Rorty observa ainda que a busca por um conceito de direitos humanos que fundamentasse uma Teoria Geral dos Direitos Humanos interessaria mais a filósofos que propriamente à humanidade. Ao passo que a generalização de padrões éticos reduz uma complexidade cultural existente mundialmente (KAUFMANN, 2010, p. 213-218). Habermas, portanto, preocupa-se em desenvolver uma compreensão mínima do que venha a ser dever moral, enquanto Rorty julga se tratar de uma vã preocupação, de um trabalho sem eficácia prática.

Ainda restam críticas de tom desconfiado. José Augusto Lindgren Alves reconhece que a "educação sentimental" pode representar um instrumento importante para a consolidação dos direitos humanos como fato cultural, principalmente em países democráticos, entretanto, considera pouco provável que "a lógica da afetividade" seja suficiente para a superação necessária das contradições: não acredita que os apelos ao coração sejam sempre pragmaticamente superiores aos argumentos da razão. Conclui, deste modo, que o pragmatismo de Rorty pode ser eficaz em certas situações específicas, mas aniquila a própria noção de direitos humanos (ALVES, 2013, p. 17).

Diante da concepção propugnada por Rorty e das críticas a ela direcionadas, pergunta-se: as considerações de Richard Rorty, baseadas no desenvolvimento da sentimentalidade, empatia e afetividade enquanto meios de materialização dos direitos humanos, mostram-se suficientes em seus propósitos?

[9] No original: "Rorty does rely on sentiments, but not on human sentiments, the existence of which he denies. Rather, Rorty relies on what we may call 'Eurocentric' sentiments the sentiments of twenty-first century North Americans and Western Europeans. Rorty refers, at one point, to 'our Eurocentric human rights culture'." (PERRY, 2006, p. 26).

Já é sabido que padrões de direitos humanos absolutos, normativistas e universais resultam em igualdades e liberdades meramente formais, encobrindo incoerências e paradoxos que se materializam na sociedade. Contudo, a contextualização prática das questões de cultura em direitos humanos se torna imprescindível para novos paradigmas, por isso a análise crítica a partir da América Latina.

3 UMA CRÍTICA A RORTY A PARTIR DA AMÉRICA LATINA

Na esteira da crítica de Michael Perry a Rorty, no sentido de que este baseia-se não no "sentimento humano", mas em sentimentos "eurocêntricos"[10] e "em sentimentos dos norte-americanos do século XXI e dos europeus ocidentais" (PERRY, 2006, p. 26)[11] ao formular sobre a ineficiência da filosofia como atividade fundacionista e de um discurso racional moral universalizante no que atine à efetivação prática dos direitos humanos, propõe-se aqui uma crítica a partir das teorias descolonais latino-americanas à proposta neopragmática de conversação de Rorty como atividade dialógica transcultural e livre, na medida em que a formulação rortyana não é apenas eurocêntrica no tocante ao seu *locus enuntiationis*, mas sobretudo porque ignora que na contemporaneidade a intensificação das interações ensejada pela globalização mundial[12] não se dá de maneira equitativa, uma vez que há a construção de uma cultura hegemônica que implica formas de dominação não só econômica, senão igualmente cultural e epistemológica.

Nesse sentido, o espaço em que para Rorty, supostamente, poderia se dar o desenvolvimento do reconhecimento do outro/diferente enquanto humano/igual e da compaixão pela dor e humilhação, bem como do remorso pela crueldade (RORTY, 2007, p. 317), em direção a uma sensibilidade para os direitos humanos

[10] Em verdade, Rorty chega a utilizar a expressão "our Eurocentric human rights culture" (2005, p. 126), o que é coerente com a sua pretensão antiuniversalista dos direitos humanos, porém tal eurocentrismo parece não ser notado ou problematizado em outros aspectos.

[11] No original: "Rorty does rely on sentiments, but not on human sentiments, the existence of which he denies. Rather, Rorty relies on what we may call 'Eurocentric' sentiments: the sentiments of twenty-first century North Americans and Western Europeans." (PERRY, 2006, p. 26).

[12] Considera-se aqui a globalização em curso como sendo, nas palavras de Quijano (2005, p. 117), "[...] a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial."

construída culturalmente, – que para o mencionado autor, seria uma melhor saída para a concretização de direitos –, tampouco está livre das relações de dominação e subordinação cultural, isto é, tal espaço é permeado pelo padrão mundial de poder, caracterizado por Aníbal Quijano (2005, p. 126) como "colonial/moderno, capitalista e eurocentrado".

De maneira geral, a constatação das teorias pós-coloniais e das teorias descolonais latino-americanas é no sentido de que a herança colonial não se encerra com o final formal do período colonial, mas ao contrário, existe toda uma cultura condicionada pelo processo colonial desde o período da colonização até os dias atuais (ASCHROFT; GRIFFITHS; TIFFIN, 2007, p. 169).

Nessa direção apontam os estudos pós-coloniais e subalternos de autores anglófonos provindos de ex-colônias europeias no Oriente Médio e na Ásia, a exemplo de Edward Said, Gayatri Chakravorty Spivak e Homi Bhabha, que atribuiran à colonização uma dimensão epistemológica e ideológica (BLANCO, 2009, p. 72), atentando para o fato de que a colonização, para além de exploração econômica, constituiu igualmente a imposição de uma racionalidade sobre outra, tendo sido tal dominação cultural essencial para facultar a dominação econômica. É nesse contexto em que se faz mais adequado falar antes em *colonialidade* que em colonialismo para se remeter à dimensão epistemológica, cultural e simbólica de tal fenômeno. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 20)

Cumpre ressaltar a existência de um aparente ponto de confluência entre a denúncia[13] de Edward Said em sua obra *Orientalismo* sobre a construção a partir do dominador europeu de um discurso sobre o outro (o oriental, nesse caso) e a perspectiva rortyana do outro considerado como "*pseudohuman*" (2005, p. 124), e das identidades determinadas pelo contraste, como contraposição àquilo que não são, conforme é possível vislumbrar no seguinte excerto:

> The identity of these people, the people whom we should like to convince to join our Eurocentric human rights culture, is bound out with their sense of who they are *not*. Most people – especially people

[13] A escolha por Edward Said se deu pela relevância e centralidade de sua obra, contudo, tais constatações sobre a dimensão cultural e epistemológica do colonialismo na crítica ao eurocentrismo são comuns entre outros autores de colônias asiáticas e do Oriente Médio, bem como entre os latino-americanos descoloniais.

> relatively untouched by the European Enlightment – simply do not think of themselves as, first and foremost, a human being. Instead, they think of themselves as being a certain *good* sort of human beings – a sort defined by explicit opposition to a particularly bad sort.[14] (RORTY, 2005, p. 126, grifos originais)

Entretanto, ao tratar da questão da essencialização do outro, fundamental para que se estabelecesse o domínio colonial do ocidente, Said atenta para o fato de que tais criações de representações e concepções de mundo, e assim de formação de subjetividades concretas, foram essenciais para que se tornasse viável a submissão ao poder econômico e político europeu, isto é, não seria possível a dominação apenas pela força, sendo este elemento representacional e ideológico primordial.

Assim, a construção de um imaginário oriental e ocidental, enquanto formas de pensamento e de viver são elementos que devem constar em toda explicação que se pretenda completa, seja econômica ou sociológica, acerca do colonialismo. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 22)

Resta claro que ao afirmar que a divisão geopolítica deriva sua legitimidade da divisão ontológica ente as culturas e ao evidenciar as relações entre saber e poder, Said, ao contrário de Rorty, não se limita a constatar a formação de identidades culturais/étnicas e outras através do contraste, mas busca explicar a partir de quais relações de poder tais identidades florescem, colocando em relevo a maquinaria geopolítica de saber/poder que torna ilegítimo que as diversas formas de produzir conhecimentos e culturas existam simultaneamente, e de fato invisibilizando a variedade epistemológica do mundo (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 26-27), conclusão a que chega não só Said e outros pós-colonialistas de língua inglesa, mas também os autores descoloniais na América Latina.

Contudo, o aparato anglo-saxão no debate da teoria pós-colonial não é suficiente para permitir vislumbrar a especificidade do debate latino-americano sobre a modernidade/colonialidade, que propõe uma ruptura mais profunda – a descolonização do pensamento –, ensejando uma desobediência epistêmica com

[14] "A identidade dessas pessoas, as pessoas que gostaríamos de convencer a se filiar a nossa cultura eurocêntrica de direitos humanos está conectada ao seu senso de quem eles não são. A maioria das pessoas – sobretudo aqueles relativamente intocados pelo Iluminismo europeu – simplesmente não pensa em si mesmas como seres humanos. Ao contrário, pensam em si mesmos como um certo tipo de bom ser humano – um tipo definido por explícita oposição ao tipo ruim." (tradução nossa)

relação ao conhecimento europeu canônico, mesmo aqueles considerados mais críticos, a exemplo Escola de Frankfurt e do pós-estruturalismo (BRAGATO, 2014, p. 211), de sorte que trataremos sobre o pensamento descolonial a partir do aporte teórico trazido sobretudo por Walter Mignolo e Aníbal Quijano.

O pensamento descolonial latino-americano se localiza na trilha das formas de pensamento contra-hegemônicas da modernidade e tem inspiração nos movimentos de resistência ao colonialismo a partir da asserção de que a modernidade não se trata de um fenômeno linear e homogêneo[15], e assim as formas de saber e de conhecimento hegemônicos tampouco foram os únicos produzidos ao longo das últimas cinco décadas (MIGNOLO, 2005, p. 12). Destarte, conclui Mignolo (MIGNOLO, 2005, p. 17) que a prática epistêmica descolonial tem como fim a descolonialidade do poder e emerge enquanto resposta à formação destas estruturas de dominação, que serão chamas de matriz colonial de poder por Quijano. Nesse contexto, são elencadas as seis principais premissas do projeto da modernidade/colonialidade:

> 1. There is no modernity without coloniality, because coloniality is constitutive of modernity.
>
> 2. The modern/colonial world (and the colonial matrix of power) originates in the sixteenth century, and the discovery/invention of America is the colonial component of modernity whose visible face is the European Renaissance.
>
> 3. The Enlightenment and the Industrial Revolution are derivative historical moments consisting in the transformation of the colonial matrix of power.
>
> 4. Modernity is the name for the historical process in which Europe began its progress toward world hegemony. It carries a darker side, coloniality.
>
> 5. Capitalism, as we know it today, is one of the essence for the conception of modernity and its darker side, coloniality.
>
> 6. Capitalism and modernity/coloniality had a second historical moment of transformation after World War II when the US took the imperial leadership previously enjoyed at different times by both Spain and England.[16] (MIGNOLO, 2005, p. 18)

[15] Dussel, à guisa de exemplo, considera a existência de duas modernidades, a primeira que se inicia em 1492 e a segunda, geralmente identificada com a única modernidade. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 49)

[16] "1. Não há modernidade sem colonialidade, porque a colonialidade é constitutiva da modernidade.

A desconstrução do mito da modernidade lograda pelo pensamento descolonial latino-americano se deu através da crítica ao eurocentrismo iniciada pela teoria da libertação na América Latina, e consiste em desmascarar o projeto de normalização iniciado pela Europa e que ganhou grandes proporções com o Iluminismo. Assim, fazia-se necessário construir o sujeito "normal", necessário ao capitalismo (homem, branco, proprietário, heterossexual etc.), e em contraposição o "outro", que estava colocado do lado de fora da Europa. Logo, a imagem do burguês do século XVII foi feita enquanto negação dos "selvagens" que habitavam a América, a África etc., e estavam no passado de barbárie, que é o lugar daqueles que estavam "fora". Os valores presentes da civilização foram afirmados a partir deste contraste. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 67) A história da humanidade foi tida como o progresso inexorável em direção a um modo de vida capitalista no qual a Europa ocupava lugar privilegiado em relação às demais formas de viver, de produzir (o que inclui produzir conhecimento e cultura). Isto é, uma visão teleológica da história[17], na qual a modernidade europeia e a ciência moderna ocupam a posição superior, e assim outras formas de produção e de conhecer foram relegadas ao passado, tratadas como primitivas, não científicas e fadadas ao ocaso.

No mesmo sentido, a partir da teoria da dependência na América Latina, observou-se que as relações de dependência centro-periferia não se davam somente nas esferas econômica e política, mas também na esfera epistemológica e que o

---

2. O mundo moderno/colonial (e a matriz colonial de poder) têm origem no século XVI, e a descoberta/invenção da América é o componente colonial da modernidade, cuja face invisível é o Renascimento europeu.
3. O Iluminismo e a Revolução Industrial são momentos históricos derivados que consistem na transformação da matriz colonial de poder.
4. Modernidade é o nome do processo histórico no qual a Europa inicia seu progresso em direção à hegemonia. Ele carrega uma face obscura, a colonialidade.
5. Capitalismo, da forma que conhecemos hoje, é uma das essências do conceito de modernidade e sua face obscura, a colonialidade.
6. Capitalismo e modernidade/colonialidade tiveram um segundo momento histórico de transformação após a Segunda Guerra Mundial, quando os EUA tomaram a liderança imperial, anteriormente detida, em tempos diversos, tanto pela Espanha quanto pela Inglatera." (MIGNOLO, 2005, p. 18, tradução nossa)

[17] Conforme afirma Quijano (2005, p. 204), nessa perspectiva de história eurocentrada, os povos colonizados estão colocados no passado de uma trajetória cujo ápice é a Europa. Os não europeus poderiam ser considerados como pré-europeus que com o passar do tempo será o europeu ou modernizado, e assim, nessa escala de hierarquias que se relacionou o mítico e o irracional, o tradicional e o moderno, o primitivo e o civilizado etc.

próprio conhecimento foi instrumento de colonização. A colonialidade[18] é uma característica que provém deste processo e que subsiste de várias maneiras de neocolonialismo global ou colonialismos internos (QUIJANO, 2005, p. 277-278). E assim chega-se à categoria-chave para os debates da modernidade/colonialidade, qual seja, a colonialidade do poder, assim definida por quem primeiro a cunhou:

> Consiste, em primeiro lugar, em uma colonização do imaginário dos dominados. Isto é, atua na interioridade deste imaginário... A repressão recaiu, antes de tudo, sobre os modos de conhecer, de producir conhecimento, de produzir perspectivas, imagens e sistemas de imagens, símbolos, modos de significação; sobre os recursos, padrões e instrumentos de expressão formalizada e objetivada, intelectual ou visual... Os colonizadores impuseram também uma imagen mistificada de seus próprios padrões de produção de conhecimentos e significações. (QUIJANO, 1992, p. 438, tradução nossa)

Em termos gerais, tal afirmação implica três características da colonialidade do poder: a) a dominação colonial se deu por meios não exclusivamente coercitivos, já que foi afirmada entre colonizadores e colonizados uma superioridade étnica e epistêmica, que forçou os últimos a adotarem como seu o universo cognitivo do colonizador, relegando à inferioridade suas formas de conhecer a si mesmos e ao mundo e tomando o imaginário cultural europeu como a única forma de relacionar-se com o mundo social e com a natureza; b) com a eliminação de outras formas de conhecer, de produzir imagens, símbolos e significados próprias das populações nativas e tradicionais, outras as substituíram para servir ao propósito colonial, e o imaginário colonial cultural europeu exerceu uma forte fascinação sobre a vontade e o desejo dos subalternos, uma vez que dava acesso ao poder, trata-se da europeização cultural, nos termos de Quijano; c) além de um tipo hegemônico de subjetividade, criou-se igualmente um tipo hegemônico de conhecimento, é nesse sentido que há uma criado uma forma de conhecimento com pretensões de objetividade, neutralidade, cientificidade e objetividade, considerar o observador fora do observado e daí ter a pretensão de se instituir uma visão de mundo reconhecida como legítima, válida, universal e amparada pelo Estado, o que possibilitou o controle social e econômico sobre o mundo e a

[18] A colonialidade é uma marca do poder exercido nas relações de dominação colonial da modernidade, ao contrário do diferencia do colonialismo em si, que se trata de um processo de poder.

eliminações de outras visões que não favoreciam às necessidade capitalistas dos centros, que foram taxonomizadas e hierarquizadas. Tal estratégia epistêmica de domínio continua vigente e perpassa todas as relações sociais. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 58-64)

Assim, embora Rorty, na esteira de autores como Joanna Bourke e Costas Douzinas, ao afirmar que a pertença à humanidade tornou-se vinculada à adaptação a certos padrões culturais tidos como superiores, aponte para o discurso de gradação e hierarquização da humanidade, exemplificando situações em que o outro é tratado como menos que ser humano[19], ele traz uma conveniente indiferença quanto às origens e aos padrões de poder que subjazem as relações entre os seres humanos, mesmo aquelas relações tidas como meramente culturais, numa acepção mais abstrata ou metafísica. É dizer, ao afirmar que a educação sentimental em direção a uma cultura de direitos humanos seria algo para "*people who can relax long enough to listen*" (RORTY, 2005, p. 126), e que as pessoas más[20] que em geral desrespeitam direitos humanos, o fazem não porque são irracionais ou desprovidas de senso moral, mas porque são desprovidas de duas coisas mais concretas: segurança e empatia[21], Rorty jamais se questiona sobre as condições de vida daqueles que sequer vivem em situação onde é possível não visualizer as diferenças mínimas entre as pessoas como ameaça.

E ao mesmo tempo, contraditoriamente, ao propor como forma de melhor materialização dos diretos humanos, através da educação sentimental e da aprimoração dos sentimentos de compaixão e empatia entre os homens, que permitiria que as diferenças entre as pessoas fossem superadas pelas semelhanças evidenciadas através dos sentimentos, afirma Rorty (2005, p. 132) que tal só seria possível "a partir da contínua atualização e recriação do ser, através da interação com seres os mais diferentes de si mesmo possíveis".[22]Ora, como falar em

[19] A título de exemplo: "Serbs who see Muslims as circumcised dogs", "the brave soldier and good comrade who loves and is loved by his mates, but who thinks of women as dangerous, malevolent whores and bitches" (RORTY, 2005, p. 124)
[20] "The bad people" (RORTY, 2005, p. 128)
[21] Retirado do trecho original: "Foundationalists think of these people as deprived of truth, of moral knowledge. But it would be better [...] to think of them as deprived of two more concrete things: security and sympathy." (RORTY, 2005, p. 128)
[22] "[...] what can be done only by the continual refreshment and re-creation of the self, through interaction with selves as unlike itself as possible." (RORTY, 2005, p. 132)

intersubjetividades mundiais sem considerer as estruturas de poder e de hierarquização que a perpassam? Como pensar a possibilidade de conversação entre sujeitos "os mais diferentes possíveis" sem tratar da colonialidade do poder e da interculturalidade?

Ao contrário da utopia rortyana, para tal propósito, seria imprescindível a interculturalidade, concebida como processo político, que seria uma estratégia como princípio a guiar novas concepções e ações epistêmicas e a reconstrução do pensamento crítico. A interculturalidade importa um processo permanente e dinâmico de relação, aprendizagem, comunição entre culturas, em condições de respeito, igualdade, simetria etc., a fim de que se construa nesse intercâmbio novos sentidos entre as diferenças de conhecimento, saber e práticas culturais, sendo, portanto, um espaço de tradução das desigualdades sociais, econômicas e políticas e onde as relações e conflitos de poder na sociedade não são ignorados, mas antes reconhecidos e confrontados numa tarefa social e política coletiva e solidária. (WALSH, 2001, p. 10-11)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que apesar de o neopragmatismo rortyano oferecer um caminho diferente a ser trilhado diante da conjuntura hoje existente de desesperança frente à efetividade aos direitos humanos, este pode ser limitado também por não considerar aspectos tão custosos na história da construção desses direitos. Richard Rorty, portanto, anuncia uma alternativa bastante coerente para a questão dos direitos humanos, mas não a única capaz de suprir todas as deficiências do que hoje se coloca enquanto problema de concretude desses direitos.

Ainda, ao propor uma espécie de educação em direitos humanos sem princípios, baseando-se unicamente em sentimentos sob o manto da negação da superioridade da racionalidade sobre a sentimentalidade, Rorty acaba por descartar propostas de caráter prático que a despeito de se utilizarem de alguma formulação teórica sobre suas práticas educativas para a concretização dos direitos humanos, são aquelas que justamente lograram ampliar o conhecimento e o desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos, a exemplo da proposta

pedagógica popular de Paulo Freire e a miríade de autores e documentos da Organização das Nações Unidas (ONU) acerca da temática da educação em direitos humanos. Por fim, cumpre informar que tal feito, isto é, popularizar a cultura e o respeito pelos direitos humanos através da educação em direitos humanos, não se deu ignorando as relações de poder e de dominação, mas ao contrário, evidenciando-as e problematizando-as a fim de superá-las. Nesse sentido, uma abertura à interculturalidade torna-se imprescindível na interação entre pessoas de contextos culturais diversos.

5 REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ASHCROFT, Bill; GRIFFITHS, Gareth; TIFFIN Helen. **Key concepts in post-colonial studies**. 2nd ed. London: Routledge, 2007.

ATIENZA, Manuel. Marxismos y Derechos Humanos. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. (Orgs.). **Marxismo, Realismo e Direitos Humanos**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

BLANCO, Juan. **Cartografia del Pensamiento Latino Americano Contemporáneo**: uma introducción. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 2009.

BRAGATO, Fernanda F. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, Vol. 19, Nº 1, p. 201-230, jan-abr 2014.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago**. La Poscolonidad explicada a los niños**. Bogotá: Universidad Javeriana, 2005.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional** e Neopragmatismo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

MIGNOLO, Walter. **The Idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

OLIVEIRA, Luciano. **10 lições sobre Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

PERRY, Michael. **Toward a Theory of Human Rights**. New York: Cambridge University Press, 2006.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro 2005. p. 227-278.

QUIJANO, Aníbal. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large**: Latin America and postcolonial debate. Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 204.

RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentality. *In*: SHUTE, S.; HURLEY, S. (Org.). **On Human Rights** – The Oxford Amnesty Lectures 1993. New York: Basic Books, 1993.

_____. **Contingência, ironia e solidariedade**. Tradução: Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALSH, Catherine. **La educación Intercultural en la Educación**. Peru: Ministerio de Educación. 2001.

ZIZEK, Slavoj. **Contra os Direitos Humanos.** Tradução: Sávio Cavalcante. *In*: Mediações, Londrina, v. 15, n.1, p. 11-29, Jan/Jun. 2010.

A UNIVERSIDADE ABERTA À TERCEIRA IDADE (UNATI) E SEU PAPEL COMO PROMOTORA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DO IDOSO NO BRASIL: UMA NOVA FORMA DE ENCARAR A VELHICE

UNIVERSITY OPENED FOR THIRD AGE (UNATI) AND ITS ROLE AS A PROMOTER OF EFFECTIVE HUMAN RIGHTS OF THE ELDERLY IN BRAZIL: A NEW FACE IN ORDER TO OLD AGE

Luênea Leite de Albuquerque[1]

RESUMO

O presente artigo objetiva discutir o programa Universidade Aberta à Terceira Idade, conhecido como UNATI, demonstrando suas raízes históricas, bem como a forma como é desenvolvido atualmente nas universidades brasileiras, suscitando, inclusive, contrapontos. No atual contexto do envelhecimento populacional, esse programa objetiva difundir e promover os direitos do idoso à luz dos direitos humanos. Para tanto, embasa-se na legislação especial vigente, qual seja o Estatuto do Idoso e a Política Nacional do Idoso, apontando os principais direitos efetivados e a sua contribuição para a adequação da sociedade a esse novo paradigma, vez que o comportamento do idoso moderno não mais corresponde à ideia de idade social construída ao longo dos anos. Realizou-se uma pesquisa qualitativa, utilizando os métodos de procedimento sistêmico e comparativo e como técnicas de pesquisa a documentação indireta retromencionada e a pesquisa bibliográfica através de livros, dissertações e artigos, visando uma abordagem atual e condizente com a temática.

PALAVRAS-CHAVE: Idoso; Direitos Humanos; Políticas Públicas; Efetivação; Universidade Aberta à Terceira Idade**;**

ABSTRACT

This article aims to discuss the Open University Program for Elderly Persons, known as UnATI, demonstrating its historical roots as well as the way it is currently developed in Brazilian universities, raising even counterpoints. In the current context of population aging, this program aims to disseminate and promote the rights of the elderly in the light of human rights. Therefore, it underpins in the current special legislation, namely the Statute of the Elderly and the National Policy for the Elderly, pointing out the main hired rights and its contribution to the adaptation of society to this new paradigm, since the modern old behavior no longer corresponds to the idea of social age built up over the years. We conducted a qualitative research, using the methods of systemic and comparative procedure and how research techniques indirect cited before documentation and literature through books, dissertations and articles, aimed at current and consistent approach to the theme.

[1] Estudante do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA.

KEYWORDS: Elderly; Human Rights; Public Policy; Effectiveness; Open University of the Third Age

1 INTRODUÇÃO

É inegável que a população mundial passa por uma mudança de paradigma no tocante ao envelhecimento demográfico, como consequência da disposição de meios e conhecimentos capazes de conduzi-la a uma satisfatória qualidade de vida, a exemplo do uso de anticoncepcionais e da expansão de pesquisas relacionadas à área da saúde, ensejando, respectivamente, na redução da taxa de natalidade e mortalidade e na conquista, ao longo dos anos, do aumento da expectativa de vida, o que justifica o elevado número de pessoas com idade avançada, a exemplo do cenário brasileiro.

Nesse contexto, é imperioso destacar que a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), realizada em 2013, aponta que em relação ao número total da população brasileira verificou-se o aumento de idosos, resultando em 13% (26,1 milhões de idosos no país). Em contrapartida, houve queda na proporção do número de crianças e adolescentes, com idade entre 0 e 9 anos, apontando 13,9% (28,3 milhões de crianças) e de 10 a 19 anos, totalizando 13,4%, se comparados aos índices apontados no ano de 2001, demonstrando a transição de um "país de jovens" para um "país de idosos" (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2013).

Esse acelerado e ininterrupto processo de envelhecimento da população brasileira exige a ruptura com a ultrapassada concepção da idade social, que na visão de Huenchuan e Piñero (2010) consiste na prática de atos e condutas considerados compatíveis com uma determinada idade cronológica (HUENCHUAN; PIÑERO; 2010). Por vezes, essa transferência do conceito de idade social para as gerações seguintes é capaz de atrelar o idoso atual à imagem de fraqueza e inatividade construída ao longo dos anos, fato esse que impõe uma barreira social à integração do idoso em atividades com a presente geração.

No intuito de que sejam superados esses estereótipos negativos é preciso que haja ênfase no envelhecimento populacional à luz dos direitos humanos, por meio da implementação de Políticas Públicas que contemplem as necessidades

básicas do idoso, valorizem suas potencialidades e também ações alternativas de participação e convívio social, efetivando o aperfeiçoamento moral, intelectual e social do idoso.

Nesse sentido, a Universidade Aberta à Terceira Idade (UNATI) utiliza a educação como estratégia de reinserção do idoso à convivência coletiva, substituindo a inatividade pela produtividade, o isolamento social pelo sentimento de pertencer a um grupo, a cultura arraigada pela troca de experiências intergeracionais, o desconhecimento de seus direitos pela sua ciência e efetivação em conformidade com o Estatuto do Idoso, proporcionando-lhe o bem-estar social. Além disso, substitui a arcaica imagem de idoso passivo e isolado pela visualização de um idoso mais atuante, com potencialidades e domínio de informação, capaz de exigir seus direitos e de contribuir com suas experiências pessoais e profissionais.

2 O IDOSO E O DIREITO À EDUCAÇÃO NA TERCEIRA IDADE

A educação para o idoso constitui ferramenta necessária a esse processo de adaptação ao envelhecimento por que passa a população brasileira. Não é tarefa fácil para um indivíduo que está habituado a manter atividades laborativas e sociais, cessá-las por conta do fator idade. Sem a devida preparação para essa fase da vida, esse indivíduo com anterior idade mediana, agora denominado de idoso, pode sofrer bastante com a brusca mudança de hábitos, inclusive quanto àqueles que lhes são impostos por costumes sociais. Essa mudança no posicionamento ocupado pelo indivíduo e a consequente visão da sociedade sobre ele e seus atos é capaz de gerar a ideia de perdas e até mesmo a sensação inutilidade.

Em conformidade com o que dispõe Zimerman (2000), essa modificação de *status* do idoso modifica seu relacionamento com outras pessoas, tendo em vista que há uma crise de identidade, com a consequente perda da autoestima, já que há mudança no papel ocupado por ele nos âmbitos do trabalho, família e sociedade, perdendo poder decisório, independência e autonomia, vez que podem passar a depender dos filhos ou outros parentes, somando-se a redução dos contatos sociais, em razão do anterior estilo de vida (ZIMERMAN, 2000).

Para proporcionar o bem-estar do idoso é essencial reinseri-lo em um ambiente coletivo, vez que a fase de aposentadoria pode afastá-lo desse meio. Esse contato é capaz de proporcionar troca de experiências e o engajamento em atividades sociais, como lazer e cultura, além de outras que possibilitem o desenvolvimento de potencialidades ocultas, voltadas ao mercado de trabalho, a exemplo de cursos de economia, corte e costura, informática e línguas estrangeiras, minimizando possíveis traumas dessa transição.

É oportuno salientar que a Lei n° 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, afirma que deve ser assegurada com absoluta prioridade a efetivação do direito à educação por parte da família, da sociedade e do Poder Público, viabilizando, inclusive, formas alternativas capazes de permitir a convivência de idosos com as demais gerações. Afirma também que o Poder Público apoiará a criação da Universidade aberta para idosos (BRASIL, 2003). Já a Lei n° 8.842/94, denominada Política Nacional do Idoso, admite como competência dos órgãos e entidades públicos o apoio na criação da Universidade Aberta à Terceira Idade, como meio de universalizar o acesso às diferentes formas do saber (BRASIL, 1994).

No dizer de Oliveira (2013, p. 373), embora a educação especial para idosos constituísse um preceito constitucional em nosso ordenamento jurídico, por muito tempo ela foi desconsiderada e até mesmo negada. Atualmente, ela se insere "nas diferentes iniciativas das universidades, as quais acolhem os idosos em Programas, projetos e cursos específicos de educação para esta faixa etária." (OLIVEIRA, 2013)

Embora se constate uma maior abertura para a efetivação desse direito do idoso, é imprescindível aludir que há uma lacuna quanto à sua regulamentação. Sendo este um direito social, necessita de implementação através de políticas públicas. Contudo, ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma política voltada diretamente para a educação da terceira idade, mas sim a sua inserção em políticas já existentes, quais sejam àquelas formuladas para jovens e adultos, deixando o idoso em visível desvantagem, já que não dispõem sobre a metodologia do ensino, nem materiais didáticos adequados a ele.

É justamente nessa seara que a Universidade Aberta à Terceira Idade ingressa. Na tentativa de preencher essa lacuna, as universidades contribuem para minimizar as consequências da falta de políticas públicas específicas no campo da

educação para idosos. Embora a educação legalmente assegurada ao idoso seja a educação básica, a democratização do acesso à educação no ensino superior pela terceira idade contribui para a efetivação desse direito, tendo em vista que abre espaço para integrar, atualizar e valorizar o idoso, formando grupos e fornecendo cursos de qualificação profissional e pessoal, sejam eles sequenciais, de graduação ou com carga horária reduzida.

Para alguns, chega a ser inimaginável a inserção de um idoso no ensino superior, vez que acreditam que o envelhecimento enseja necessariamente na perda de sua capacidade intelectual, inclusive quanto à capacidade de aprendizagem. Contudo, é possível que o maior temor destes seja o confronto do arraigado preconceito com a mudança comportamental do idoso moderno, que pratica atividade física, participa de cursos e projetos sociais, diferentemente da imagem de ociosidade a que o meio social estava acostumado.

Essa rotulação negativa pode de gerar consequências capazes de frustrar diretamente os sonhos e planos desses indivíduos, conforme explica Oliveira (2013):

> Os preconceitos culturalmente construídos e fortalecidos na sociedade acerca da velhice, por muitas vezes são cruéis e rotulam negativamente os idosos, acarretando situações de vulnerabilidade, fragilidade e marginalização, à medida que são considerados incapazes e improdutivos. Diante desta representação negativa, o idoso é menosprezado e sua experiência e sabedoria acumuladas ao longo dos anos é desconsiderada, retirando o direito de sonhar, de aprender e de viver! (OLIVEIRA, 2013, p. 374)

A superação desse pilar tradicionalista é possível através de iniciativas como a UnATI. Esse espaço aberto à integração entre gerações, por vezes contribui para a superação da imagem de vulnerabilidade construída ao longo dos anos, esteja ou não relacionada ao aspecto físico ou psicológico, vez que há mais possibilidades de ingresso no ensino superior, de aperfeiçoamento profissional, pessoal e, consequentemente, social, colaborando para a construção de um novo conceito de idade social na perspectiva de jovens e idosos brasileiros.

O envelhecimento não pode ser visto como ônus, muito menos como um problema atinente apenas ao idoso, exigindo deste o comportamento que o meio social julga ser condizente com sua idade. Essa é uma fase que necessita de

iniciativa tanto da sociedade, quanto do Poder Público no sentido de fornecer alternativas que minimizem os riscos e maximizem seu bem estar social e qualidade de vida esperados.

Nesse aspecto, Oliveira (2013) admite o envelhecimento como mudanças naturais gradativas nos aspectos físico, psicológico e social por que todos os indivíduos deverão passar, não significando incapacidade, mas sim "mudanças que acontecem com o envelhecimento." (OLIVEIRA, 2013, p. 374)

Intentando destacar e difundir uma imagem positiva acerca do idoso, os programas das UnATIs baseiam-se na educação permanente, num contexto de educação global, possibilitando aquisição de conhecimentos por aqueles que se encontraram por muito tempo à margem da educação (WEBER; CELICH; 2007). Além disso, há maior preparação por parte do quadro de profissionais envolvidos, vez que o trabalho é regido pela ideia de multidisciplinaridade: envolvem-se professores, advogados, assistentes sociais, médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, psicólogos, nutricionistas e educadores físicos, variando de acordo com a Universidade que concede o programa.

Em conformidade com o disposto por Neri (2005), a participação na UnATI promove a flexibilidade intelectual dos idosos, vez que suas habilidades são estimuladas em diversos segmentos (NERI, 2005). Esse programa gera a realização pessoal do idoso, que percebe que o envelhecimento pode ser visto sob uma perspectiva positiva, proporcionando-lhe andar por caminhos antes inavistados, dando um novo sentido ao envelhecimento, tanto sob a sua ótica interna, quando sob a perspectiva de terceiros.

Ratificam essas afirmações, Weber e Calich (2007) ao admitir:

> A inserção dos idosos nos programas de educação permanente permite o processo de ressignificação das experiências de vida anteriores à velhice e, principalmente, das vivências experimentadas e sentidas durante o envelhecimento que ora floresce. Assim, o entendimento do envelhecer assume um significado diferente, onde as participantes do estudo fazem referência a um rejuvenescimento, que pode ser muito bem compreendido como uma renovação do próprio projeto de vida, dos ideais, das perspectivas e expectativas. É, na verdade, um rever de sonhos e objetivos, o assumir um compromisso consigo mesmo e com a vida em busca da felicidade. Esses novos horizontes que se abrem promovem condições para que o idoso experimente maior liberdade

> interior e exterior e sinta e expresse a sua personalidade de forma mais autônoma e autêntica, tornando-se um evento encorajador da solidificação do pleno exercício da cidadania. (WEBER; CALICH, 2007, p. 138)

Salienta-se que o programa da UNATI desempenha função muito além do mero entretenimento para idosos, pois a educação concedida através dos cursos ofertados contribui para a formação de pensamento crítico nas esferas política, social e cultural, permitindo mais independência na velhice, servindo de meio para que esses indivíduos mantenham seus "níveis normais de funcionamento", independente de sua idade, bem como a capacidade de interagir (CACHIONI; NÉRI, 2004, p. 31).

O exercício do direito à educação na terceira idade enseja diretamente no exercício da cidadania, porque à medida que o idoso adquire a informação de quais são seus direitos, onde e a quem reivindicá-los, menor será a margem para sua ludibriação e passividade, vez que a consciência de sua responsabilidade social estará instigada. Como diria Furter (1975), seria esse "um processo em que cada um aprende a se formar e a se informar a fim de transformar-se e transformar o mundo." (FURTER, 1975, p. 69)

A educação tem o poder de instruir o idoso acerca do mundo que o norteia, conscientizá-lo de sua função social, favorecendo a uma mudança interna, que implica em seu bem-estar individual e na sensação de autorrealização, refletindo na forma como se relaciona com o meio social, o que colabora com a construção e difusão de uma positiva imagem de envelhecimento ativo, saudável e inclusivo.

Dessa maneira, a implementação da educação permanente pelo programa da UnATI é capaz de colaborar de forma significativa para a efetivação dos direitos do idoso a ponto de inseri-lo como verdadeiro protagonista de seus direitos e de sua exigibilidade, pois munido de informação necessária, supera o tabu de incapacidade intelectual, física e social e segue em busca da realização de seus direitos.

3 RAÍZES HISTÓRICAS DA UNIVERSIDADE ABERTA À TERCEIRA IDADE (UNATI/UATI)

Antes de se adentrar ao conceito e características da Universidade Aberta à Terceira Idade, necessária se faz uma breve digressão histórica, a fim de que se compreendam os pilares interpostos na criação desta, como também as mudanças ocorridas ao longo de sua implementação, seja em âmbito nacional ou internacional.

Inicialmente, essa ideia surgiu na França, na década de 60, na tentativa de melhorar a relação entre estes e o meio social, criou-se a "Universidade de Tempo Livre", voltada para os idosos. No entanto, foi através de pesquisas sobre velhice do Professor de direito internacional Pierre Vellas, no ano de 1973, na Universidade de Ciências Sociais de Toulouse, em Toulouse, que ela tomou força. Segundo Cachioni (2008), Pierre Vellas sugeriu a abertura da Universidade para os idosos, por meio de programas diversos, capazes de trabalhar os lados intelectual, artístico, físico, social (CACHIONI, 2008) e, consequentemente, proporcionar o bem estar emocional destes, vez que verificou número reduzido de oportunidades. Além disso, essa universidade seria capaz de "tirar os idosos do isolamento, propiciando-lhes saúde, energia e interesse pela vida e modificar sua imagem perante a sociedade." (PALMA, 2000)

Apesar da dificuldade inicial de difusão do programa, posteriormente, a Universidade Aberta à Terceira Idade tornou-se um programa regular com a concessão de cursos contínuos. Ante a expansão dessa ideia em âmbito internacional, o Brasil também implementou o programa, mas de forma tímida e diversa daquela originariamente realizada. Cachioni e Neri (2004) afirmam que essas iniciativas, realizadas na década de 70, foram simultâneas à criação das Universidades Abertas à Terceira Idade europeias e norte-americanas, porém em diferentes contextos, admitindo, inclusive, que foi a "Universidade de Tempo Livre" a precursora das primeiras (CACHIONI; NERI, 2004).

Diferentemente do que se pode pensar, não foi uma Universidade que proporcionou a inserção de um programa dessa natureza, mas sim o Serviço Social do Comércio (SESC), entidade paraestatal de natureza privada, proporcionando a

efetiva inserção social do idoso, bem como de outros adultos no âmbito da educação, favorecendo à construção de uma imagem moderna positiva, relacionada à figura do idoso.

Difundiram-se "Escolas abertas para a Terceira Idade" na busca de desenvolver a participação do idoso em atividades coletivas e proporcionar a ele inúmeras possibilidades, até então ocultas aos seus olhos, contribuindo com a relação entre idoso, sociedade e família. Só então, na década de 90, em consonância com os preceitos constitucionais e legislação especial vigentes, eis que o ideário se aproxima de suas bases originais: a universidade demonstra abertura para a inclusão social do idoso no ensino superior, com a denominada "Universidade Aberta à Terceira Idade" (UATI ou UNATI), bem como inúmeros outros programas voltados para essa parcela na esfera do ensino superior.

Nesse rumo, é interessante salientar que Cachioni e Neri (2004) admitem dois paradigmas educacionais, quais sejam o inglês e o francês. Este, difundido pelo Brasil, embasa-se no sistema tradicional universitário, adequando-se aos contextos em que se insere, gerando, inclusive, altos investimentos. São utilizados os métodos tradicionais de ensino (aulas, cursos universitários e abertos) e atividades alternativas, capazes de desenvolver potencialidades em áreas ainda não exploradas. Já aquele, admite maiores chances para o desenvolvimento científico do idoso no meio acadêmico, pois permite o engajamento em grupos de pesquisa, além de atuação do idoso como professor ou aluno do programa, com base no ideal de autoajuda (CACHIONI; NERI, 2004) e na "premissa de que a vida confere aos idosos um cabedal de conhecimentos que deve ser compartilhado" (BÚFALO, 2013, p. 203), resultando em menor investimento financeiro para os integrantes.

Percebe-se que o programa "Universidade Aberta à Terceira Idade" contribui com a quebra da restritiva imagem de debilidade e incapacidade do idoso formada ao longo dos anos e em sua inserção no ensino superior, proporcionando o devido destaque do envelhecimento à luz dos direitos humanos, pois a interação entre jovens e idosos além de criar um laço por meio da educação, possibilita a troca de conhecimentos e de experiências capazes de contribuir diretamente na realização dos três pilares da Universidade, quais sejam o ensino, a pesquisa e a extensão, seja na elaboração de trabalhos acadêmicos ou pesquisas científicas.

Nesse diapasão, essa convivência entre as diferentes gerações na esfera educacional é capaz de despertar o olhar de futuros profissionais e contribuir para a área de Gerontologia, aperfeiçoando o conhecimento científico, por apresentar considerável campo exploratório. Ante essa mudança comportamental do idoso, levanta-se a necessidade de políticas públicas direcionadas à valorização do envelhecimento populacional, pois ele não deve ser visto como ônus ou fator negativo, passível apenas de preocupação para a Seguridade Social.

Envelhecer é uma conquista humana, à medida que se oferecem possibilidades, facilidades e estímulos capazes de realmente efetivarem uma vida digna e ativa. Em consonância com o disposto por Moragas (1997, p. 218), admite-se que "O tempo é ambivalente: pode ser benéfico ou prejudicial, de acordo com as condições da pessoa e do meio, se o tempo livre não for preenchido com atividades significativas para a pessoa, pode se tornar uma carga." (MORAGAS, 1997)

Através da Universidade Aberta à Terceira Idade constata-se que envelhecer não necessariamente implica em cessação das atividades laborativas, sociais ou educacionais. É possível manter a frequência em ambientes coletivos que proporcionam maior qualificação profissional ao idoso, pois a "terceira idade" qualificada pode servir de mão de obra para o presente e um futuro (não tão distante) mercado de trabalho, vez que a tendência da demanda é a adaptação à nova realidade social brasileira.

Vale destacar que a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) foi a primeira a implantar um programa de extensão voltado para o idoso, denominado de "Núcleo de Estudos da Terceira Idade". Contudo, foi a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) a pioneira na formulação de um núcleo de assistência ao idoso, resultando mais tarde na implantação da primeira Universidade Aberta à Terceira Idade no Brasil.

A partir dessas iniciativas, a Pontifica Universidade Católica (PUC) de Campinas, em união com o SESC, criou a UNATI que serviu de parâmetro para as universidades dos demais Estados da Federação brasileira, a exemplo do Ceará, Bahia, Rio Grande do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro, pois sua divulgação ampla despertou o interesse destes (INOUYE, 2011). Felizmente, é possível notar que esse programa continua se difundindo em inúmeras outras instituições espalhadas

pelas mais diferentes regiões do país, embora desenvolvido de diferentes formas, como cursos gratuitos ou particulares, a depender do programa.

Para tanto, em suas variações, a UNATI apresenta normas gerais. Bayczar (2014) admite que estas constituem: a noção de educação permanente como algo contínuo e acumulável e não como um conjunto de eventos institucionais; o objetivo de contribuir com conhecimentos práticos, possibilitando o crescimento ininterrupto, inclusive no tocante às relações sociais; reconhecer a heterogeneidade dos idosos; modificação na atitude social dos próprios integrantes e a potencialização da participação dos idosos, tendo em vista que eles são o público alvo (BAYCZAR, 2014).

Em consonância com o disposto, Inouye (2011) afirma que a base desse programa educacional é a diversidade e os princípios que o norteiam "estão fundamentados no diálogo igualitário, na inteligência cultural, na capacitação para a mudança, na dimensão instrumental e na solidariedade." (INOUYE, 2011, p. 10)

Dessa maneira, analisam-se alguns dos principais programas em vigência no Brasil, comparando alguns aspectos como modalidade de cursos, forma de organização e relatos de participantes, na tentativa de possibilitar uma visualização ampla e diversificada acerca das políticas públicas direcionadas aos idosos no contexto do envelhecimento populacional, bem como o seu real propósito, não implicando em sobreposição de uma sobre as demais, vez que iniciativas assim contribuem de maneira significativa para a reinserção do idoso em atividades coletivas, garantindo a efetivação dos ditames do Estado Democrático de Direito.

3.1 UNATI NA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)

A Universidade de São Paulo (USP), instituição pública estadual, por meio da Pró-Reitoria de Cultura e Extensão Universitária (PRCEU) promove há vinte e dois anos o programa da Universidade Aberta à Terceira Idade, ofertado nos sete *campus* da USP, de forma gratuita, a pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, em consonância com o conceito legal de idoso inserido no Estatuto do Idoso.

Durante seu período de vigência, a UnATI USP possibilitou novas experiências a aproximadamente 120 mil idosos, número que cresce ainda mais.

No ano de 2014, contabilizam-se 5.596 mil participantes envolvidos em 945 atividades. Já em 2015, foram ofertadas 4.537 vagas em atividades, sem a realização de processo seletivo. Essa procura aponta a mudança de comportamento do idoso na busca da qualidade de vida.

São oferecidas atividades que vislumbram a interação e troca de experiências entre jovens dos cursos de graduação e idosos, buscando aperfeiçoar conhecimentos relativos à saúde, bem-estar físico, psicológico, social e educação digital inclusiva através de atividades complementares, como oficinas e palestras, acessíveis a qualquer idoso, tendo em vista a dispensa de qualquer diploma de escolaridade, viabilizando o envelhecimento bem-sucedido através da promoção do ensino especializado.

Atualmente, as oficinas ofertadas na USP englobam aulas voltadas à educação digital, que bastante contribuem para integrar idoso, informação e tecnologias de maneira mais célere àquela a que ele estava habituado. Ademais, sua inclusão digital pode gerar o sentimento de interatividade e pertencimento ao mundo real e cibernético, superando os estereótipos difusores da imagem negativa de idoso "retrógado". Por vezes, essa atividade didático-cultural denominada "Idosos on line", que ensina a como navegar pela internet e a utilizar tecnologias como *smartphone* e *tablet*, contribui também para que o idoso construa uma nova imagem a respeito de si mesmo, pois demonstra que sua capacidade de aprendizado não cessou e que inúmeras outras oportunidades são oferecidas através da *internet*.

Outrossim, inserem-se nessas atividades didático-culturais regulares informações relacionadas ao meio e pessoas que o norteia, tais como educação ambiental, turismo social, oficina para familiares e cuidadores de idosos com doença de Alzheimer, noções gerais de direito e palestras sobre o mercado de trabalho (para quem tem mais de 50 anos), fundindo-se com o exercício do direito ao lazer. Nessa seara, a UnATI USP disponibiliza cursos de coral, libras, inglês e teatro. Somam-se ainda as atividades físico-esportivas, como a dança, que melhoram o condicionamento físico, refletindo em sua saúde.

Vale ressaltar que o teatro, denominado "Teatro na terceira idade", contribui consideravelmente com a forma de se relacionar com as outras pessoas, porque afasta a timidez e introspecção, possibilitando evoluir o caráter

comportamental e emocional do idoso, vez que são feitas reflexões acerca de conflitos comuns à idade, sem que haja qualquer tipo de julgamento, dirimindo as principais dúvidas por profissionais qualificados, como "Sexo tem idade?", "Velho, eu?" e "Conversando sobre lazer: que tive, que tenho, que poderia ter".

Não obstante seu caráter inclusivo, em contrapartida, para inscrição em disciplinas no curso de graduação, o idoso deve preencher o pré-requisito mínimo de formação no Ensino Médio. São oferecidas disciplinas capazes de contribuir no aspecto profissional e social, como Poder Público e terceiro setor, Abordagem geográfica de lazer e turismo, Socorros de urgência, Estudo da defesa do consumidor, Educação Física na terceira idade, Introdução à Economia, Hidrologia e drenagem, Física no corpo humano, Robótica, dentre outras.

Frisa-se que o intuito desta instituição não constitui em especializar o idoso em uma única área, mas sim possibilitar-lhe os mais diversos conhecimentos em oposição à exigência do mercado de trabalho em especialização numa única área. Porém, esse educando frequenta com regularidade as aulas, participa de seminários, pesquisas científicas e é avaliado como qualquer outro aluno, podendo, inclusive, ser reprovado, fato nunca ocorrido antes. Ao final de cada disciplina cursada, o idoso recebe a devida certificação.

Para ilustrar o poder de iniciativas como essa, faz-se referência ao caso de Tatiana Douchkin, aluna dessa UnATI. Ela frequentou o programa no interregno de 5 anos, cursando mais de 20 disciplinas, até que tentou uma vaga na especialização e, ante seu empenho, logrou êxito, vindo a concluir o curso em 2012, pesquisando em seu trabalho de conclusão a trajetória da Universidade Aberta à Terceira Idade. Afirma que se sentiu rejuvenescida com o contato com os jovens e não pretende cessar seus estudos. (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2013)

3.2 UNATI NA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO (UERJ)

A Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), através da Sub Reitoria de Extensão e Cultura, promove esse programa acerca de vinte e dois anos. Seu público alvo são pessoas com idade igual ou superior a 60 anos de idade, com atividades totalmente gratuitas. Através de uma ação interdisciplinar com equipe

dos mais diversos profissionais, o idoso é tratado como ser humano em sua plenitude, pois os principais aspectos que o norteiam são abordados com vistas ao equilíbrio destes para a promoção da sadia qualidade de vida, seja na esfera da saúde, do bem estar social ou cultural.

Ante o seu aparato estrutural, a UNATI da UERJ é considerada como uma micro universidade temática. Seu objetivo constitui tornar-se um centro especializado na esfera do envelhecimento, através de atividades como pesquisa, ensino, extensão, debates e assistência, formando recursos humanos especializados em gerontologia e geriatria, já que são oferecidas amplas possibilidades de cursos de pós-graduação *latu sensu* e *strictu sensu*.

É pertinente aduzir que a forma de estruturação desse programa é bastante avançada, se comparada aos demais. Ele possui uma Direção Geral, Coordenações de Pós-graduação, de Projetos de Ensino, de Pesquisa, de Extensão, Pedagógica, de Eventos Educativos e Socioculturais, Secretaria Acadêmica, Assessoria de Comunicação, Centro de Convivência, Especialização em Geriatria e Gerontologia, Núcleo de Referência e Documentação sobre o Envelhecimento, Núcleo de Atenção ao Idoso (NAI) e o Centro de Cuidado Integral à Pessoa Idosa. A partir dessa organização consegue-se entender porque esse programa é credenciado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e indicado como parâmetro para os demais.

Sabendo de sua responsabilidade social, a UNATI da UERJ disponibiliza uma plataforma *on-line, estruturada* em diversos setores de maneira a facilitar o acesso pelo idoso. Disponibilizam-se materiais variados para leitura, como o Estatuto do Idoso, Cartilhas temáticas sobre procedimentos bancários, violência contra idosos, de endereços de Instituições asilares, inclusive para cuidadores de idosos e publicações de artigos científicos na Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia da instituição.

Já os cursos ofertados, dividem-se em quatro áreas: Educação para a saúde, Arte e Cultura, Conhecimentos gerais e Línguas estrangeiras e Conhecimentos específicos para a terceira idade. Verifica-se que são aspectos que norteiam os direitos assegurados no Estatuto do Idoso, como direito saúde com foco na

qualidade de vida, educação, segurança, lazer, cultura e respeito, desdobrando-se em educação digital, inviolabilidade moral e física.

A educação para a saúde enfatiza a efetivação desse direito através de ensinamentos sobre alimentação, postura corporal, treinamento de habilidades, saúde sexual e métodos preventivos para afastar doenças e evitar acidentes. É interessante acrescentar que na área da saúde são disponibilizados serviços como o Núcleo de Atenção ao Idoso (NAI) e o Cuidado Integral à Pessoa Idosa (CIPI). O primeiro se trata de uma unidade assistencial formada por docentes, voltado para idosos a partir de 60 anos, com uma equipe multidisciplinar atuante na promoção da saúde e na construção de conhecimentos específicos sobre o idoso. Já o segundo, embora também possua uma equipe multidisciplinar, proporciona assistência ambulatorial para de idosos com indicativos de debilidade, a partir de 65 anos.

A área de Arte e Cultura envolve dança holística e oficina de apresentação e produção para televisão. Quanto ao direito à cultura e lazer, a UnATI UERJ realiza de forma paralela aos cursos, inúmeras outras atividades como festivais, com exposições, palestras, shows e *workshop*, a fim de proporcionar interação, contato com a arte e a cultura popular.

Já os cursos de Conhecimentos gerais promovem reflexões sobre a valorização do idoso no atual contexto do envelhecimento, como dinâmicas motivacionais, "Ciência não tem idade", "Ler e escrever na terceira idade: sempre é tempo!", "O prazer de escrever na terceira idade" e Informática para a terceira idade, aprimorando a capacidade crítica do idoso. Já o Curso de línguas oferece aulas de inglês, espanhol, alemão e francês em quatro níveis.

Dessa forma, essa Universidade Aberta à Terceira Idade contribui de forma efetiva para a implementação do envelhecimento populacional à luz dos direitos humanos, favorecendo à realização da efetiva qualidade de vida, seja pela saúde, cultura ou atividades desportivas, inserção social do idoso e promoção do bem-estar.

3.3 UNATI NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE)

Em oposição aos programas anteriormente citados, nessa instituição, a UnATI é realizada como uma atividade de extensão há mais de 13 anos, considerada como uma subdivisão de um programa denominado "Programa do Idoso" (PROIDOSO), vinculado à Pró-Reitoria de Extensão da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Foram disponibilizadas 681 vagas no início de 2015, vislumbrando novos conhecimentos a maiores de 60 anos de idade, integrando-os com indivíduos de diversas idades e escolarização, valorizando a participação ativa, os talentos individuais e a convivência em grupo.

O grande diferencial dessa UNATI reside na possibilidade de inserção de voluntários alheios às atividades internas da Universidade, em conjunto com alunos de graduação, pós-graduação, docentes e técnicos para participar de cursos voltados à terceira idade, ocasionando o diálogo entre idoso, atividade acadêmica e meio social, o que favorece a um ambiente democrático, com trocas de experiências entre diferentes pessoas e estilos de vida.

É interessante apontar que essa UNATI oferece um curso voltado para a alfabetização de idosos, efetivando o direito à educação que, por vezes, muitos ficaram à margem deste, superando uma visão limitada e de dependências ao longo da vida por novas possibilidades. Aliás, inúmeros cursos abordam conhecimentos sobre saúde, bem-estar, lazer e cultura, como sistema digestório e alimentação saudável, nutrição saudável, automassagem, ioga, dança do ventre, laboratório da memória, teatro corpo e saúde, comunicação, raciocínio e matemática, educação digital e cursos de línguas como inglês, espanhol e italiano.

Não obstante a elogiável iniciativa e prosseguimento desse trabalho, destaca-se que a UNATI UFPE, diferentemente da USP e UERJ, não oferece a possibilidade ao idoso de participar diretamente dos cursos de graduação disponibilizados pela universidade, vez que é exercida como um programa inserido em outro Programa de extensão. Entretanto, sua atividade contribui bastante para mudar a vida de idosos no Estado.

3.4 UNATI NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO VALE DO SÃO FRANCISCO (UNIVASF)

Há quase um ano, a Universidade Federal do Vale do São Francisco (UNIVASF), situada em Petrolina-PE, por meio da Pró-reitora de Extensão, homologou a existência da UNATI UNIVASF, com o fim de desenvolver o Sertão nordestino nas esferas da cidadania, educação e saúde voltadas ao idoso, que deve ter idade igual ou superior a 60 anos de idade.

Porém, o idoso não constitui a única prioridade do programa, vez que trabalha o processo de envelhecimento e de interação com ele, englobando sua esfera familiar e a sociedade em geral, o que demonstra uma nova forma de respeitá-lo, facilitando o contato com o quadro interno da instituição, a exemplo de graduandos, professores e técnicos.

Visualiza-se o processo de envelhecimento de forma humanizada, sob os aspectos funcional, social e psicológico, desmistificando a deturpada imagem instaurada do idoso na região. Por ser um projeto recentemente implementado, diferentemente dos demais, a UNATI UNIVASF se trata de uma atividade de extensão, contando com a colaboração de estudantes e profissionais das áreas de Administração, Arqueologia e Preservação Patrimonial, Artes visuais, Educação Física, Enfermagem, Psicologia, Medicina e Medicina Veterinária, ajudando à formação com foco no envelhecimento.

Essa UNATI, como as demais, também se utiliza de uma plataforma *on line*. São ofertadas atividades regulares, com frequência de duas vezes na semana, nas modalidades prática e interdisciplinar, nas áreas de Esporte e lazer, Artes visuais, Psicossocial, Saúde e Língua estrangeira. Dessa forma, o idoso é engajado respectivamente em natação, musculação, pilates, defesa pessoal, tênis, dinâmicas de desenho, pintura, escultura, computação, dinâmicas de grupo, palestras na área da saúde e aprendizagem voltada para inglês e espanhol, intentando o envelhecimento planejado e bem-sucedido.

Ao idoso também é facultada a opção de engajamento nos cursos de graduação na qualidade de ouvinte, devendo ser entrevistado pelo docente da disciplina. Estará unicamente vinculado ao Projeto de Extensão, pois não será

submetido aos exames regulares, nem estará matriculado como os outros estudantes da graduação, recebendo ao final, um atestado de participação no programa. Com base nisso, é interessante que se reflita se a forma como essa atividade é desenvolvida realmente proporciona ao idoso a sensação de inclusão. Embora a iniciativa do programa seja louvável, a atuação do idoso pode ser vista de forma ainda limitada, restando a ele ouvir e discutir assuntos na área acadêmica, não se estimulando a área de pesquisa científica e de produção acadêmica.

Em contrapartida, a UNATI UNIVASF oferece um Programa de Preparação para a Aposentadoria (PPA), inédito na região, como uma atividade sistemática voltada para a adaptação ao envelhecimento, envolvendo servidores públicos federais e municipais nas áreas de Direito, Administração, Nutrição, Educação Física e Psicologia, expondo temas específicos com abordagem direcionada ao caso concreto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o acelerado processo de envelhecimento por que passa o cenário populacional brasileiro, iniciativas como a Universidade Aberta à Terceira Idade são capazes de fazer toda a diferença. Constatou-se que ela desempenha um papel extremamente relevante na efetivação dos direitos do idoso no Brasil, de forma que supre temporariamente algumas vertentes ainda não abordadas por Políticas Públicas específicas, fornecendo, inclusive, dados e experiências capazes de contribuir com a elaboração destas em consonância com o novo paradigma do envelhecimento, a exemplo do direito à educação para o idoso, com os aparatos físico e profissional necessários para realizar atividades de forma satisfatória.

Frisa-se que esse programa viabiliza a formação de profissionais de diversas áreas voltados ao contexto do envelhecimento, garantindo o aperfeiçoamento de práticas e a atualização de informações sobre o idoso nos meios acadêmico e social, instigando sua participação de maneira ativa para se alcançar maior satisfatoriedade, qualidade de vida e a consequente superação da imagem deturpada de inatividade.

Como se verificou, a Universidade Aberta à Terceira Idade se dissipou em inúmeras instituições no país. Não obstante, o número de programas ainda é insuficiente para suprir a demanda de idosos, necessitando de adesão de outras instituições, pois ainda se verificam situações em que o idoso é subestimado e até tem seus direitos violados por se acreditar em sua inércia e falta de informação. Para tanto, precisam ser munidos de conhecimentos fornecidos por programas como a UnATI, capazes incentivar um novo posicionamento do idoso em relação a si mesmo e aos conflitos que o norteiam.

A população brasileira envelhece, algumas universidades inserem o programa, mas inúmeras outras estão distantes dessa realidade. Não há um padrão para a implementação do programa, variando de acordo com a universidade, gerando-se a falsa ideia de hierarquização entre estas, o que não constitui intuito do programa. Na verdade, a falta de oferta de cursos superiores, estímulo à iniciação científica para idosos ou a inserção da UnATI como um programa regular reflete a falta de apoio e financiamento por parte do Poder Público, suficiente para a devida prestação, exigindo das instituições a adequação de acordo os meios de que dispõe para que esse tipo de prática não seja ainda mais distanciada de sua realidade econômica local.

Dessa maneira, a UnATI proporciona a visualização do envelhecimento populacional à luz dos direitos humanos, colabora de forma positiva para a efetivação dos direitos vigentes no Estado Democrático de Direito, utilizando as ferramentas de que dispõe para que seja possível realizar a reinserção social, valorização e qualificação do idoso, explorando suas potencialidades e, consequentemente, a sadia qualidade de vida.

5 REFERÊNCIAS

BAYCZAR, Regiane. **Educação na Terceira Idade**- um novo aprendizado. [S.l.] Disponível em: <http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/educacao_foco/artigos/ano2014/educacao_terceira_.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.842 de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L8842.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BÚFALO, Kátia Silva. Aprender na terceira idade: educação permanente e velhice bem-sucedida como promoção da saúde mental do idoso. **Revista Kairós Gerontologia,** São Paulo, v. 16, n. 3, p. 195-212, jun. 2013.

CACHIONI, Meire. **Envelhecimento Bem-Sucedido e Participação numa Universidade para a Terceira Idade**: a experiência dos alunos da Universidade São Francisco. 1998. 104 f. Dissertação. (Mestrado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998.

_____. Universidade da Terceira Idade. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). **Palavras Chaves em Gerontologia**. 3. ed. Campinas: Alínea, 2008.

_____. **Quem educa os idosos?** Um estudo sobre professores de universidades da terceira idade. Campinas: Alínea, 2003.

_____. Gerontologia educacional/ educação gerontológica. *In*: Neri, Anita Liberalesso (Org.). **Palavras-chave em gerontologia**. 3. ed. Campinas: Alínea, 2008. p. 92-94**.**

_____. Anita Liberalesso. Educação e Velhice Bem-Sucedida no Contexto das Universidades da Terceira Idade. In: YASSUDA, Mônica Sanches; NERI, Anita Liberalesso; CACHIONI, Meire (Org.). **Velhice Bem-Sucedida**: aspectos afetivos e cognitivos. 2. ed. Campinas: Papirus, 2004. p. 29-49.

_____. Educação e gerontologia: desafios e oportunidades. **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano**, Passo Fundo, vol. 115, n. 99, jan.-jun 2004.

FURTER, Pierre. **Educação e vida.** Petrópolis: Vozes, 1975. p. 69.

HUENCHUAN, Sandra; PIÑERO, Luíz Rodriguez. **Envejecimiento y derechos humanos**: situación y perspectivas de protección. CEPAL, 2010.

INOUYE, Keika. **Universidade Aberta à Terceira Idade**: efeitos sobre a qualidade de vida. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.bdtd.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4579>. Acesso em: 2 jul. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA-IBGE. **Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios 2013**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2013/default_sintese.shtm>. Acesso em: 23 jun. 2015.

MASCARO, Sonia de Amorim. **O que é velhice**. São Paulo (SP): Brasiliense, 2004.

MORAGAS, Ricardo Moragas. **Gerontologia Social**: envelhecimento e qualidade de vida. São Paulo: Paulinas, 1997.

OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. **Terceira idade**: do repensar dos limites aos sonhos possíveis. Campinas: Papirus, 1999.

_____. A pesquisa sobre o idoso no Brasil: diferentes abordagens sobre educação nas teses e dissertações (de 2000 a 2009). **Acta Scientiarum Education**, Maringá, v. 35, n.1 , p. 1-11, jan-jun 2013.

_____. A universidade aberta para a terceira idade e a educação do Idoso nas dissertações e teses de 2000 a 2011. **Revista HISTEDBR On line**. Campinas, n. 52, p. 372-386, set. 2013.

OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva; SCORTEGAGNA, Paola Andressa; OLIVEIRA, Flávia da Silva. **O envelhecimento e a velhice**: teorias, demografia e política. Curitiba: CRV, 2011.

PALMA, Lucia Teresinha Saccomori. **Educação permanente e qualidade de vida**: indicativos para uma velhice bem-sucedida. Passo Fundo: UPF, 2000.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO. **Unati.** Pernambuco, 2014. Disponível em: <https://www.ufpe.br/proext/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=135>. Acesso em: 1 jul. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Unati**- universidade aberta à terceira idade. Disponível em: <http://www.unatiuerj.com.br>. Acesso em: 2 jul. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS. **Unati univasf.** Petrolina, 2015. Disponível em: <http://unati.univasf.edu.br>. Acesso em: 2 jul. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO. **20 anos do programa universidade aberta à terceira idade.** São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.usp.br/imprensa/?p=33774>. Acesso em: 2 jul. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO. **Unati:** como funciona, quem pode participar e histórico. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://each.uspnet.usp.br/site/extensao-unati.php>. Acesso em: 1 jul. 2015.

ZIMERMAN, G. I. **Velhice**: aspectos biopsicossociais. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

WEBER, Francieli; CELICH, Kátia Lilian Sedrez. As contribuições da universidade aberta para a terceira idade no envelhecimento saudável. **Estudos interdisciplinares sobre o envelhecimento,** Porto Alegre, v. 12, p. 127-142, 2007.

GT4 – DEMOCRACIA, DECISIONISMO, EXTADO DE EXCEÇÃO E DIREITOS HUMANOS

A EDUCAÇÃO EM DIREITO DE RESISTÊNCIA COMO UM CAMINHO PARA A AÇÃO TRANSFORMADORA

Danielly Pereira Clemente[1]
Antônia Gabrielly Araújo dos Santos[2]

RESUMO

O direito de resistência se caracteriza como uma faculdade dos sujeitos oprimidos se oporem as leis injustas, abusos e poder e demais formas de opressão. A educação em direitos humanos tem como um dos seus pilares o despertar dos indivíduos enquanto sujeitos de direitos, indignados com a ordem posta, lutando por igualdade, liberdade e solidariedade. O presente trabalho tem por objetivo articular a educação em direitos humanos com o instituto do direito de resistência. Para tanto, realizou-se um trabalho essencialmente bibliográfico em livros e artigos, com a posterior aproximação dialógica dos institutos centrais que permeiam a discussão. Nessa esteira foi possível vislumbrar a necessidade de criar uma cultura de resistência, de indignação com a realidade social desigual, no sentido de construir uma sociedade verdadeiramente democrática, igualitária que tenha como norte a realização da justiça e da igualdade.
PALAVRAS – CHAVE: educação; direitos humanos; resistência

ABSTRACT

The right to resistance is characterized as a faculty of the oppressed subjects oppose unjust laws, abuse and power and other forms of oppression. The human rights education has as one of its pillars the awakening of individuals as subjects of rights, outraged by the set order, fighting for equality, freedom and solidarity. This paper aims to articulate human rights education with the Institute's right of revolution. To this end, there was an essentially bibliographic work in books and articles, with the subsequent dialogic approach of the central institutions that permeate the discussion. On this track it was possible to glimpse the need to create a culture of resistance, of indignation at the unequal social reality in order to create a truly democratic, egalitarian society that has as north to realization of justice and equality.
KEYWORDS: education; human rights; resistance

[1] Estudante de mestrado em Direitos Humanos pela Universidade federal da Paraíba - UFPB
[2] Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA

1 INTRODUÇÃO

A luta dos sujeitos oprimidos individual ou coletivamente, organizadas ou desorganizadas, espontâneas ou até mesmo institucionalizada nos seus mais variados matizes vem sendo travada dentro da ótica da obediência e resistência à uma ordem, autoridade, poder público e ou a lei. Nas suas mais variadas formas, hoje, ela, desemboca numa relação estreita entre o indivíduo e o Estado injusto.

Sabe-se que o direito de resistência constitui-se em uma faculdade contra todas as formas de opressão, abuso de poder e leis injustas (ROCHA, 2010, p. 76) e que, ao longo da história da humanidade, fora (re)significado de acordo com o momento histórico em que fora construído e teorizado. Dessa forma, é considerado como um direito anômalo, tendo em vista que possui diferentes concepções em ordenamentos jurídicos distintos ao tempo de sua positivação.

A atual literatura sobre o direito de resistência aduz uma nova classificação, quais sejam: objeção de consciência, greve política, desobediência civil, direito à revolução e princípio da autodeterminação dos povos (BUZABELLO, 2001, p. 17). A resistência é, pois, um fenômeno real, demarcado no espaço material e temporal, portanto sua realidade é histórica. O exame sob a categoria da historicidade permite conhecer as ações reflexivas ocorridas entre o sujeito e o objeto. Pois, conhecer o objeto constitui investigar o processo histórico que lhe consolida e não tão somente o seu formato atual (LESSA, 2001).

Para além da análise do processo de consolidação do direito de resistir, realizar-se-á uma articulação deste instituto com pedagogia freiriana voltada ao compromisso com os povos oprimidos, compreendendo que a educação é um mecanismo na promoção dos Direitos Humanos e, consequentemente, na legitimidade da resistência como um direito, descriminalizando a sua ação que por vezes tem por objetivo a transformação social.

O presente trabalho, dessa forma, não visa investigar o direito de resistência em si, mas de compreendê-lo dentro do processo de construção de uma cultura em direitos humanos, onde a educação desempenha um papel fundamental na problematização da realidade e a sua consequente libertação.

2 DO HISTÓRICO A CONTEMPORÂNEA DISCUSSÃO DA RESISTÊNCIA

A consolidação teórica do direito de resistência na contemporaneidade parte da apreensão histórica de suas origens. Na Antiguidade Clássica, Sófocles defende a possibilidade de certa lei ser ignorada quando colidir com certas regras, não escritas, superiores a todas as leis. O direito romano, também, não ignorou esta temática. Cícero já vagamente a tratava sob a ótica do governo injusto e, nesse sentindo, o jurisconsulto romano Farcinaccius reconheceu a legitimidade ética do direito de resistência (STROZAKE, 2000).

Na Idade Média desenvolveram-se estudos da resistência política sob o prisma da tirania. A resistência tornou-se uma causa de significativa justificação moral na defesa do bem comum. Para Santo Tomás de Aquino, o bem comum era a medida e o limite do para a defesa da ordem. A eliminação do regime tirânico não tem caráter de sedição já que o verdadeiro sedicioso é o tirano e não o povo levantado, de cujo bem aquele não cuida (PAUPÉRIO, 1978).

No período moderno, a produção teórica e a exequibilidade do direito de resistência atingiram seu ápice. Erasmo de Roterdã (ROTTERDAM, 2004) defende, nesse interregno, o direito de resistência sob a modalidade da objeção de consciência; para Locke (2001) este direito aparece como um instrumento de aferição de controle do pacto social

> Por isso, se o rei demonstrar um sentimento de ódio, não apenas a determinadas pessoas, mas se colocar contra todo o conjunto da comunidade civil, de que ele é o chefe, e, com um mau uso intolerável do poder, cruelmente tiranizar todo o povo ou uma considerável parte dele, neste caso o povo tem o direito de resistir e se defender da injúria (LOCKE, 2001, p. 226).

Em Kant (2008), este direito é refutado e analisado sob a forma do direito de insurreição. A atual literatura sobre o direito de resistência aduz uma nova classificação para além destas já expostas acima, quais sejam: objeção de consciência, greve política, desobediência civil, direito à revolução e princípio da autodeterminação dos povos. (BUZANELLO, 2001)

Concomitantemente à teorização desses renomados autores, a Revolução Francesa desempenhou um papel fundamental na consolidação do direito de resistência, tendo em vista que os povos insurgentes, notadamente a classe

burguesa, o realizaram na prática. O exercício de resistência no período revolucionário francês reflete na positivação desse direito no art. 2° da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao lado dos outros direitos naturais e imprescritíveis do homem (POGREBINSCHI, 2003): a liberdade, propriedade e segurança.

Na atualidade, segundo Paupério (1978), ao contrário do pensamento político medieval e antigo, não se admite mais o tiranicídio ou a revolta armada como formas de insurgência popular. Sendo, pois, que não mais convém ao modelo democrático a admissibilidade formas violentas de resistência, apenas de assegurar maneiras legítimas do exercício de contrapoder. Isto porque, nas teorias hodiernas, a resistência em si não se contrapõe ao ordenamento jurídico estabelecido, não existindo, portanto, incompatibilidade em sua recepção jurídica. Nesse sentido, encontraremos uma extensa produção teórica nas figuras de Jonh Rawls (2002), Henry David Thoreau (2012), Hannah Arendt (1999) e Noberto Bobbio (2004).

As leituras contemporâneas sobre o direito de resistência apontam que em Thoureau (2012) este direito será compreendido sobre a modalidade da desobediência civil exercido de forma individual ou minoritária como símbolo de resistência ao governo opressor. O direito de recusar obediência ao governo é reconhecido por todos os homens quando a tirania ou a ineficiência deste é grande e intolerável. O autor justificava a desobediência como o único comportamento aceitável para os homens, quando se deparassem com legislação e práticas governamentais que não procurassem agir pelos critérios da justiça ou contrariassem os princípios morais dos indivíduos.

> *"Será que o cidadão deve desistir de sua consciência, mesmo por um único instante ou em última instância, e se dobrar ao legislador? Por que então estará cada pessoa dotada de uma consciência? Em minha opinião, devemos ser primeiramente homens, e só posteriormente súditos. Cultivar o respeito às leis não é desejável no mesmo plano do respeito aos direitos. A única obrigação que tenho direito de assumir é fazer a qualquer momento aquilo que julgo certo". (THOREAU, 2002, p.15)*

A desobediência civil pacífica e constante é, portanto, necessária e vital para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa. A democracia não seria

assim o último passo rumo a um governo melhor, mas dessa forma o reconhecimento dos direitos intrínsecos do homem. É, então, perceber que o poder do Estado emana do povo e não o contrário.

O direito de resistência em Ralws (2002) se deu sob a perspectiva da desobediência civil e da objeção de consciência, como fundamentais na construção de uma sociedade democrática cujo valor fundante é a justiça. Sendo assim, a justiça na sociedade capitalista não exige dos homens a inércia perante a destruição dos fundamentos de sua existência. Para o referido autor a resistência às leis é um fenômeno caraterístico de uma sociedade democrática.

Na sua teoria da justiça, o referido autor se propõe a construir os princípios bases que regem uma sociedade justa. A priori parte também da ideia do de um contrato original em que se destacariam o princípio da igualdade e o princípio da diferença. Sob a ótica desses dois princípios ele estabelece o que vem a considerar uma teoria da desobediência civil.

Inicialmente, a teoria diferencia a desobediência civil das outras formas de resistência à autoridade democrática, examinando o sistema jurídico quanto ao seu instituto. Posteriormente argumenta acerca da sua importância e das condições de seu exercício em um regime mais ou menos democrático. E a critério de conclusão trata de esmiuçar o papel em desempenha a desobediência dentro do sistema constitucional, bem como o seu adequado exercício numa sociedade livre (RAWLS, 2002).

No pensamento político de Hannah Arendt (1999) se observa a compilação das reflexões dominantes acerca do direito de resistência como expressão da consciência individual e como teste da constitucionalidade da lei. A autora entende a tomada de consciência individual da injustiça que assola o governo como absoluta e puramente de ordem subjetiva, manifestada a partir de uma responsabilidade moral que depende do "*interesse do eu" (*ARENDT, 1999, p.61).

Quando da análise da constitucionalidade da desobediência, observa que esta não se perfaz nas questões políticas mais profundas. E que as contestações se manifestam ainda que careçam de um escrutínio a partir de uma "lei superior". É o caso, por exemplo, da luta dos negros nos Estados Unidos por acesso igualitário aos espaços públicos, haja vista que mesmo não havendo ações de

constitucionalidade para os grupos insurgentes tais leis já eram em si consideradas injustas.

Nessa esteira, a liberdade de associação é colocada como precípua para a defesa e proteção dos cidadãos. Sendo, pois, o regime democrático baseado nesse princípio seria, para a autora, inadmissível a criminalização de tais ações de resistência. Haja vista que a referida ação dar-se-ia mediante o esgotamento das vias jurídicas e realizada de modo pacífico. A desobediência civil, dessa forma, não teria o caráter de modificar as estruturas sociais ou de alterar o *status quo*. Ela existiria como uma forma de realizar mudanças a partir da lógica do regime democrático e da efetivação de direitos.

Por fim, destaca-se a construção teórica de Bobbio (2004) quando argumenta o direito de resistência consiste em forma de exercício de poder impeditivo, de oposição extralegal, exercido pelos cidadãos de um Estado, objetivando mudanças que almejem a realização dos direitos fundamentais. Sendo assim, revestir-se-ia da forma de direito secundário com vistas a assegurar as normas primárias fundamentais de liberdade, igualdade, dignidade (BOBBIO, 1992, p. 95). Somente se justificando no caso do descumprimento de algum direito primário, cujo procedimento se dar de forma sinônima a direito de defesa.

Para o autor em análise o *modus operandi* do direito de resistência se daria sob duas modalidades, uma sob a perspectiva política e a outra sob a perspectiva jurídica. Na primeira, o direito de resistência é a capacidade de as pessoas ou os grupos sociais se recusarem a cumprir determinada obrigação jurídica, fundada em razões jurídicas, políticas ou morais. E na segunda, o direito de resistência é uma realidade constitucional em que são qualificados gestos que indicam enfrentamento, por ação ou omissão, do ato injusto das normas jurídicas, do governante, do regime político e também de terceiros. Porém, ambas se dariam nessa correlação dialética entre a política e o jurídico.

3 EDUCAÇÃO EM DIREITO HUMANOS: RESISTIR E LIBERTAR

O século XX foi marcado por um cenário de duas grandes guerras que causou milhares de mortes e criou uma lacuna política mundial. Para refrear tais situações buscou-se construir um paradigma de efetivação dos direitos humanos como universais, ahistóricos e imutáveis, que tinha como objetivo principal conferir dignidade a pessoa humana independentemente da orientação sexual, da etnia, do gênero e da religião. Contudo, essa questão ainda está em engatinhando haja vista que tais conflitos não se extinguiram.

A educação nesse contexto aparece sobre dois nortes. O primeiro deles diz respeito a educação como prática instruidora dos conhecimentos de mundo; o segundo trata-se da formação do indivíduo no que tange ao respeitos pelos direitos de outrem. O artigo 26 da Declaração Universal dos Direito Humanos de 1948 aduz que:

> I - Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
>
> II - A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
>
> III - Os pais têm um direito preferencial para escolher o tipo de educação que será dada aos seus filhos. (ONU, 1948)

A discussão que segue terá como finalidade trabalhar a educação voltada para a construção de uma sociedade orientada na cultura e vivência dos Direitos Humanos. Dessa forma, entender-se-á a educação em Direitos Humanos como um despertar nas pessoas em busca dos seus direitos e, consequentemente, de sua efetivação; como uma formação no respeito a diversidade e pluralidade de ideias e na solidariedade entre os povos e nações fortalecido pela tolerância e paz.

Compreender a importância desse tipo de instrução nos indivíduos é entender que o ser humano está em constante processo de construção e que tais questões ainda não foram superadas, caso contrário não haveria que se falar das

mazelas sociais que assolam a nossa sociedade hodierna, tais como os conflitos étnicos-raciais, os casos de feminicídio e de homofobia, dentre tantos outros.

O processo de superação da violação de Direitos Humanos, das opressões em geral é, segundo a teoria freiriana, um dever essencialmente dos oprimidos que reconhecido enquanto tal e ciente de sua condição possam lutar por sua liberdade (FREIRE, 2005). Dessa forma, o sujeito em construção orientado na pedagogia do oprimido deve descobrir a realidade que o circunda e problematizá-la no sentido de sua transformação.

Para Freire (2005), a libertação do homem oprimido é tão necessária aos sujeitos oprimidos como aos opressores e será impulsionada por uma nova concepção de educação: a educação libertadora. Esta pretende opor-se a educação tradicional, que compreende os homens como recipientes a serem preenchidos pelos que julgam educar. A educação libertadora contrapõe-se a esta dita educação tradicional, conhecida como bancária, por compreender que esse tipo de educação mantem o *status quo* e defende os interesses do opressor. A defesa de uma forma diferenciada de educação dos homens é, pois, entendida como o meio de conscientização, de desalienação e de problematização.

A educação freiriana para os Direitos Humanos, na perspectiva de justiça, é de que a educação desperta nos dominados a necessidade do litígio, da organização, da criticidade, da mobilização democrática, disciplinada, sem manipulações, com vistas à reinvenção do mundo, à reinvenção do poder (FREIRE, 2001). A pretensa educação em Direitos humanos visa a construção de uma sociedade menos injusta para, gradativamente tornar-se mais justa. Uma sociedade reinventando-se sempre com uma nova compreensão do poder, passando por uma nova compreensão da sua produção. Esta sociedade tem que ter uma educação corajosa e curiosa (FREIRE, 2001).

E educação, nesse sentido, é um instrumento político de libertação que intervém no modo de ser na sociedade, exigindo que os(as) educandos(das) e os(as) educadores(as) sejam sujeitos ativos no processo de aprendizagem e percebam o quanto podem contribuir com a mudança do local em que habitam, sendo assim sujeitos protagonistas de seu tempo. Esta forma de conceber a educação no seu ato central de ensinar e aprender desloca o ser humano em sua dimensão ontológica e

o coloca como ser histórico capaz de refletir, questionar e indignar-se diante da realidade que às vezes lhe é apresentada como algo imutável. A proposta freiriana é "de uma prática pedagógica que procura não esconder o conflito, a contradição, mas ao contrário, os afronta, desocultando-os" (GADOTTI, 2010, p. 28).

Essa ideia de imutabilidade da realidade em muito se deve aos teóricos que defendem o capitalismo como ultimo estágio do desenvolvimento humano. Destaca-se, nesse sentido, o entendimento de Francis Fukuyama (1992) e seu fim da história, ao não vislumbrar a possibilidade de um mundo diferente e melhor. Nesse contexto, não há sentido em se falar em Direitos Humanos e o seu fim estaria, portanto, na perca de seu caráter utópico, na instrumentalização dos governos, seus maiores violadores, como forma de apaziguar a consciência coletiva de forma pública e na utilização como mantra para as mazelas passadas e injustiças presentes (DOUZINAS, 2009).

Antagonicamente a essa concepção, entendendo a realidade como um processo histórico, a finalidade dos Direitos Humanos, como bem assevera Douzinas (2009) está na associação do que é correto, utilizando contra as injustiças das convenções e autoridades, resgatando a utopia da transformação. Sendo assim, uma atividade pedagógica voltada para tais questões retoma um encantamento humano de dias melhores, pautado no respeito à diversidade, na solidariedade e na libertação. Nas palavras de Boaventura

> Este projeto pode parecer bastante utópico. É, certamente, tão utópico quanto o respeito universal pela dignidade humana. E nem por isso este último deixa de ser uma exigência ética séria. Como disse Sartre, antes de concretizada, uma ideia apresenta uma estranha semelhança com a utopia. Nos tempos que correm, o importante é não reduzir a realidade apenas ao que existe. (SANTOS, 2006, p. 470)

A educação em direitos humanos, nesse sentido, deve ser apreendida como um processo transdisciplinar, de caráter formal e não formal, que tem como intuito fomentar "uma internalização cada vez mais forte dos direitos humanos e da dignidade humana, tanto por parte de cada cidadão e cidadã, como no imaginário coletivo" (CANDAU, 2009). Dessa forma, a educação em direitos humanos tem como base uma visão conjuntural e histórica da realidade, bem como uma práxis transformadora, pois "os direitos não existem no abstrato, mas somente onde

pessoas exigem, ou possa supor-se que elas estão conscientes de sua falta" (HOBSBAWM, 2008, p. 418).

Os sujeitos, formados a partir dessa nova pedagogia, se constituem como indivíduos empoderados, conscientes de seus direitos e deveres e, portanto, resistentes à aceitação de uma ordem reprodutora de desigualdades, de opressões e de injustiças. A resistência aparece aqui como a indignação, a relutância, a objeção de sujeitos educados para transformar.

> O discurso da impossibilidade de mudar o mundo é o discurso de quem, por diferentes razões, aceitou a acomodação, inclusive por lucrar com ela. A acomodação é a expressão da desistência da luta peça mudança. Falta a quem se acomoda, ou em quem se acomoda fraqueja, a capacidade de resistir. É mais fácil a quem deixou de resistir ou a quem sequer foi possível em algum tempo resistir aconchegar-se na mornidão da impossibilidade do que assumir a briga permanente e quase sempre desigual em favor da justiça e da ética. (FREIRE, 2000, p.20)

A educação com esse viés crítico tem, nesse sentido, a intenção de incomodar os sujeitos, instigando as resistências diante das opressões e injustiças. A pedagogia do oprimido ganha corpo na construção de resistências e alternativas na disputa hegemônica, o que constitui uma retomada do plano político-educativo e dos valores democráticos para romper desigualdades e segregações derivadas do sistema capitalista. "Uma das primordiais tarefas da pedagogia crítica radical libertadora é trabalhar a legitimidade do sonho ético-político da superação da realidade injusta" (FREIRE, 2000, p.43).

E esta superação pressupõe a organização dos setores oprimidos quer sejam de forma individual ou coletiva, pontual ou permanente. No cenário político atual os movimentos sociais se destacam "pela necessidade de transformar estratégias de sobrevivência em fontes de inovação, de criatividade, de transgressão e de subversão" (SANTOS, 2009, p. 194)

4 CONCLUSÃO

A tarefa de resistir constitui como um dever emblemático dos oprimidos no contexto das injustiças sociais, econômicas e políticas. O resgate histórico demonstra a necessidade de refletir acerca da legitimidade da resistência. Ora

pensando como direito divino, ora pensando como dever moral e social. Destarte essas questões, o fato é que a resistência desempenha um papel importante na relação dos sujeitos frente às opressões e injustiças. O debate contemporâneo acerca do direito de resistir dimensiona a questão para a reivindicação de uma sociedade justa, democrática cujos direitos humanos fundamentais são devidamente efetivados.

Para que tais exigências adentrem na celeuma política é necessária a existência de sujeitos atuantes, inconformados com a manutenção das desigualdades e das opressões. Para tanto, necessitam que sejam formados na perspectiva da educação em Direitos Humanos, tomando-se consciência crítica e compreendendo-se como sujeitos em construção de uma realidade que é histórica e, portanto, mutável.

O processo de educação em Direito Humanos constroe indivíduos indignados e inconformados com a realidade que os cerca atuando como sujeitos militantes na defesa e conquista de direitos. Essa prática pedagógica impulsiona à construção de uma cultura voltada para os direitos humanos e, por conseguinte, do direito de resistência compreendendo o espírito de reivindicação que impulsiona os setores oprimidos na luta cotidiana por igualdade, liberdade, democracia e justiça quando tomados pela convicção de que a liberdade plena é obtida quando se instaura a emancipação humana.

5 REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Crises da República**. Tradução de José Volkmann. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 61.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 95.

BUZANELLO, José Carlos**.** Direito de Resistência. In: **Sequência**. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSN 2177-7055, v. 22, n. 42, 2001 p. 17. Disponível em: http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15391/13974. Acesso em: 02 de fevereiro de 2015.

CANDAU, Vera. **Educação em direitos humanos e diferenças culturais**: questões e buscas. Revista Múltiplas Leituras, v. 2, n. 1, p. 65-82, jan./jun. 2009.

FREIRE, Ana Maria Araújo. **A pedagogia da libertação em Paulo Freire**. São Paulo: Unesp, 2001.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, 42.ª edição.

_____. **Pedagogia da indignação**: cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo: Unesp, 2000.

GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da práxis**. São Paulo: Editora Cortez/Instituto Paulo Freire. 5a. ed., 2010.

HARVEY, David, et al. **Occupy** – movimentos de protesto que tomaram as ruas. São Paulo: Boitempo/Carta Maior. 2012.

HINKELAMMERT, Franz J. Pensar em alternativas: capitalismo, socialismo e a possibilidade de outro mundo. In: PIXLEY, J. (Coord.). **Por um mundo diferente**: alternativas para o mercado global. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 9-22.

HOBSBAWM, Eric J**. Mundos do trabalho**: novos estudos sobre a história operária. São Paulo, Paz e Terra, 2008.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2ª ed.. Bauru: Edipro, 2008.

LESSA, Sérgio. **O Método.** Fortaleza: UFC, Mímeo, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil:** ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3° ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

MÉSZÁROS, István. **O século XXI: socialismo ou barbárie?** São Paulo, Boitempo, 2003.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2015.

PAUPÉRIO, A. Machado. **O direito político de resistência**. 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

POGREBINSCHI, Thamy. Emancipação Política, Direito de Resistência e Direitos Humanos em Robespierre e Marx. In: **Revista Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 46, nº 1, 2003.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Alimiro Pistta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Ronald Fontenele. **Direito democrático de Resistência**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 76.

ROTTERDAM, Erasmo de. **O protesto da Paz**. In: DOLAN, John Patrick. A Filosofia de Erasmo de Roterdã. São Paulo: Madras, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

SPIVAK, Gayatri C. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

THOREAU, Henry David**. A Desobediência Civil e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002, Pág. 15.

ZIZEK, Slavoj. **Em defesa das causas perdidas**. Trad. Maria B. Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.

A IDÉIA HABERMASIANA DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA E SUAS (IM)POSSIBILIDADES

THE IDEA OF DEMOCRACY DELIBERATIVE IN HABERMAS AND (IM) POSSIBILITIES

Ramiro Ferreira De Freitas[1]

RESUMO

Este trabalho reflete (algumas) implicações trazidas pelo pensamento habermasiano a partir da intenção democrática deliberativa. Fornece, mediante estudo bibliográfico, balizas para uma compreensão suave dos prognósticos totalizantes numa perspectiva comunicacional expressa segundo padrões neomarxistas. O tema ganha relevo à luz de constantes mudanças sócio-políticas enfrentadas pelas comunidades – no Brasil e no exterior. Além disso, deve ser melhor debatido um caminho seguro para concretização dos interesses jurídicos realmente justos, afinados com o Estado Democrático Constitucional. Por isso, utilizar-se-á mecanismo exploratório de averiguação teórica tomando por escopo as seguintes hipóteses: (1) não têm sido concretizados todos os esforços necessários ao correto entendimento prático das noções de "sociedade democrática" e "espaço deliberativo" e (2) é necessário, além de difundir o saber acadêmico acerca dos novos pontos de partida para participação social, a formação (nas comunidades) de forte espírito solidário e cooperativo. O problema – das desigualdades relativas ao discurso hegemônico que impede vozes alternativas – merece tratamento específico. Aqui são traçados tão-somente parâmetros gerais, portanto, resultados cabais deverão emergir após discussões mais densas e completas que transcendem registros escritos e desembocam nas vivências quotidianas populares.
PALAVRAS-CHAVE:Direitos Humanos. Democracia Deliberativa. Habermas

ABSTRACT

This work reflects (some) implications brought by Habermas thought from the deliberative democratic intent. Provides, through bibliographical study, beacons for smooth understanding of totalizing forecasts a communicational perspective expressed according to neo- Marxist standards. The theme becomes important in the light of constant social and political changes faced by communities - in Brazil and abroad. Furthermore, it should be better debated a safe way to achieve the truly righteous legal, attuned to the Constitutional Democratic State. So it will be used and exploratory mechanism theoretical investigation taking by scope the

[1] Acadêmico do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA.
Foi monitor da disciplina Teoria Geral do Direito (2014.2). Cumpre Estágio Profissional na Procuradoria Geral do Município – PGM em Crato-CE e atua como Fiscal no CEC – Centro Caririense de Apoio à Pessoa com Deficiência Visual.

practical understanding of the concepts of "democratic society" and "deliberative space" and (2) is required, as well as disseminating academic knowledge about the new starting points for social participation, training (in the communities) strong supportive and cooperative spirit. The problem - inequality regarding the hegemonic discourse that prevents alternative voices - deserve special treatment. Here are drawn merely general parameters, therefore, integral results should emerge after denser and complete discussions that transcend written records and empty into the popular daily experiences.
KEYWORDS:Human Rights. Deliberative Democracy. Habermas

"Entender e respeitar as diferentes opiniões é o remédio para evitar que ideologias convertam-se em bárbaros totalitarismos. Se um povo deseja ver sua Nação prosperar, deve, antes de mais nada, reconhecer o espaço de cada cidadão no bem-estar da comunidade."

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva tecer breves considerações acerca da ideia geral de Democracia deliberativa no pensamento de HABERMAS. O pensador alemão, considerado por muitos representante da Escola Analítica (neomarxista) jusfilosófica tratou, ao longo de várias décadas, dos mais intrincados aspectos políticos e sociais que envolvem tanto a Europa Ocidental quanto, após o fim da Guerra Fria, todo o globo. Por isso, seus conceitos (cosmovisão) perpassam gerações. Mesmo não descurados, os julgamentos precisam ser vislumbrados primeiramente à luz do conjunto polifônico normativo, jamais ignorado pelo Mestre de Frankfurt e, secundariamente, pela natureza dos pressupostos entendidos como indispensáveis à propositura das melhores regras táticas para um jogo coletivo.

Não é acertado, entretanto, subtrair dos interesses (textos e discursos) habermasianos uma conclusão uniforme. Por essa razão, a presente pesquisa focaliza apenas uma nuança, a saber, como atualmente pode servir de arcabouço instrumental a tese de 'deliberação' nos Estados centralizados, mesmo que federados, no Poder Governamental. Não existe tarefa fácil, ainda mais se considerarmos a imensa plêiade de defensores e contestadores, todos, em maior ou menor grau, com razão.

Fora da clássica distinção – Participação X Deliberação – muitos fios condutores surgem, conduzindo a férteis terrenos. Paradoxos elementares continuam suscitando dúvidas entre os teóricos do desenvolvimento político. Faz-se necessária interpretação sensível e afinadíssima composição da querela sob auspícios do bom senso jurídico. Maiores ainda devem ser as reflexões em tempos caóticos, era de incerteza por cada esquina e instante no qual as pessoas parecem, em regra, menos propensas a 'abrir mão' de algo em prol da 'alegria geral'. Tudo isso – desordem e autoritária tendência – é, procuramos demonstrar nas páginas a seguir, efeito sintomático de vários fenômenos incrustados no âmago do livre convencimento pelas escolhas sociais inseparáveis da influência ideológica, intrínsecas ao próprio convívio entre diferentes classes habituadas ao *status libertatis* sem, contudo, noção plena dos significados e significantes envolvidos na libertação (*freiheit*).

2. GÊNESE DEMOCRÁTICA

É de conhecimento difundido que o berço da democracia foi a Grécia em sua fase mais "florida": o tempo dos filósofos.[2] Foram autores insulares, por exemplo, Aristóteles e Platão, que sistematizaram os possíveis meios de dispor uma controvérsia.

Os povos vizinhos absorveram (parcialmente) as instituições gregas, mas deram nova roupagem a cada elemento constitutivo da "governabilidade". Surgem, pouco a pouco, regimes políticos instituídos. Roma, maior potência durante séculos, dominou e aproveitou costumes estrangeiros, cada fase – monarquia, república, império – representa nível curioso de maturação das ideias democráticas. Não havia, como *a posteriori*, dimensão clara sobre comandar o povo superando impasses volitivos de cada cidadão (patrício). Era mais questão de apoio superficial

[2] Na *ágora*, espécie de praça, discutiam-se propostas visando o bem comum. Cada Cidade-Estado tinha seus próprios órgãos governamentais para "consideração dos interesses dos cidadãos". Embora seja verdade que alguns setores da sociedade grega mostravam-se excludentes, deve-se ter em mente que, apesar disso, aquele povo, os gregos, formava um belo exemplo de interposição de ideias e, por conseguinte, buscava, por meios racionais, encontrar soluções aceitáveis para incômodos problemas coletivos. Sobre o assunto, *vide* VERNANT, 2002.

e menos controle carismático o fator determinante para manutenção do poder soberano.

A disputa no campo retórico emergiu como discurso apropriado dos termos mais convincentes. A primeva morfossintaxe das palavras fixou em memórias receptivas o potestativo ânimo intitulado demos e a voz do povo (*Vox populi*) prevaleceu regulamentada pelos grupos dominantes. As escolhas – grandes ou pequenas – não conseguiam ficar dentro dos registros íntimos, eram compartilhadas e mediadas pela influência alheia, pela experiência hierárquica superior.

Os juízos axiológicos não perecem e, até hoje, permanece intranquila a certificação decisória em muitas culturas. Max Weber traz moldes típicos – Índia das castas, China das saudosas dinastias e Israel, país dos patriarcas 'paraclitos'. Mas também Karl Marx não deixa de vislumbrar na exploração da mais valia o apanágio do exploratório persuasivo. (HABERMAS, 1980) No fundo, mesmo os contra-dogmáticos, correm risco fatal na proporção da inquietação antropomórfica candente, ora, as declarações autônomas dos movimentos são reflexos, ainda, da velha *polis* inventada.

3. AS DEMOCRACIAS: DIRETA E INDIRETA

Os projetos democráticos possuem dupla face. Algumas partes do mundo adotam regimes indiretos de incentivo à participação popular. Essa espécie de comando – limitador da transformação social – possui relativa estabilidade, contudo, degenera em regência paradoxal das desigualdades. Já a democracia direta (efetivamente participativa) significa "agir comunicativo" integral, superação das incongruências estruturais, ou seja, há amplificado molde conciliador dos diferentes pontos visuais. Para alguns teóricos, deve, adicionalmente, ser incluída a democracia semiparticipativa (semidireta) que é um aparato governamental de exercício consensual dos poderes públicos em que existe a combinação de representação político-partidária com formas de aperfeiçoamento participativo de todos os grupos interessados.

Como toda classificação, a constante do parágrafo anterior transcende fins meramente didáticos. Simboliza convicções distintas, pois, a realização da vontade majoritária nem sempre significa assumir todos os deveres cívicos *in natura* (democracia direta). Realmente, sociedades há em que o Soberano "reina" no império da lei e "democraticamente" (a Malásia pode ser vista como caso híbrido, embora alguns a considerem monarquia totalitária, a nação foi reconhecida pelos organismos internacionais como governada, mediante eleições, pela Constituição).

Não se deve olvidar que agrupamentos subalternos em regiões opressivas reagem como passivos perante flagrante lesão ao direito autodeterminado. Mesmo estando marginalizadas minorias presentes no meio distorcido das sociedades afluentes, resta sugestão de poder de veto para realizações arbitrárias quando uma unilateral posição ameaça diferenças e pretende restringir múltiplas figuras.

HABERMAS afirma em passagem célebre[3]:

> (...) erscheint die vollständige Positivierung des bis dahin sakral gestützten und mit konventioneller Sittlichkeit verflochtenen Rechts als plausibler Ausweg aus der Sackgasse: es wird ein System von Regeln erfunden, das die beiden Strategien der Eingrenzung und der Entschränkung des im kommunikativen Handeln angelegten Dissensrisikos verbindet und zugleich arbeitsteilig differenziert[4]. (HABERMAS, 1992, p. 56)

Não viu o leitor algo conservador na defesa da moral. Antes, tal concepção engajada na manutenção do sistema assegura real política de procedimentos compatíveis com o benévolo suporte cultural impresso na esfera pública. O mais importante não é saber quem terá maiores nexos equitativos, contudo, mesmo por

---

[3] Repetindo palavras similares em várias comunicações orais – pois o texto escrito não tem mesmo impacto do ditado à assistência. Transcrevemos conforme a passagem eternizada em ***Faktizität und Geltung.*** *Beiträge zur Diskurstheorie dês Rechts und dês Demokratischen Rechitstaats.* Recomendamos a leitura da versão traduzida com excelência pelo Prof. FLÁVIO BENO SIEBENEICHLER e publicada em dois volumes pela Editora Tempo Brasileiro (em 1997), cujo título é: ***Direito e Democracia:*** *entre Facticidade e Validade*.

[4] Concordamos quando o autor afirma não ser a 'moralidade' razão para o estado despir-se das ingerências que lhe são cabíveis. Porém, o intérprete deve manter os olhos abertos à constante defasagem dos sistemas – inclusive políticos. O que acontece (o exemplo é nosso) com os refugiados (apátridas) é típico de uma sociedade afluente no sentido negativo, como pensava Herbert Marcuse. Além disso, declarações fortes proferidas por quem não as levou a sério, ou seja, membros do Conselho de Segurança da ONU, pretendem criar duas fórmulas separadas. "*Aparece a Positividade completa de algo até então sagrado, apoiado e entrelaçado com uma Lei moral convencional, aparente uma solução plausível para o impasse: é inventado o Direito* ***[Recht]*** *por regras, que ligam duas estratégias de contenção e limitação de escala comunicativa - risco na ação dissidente e ao mesmo tempo no trabalho diferenciado de um inteiro sistema.*" (Tradução livre)

laicização, é inadmissível intervenção sufragada nos pareceres de antemão preconcebidos. Por mais inclusiva que seja a ideal corporeidade proba na esfera normativa, ela carece da moldura sublime preparada pelos artífices sazonais. O povo pode escolher como administrar seu rumo e implantar condições exteriores para concretização dos (variáveis) fins almejados.

Nos tempos áridos vividos pela sociedade brasileira – dias nos quais volta à tônica dos discursos conservadores o relaxamento institucional por força de retrocesso – o pensador tedesco traz lições válidas. Em realidade diferente, porém paralela, converte vicissitudes atemporais (desníveis intrínsecos à capitalista acepção burguesa) em "botes salva-vidas" para consciência abertamente construtiva.

4. CONSCIÊNCIA POLÍTICA E PERSPECTIVAS DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

Como dissemos no tópico anterior, não está muito clara a diferença entre democracia(s) deliberativa, participativa e/ou representativa. Quase todos, mesmo os mais radicais, concordam que o fim de todo 'convênio' social comunicacional tem por escopo formatar analítico cabimento da intenção comum. (NINO, 1997).

A superação do "elitismo" é recorrente tentativa e coerente necessidade em, pelo menos, dois frontes: 1) o debate eleitoral – a pureza política não parece conformar genuíno empenho entre candidatos e votantes e 2) vicissitudes virtuais (nos conselhos isto é marcante) afetam a livre condução dos indivíduos como um todo. Os elementos híbridos surgidos do específico, continuamente assimilatório, conjunto institucional, tende a promover características associativas com foco no *design* corporativo (LOEWITH, 1949 *apud* HABERMAS, 1980, p. 12). Parafraseando o gênio, um paciente doente (a sociedade) sabe que não há remédio (Alívio do sufocamento exploratório) e conforma-se com morfina (neocorporativismo) para não morrer (dissolver a forma dos movimentos organizados).

No Brasil, antes desconhecidas, lutas dialéticas entram na ordem do dia reivindicando formato expansivo da implementação teórica discussiva. Embora

novas – porque vindouras só em 1988 – as experiências conjunturais de "participação cidadã" tornam premiada tomada digna de posição pelos atores sociais (Constituição, art. 1, III).

Embora seja prematuro identificar traços determinantes do futuro pós-autocracia, otimismo não é desaconselhável.

> O conceito "agir comunicativo", que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. (HABERMAS, 1997a, p. 35)

Decorrência lógica do *feedback* acentua necessária interposição (chocante) dos valores até então tidos por insuperáveis. Aqui a ordem dos fatores tanto distingue uma sociedade mais democrática da menos. É questão de 'marketing' nos ensinou Orwel enquanto filmava nas teletelas o futuro ostracismo (novafala) semiológico encarado na estenografia moderna dos *shows* travestidos de portas à glória. Fez isso, não apenas em *"1984"*, mas em outros lugares e, nos mesmos, traçou o risco de unificação totalitária dos consensos. Ora, parecia necessário criar uma só roupagem, igual reduto de certezas no qual fosse impossível (porque desnecessário) tolerar os outros – todos no contingente da conformação.

Se o espetáculo é valioso, a medida da conversão dos sujeitos à miserabilidade do opróbrio denuncia ausência estatal e, diria um observador imparcial, completa falência dos setores chamados "defensivos" da participação.

O "Pão" do contentamento com pouco e o "circo" das matinais simbologias montadas em palco movediço – fama patrocinada – servem para beneficiar alguém em especial. Nas políticas públicas, de leitura populista habitual, nutrem, em detrimento da fome. Quer dizer, grupos seletos merecem a iluminação (esclarecimento) dos governos pelo fato de caírem na benevolência profana das massas, por outro lado, quem não logrou encontrar agasalho nos <u>mais media</u> permanece isolado, encerrado no marginal campo de concentração reservado aos excluídos de quaisquer bens da vida. Esse ponto-chave não torna vilões sempre os mesmos protagonistas e pode reverter quadros nefastos, redefinindo sequelas cirúrgicas: perdas nunca previstas.

Uma nova ordem mundial urge: torna-se, agora, imperioso estabelecer meios de cultivar existência plural e pacífica entre diferentes sujeitos nas entidades livremente escolhidas pelos representados. Vale justificar que seria de bom alvitre relegar para fora das órbitas públicas executivas do poder o ranço cruento preconceituoso.

Embora nada permeie melhor tenaz ambição popular do que uma vida melhor padronizada, esta soma de (des)amores chamada Terra não pode ganhar única identidade sem abrir mão dos doces frutos percebidos pelo aprendizado enriquecido na diferença (BAUMAN, 1999).

Chama nossa atenção o fato de Estados-Nações abocanharem, por assim dizer, porções progressivamente superiores dos bens vitais inerentes ao indivíduo. Não o fazem, todavia, claramente anunciando sacrifício momentâneo. Conclamam cíclicas crises para que, essas ocasionais perturbações testifiquem contra outros modelos possíveis.

A democracia deliberativa não resolve, por influência peculiar, os problemas decorrentes do liberalismo político. Mesmo assim, projeta alternativa útil dentro da práxis radicalizadora da perspectiva comum. Seu bojo legitimador, em suma, delineia a própria deliberação (enquanto ato paulatinamente construído). Os padrões racionais são abertos – não encerrados em aceitabilidade taxativa.

No que pese a opulenta tentativa de "desintegração" perpetrada pelos críticos, os justos desígnios da complexidade pós-convencional ainda apresentam plausível futuro. O conflito exige solução e, obviamente, forma determinada. Não há, contudo, formalismo, ora, os debatedores devem conhecer as regras táticas do jogo.

O raciocínio imparcialista, portanto, maniqueísta, dos sociólogos anti-Habermas fracassa na medida da difícil seleção argumentativa. Neófito instinto conversacional aponta problema solúvel em participação, não há gesto singelo sobre neutralidade axiomática. São mistos os valores adjetivos e substanciais, os primeiros resgatam nos segundos ponderações cômodas dos grupos antagônicos em disputa perene por alocações no terreno da participação autorizada. No fundo,

todas as lutas por espaço dizem respeito à ideologia predileta, melhor dizendo, querem (consciente ou inconscientemente) angariar partidários.

Aquilo que Habermas denomina ação performativa equilibra inclusão (acessibilidade de todos a meios salutares direcionados ao êxito democrático) utilizando processos transformadores da realidade vivenciada.

Assim preleciona JUAN FERNANDO SEGOVIA:

> Se puede tener la tentación de encontrar en este passaje **[O autor refere o artigo "La soberania popular como procedimiento: un concepto normativo de lo público", publicado por HABERMAS em HERRERA LIMA (coord). *Jürgen Habermas: moralidad, ética y politica*. México, 1993]** una discriminación ideal de tareas según los órganos y/o funciones de la persona transpolada a los órganos y/o funciones del sistema político, una espécie de «división de poderes» en deliberativos y ejecutivos según las mismas potencias humanas: a la razón corresponde proporcionar argumentos y como tal queda ajena a todo proceso tipicamente político, como la opinión pública idealizada por el liberalismo ilustrado; a la voluntad corresponde decidir y por esto se confunde con los aparatos burocráticos ejecutivos de los Estados contemporáneos. (SEGOVIA, 2008, p. 47, parte entre colchetes e em negrito acrescentada)

A discursiva capacidade atribuída aos sujeitos guia o próprio sistema regulamentar. Os pensamentos autóctones (na América Latina) inspiram mútuo nexo declaratório. O diálogo em pé de igualdade, apesar das diferenças disseminadas, forma a vontade retilínea. O ato fundador é conhecimento formatado no esquema disponível de autorização (opinião pública), transcende, de bom alvitre, abordagens reducionistas dos Direitos Humanos nos enunciados legais – suprenacionais – oceânicos[5] à revelia das razões extensivas ao proveito social do Direito (Luiz Alberto Warat).

Não por acaso, quando, na Filosofia Jurídica, afirma-se o nivelamento tecnicista da norma, temerários substratos burocráticos (ou seriam tecnocráticos?) impedem nobres causídicos de experimentarem resistência. Ora, se os bacharéis

[5] "*Desta forma, as utopias unicamente provocam efeitos como particulares técnicas para escamotear (fugir) da realidade num processo de transformação "delirante", um delírio de massas provocado por um sentimento, diria Freud, "oceânico".*" (WARAT, 1994, p. 23) Naturalmente, o autor não invoca Sigmund Freud para dizer que a psicanálise tem poder de resgatar. Ele – consignando nódoas ideológicas na escrita legislada – atribui a fundamentação redentora ao autoengano, que induz cômputo matemático do lapso conceitual, opressor "senso comum" impregnando desde a cátedra até o foro.

dos seus "clientes", quão mais afastados estes últimos viverão do alto poder. "Nun kann Gleichzeitigkeit allein nicht die identität einer Äußerung garantieren, die je nach Referenzsprache verschiedene Bedeutungen behält." ["Atualmente Simultaneidade não pode garantir identificação dum Enunciado, as reservas, dependendo do idioma de Referência, possuem, isoladas, Significados **{Sentidos}** diferentes."] (HABERMAS, 1992, p. 75)

Na ilha da fantasia, todos falam a mesma língua,... em nossa Babilônia vespertina, não.

Os influxos – policitação e oblação, figuras empíricas convergentes – voltam-se, enfim, para o satisfatório desempenho das carências interindividuais. A solidariedade não admitiria mixofobia[6], eis porque parece desproporcional o "gene egoísta" enquanto desejável vitória do poder dominante. Uma compreensão assim teorizada produz semi-liberdades e semi-humanidade.

Se, na selva, os leões lutam pelo melhor pedaço da caça enquanto buscam juntos o mesmo alimento, a ilustração é, no mínimo, indevida para os homens. Empregar mecanismos, agora estatais, tem poder emancipatório. As posições assumidas no reino animal são simbióticas porque a escala de tais seres opera sem pauta no instrumental consenso, antes, com anuência simples. Entre todos os povos, ao revés, fronteiras jurídicas resguardam os generosos esforços abnegados enquanto impede anárquica destruição.

O estopim das disputas entre pessoas deve limitar autotutela e estimular sociabilidade. A formação identitária presenta implantação das normas tendentes a extinguir determinismos violentos.

A filosofia política deve-ser. Merece ser levada a sério recebendo, responsabilidades e bônus em prol da (re)construção consciente do código cidadão, *medium iuris* pelo qual a liberdade traduz justiça cooperativa.

---

[6] Expressão empregada por Zygmunt Bauman para designar o constante medo que as pessoas parecem ter do diferente. Em vários de seus escritos, o sociólogo polonês reforça a necessidade de criticarmos os pressupostos dominantes de uma sociedade liquefeita. O neocorporativismo ganha força entre grupos segregacionistas. Há uma proteção identitária comprometedora do pluralismo responsável e respeitável. Quem começa a trabalhar para agências de natureza eletiva tem todo o direito de sair por aí recrutando sua "clientela". Esta é a mensagem central do utilitarismo (incluindo sua faceta política). Queremos que essas pessoas – as mais ou menos contempladas – vejam aberta uma janela e apoiem, em tudo, o que por si só chamariam de "comunidade de inteligência consensual", virando as costas para receios desmetidos no afã do avanço isonômico.

A soberania popular provém do natural compromisso recíproco entre homens exercendo plenamente fundamental contrato arbitral.

5 GUIA DE CONCLUSÃO

Não se pode perder o fôlego inaugurado em julho de 2013 e permitir falência do empreendimento centrípeto então elaborado. Preservar a mobilização constante em prol de avanços políticos é, não somente uma condição de intuito formativo (das novas gerações insatisfeitas com desarranjos), mas, igualmente, radiografia indicando nível arriscado da inflamação no corpo social.

Acreditamos estar concluído o objetivo central, senão matricial, desta pesquisa – mensuração rudimentar do estágio crônico instável, ciente das desencontradas searas democraticas –, pois o leitor, bem convencido do peremptório medo encarado ante duvidosas panaceias, reconhecerá quão prudentes vieram à luz fomentos consignatórios em Habermas.

A determinação das ações comunicativas (*kommunicativen handlungen*) perpassa compreensão multifacetada dos conteúdos e interpretação caso a caso de seus continentes. Uma sociedade verdadeiramente humana jamais abandonará ao próprio destino o escambo solidário.

Vale, em derradeiro, salientar (e sustentar) o papel institucional dos ambientes propensos à inovação. A promoção de intercâmbio cultural entre níveis de ensino formais e consuetudinários acha terreno fértil no embate exclusão X deliberação por fomentar, nos âmbitos local e regional, debate prolífico entre setores autônomos da coletividade. Os programas desenvolvidos garantem, aos acadêmicos e, por extensão, a parcela crescente da população, acesso ao bom e necessário constructo informativo produzido em prol dos direitos humanos e fundamentais corolários do modelo constitucional garantista (CF-1988, art. 5).

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980.

_____. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

_____. **Faktizität und Geltung.** Beiträge zur Diskurstheorie dês Rechts und dês Demokratischen Rechitstaats. Frankfurt am Main: Surkamp Verlag, 1992.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

MERLE, Jean-Christophe. A democracia deliberativa soluciona o quê? In: **Veredas do direito**, Belo Horizonte, vol. 1, n. 03, jul-dez 2004, pp. 19-28.

MUNO, Wolfgang. **Demokratie und soziale entwicklung in lateinamerika**. Baden-Baden: Nomos, 2012.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

SEGOVIA, Juan Fernando. **Habermas y la democracia deliberativa.:** una «utopia» tardomoderna. Madrid: Marcial Pons, 2008.

VERNANT, Jean Pierre. **As origens do pensamento grego**. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

AS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR (2008) E DA BOLÍVIA (2009) COMO INTEGRANTES DO CICLO DO CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL À LUZ DA CLASSIFICAÇÃO DE RAQUEL FAJARDO E DO PENSAMENTO DESCOLONIAL

Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira[1]

RESUMO

Inaugurando um novo paradigma constitucional na América Latina, as Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008), que integram o ciclo do constitucionalismo plurinacional, conforme a definição de Raquel Y. Fajardo, trazem à concretude textual as noções de pluralismo jurídico indígena, de Estado plurinacional e pluriétnico. Por considerarem as cosmovisões (*sumak kawsay, buen vivir* etc.) dos povos originários daqueles países – historicamente reprimidas, silenciadas e violentadas – como fonte de legitimidade política e de elaboração legislativa, essas Constituições fortalecem a autodeterminação indígena, construindo uma nova agenda política quanto aos direitos dos povos originários e a influência destes no modelo de desenvolvimento em âmbito nacional. Como pano de fundo teórico desta ruptura paradigmática encontram-se o pensamento descolonial latino-americano, sobretudo através de autores como Aníbal Quijano e Walter Mignolo, bem como a proposta de Epistemologias do Sul de Boaventura de Sousa Santos, enquanto teorias que denunciam a dominação epistemológica lograda pelo colonialismo e a herança colonial eurocêntrica.
PALAVRAS-CHAVE: ciclo do constitucionalismo plurinacional; cosmovisões indígenas; pensamento descolonial latino-americano.

RESUMEN

Las experiencias constitucionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), ubicadas en el ciclo del constitucionalismo plurinacional, según la definición de Raquel Y. Fajardo, plantean un nuevo paradigma constitucional en América Latina. Los procesos constituyentes de dichos Estados representan la concreción textual de las nociones de pluralismo jurídico indígena y de Estado plurinacional. Por considerar las cosmovisiones (sumak kawsay, buen vivir etc.) de los pueblos originarios de esos países - históricamente reprimidos, silenciados y maltratados - como fuente de legitimidad política y técnica legislativa, estas Constituciones fortalecen la autodeterminación indígena, construyendo una nueva agenda política con respecto a los derechos de los pueblos indígenas y su influencia en el modelo de desarrollo a nivel nacional. El pensamento descolonial latinoamericano, principalmente por autores como Aníbal Quijano y Walter Mignolo, así como la propuesta de Epistemologías del Sur de Boaventura de Sousa Santos, son la base teórica de esta

[1] Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da UFPB, na área de concentração Direitos Humanos, linha de pesquisa Filosofia, teoria dos direitos humanos e teorias críticas do direito (2017). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (2014).

ruptura paradigmática, porque denuncian la dominación epistemológica del colonialismo y el legado colonial eurocéntrico.
PALABRASCLAVE: ciclo del constitucionalismo pluranacional; cosmovisiones indígenas; pensamiento descolonial latinoamericano.

1. INTRODUÇÃO

A história da América Latina revela a forte dependência de padrões culturais colonizadores, reproduzidos pelas elites locais, que através do sistemático silenciamento das minorias[2], subsidiado pelos modelos socioeconômicos e político-institucionais colonizadores, privou-lhes da possibilidade de criação de práticas institucionais próprias, de formas alternativas de conhecimento e de representação social, e assim, de manifestações genuinamente latino-americanas.

Como herança colonial e posteriormente republicana, os povos originários[3] e outras minorias foram submetidos à desapropriação territorial, à debilitação cultural, à subordinação política, e a toda sorte de discriminação, sendo-lhes negado qualquer poder de ação em relação aos seus próprios destinos. Após o final formal do colonialismo, as políticas de ajuste estrutural e seguintes dos séculos XX e XXI, têm constituído novas formas de exclusão, sobretudo para os povos indígenas, ameaçando sua própria existência enquanto coletividades.

[2] Tais práticas históricas de dominação interna e externa vitimizaram – sobretudo -- secularmente os povos indígenas, a quem foi dedicada uma política de extermínio e exclusão, amplificada com o advento do ideal de Estado-nação surgido com a Modernidade europeia, fundado na correspondência de um só povo a cada Estado, com a mesma cultura, sobre cada território.

[3] A ênfase dada aos povos indígenas se justifica diante do protagonismo de tais povos, juntamente com os campesinos, na condução das conquistas constitucionais da Bolívia e do Equador, na medida em que foram atores fundamentais nas lutas sociais contra modelos de desenvolvimento que não consideravam a Pachamama e a cosmovisão indígena. (PISARELLO, 2011, p. 198). A importância primordial de que se reveste o conceito de *Sumak Kawsay* em diversas partes da carta daqueles países nos revela o papel ativo que tiveram os povos indígenas nesses processos constituintes. García Linera (2012, p. 593) nos revela que "[...] a ideologia indianista pôde se expandir e ser capaz de oferecer uma explicação do drama coletivo, precisamente a partir da articulação política das experiências cotidianas de exclusão social, discriminação étnica e memória social comunitária de camponeses [...] esse indianismo propiciara a coesão de uma força de massa mobilizável, insurrecional e eleitoral, politizando o campo político-discursivo e consolidando-se como uma ideologia com proteção estatal". É nesse sentido que Bartolomé Clavero denomina o novo movimento constitucional latino-americano de "constitucionalismo indígena".

Contudo, viu-se emergir nos últimos anos[4] um novo movimento constitucional em alguns países da América do Sul, a partir de processos políticos que culminaram em reformas constitucionais, impulsionados por cenários de intensos conflitos socioeconômicos e políticos.

A Bolívia em 2009 e o Equador em 2008 aprovaram novo texto constitucional, de cuja elaboração participaram ativamente aqueles que historicamente foram excluídos das decisões políticas do Estado, dentre os quais se encontram os indígenas, os afrodescendentes, as mulheres, os campesinos, além de outros grupos representados por movimentos sociais. Tais processos constituintes se deram como fruto da reorganização dos movimentos populares de esquerda nestes países, como reação às políticas privatizantes do neoliberalismo no final do século XX.

As referidas constituições pretenderam a refundação do Estado, instituindo o Estado plurinacional (no caso da Bolívia) e trazendo novos conceitos de legitimidade e democracia participativa, novas e mais profundas formas de participação política popular e de organização institucional estatal[5], maior intervenção do Estado na economia, dentre outras mudanças, na intenção de superação dos constitucionalismos precedentes na América Latina.

Para tanto, tomou-se como fonte integrante e informadora de sua teoria constitucional o conhecimento tradicional de seus povos originários, evidenciado pela menção a valores e princípios éticos-morais indígenas em seus textos, a exemplo do *Sumak Kawsay*, do *buen vivir*, e da evocação da *Pachamama* (*Madre Tierra*), alçada a sujeito de direitos na carta equatoriana.

Ademais, estabelece-se expressamente naqueles Estados o pluralismo jurídico, – em cada país a sua forma, com suas peculiaridades e limites –, com a criação de jurisdição indígena autônoma. Assim, pretende-se romper definitivamente com o Estado monista e monocultural e com a hegemonia epistêmica da Modernidade europeia, ao se internalizar outras lógicas de desenvolvimento fundadas nas

---

[4] Não há consenso doutrinário acerca do marco temporal que inicia o fenômeno comumente denominado 'Novo Constitucionalismo Latino-americano', há autores, a exemplo de Raquel Y. Fajardo, que vislumbram a década de 1980 como o início do novo paradigma, enquanto outros, como Viciano Pastor e Martínez Dalmau, que indicam o início do processo constituinte colombiano de 1991 como marco temporal inicial do novo constitucionalismo, mas não contínuo.

[5] Inclusive com a criação, na Bolívia, de um Tribunal Constitucional Plurinacional, de participação indígena obrigatória. (Artigo 206, I, da Constituição da Bolívia de 2009).

cosmovisões indígenas, com intenções descolonizantes de todas as estruturas do Estado.

É de ver-se, portanto, que o distanciamento em relação à herança cultural colonizadora e assim aos marcos teóricos europeus e norte-americanos pauta as mudanças ideológicas e conceituais do novo movimento constitucional latino-americano.

À guisa de melhor delimitação do objeto, esclarece-se, de início, que o recorte espaço-temporal do fenômeno que ora se pretende abordar restringe-se aos processos constituintes ortodoxos[6] ocorridos na Bolívia (de 2006 a 2009) e no Equador (de 2007 a 2008), que resultaram nas constituições dos referidos Estados, e que integram o ciclo do constitucionalismo plurinacional[7].

É nesse horizonte de sentido que o fenômeno do novo Constitucionalismo latino-americano se aproxima de propostas que denunciam formas epistemológicas de dominação, notadamente as Epistemologias do Sul, formulação de Boaventura de Sousa Santos, e as teorias descoloniais latino-americanas, que tem por expoentes, dentre outros, Walter Mignolo, Enrique Dussel e Aníbal Quijano.

No presente trabalho, utilizar-se-á a formulação teórica de Raquel Z. Y. Fajardo, que logrou organizar em três ciclos as recentes reformas constitucionais na América Latina sob o prisma do pluralismo jurídico e assim dos direitos indígenas. Tal escolha se deu tanto pela primazia da construção teórica da aludida autora, quanto pela relevância ao propósito do presente trabalho, isto é, o esforço de delineamento do novo constitucionalismo latino-americano a partir da perspectiva da interculturalidade e dos avanços no sentido da intenção decolonial. Em um segundo momento, apontar-se-á as teorias descoloniais latino-americanas, sobretudo a partir do conceito de colonialidade de poder, cunhado primeiramente por Aníbal Quijano, e da formulação das Epistemologias do Sul, de Boaventura de Sousa Santos, como pano de fundo teórico do giro paradigmático representado

[6] Para Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2011), são assim considerados aqueles processos constituintes em que houve Assembleia Constituinte plenamente democráticas, com plebiscito ativador e referendo posterior às deliberações tomadas em situação de extrema participação popular.

[7] Trata-se de referência à organização, lograda por Raquel Y. Fajardo, das recentes reformas constitucionais na América Latina em três ciclos, sob o prisma do pluralismo jurídico e assim dos direitos indígenas, que será retomada adiante.

pelas novas Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008) com sua abertura epistemológica para as cosmovisões indígenas.

2. CICLOS DE REFORMAS CONSTITUCIONAIS LATINO-AMERICANAS SOB O ENFOQUE DA DIVERSIDADE CULTURAL E DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS NA CONCEPÇÃO DE RAQUEL FAJARDO

A partir da análise das últimas reformas constitucionais ocorridas na América Latina nas últimas três décadas (de 1980 a 2010), sob o enfoque prioritário dos direitos indígenas e da abertura multicultural, intercultural e pluralista nas novas cartas, a autora logrou a sistematização de tais constituições em três ciclos pluralistas (com diversos níveis de profundidade de acordo com cada constituição), quais sejam: a) o ciclo do constitucionalismo multicultural (1982-1988); b) o ciclo do constitucionalismo pluricultural (1989-2005); c) o ciclo do constitucionalismo plurinacional (2006-2009).

Tais novidades constitucionais no *"horizonte del constitucionalismo pluralista"* transformam as relações entre Estado e povos indígenas, de maneira que em alguns casos há alterações profundas na própria configuração estatal. Nesse sentido, Fajardo assevera que este giro paradigmático rompe com o constitucionalismo liberal monista do século XIX (marcado pela ideologia do Estado-nação monocultural, que surge com o Estado moderno europeu, segundo a qual a cada Estado corresponde uma nação, bem como um sistema jurídico) e com o constitucionalismo social integracionista do século XX (que a despeito de reconhecer direitos a coletividades, incluindo o direito coletivo à terra aos indígenas, não rompeu com o monismo jurídico, tampouco com uma concepção de indigenismo integracionista) chegando-se em alguns casos a aspirações descolonizadoras. (FAJARDO, 2011, p. 139)

A autora afirma que a independência política dos países latino-americanos em relação a suas respectivas metrópoles não implicou o fim da sujeição colonial, conquanto os novos Estados adotaram constituições liberais com perspectivas "*neocoloniales*" em relação aos povos originários. (FAJARDO, 2011, p. 139).

Assim, viu-se, sob a égide pós-colonial e posteriormente republicana, a continuidade de políticas assimilacionistas e em seguida integracionistas em relação aos povos indígenas, com a sistemática desapropriação de seus territórios e recursos naturais, exploração de sua mão de obra, debilitação de suas culturas, discriminação e negação veemente de quaisquer direitos identitários. Com efeito, a ideologia da inferioridade natural do índio e a tutela indígena[8] sedimentada nas políticas estatais perpetuaram este modelo de subordinação. (FAJARDO, 2011, p. 139; FAJARDO, 2009, p. 12).

A internalização por parte dos indígenas das representações negativas do grupo étnico hegemônico perante a sua etnia é uma das perversas situações que decorreram das relações de embate étnico e cultural observáveis nos países da América Latina. É o que Oliveira descreve como "consciência infeliz", quando a consciência indígena, vítima do colonialismo etnocêntrico, resta dividida em duas: "uma voltada para os seus ancestrais e outra voltada para os poderosos homens que o circundam" (2006, p. 43). Não é senão após a primeira onda de mudanças constitucionais na região, que a abertura ao multiculturalismo, em certa medida sob os auspícios de instrumentos normativos internacionais, especialmente a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), aprovada em 1989, permitem políticas de reconhecimento, impulsionadas pelas demandas de coletividades que lutam para que suas identidades étnicas sejam respeitadas.

Os anos 80, precisamente entre 1982-1988, é o espaço de desenvolvimento do primeiro ciclo de reformas constitucionais – o ciclo do constitucionalismo multicultural –, segundo a proposta de Fajardo. Este ciclo se caracteriza pela positivação constitucional do reconhecimento da multiculturalidade da sociedade, do direito individual e coletivo à identidade cultural e alguns outros direitos indígenas. É também nesse contexto que surge o conceito de diversidade cultural, todavia, não há nas constituições do primeiro ciclo o reconhecimento expresso do pluralismo jurídico. (FAJARDO, 2011, p. 141-142)

A autora menciona como constituições representativas desse primeiro

[8] Relembre-se que até o Código Civil Brasileiro de 1916 (art. 6º, III e parágrafo único) os indígenas, ali denominados 'silvícolas', eram considerados relativamente incapazes, devendo ser tutelados pelo órgão indigenista estatal até que se adaptassem à civilização.

momento a da Guatemala (1985), que reconhece a conformação multicultural, multilinguística e multiétnica do povo, o direito individual e coletivo à identidade cultural, além de alguns direitos indígenas e referentes a grupos étnicos; a Constituição de Nicarágua (1987), que reconhece direitos culturais, linguísticos e territoriais a comunidades étnicas, reconhecendo a configuração multiétnica da sociedade. Também a Constituição brasileira de 1988 se situa nesse ciclo, embora a autora reconheça seus avanços no tocante à implantação de alguns direitos provenientes dos debates para a revisão da Convenção 107 da OIT[9], já que foi promulgada um ano antes da aprovação da Convenção 169 da OIT[10], motivo pelo quê considera que a Constituição de 1988 se situa no limiar do segundo ciclo de reformas constitucionais. (FAJARDO, 2011, p. 141)

O segundo ciclo de reformas, o ciclo do constitucionalismo pluricultural, tem lugar entre 1989-2005. Ademais dos direitos à identidade cultural e étnica já conquistados no primeiro ciclo, o pluralismo e a diversidade cultural são alçados a princípios constitucionais. Vislumbra-se o avanço no sentido da ressignificação da natureza do Estado ao introduzir-se a noção de nação multiétnica ou multicultural e Estado pluricultural (e não mais Estado-nação monocultural, tão caro ao constitucionalismo do século XIX). (FAJARDO, 2011, p. 142 e p.146)

Sob a influência da Convenção 169 da OIT, então recentemente aprovada, há nessas constituições a inclusão de vários direitos relativos aos povos indígenas e outros grupos étnicos, incluindo-se a educação bilíngue intercultural, o direito ao território, a consulta prévia, dentre outros. (FAJARDO, 2011, p. 142)

Entrementes, o mais significativo avanço do segundo ciclo é o rompimento com o monismo jurídico, ao reconhecer-se o direito costumeiro indígena, suas normas, procedimentos, autoridades e funções de justiça ou jurisdicionais. Destarte, o Estado deixa de ser a única fonte de produção legal do direito e do uso

---

[9] Aprovada em 1957, a Convenção 107 da OIT, de cunho integracionista, antecedeu a Convenção 169 da OIT, aprovada em 1989.

[10] Segundo os comentos de Sieder (2011, p. 306-307): *"El Convenio 169 establece la obligación de los Estados de promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Entre sus cláusulas más importantes están las que establecen que los pueblos indígenas tienen un derecho de decisión respecto de los procesos de desarrollo que los afecten y garantías sobre su derecho a ser previamente consultados sobre tales procesos."*

legítimo da violência, superando-se a ideia clássica de soberania e monopólio. Conserva-se, todavia, a limitação constitucional, em uma espécie de pluralismo jurídico interno. Assim, a administração da justiça, a produção normativa e a manutenção da ordem pública interna, conquanto possam ser exercidos tanto pelos órgãos soberanos estatais quanto pelas autoridades indígenas, devem sê-lo nos limites do controle constitucional, o que, segundo a autora, "*no siempre se implementan de modo orgânico y sistemático.*" (FAJARDO, 2011, p. 142-143; FAJARDO, 2009, p. 30)

Para tanto contribuem a ausência de lei ou jurisprudência acerca do exercício da vasta lista de direitos consagrados aos povos indígenas, e especial em relação à jurisdição indígena, aliada à carência de meios institucionais aptos a pô-los em prática e a necessidade de revisão de todo o ordenamento jurídico após o advento das reformas. (FAJARDO, 2011, p. 143)

Todos os países andinos, à exceção do Chile, adotaram alguma espécie de pluralismo jurídico interno em suas cartas: Colômbia (1991), Bolívia (1994), Peru (1993), Equador (1998), Venezuela (1999). Também as constituições do México (1992), da Argentina (1994) e do Paraguai (1992) são representantes do ciclo do constitucionalismo pluricultural. (FAJARDO, 2011, p. 143 e p. 145)

Segundo a autora, como produto de reivindicações dos movimentos indígenas em países latino-americanos por reconhecimento de seus sistemas normativos, bem como da confluência dos novos direitos garantidos internacionalmente a estes povos, mormente pela Convenção 169 da OIT[11], do favorecimento ao reconhecimento de direitos indígenas ensejado pelas ideias do multiculturalismo e da tendência global de reformas judiciárias para incorporação de mecanismos alternativos para resolução de conflitos, exsurge o pluralismo jurídico. Inicialmente, nas constituições do segundo ciclo, entretanto, adotou-se uma sorte de pluralismo jurídico interno, isto é, submetido à soberania nacional e aos direitos

[11] A Convenção 169 da OIT, em seu artigo 8.2, reconhece o direito à conservação dos costumes e instituições indígenas, desde que limitados ao respeito pelos direitos humanos internacionais e pelos direitos fundamentais reconhecidos pelo direito nacional: "Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste principio."

humanos.

Tal pluralismo, não obstante rompa com o modelo de Estado-nação monocultural e com a identidade Estado-direito impostos no século XIX, trata-se, conforme aventado, de um pluralismo jurídico submetido à Constituição. Somente a Constituição do Peru (1993) se harmoniza com a Convenção 169 da OIT ao determinar que a jurisdição especial não deva afrontar os direitos da pessoa, enquanto as demais colocam a jurisdição indígena em posição de subordinação em relação à Constituição e às leis, e no caso venezuelano inclui-se até a ordem pública. (FAJARDO, 2011, p. 146-147)

Nesse contexto, reconhece-se o direito a que os povos indígenas/campesinos tenham autoridades e instituições próprias, segundo suas próprias normas e procedimentos ou seu direito consuetudinário e costumes, exercendo função jurisdicional (jurisdição especial) e de administração de justiça. Entrementes, nem todas as cartas do segundo ciclo lograram implementar o pluralismo jurídico de maneira "suficientemente orgânica nem consistente" (FAJARDO, 2011, p. 146, tradução nossa), de maneira que às vezes há apenas referência ao pluralismo em seções pontuais da constituição, mormente aquela que versa sobre o Poder Judiciário (a exemplo da constituição da Colômbia de 1991 e do Peru de 1993) ou há a presença inorgânica da temática em outras seções (como é o caso da Bolívia, em sua Constituição de 1994, onde há alusão em capítulo relacionado a assuntos agrários). (FAJARDO, 2011, p. 146)

Ademais, as cartas do ciclo pluricultural não são homogêneas quanto à extensão da competência material, pessoal e territorial da jurisdição especial[12],assim, as constituições da Colômbia e a do Peru determinam a competência territorial, enquanto a da Venezuela impõe limitação pessoal, estatuindo que aquelas instâncias de justiça somente se aplicam aos povos indígenas. Já as cartas da Bolívia (1994) e do Equador (1998) fazem limitação material, ao cingir-se a assuntos internos, restrição que as demais constituições do

[12] A Colômbia, país de maioria não-indígena cunhou a expressão "jurisdição especial" em contraposição à jurisdição ordinária, referente à população em geral. Entretanto, tal tradição subsistiu, de maneira que mesmo países com maioria indígena, como é o caso do Peru e da Bolívia acabaram por adotá-la. (FAJARDO, 2011, p. 147)

mesmo ciclo não fazem, tampouco a Convenção 169 da OIT. Contudo, tais competências soem ser limitadas pela via judicial ou legislativa.[13] (FAJARDO, 2011, p. 147)

É de notar-se, portanto, que as limitações impostas à jurisdição especial e assim ao pluralismo jurídico do segundo ciclo, são objeto de constante disputa judicial e política e soam a princípio incoerentes com a própria ideia de pluralismo jurídico e com o direito à diversidade cultural e a igualdade de culturas conclamadas pelas mesmas constituições, traduzindo-se em pluralismo jurídico subordinado colonial. (FAJARDO, 2011, p. 147-148)

Com efeito, o desafio de se resolver de modo plural e intercultural os conflitos de interlegalidade entre as jurisdições, bem como aqueles casos em que ocorre violação a direitos humanos por parte da jurisdição indígena, é a tarefa que o segundo ciclo deixou ao ciclo seguinte, porquanto houve naquele um intenso desacordo entre os princípios consagrados e a as instituições monoculturais tradicionais, revelando a ausência de procedimentos institucionais capazes de sanar o aludido desafio. (FAJARDO, 2011, p. 148-149)

Fajardo atenta ainda para o que chama *"neutralización de los nuevos derechos conquistados*" (2011, p. 143) ocorrido no segundo ciclo, referindo-se ao resultado da adoção simultânea de normas que facilitaram a implementação de políticas neoliberais[14] (houve a diminuição do papel do Estado na economia, a abertura da economia ao mercado e a redução de direitos sociais), e de normas multiculturais e fortalecedores dos direitos relativos aos povos indígenas.

Finalmente, o terceiro ciclo de reformas constitucionais é aquele denominado ciclo do constitucionalismo plurinacional[15], que se resume a dois processos

---

[13] Em sentido contrário cite-se a emblemática decisão da Corte Constitucional da Colombiana, que em razão de considerar que um pluralismo limitado à Constituição e às leis poderia restar inócuo, estabeleceu quatro mínimos a serem respeitados, de forma que as decisões da jurisdição especial deveriam obedecer a: não incluir pena de morte, tortura ou escravidão e deviam ser de alguma forma previsíveis. (FAJARDO, 2011, p. 148)

[14] Sobretudo no Peru e na Bolívia, o que facilitou a instalação de empresas multinacionais. A constituição do Peru de 1993, não obstante ter reconhecido o pluralismo jurídico e o caráter pluricultural do Estado, trouxe normas que fulminaram a imprescritibilidade, inalienabilidade, e impenhorabilidades das terras indígenas, o que já era garantido em constituições precedentes, ensejando assim o avanço das multinacionais em território indígena. (FAJARDO, 2011, p. 143)

[15] Nesse sentido, Bartolomé Clavero (2011, p. 3) sustenta existir uma diferença primordial entre um Estado que se qualifique como culturalmente diverso (e assim, multicultural ou pluricultural)

constituintes, quais sejam, o da Bolívia (2006-2009) e do Equador (2008). Tais cartas propõem um projeto descolonizador do Estado, por meio de sua própria refundação, passando assim a ser denominado Estado plurinacional, com o reconhecimento expresso dos conhecimentos milenares dos povos indígenas, outrora ignorados quando da fundação do Estado republicano. Ademais, afirmam um pluralismo jurídico igualitário[16], fundado na igual dignidade dos povos e culturas, apostando no diálogo intercultural.

Destarte, aduz a autora, os povos indígenas deixam de ser reconhecidos como "culturas diversas", passando a ser tidos como "nações originárias" ou "nacionalidades", dotadas do direito de autodeterminação ou livre determinação. É dizer, passam a gozar de maior protagonismo, atuando como sujeitos políticos coletivos, capazes de definir seu próprio destino e de governar-se consoante suas próprias autonomias, participando ativamente das decisões políticas do Estado. Nesse sentido, explicita Fajardo (2011, p. 149):

> *Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno el que "reconoce" derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de defi nir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y pretenden contrarrestar el hecho de que se las haya considerado como menores de edad sujetos a tutela estatal a lo largo de la historia.*

Como produto das novas reinvindicações indígenas e da população em geral, impulsionadas pela crise do modelo de ajuste estrutural e das políticas neoliberais, emergem novos direitos sociais imbuídos das cosmovisões indígenas, a exemplo do

---

e um Estado que afirme como nacionalmente plural em sua composição (plurinacional), pois apenas neste se reconhece a necessidade de uma reconstituição desde sua base, fundada em novos princípios, a exemplo dos casos do Equador e da Bolívia, pelo menos em sua dimensão político-normativa.

[16] A este respeito, cumpre a menção ao comentário de Santos (2007, p. 26), em defesa da subordinação do sistema jurídico indígena à Constituição: *"Las naciones o pueblos como ustedes, podrían crear probablemente su constitución local, por las autonomías; pero las constituciones locales tienen que respetar la constitución nacional."*

direito à água, à segurança alimentar, ao "*buen vivir*"[17], bem como da elevação da *Pachamama*[18] a sujeito de direitos na carta equatoriana, dentre outros. (FAJARDO, 2011, p. 149; FAJARDO, 2009, p. 27)

No terceiro ciclo, o fundamento do pluralismo legal se desloca de tão-somente a diversidade cultural para envolver também o princípio da interculturalidade e o direito dos povos indígenas e originários à autodeterminação (conforme consta na carta do Equador) ou livre determinação (conforme consta na constituição boliviana) dos povos. (FAJARDO, 2011, p. 150) Ressalte-se que estas cartas do século XXI foram aprovadas sob os auspícios da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas[19], de 2007, que assinala em seu artigo 3 o direito à autodeterminação. [20]

Nesse contexto, a constituição da Bolívia, em busca de traduzir a interculturalidade em implicações institucionais, estabelece o dever de paridade de representação entre membros da jurisdição indígena e da jurisdição ordinária na composição de seus tribunais, incluindo o Tribunal Plurinacional Constitucional.[21]

---

[17] *Buen vivir* é conceito de conteúdo ético-moral de harmonia simbiótica entre o ser humano e a natureza, proveniente das cosmovisões indígenas, que perpassa as Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008), figurando como objetivo positivado a ser cumprido, pois se relaciona com todos os aspectos da vida e inspira um novo modelo de desenvolvimento econômico, e assim de novos modelos de produção e consumo, que tem como centro a coletividade e a relação não instrumental entre a natureza e o humano.

[18] A carta da Bolívia grafa como *Pachamama*, ao passo que na do Equador diz-se *Pacha Mama*. Zaffaroni (2011, p. 57) assim a define: "*La Pachamama es uma deidad protectora –no propriamente creadora, interesante diferencia- cuyo nombre proviene de las lenguas originarias y significa Tierra, en el sentido de mundo. Es la que todo lo da, pero como permanecemos en su interior como parte de ella, también exige reciprocidad, lo que se pone de manifiesto en todas las expresiones rituales de su culto. Con ella se dialoga permanentemente, no tiene ubicación espacial, está en todos lados, no hay un templo en el que vive, no tiene una morada porque es la vida misma. Si no se la atende cuando tiene hambre o sed, produce enfermedades. Sus rituales, justamente consisten en proporcionarle bebida y comida (challaco).*"

[19] Trata-se do instrumento normativo mais completo e integrado a versar sobre direitos individuais e coletivos indígenas e as obrigações estatais quanto a estes. (SIEDER, 2011, p. 309). A Declaração relembra o fato de as populações indígenas terem sofrido a injustiça histórica decorrentes dos séculos de colonização e usurpação sistemática de suas terras e recursos, impedindo assim seu desenvolvimento; afirma a igualdade dos povos indígenas perante a sociedade, reafirmando seu direito à diferença; e dentre outras coisas, reconhece também a mobilização indígena crescente contra a opressão.

[20] "Artigo 3 Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural."

[21] Assim dispõe o artigo 197 da *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia*: *"Artículo 197. I. El tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de purinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino."*

Entrementes, atenta Fajardo (2011, p. 150), tais avanços no sentido da plurinacionalidade não se deram sem as resistências teóricas e práticas do passado, é o que se vislumbra nas limitações impostas ao primeiro texto elaborado pela Assembleia Constituinte da Bolívia, obstaculizando o pleno reconhecimento da autonomia e jurisdição indígena.Assim, conclui a autora, coexistem no texto boliviano princípios pluralistas e normas limitadoras – a exemplo da restrição da jurisdição indígena a assuntos internos (indígenas), aplicável a indígenas, na circunscrição de seu seus territórios –, demandando esforços interpretativos a fim de salvaguardar os ideais pluralistas e descolonizadores dessa carta.

O reconhecimento expresso das funções jurisdicionais indígenas, de igual hierarquia à jurisdição ordinária, figura claramente nas cartas boliviana e equatoriana, diferentemente das constituições anteriores, que se limitavam a tratar do tema de maneira genérica e pontual. As constituições do terceiro ciclo consagram vários artigos aos direitos e à justiça indígenas de maneira transversal, perpassando todo o texto constitucional. Desta forma, sobretudo na carta boliviana, há a harmonização do exercício de poderes – outrora exclusivos do Estado –, evitando possíveis colisões entre a atuação indígena e os poderes constituídos. (FAJARDO, 2011, p. 151-152)

O terceiro ciclo, ou ciclo constitucionalismo plurinacional, é então marcado pela pluralização dos direitos, da composição dos órgãos públicos, das formas de exercício do poder e da democracia. A Bolívia, à guisa de exemplo, reconhece, ademais da clássica democracia representativa, outras formas de participação[22], quais sejam, a democracia direta e participativa, através da revocatória de mandato, de consultas, referendos etc. e a democracia comunitária, através da qual se legitima a eleição e o exercício do poder por meio de autoridades indígenas de

[22] Assim dispõe a Constituição boliviana de 2009*: "Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley."*

acordo com seu próprio sistema normativo. (FAJARDO, 2011, p. 150)

Sem dúvidas, a mudança paradigmática alcançada pelo ciclo do constitucionalismo plurinacional é o objeto principal das construções teóricas acerca do novo movimento constitucional na América Latina, ainda que estas divirjam entre si, inclusive no tocante à abrangência de suas definições. Todavia, é possível afirmar que as constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008) estão sempre no foco em torno do qual se constrói o novo constitucionalismo latino-americano.[23]

3. AS CONSTITUIÇÕES PLURALISTAS DA BOLÍVIA (2009) E DO EQUADOR (2008) COMO RUPTURA COM A HERANÇA COLONIAL EUROCÊNTRICA

A partir do aparato teórico apresentado, conclui-se que as Constituições da Bolívia e do Equador, aprovadas em 2009 e em 2008, respectivamente, são aquelas que dentro da diversificada doutrina acerca do novo constitucionalismo latino-americano gozam de unanimidade em relação ao seu caráter transformador e anticolonialista[24].

Os referidos textos constitucionais, inseridos no ciclo do constitucionalismo plurinacional na classificação de Fajardo, contém em seu projeto alguns aspectos comuns, notadamente a implementação de um Estado plurinacional, a partir da própria refundação do Estado, a criação de formas que possibilitem maior participação popular, sobretudo daqueles grupos sociais que foram historicamente invisibilizados e marginalizados, e a possibilidade de maior intervenção estatal na economia.

Assim, tais constituições significam efetivamente uma ruptura relativamente às experiências constitucionais precedentes, afastando-se do constitucionalismo eurocêntrico e tradicional. Cuida-se assim de um novo

[23] A título de exemplo, a concepção de novo constitucionalismo pluralista latino-americano, trazida por Pedro Brandão (2013), somente reconhece estas duas cartas como representantes do novo movimento na região.

[24] Intenção que fica especialmente clara no preâmbulo da carta boliviana: *"[...] Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Socialde Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. [...]"*

paradigma epistemológico e político-social (SANTOS, 2010a, p. 44-46), de maneira que as concepções universalistas trazidas pela modernidade ocidental europeia não encontram guarida nestes projetos, que, ao contrário, enfatizam os princípios do pluralismo e da interculturalidade, com intenção claramente descolonizadora.

Nesta senda, Wolkmer (2011, p. 377) assinala que a tradição constitucional latino-americana sempre padeceu de cartas políticas que consagravam a idealização de estado de universal, se resumindo a anunciar abstratamente a igualdade formal, a independência de poderes, a soberania popular, a garantia liberal de direitos e uma noção de cidadania culturalmente homogênea. E continua o autor:

> Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas campesinas e populares. Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina, em grande parte, têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana.

Assim, Wolkmer (2011, p. 377-378) afirma que o novo constitucionalismo na América Latina rompe com o modelo anterior de lógica liberal-individualista, reconfigurando o espaço público em conformidade com os interesses e necessidade das maiorias historicamente afastadas dos processos decisórios, fundando um novo paradigma constitucional que o autor denomina "constitucionalismo pluralista intercultural" (WOLKMER, 2011, p. 404).

As novas constituições latino-americanas representam, portanto, o abandono da forma eurocêntrica de pensar o Estado e o direito na região, conquanto tem-se a reengenharia das instituições, a inovação das ideias e dos instrumentos jurídicos em direção aos interesses e às culturas violentamente invisibilizadas da sua própria história, de tal forma que as novas cartas, fruto dos inovadores processos sociais de luta na América Latina, enfatizam o protagonismo de novos atores sociais, reconhecem realidades plurais e a força inconteste dos povos indíngenas no continente, iniciando através de práticas desafiadoras uma

tentativa de processo de descolonização do poder e da justiça. (WOLKMER, 2011, p. 377-388 e p. 404).

É nesse contexto que observa Brandão (2013, p. 35):

> No plano Latino Americano; existe, na verdade, é um Novo Constitucionalismo Pluralista que se contrapõe ao antigo Constitucionalismo Latino Americano, marcado pelo elitismo, pela ausência de participação popular e pela subordinação das práticas, saberes e conhecimento dos povos indígenas.

É justamente a partir da superação da subordinação das práticas e conhecimentos dos povos originários que se dá a abertura epistemológica das novas constituições da Bolívia e do Equador às cosmovisões indígenas, que perpassam a lógica de tais textos, tomando as lutas históricas por emancipação como eixo epistêmico, contribuindo para ampliar o horizonte de sentido entre direito, política e cultura, no contexto do novo movimento constitucional.

Assim, reveste-se de especial importância as propostas epistemológicas – as teorias pós-coloniais, as teorias descolonais latino-americanas e as Epistemologias do Sul – que, de maneira geral, constatam que a herança colonial não se encerra com o final formal do período colonial, mas ao contrário, existe toda uma cultura condicionada pelo processo colonial desde o período da colonização até os dias atuais (ASCHROFT; GRIFFITHS; TIFFIN, 2007, p. 169).

Nessa direção apontam os estudos pós-coloniais e subalternos de autores anglófonos provindos de ex-colônias europeias no Oriente Médio e na Ásia, a exemplo de Edward Said, Gayatri Chakravorty Spivak e Homi Bhabha, que atribuiram à colonização uma dimensão epistemológica e ideológica (BLANCO, 2009, p. 72), atentando para o fato de que a colonização, para além de exploração econômica, constituiu igualmente a imposição de uma racionalidade sobre outra, tendo sido tal dominação cultural essencial para facultar a dominação econômica. É nesse contexto em que se faz mais adequado falar antes em *colonialidade* que em colonialismo para se remeter à dimensão epistemológica, cultural e simbólica de tal fenômeno.[25] (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 20)

[25] É nesse sentido que Castro-Gómez afirmar haver em comum entre tais teorias a afirmação de certo 'ponto cego' no marxismo em relação à dimensão epistemológica do poder, e assim uma certa invisibilidade das questões "superestrututais" étnica e racial, que a tradição marxista europeia não trata com a devida importância (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p.12-17).

Além de apontar para a questão da essencialização do outro, fundamental para que se estabelecesse o domínio colonial do ocidente, autores do pós-colonialismo anglo-saxão, a exemplo de Edward Said, atentam para o fato de que tais criações de representações e concepções de mundo, e assim de formação de subjetividades concretas, foram essenciais para que se tornasse viável a submissão ao poder econômico e político europeu, isto é, não seria possível a dominação apenas pela força, sendo este elemento representacional e ideológico primordial.

Assim, a construção de um imaginário oriental e ocidental[26], enquanto formas de pensamento e de viver são elementos que devem constar em toda explicação que se pretenda completa, seja econômica ou sociológica, acerca do colonialismo (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 22). Resta claro que ao afirmar que a divisão geopolítica deriva sua legitimidade da divisão ontológica ente as culturas e ao evidenciar as relações entre saber e poder, Said busca explicar a partir de quais relações de poder tais identidades florescem, colocando em relevo a maquinaria geopolítica de saber/poder que torna ilegítimo que as diversas formas de produzir conhecimentos e culturas existam simultaneamente, e de fato invisibilizando a variedade epistemológica do mundo (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 26-27), conclusão a que chega não só Said e outros pós-colonialistas de língua inglesa, mas também os autores descoloniais na América Latina e Boaventura de Sousa Santos.

Entretanto, o aporte teórico anglo-saxão no debate da teoria pós-colonial não é suficiente para permitir vislumbrar a especificidade do debate latino-americano sobre a modernidade/colonialidade, que propõe uma ruptura mais profunda – a descolonização do pensamento –, ensejando uma desobediência epistêmica com relação ao conhecimento europeu canônico, mesmo aqueles considerados mais críticos (BRAGATO, 2014, p. 211), de sorte que trataremos sobre o pensamento descolonial a partir das teorias de Walter Mignolo e Aníbal Quijano, e por fim, apontaremos sua semelhança com a proposta de Epistemologias do Sul, de Boaventura de Sousa Santos.

[26] Bem como de um imaginário Norte e Sul, ao tratar das questões específicas da Améria Latina. Note-se que este Sul "Não se resume ao sul geográfico, pois visa integrar o conjunto de países que foi vítima do colonialismo europeu e, ao mesmo tempo, classes e grupos sociais no interior do norte geográfico, de modo que o sul metafórico seria "o lado dos oprimidos pelas diferentes formas de dominação colonial e capitalista" (SANTOS; MENESES, 2010b, p. 13)

O pensamento descolonial latino-americano se insere na trilha das formas de pensamento contra-hegemônicas da modernidade e tem inspiração nos movimentos de resistência ao colonialismo a partir da asserção de que a modernidade não se trata de um fenômeno linear e homogêneo[27], e assim as formas de saber e de conhecimento hegemônicos tampouco foram os únicos produzidos ao longo das últimas cinco décadas (MIGNOLO, 2005, p. 12). Destarte, conclui Mignolo (MIGNOLO, 2005, p. 17) que a prática epistêmica descolonial tem como fim a descolonialidade do poder e emerge enquanto resposta à formação destas estruturas de dominação, que serão chamas de matriz colonial de poder por Quijano. Nesse contexto, Mignolo (2005, p. 18) são elencadas principais premissas do projeto da modernidade/colonialidade, dentre elas aquela que afirma que não há modernidade sem colonialidade, porque a colonialidade é constitutiva da modernidade.

A desconstrução do mito da modernidade lograda pelo pensamento descolonial latino-americano se deu através da crítica ao eurocentrismo iniciada pela teoria da libertação na América Latina, e consiste em desmascarar o projeto de normalização iniciado pela Europa e que ganhou grandes proporções com o Iluminismo. Assim, fazia-se necessário construir o sujeito "normal", necessário ao capitalismo (homem, branco, proprietário, heterossexual etc.), e em contraposição o "outro", que estava colocado do lado de fora da Europa. Logo, a imagem do burguês do século XVII foi feita enquanto negação dos "selvagens" que habitavam a América, a África etc., e estavam no passado de barbárie, que é o lugar daqueles que estavam "fora". Os valores presentes da civilização foram afirmados a partir deste contraste. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 67) A história da humanidade foi tida como o progresso inexorável em direção a um modo de vida capitalista no qual a Europa ocupava lugar privilegiado em relação às demais formas de viver, de produzir (o que inclui produzir conhecimento e cultura). Isto é, uma visão teleológica da história[28], na qual a modernidade europeia e a ciência moderna

[27] Dussel, à guisa de exemplo, considera a existência de duas modernidades, a primeira que se inicia em 1492 e a segunda, geralmente identificada com a única modernidade. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 49)

[28] Conforme afirma Quijano (2005, p. 204), nessa perspectiva de história eurocentrada, os povos colonizados estão colocados no passado de uma trajetória cujo ápice é a Europa. Os não europeus

ocupam a posição superior, e assim outras formas de produção e de conhecer foram relegadas ao passado, tratadas como primitivas, não científicas e fadadas ao ocaso.

No mesmo sentido, a partir da teoria da dependência na América Latina, observou-se que as relações de dependência centro-periferia não se davam somente nas esferas econômica e política, mas também na esfera epistemológica e que o próprio conhecimento foi instrumento de colonização. A colonialidade[29] é uma característica que provém deste processo e que subsiste de várias maneiras de neocolonialismo global ou colonialismos internos (QUIJANO, 2005, p. 277-278). E assim chega-se à categoria principal para os debates da modernidade/colonialidade, a colonialidade do poder, assim definida por quem primeiro a cunhou:

> *Consiste, en primer término, en una colonización del imaginario de los dominados. Es decir, actúa en la interioridad de ese imaginario... La represión recayó, ante todo,sobre los modos de conocer, de producir conocimiento,de producir perspectivas, imágenes y sistemas de imágenes, símbolos, modos de significación; sobre los recursos, patrones e instrumentos de expresión formalizada y objetivada, intelectual o visual... Los colonizadores impu-sieron también una imagen mistificada de sus propiospatrones de producción de conocimientos y significaciones.* (QUIJANO, 1992, p. 438)

Em termos gerais, tal afirmação implica três características da colonialidade do poder: a) a dominação colonial se deu por meios não exclusivamente coercitivos, já que foi afirmada entre colonizadores e colonizados uma superioridade étnica e epistêmica, que forçou os últimos a adotarem como seu o universo cognitivo do colonizador, relegando à inferioridade suas formas de conhecer a si mesmos e ao mundo e tomando o imaginário cultural europeu como a única forma de relacionar-se com o mundo social e com a natureza; b) com a eliminação de outras formas de conhecer, de produzir imagens, símbolos e significados próprias das populações nativas e tradicionais, outras as substituíram para servir ao propósito colonial, e o imaginário colonial cultural europeu exerceu uma forte fascinação sobre a vontade

---

poderiam ser considerados como pré-europeus que com o passar do tempo será o europeu ou modernizado, e assim, nessa escala de hierarquias que se relacionou o mítico e o irracional, o tradicional e o moderno, o primitivo e o civilizado etc.

[29] A colonialidade é uma marca do poder exercido nas relações de dominação colonial da modernidade, ao contrário do diferencia do colonialismo em si, que se trata de um processo de poder.

e o desejo dos subalternos, uma vez que dava acesso ao poder, trata-se da europeização cultural, nos termos de Quijano; c) além de um tipo hegemônico de subjetividade, criou-se igualmente um tipo hegemônico de conhecimento, é nesse sentido que há uma criado uma forma de conhecimento com pretensões de objetividade, neutralidade, cientificidade e objetividade, considerar o observador fora do observado e daí ter a pretensão de se instituir uma visão de mundo reconhecida como legítima, válida, universal e amparada pelo Estado, o que possibilitou o controle social e econômico sobre o mundo e a eliminações de outras visões que não favoreciam às necessidade capitalistas dos centros, que foram taxonomizadas e hierarquizadas. Tal estratégia epistêmica de domínio continua vigente e perpassa todas as relações sociais. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 58-64)

Em sentido semelhante, Boaventura de Sousa Santos (2010a, p. 4, tradução nossa) propõe as Epistemologias do Sul, definidas como sendo:

> [...] a demanda por novos processos de produção e de valorização de conhecimentos válidos, científicos e não-científicos, e de novas relações entre diferentes tipos de conhecimento, a partir das práticas das classes e grupos sociais que sofreram de maneira sistemática as injustas desigualdades e as discriminações causadas pelo capitalismo e pelo colonialismo.

Santos parte do princípio de que desde o pensamento racional das ciências naturais do século XVI, existe a produção de uma epistemologia universal ou uma epistemologia da ciência moderna, tida como hegemônica. Esse conceito universal serviu, sobretudo, para legitimar a dominação colonial, ao subjugar as diferentes formas culturais existente, que restaram invisibilizadas. A tal supressão destruidora de qualquer manifestação incidente de modelos de pensamento e de saberes locais, Santos denomina epistemicído, que também significa a desvalorização e a subordinação, em nome dos interesses colonialistas, de conhecimentos que não aquele de acordo com o modelo epistemológico da ciência moderna, esterilizando assim a vasta variedade de diferentes perspectivas culturais e suas multiformes cosmovisões. (GOMES, 2012, p. 45) É no mesmo sentido que Linera (2010, p. 153) afirma que "[...] a modernidade é o extasiante holocausto da racionalidade indígena".

Nessa senda, retomando a afirmação de que o imperialismo foi igualmente uma ominação epistemológica que relegou às margens as culturas dos povos

colonizados, Santos e Meneses (2010b, p. 7) descrevem as Epistemologias do Sul como:

> [...] conjunto de intervenções epistemológicas que denunciam a supressão dos
>
> saberes levada a cabo, ao longo dos últimos séculos, pela norma epistemológica dominante, valorizam os saberes que resistiram com êxito e as reflexões que estes têm produzido e investigam as condições de um diálogo horizontal entre conhecimentos. A esse diálogo entre saberes chamamos ecologias de saberes.

O conceito de Epistemologias do Sul se presta, então, a apontar as marcas de uma ciência universal moderna, que sustentou a violência epistemológica do colonialismo e do capitalismo. Para tanto, é necessário ultrapassar o conceito de pensamento abissal, característico da modernidade ocidental, que divide o mundo em dois polos (norte/sul[30]). Nas palavras de Santos (2010b, p. 32), esta "[...] divisão é tal que 'o outro lado da linha' desaparece enquanto realidade, torna-se inexistente, e é mesmo produzido como inexistente".

Tal linha imaginária traçada é exaltada com o Direito e o conhecimento moderno. O pensamento jurídico parte do princípio abissal da separação entre a legalidade e a ilegalidade, sendo as únicas formas existentes perante a lei. Da mesma forma, o conhecimento moderno parte da linha abissal sobre o verdadeiro e o falso, desse modo, é a ciência moderna que detém o poder de distingui-los.

Destarte, sempre haverá pela lógica de exclusão do pensamento abissal, a revalência de um dos lados da linha, que não podem coexistir. Nesse contexto, afirma Santos (2010a, p.39): "A negação de uma parte da humanidade é sacrificial, na medida em que constitui a condição para a outra parte da humanidade se afirmar enquanto universal". Como se vê, a constatação das Epistemologias do Sul é no sentido de que o colonialismo é tão presente hoje quanto no período colonial (SANTOS, 2010a, p. 39), na mesma inspiração dos estudos pós-coloniais, que na

[30] Conforme explica Santos (2010a, p. 43), a polarização norte/sul não é necessariamente geográfica: "*El Sur global no es entonces un concepto geográfico, aun cuando la gran mayoría de estas poblaciones vive en países del hemisferio Sur. Es más bien una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y antiimperialista. Es un Sur que existe también en el Norte global,20 en la forma de poblaciones excluidas, silenciadas y marginadas como son los inmigrantes sin papeles; los desempleados; las minorías étnicas o religiosas; las víctimas de sexismo, de la homofobia y del racismo.*"

América Latina, propõem, conforme aventado, – a partir do reconhecimento do colonialismo como um projeto civilizatório –, uma reflexão sistematizada sobre as implicações do período da colonização nos contornos da geopolítica mundial e suas expressões no período que compreende o final do século passado e o início do presente século, quando o colonialismo, formalmente, não mais existia (BRAGATO; CASTILHO, 2014, p.18-19).

As linhas abissais não são fixas, mas perduram ao longo da história, de forma que sua superação, com a consequente implementação de uma ecologia de saberes, somente se dará, para Santos, a partir de cinco ideias principais, quais sejam: a) a epistemologia hegemônica se fundamenta em duas diferenças, a diferença cultural (mundo moderno cristão ocidental) e a diferença política (colonialismo e capitalismo); b) o epistemicídio ensejado pela atuação das duas diferenças aludidas; c) o caráter contextual da ciência moderna; d) atualmente é possível perceber mais facilmente as possibilidades e desafios para a construção de epistemologias alternativas; e) a aceitação da diversidade epistemológica torna, alargando os critérios de validade do conhecimento, significam o enriquecimento de formas de intervenção no mundo, através de tradições epistemológicas até então ignoradas. (GOMES, 2012, p. 47)

A superação dessa lógica universal se dá pela emergência das Epistemologias do Sul, a partir de um pensamento pós-abissal. Para isso é preciso reconhecer a tenacidade do próprio pensamento abissal, a fim de se agir além das suas implicações. Santos (2010b, p. 52) entende que não será possível qualquer alternativa pós-capitalista progressista enquanto perdurar o pensamento abissal, e sobre este assevera:

> O pensamento pós-abissal parte da ideia de que a diversidade do mundo é inesgotável e que esta diversidade continua desprovida de uma epistemologia adequada. Por outras palavras, a diversidade epistemológica do mundo continua por construir (SANTOS, 2010b, p. 51).

O autor assume como condição para o caminhar no sentido de um pensamento pós-abissal a *copresença radical,* a qual rompe com a linearidade histórica, ressignificando sua compreensão, além de se basear no postulado de que contemporaneidade é simultaneidade, de maneira que, no contexto das

Epistemologias do Sul, deve ser entendida como "práticas e agentes de ambos os lados da linha são contemporâneo em termos igualitários". Nesse sentido, a superação do pensamento abissal "pode ser sumariado como um aprender com o Sul usando uma Epistemologia do Sul". (SANTOS, 2010b, p. 53)

Ao assumir os diferentes pensamentos a partir da historicidade e cultura das mais variadas nações, é possível perceber uma ecologia dos saberes, que reconhece uma

Pluralidade de conhecimentos além do conhecimento científico. Esse conceito parte da premissa de uma total renúncia ao pensamento epistemológico universal, sendo esta, também, sua principal missão. Assim, a ecologia dos saberes é construída tomando por base o pensamento "pluralista e propositivo", que admite o cruzamento dos conhecimentos. Esse movimento de encontro dos saberes corrobora, ao mesmo tempo, com o aparecimento de uma "pluralidade de ignorâncias" (GOMES, 2012, p. 49).

Ao abraçar a diversidade do mundo, a ecologia dos saberes, procura delinear os limites da ciência, – e tirá-la do pedestal do monopólio da produção da verdade, sem contudo, dela prescindir–, de modo a englobar e dar mais credibilidade aos conhecimentos tidos como não científicos, bem como a outras formas de intervenções na realidade concreta, garantindo maior participação social.

Assim, Santos propõe uma verdadeira ressignificação hierárquica do conhecimento no horizonte das interações e intervenções concretas permitidas na sociedade a na natureza, de tal forma que a soberania não se daria de maneira epistêmica, como sói acontecer, mas antes por um viés pragmático: "deve dar-se preferência às formas de conhecimento que garantam a maior participação dos grupos sociais envolvidos na concepção, na execução, no controle e na fruição da intervenção" (SANTOS, 2010b, p. 60)

É nesse horizonte de sentido, considerando as intenções e implicações práticas da superação do pensamento abissal, que a proposta das Epistemologias do Sul se aproxima da ideia da descolonidade de poder – e assim a descolonização

de todas as estruturas do Estado –, advinda das formulações de Aníbal Quijano e Walter Mignolo[31].

4.CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição de 2008 do Equador, juntamente com a da Bolívia de 2009, integrantes do ciclo do constitucionalismo plurinacional, são aquelas que mais evocam o poder transformador do direito, pois seus preceitos versam sobre mudanças radicais no seio da sociedade, sobretudo no que atine ao radical reconhecimento constitucional da diversidade e dos direitos coletivos indígenas, ao estabelecer uma nação constituída pelo pacto entre os povos e ao constitucionalizar concepções provindas das tradições dos povos originários.

A partir do exposto, resta claro perceber que as propostas epistemológicas latino-americanas, bem como as Epistemologias de Sul, – que de resto recebem afluentes dos estudos pós-colonialistas –, se harmonizam com a abertura do Novo Constitucionalismo Latino-americano (ou constitucionalismo transformador ou experimental, como Boaventura de Sousa Santos prefere chamar) ao conhecimento dos povos originários, ao tomá-lo como fundamento de alguns conceitos centrais naqueles textos constitucionais, atribuindo assim outra lógica de desenvolvimento, de organização estatal e de participação popular àquelas cartas.

Inaugura-se assim um novo momento constitucional na América Latina, sobretudo a partir dos processos políticos ocorridos na Bolívia e no Equador, em que se pretende superar a herança colonial eurocêntrica e refundar o Estado com a participação igualitária de todos os povos e etnias que o compõem, trazendo para o debate político aqueles que foram historicamente silenciados.

A partir da experiência de aprofundamento dos direitos indígenas nos países andinos, bem como da intensificação da participação popular, através da via da Assembleia Constituinte, é possível vislumbrar-se, não obstante as limitações epistemológicas, demográficas, organizativas e políticas, caminhos e possibilidades

[31] Apesar do foco nas confluências teóricas entre Mignolo e Santos, ressalte-se que não se ignora aqui a querela teórica existente entre os dois autores, conforme Santos (2010c, p. 34) evidencia ao afirmar que Mignolo vê sua crítica à modernidade como uma crítica interna, que não expõe adequadamente a visão das vítimas da modernidade.

para o direito brasileiro e uma estratégia de refundação do Estado, partindo da ideia de autodeterminação e autonomia territorial indígena e de concepções pluralistas em sentido lato baseadas no diálogo intercultural, sobretudo no momento político brasileiro atual, de sistemática violação aos direitos indígenas – com risco de retrocessos, considerando-se a miríade de projetos de lei e de propostas de emenda constitucional que atentam contra os direitos indígenas já reconhecidos – e de fragilidade democrática, com toda a crise de representatividade e o esvaziamento político dos discursos.

4. REFERÊNCIAS

ASHCROFT, Bill; GRIFFITHS, Gareth; TIFFIN Helen. **Key concepts in post-colonial studies**. 2nd ed. London: Routledge, 2007.

BLANCO, Juan. **Cartografia del Pensamiento Latino Americano Contemporáneo**: uma introducción. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 2009.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, Vol. 19, Nº 1, p. 201-230, jan-abr 2014.

_____.; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do póscolonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latinoamericano. VAL, Eduardo Manoel; BELLO, Enzo (orgs.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul, RS : Educs, 2014. p. 11-25

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay). 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La Poscolonidad explicada a los niños**. Bogotá: Universidad Javeriana, 2005.

CLAVERO, Bartolomé**. Estado plurinacional o bolivariano:** nuevo o viejo paradigma constitucional americano. 2011. Disponível em: <http://clavero.derechosindigenas.org/wpcontent/uploads/2011/05/Estado-Plurinacional.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2015.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. VERDUM, Ricardo. (Org.) **Povos Indígenas**: Constituições e reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 9-62

_____. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización GARAVITO, César Roberto (org.). **El Derecho em América Latina**. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-184

GOMES, Fulvio de Moraes. **As epistemologias do sul de Boaventura de Sousa Santos:** Por um resgate do sul global. In: Revista Páginas de Filosofia, v. 4, n. 2, p. 39-54, jul./dez. 2012.

LINERA, Álvaro Garcia. **A potência plebeia**: Ação Coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

MIGNOLO, Walter. **The Idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber:** eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro 2005. p. 227-278.

QUIJANO, Aníbal. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification. In: DUSSEL, Enrique et al. Coloniality at large: **Latin America and postcolonial debate.** Durham, USA: Duke University Press, 2008. p. 204.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvención del Estado y el Estado plurinacional**. In: OSAL, Ano VIII, Nº 22, Buenos Aires: CLACSO, 2007. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. **Refundación del Estado en América Latina**. Lima: Instituto Internacional de

Derecho y Sociedad, 2010a.

_____.; MENESES, Maria Paula. (Orgs.) **Epistemologias do Sul.** São Paulo: Cortez, 2010b.

_____. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3ª ed. São Paulo, Cortez, 2010c.

SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina GARAVITO, César Roberto (org.). **El Derecho en América Latina.** Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 303-323

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. In: **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011. p. 371-408

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La Pachamama y el humano**. 1ª ed. Buenos Aires: Colihue. Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.

DIREITO DO TRABALHO NÃO OPERA MILAGRES OPERA O CAPITALISMO

Emanuelle de Castro Moreira[1]
Antônia Gabrielly Araújo dos Santos[2]

RESUMO

O estudo que se propõe o presente trabalho versa sobre o Direito, sua natureza e suas limitações, partindo do pensamento contemporâneo do jus filósofo Alysson Leandro Mascaro. Em seus últimos estudos, Mascaro faz uma análise científica do Estado e de suas estruturas, o Direito mais especificamente, tendo como fundamento a forma essencial à reprodução capitalista: a mercadoria. Estreitando essa reflexão em torno do Direito do Trabalho nos deparamos com a Alienação do Trabalho, já trazida por Marx, e com os atuais recuos nas conquistas trabalhistas em nome da reprodução capitalista. Por sua natureza ser atravessada de contradições próprias desse modo de produção, uma saída pelo direito talvez não fosse exitosa. Para tais reflexões e análises acerca deste tema realizou-se uma pesquisa de caráter qualitativo ao trabalho e foram possíveis através de uma revisão bibliográfica em torno do tema, recorrendo à livros, teses, artigos em periódicos, palestras e etc.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Direito do Trabalho; Trabalho Alienado.

ABSTRAT

The study proposes the present work deals with the Right, its nature and its limitations, based on the contemporary thinking of jus philosopher Alysson Leandro Mascaro. In his later studies, Mascaro is a scientific analysis of the state and its structures, the law specifically, and is based upon the essential form of capitalist reproduction: the goods. Narrowing this reflection on the Labor Law are faced with the Labour Disposal, already brought by Marx, and with the current setbacks in labor achievements on behalf of capitalist reproduction. By its nature be crossed contradictions of this mode of production, an outlet for the right might not be successful. For such reflections and analyzes on this subject carried out a qualitative study to work and were made possible through a literature review on the theme, using books, theses, journal articles, lectures, etc.

KEYWORDS: Law; Labor Law; Alienated work.

[1] Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA.
Membra integrante do Projeto de Extensão, Programa de Assessoria Jurídica Estudantil - PAJE.
[2] Professora Temporária da Universidade Regional do Cariri - URCA.
Advogada. Graduada em Direito pela URCA (2013). Especialização em andamento de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

1. INTRODUÇÃO

Quando se tenta, através do Direito, superar obstáculos inerentes ao sistema socioeconômico atual, nota-se sua real insuficiência, porém esta não se perfaz por ser o Direito pouco, mas por sua forma coincidir com a forma do capitalismo.

O capitalismo, diferente de outras sociedades anteriores, se socorre do direito como instrumento que o legitima não mais através da força, como outrora, mas agora sendo o próprio indivíduo sujeito de direito e a sujeição do trabalhador ao seu senhor é dada através da sua autonomia da vontade, a configuração da exploração agora é legal.

Ao falar sobre a subjetividade de um agente, seja do Direito, do Estado ou qualquer ser humano, cabe ressaltar que esta é constituída por formas sociais que lhes são coercivas. Assim a materialidade das relações sociais capitalistas está diretamente relacionada à ideologia do Direito, pois este se concebe concomitante ao que é dado imediatamente pela mídia e mediatamente pelo capital, está inserido no quadro geral de valores da sociedade.

Nesta linha de raciocínio ao analisar o direito moderno a partir da transição da idade moderna à idade contemporânea acompanha-se, também, o surgimento da mercadoria e as transações destas na qual é imprescindível que haja partes como sujeitos de direitos e as coisas vão adquirindo configuração de mercadorias, sendo a mais valiosa delas o Trabalho, este passa a ser submetido a lógica do mercado, terá o valor que o mercado quiser.

A CLT brasileira da década de 1940 vem conceder inúmeros direitos à classe trabalhadora, sinalizando um avanço aos que já lutavam por melhores condições de trabalho. Porém a concessão de tais garantias não foi suficiente para uma real reversão no quadro da exploração de mão de obra que chega a negar a condição humana do obreiro.

O Direito do Trabalho com toda sua urgência e necessidade também vem com a limitação inerente ao Direito, expectativas fora do raciocínio da natureza do direito podem levar à frustração os militantes da tão fascinante área trabalhista

O trabalho em tela é resultado de um levantamento bibliográfico/documental, por meio de levantamentos de materiais impressos e digitalizados de forma qualitativa como: livros, artigos, revistas, documentários, relatórios e dentre outros. Sabe-se que a pesquisa bibliográfica tem em seu bojo a possibilidade de colocar o pesquisador em contato com o que já foi produzido e publicado sobre a temática. A abordagem qualitativa, por sua vez, propicia a verificação da realidade com o objeto de estudo através de uma interpretação indutiva do pesquisador, não sendo possível o emprego da quantificação.

2. ANTES DE TUDO A NATUREZA DO DIREITO POR MASCARO

As antigas manifestações de Direito muitas vezes se dava no plano ético ou moral, sua incidência nas relações sociais de antigas sociedades se dava de forma lateral/incidental, jamais com o protagonismo que é tido na atual sociabilidade.

Na medida que analisamos as relações sociais de sociedades pré-capitalista, tais como na idade antiga, média ou até mesmo moderna, percebemos as formas de interação baseada na dominação e exploração direta, tais relações intermediadas por uma força injustificada que as obrigava, como no escravismo, onde o senhor de escravo tem o poder sobre os escravos, bem como no feudalismo, onde o senhor feudal também detinha o poder sobre a servo da gleba.

É na Idade Contemporânea que os arranjos sociais, as relações políticas e pessoais vão se dar por uma manifestação que é jurídica, essas interações irão ser lastreadas no instrumento do contrato. Esta nova sociabilidade está assentada sobre o modo de produção capitalista e esta vai ser regida pela figura do contrato e figuras jurídicas do tipo vínculo, obrigação, autonomia da vontade, sujeito de direito vai ser o nível fundamental da vinculação das pessoas no capitalismo.

Partindo dessa importante análise histórica acerca das relações sociais pré-capitalista, Alysson Mascaro atribui à atual forma jurídica a possibilidade de alguém vincular-se a outro mediante contrato e esta forma jurídica se apresentar como a qualidade do Direito contemporâneo.

Nesta qualidade há o elemento da subjetividade jurídica que distingue o atual direito das anteriores manifestações jurídicas, a forma da subjetividade

jurídica é equivalente, portanto, as relações pessoais/sociais mediante vínculos jurídicos, esta subjetividade dada pela sociedade capitalista vem legitimar a atual forma de exploração do trabalho que não se dá mais através da força.

3. O TRABALHO

Acompanhando um retrospecto pelo mundo do trabalho, voltamos ao período da manufatura e do surgimento das primeiras fábricas. Necessário se faz, desde esse período, compreender a mudança que as relações de dominação do capital imprimiram a este cenário do trabalho.

Ao longo de quatro séculos as sociedades urbano-industriais revolucionaram as atividades humanas no trabalho, que se arranjava como trabalhador/instrumento/objeto, onde o homem era senhor de sua criação, atuava e modificava seus objetos. Após o advento do sistema fabril e das relações de dominação que se constituíam nota-se um rearranjo sendo tecnologia/trabalhador/objeto sua nova forma. A partir da compreensão dessa inversão é possível perceber a figura do trabalho alienado nas sociedades capitalistas.

As revoluções industriais amadurecem essa inversão, a tecnologia será sua materialização aparecendo a competição e o fim lucrativo.

Com o sistema fabril, seu rigor, disciplina, intensidade do trabalho inaugura-se um tempo social, determinado pelo capitalismo, que impõe novos hábitos aos indivíduos, ainda que incompatíveis com os limites biopsicossociais de cada.

> Marca esse período a separação entre o domicílio e o local trabalho, levando a uma crescente concentração espacial e ao processo de urbanização. No seio da sociedade do salariado, são gestadas e consolidadas as figuras sociais do empregador e do empregado, embora subsista a terceirização sob a forma de trabalho domiciliar como apêndice da indústria emergente (têxtil, principalmente). Trata-se de uma terceirização secundária que se tornará progressivamente residual no fordismo central até a década de 1970. (FRANCO, 2011)

O trabalho, nesta nova configuração das relações sociais, é cenário também de mudanças diversas da vida social, como o aparecimento de acidentes, doenças e

mutilações ocasionadas pelo trabalho, além, do combate a tais acontecimentos por parte das organizações operárias e sindicatos.

Sensível ao empobrecimento do trabalhador a medida que gerava mais riqueza, Marx, quando trata do Trabalho Alienado nos Manuscritos Econômicos-Filosóficos, identifica o aumento da desvalorização do mundo humano na razão direta do aumento de valor do mundo dos objetos.

Quando trata de Trabalho Alienado, Marx parte dos pressupostos da Economia Política e aceita premissas como a propriedade privada, separação do trabalho, capital e terra, salários, lucro e arrendamento, divisão do trabalho, competição e dentre outros. Para ele faz-se, portanto, necessário apreender a interconexão entre esse sistema de alienação (premissas citadas) e o sistema dinheiro, partindo do fato da desvalorização do trabalhador à medida que cria mais bens, e isso já naquela época.

> Desde então, o mundo das mercadorias traga, progressivamente, recursos naturais, gente e os mais diversos produtos materiais e imateriais. As relações mercantis permeiam a vida social e tecem a inversão das relações sociais, ou melhor, cristalizam um processo de coisificação das relações sociais e de personificação ou reificação das coisas. São expressões próprias da alienação do trabalho e do fetichismo da mercadoria que constituem os pilares de uma sociedade alienada e patogênica. (FRANCO, 2011)

A Alienação do Trabalho se desdobra em quatro aspectos: 1) a alienação do trabalhador em relação a sua natureza; 2) alienação do homem em relação a si mesmo e a sua espécie; 3) alienação do homem em relação ao seu próprio corpo; 4) alienação do homem em relação ao produto de seu trabalho.

Ao abordar a questão do trabalho alienado e suas implicações no mundo do trabalho também nos deparamos com a questão do Direito do Trabalho e suas limitações na desalienação do trabalhador, uma vez que, como já foi trazido anteriormente, o Direito é instrumento alocado na estrutura da reprodução do capital o que conforma esse recuo em matéria de Direito do Trabalho.

Na observação da reprodução da vida humana, o húngaro Lukács observa a gênese do ser social além de sua natureza, ao perceber o desenvolvimento da vida na natureza através do desenvolvimento das espécies biológicas, percebe ademais que o desenvolvimento das relações sociais se dá através da história.

A qualidade das relações sociais desdobrada pelo homem em cada época será a determinante do seu desenvolvimento, de modo que o fator natural-biológico se afasta cada vez mais deste desenvolvimento, porém não prescindível.

Para Marx o homem só se expressa singular e genericamente, na medida em que é um ser objetivo, e, portanto, a objetivação elementar que constitui o ser social é o Trabalho.

Reduzir o ser humana a algum tipo de essência é ideal para conformar uma situação, pois na medida que explica as coisas como tais, tenho o poder de imobilizar ou mobilizar os possíveis agentes das mudanças que estariam por vir. Diferentemente do seu mestre Hegel, no qual reduz a essência humana ao Espírito Absoluto, Marx atribui ao Trabalho a condição eterna do homem, o conjunto de atributos de qualidades e possibilidades que o ser vem desenvolver na vida, ou seja a essência humana.

O trabalho enquanto processo de objetivação produz algo novo a cada processo, notoriamente há o desenvolvimento das capacidades humanas e a transformação do meio nas forças produtivas para reprodução material e social, conclui-se que transformando a natureza o indivíduo também é transformado.

> É esta produção do novo que revela um dos traços ontologicamente mais marcantes do trabalho: ele sempre remete para além de si próprio. Ao transformar a natureza para atender suas necessidades mais imediatas, o indivíduo também transforma a si próprio e à sociedade. Neste impulso ontológico em direção às sociabilidades cada vez mais complexas, ricas, o desenvolvimento social consubstancia o crescimento das "capacidades humanas" para produzir os bens materiais necessários à sua reprodução. (LESSA, 1984).

Segundo Lukács a reprodução social se configura em dois aspetos indissociáveis que passa pela reprodução das individualidades e a reprodução da totalidade social, de tal sorte que ao perceber o salto para fora do Trabalho para além dele próprio e sua conexão ontológica com a reprodução social já é o suficiente para torná-lo categoria fundante do ser social. Há aqui, portanto, determinações além da natureza para a história do homem.

O processo do Trabalho, além de tudo, comporta complexos em seu interior, desenvolvidos justamente pelo seu caráter de fundamento das necessidades, e estes

se apresentam de diversas formas seja através da linguagem, direito, filosofia, ciências, religião e etc. Aqui nos detemos ao complexo do Direito.

4. BREVE ANÁLISE DO SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

A luta histórica da classe trabalhadora nos mostrou que o surgimento do Direito do Trabalho nasce com a pressão da sociedade. Diante disso, mister é fazer um breve apanhado histórico para compreender a sua concepção na contemporaneidade. Na Antiguidade, o trabalho era visto como algo destinado aos escravos, os quais não eram sujeitos de direito, a esses era incumbido às árduas tarefas. Ademais, com as conquistas de terras os prisioneiros eram escravizados e obrigados a trabalhar nas terras de seus donos.

Nesse mesmo período desenvolveu-se, o que a doutrina chama de trabalho de vassalagem, em que o senhor dono da terra cedia parte dela para que o vassalo pudesse produzir nela e entregar parte da produção ao senhor. Esse período, ainda, não é visto o trabalho como ele é concebido nos dias atuais.

Foi no século XVIII principalmente na Revolução Industrial, em especial na Inglaterra, que começa a se pensar em normas de regulamentação do trabalho. Como bem assinala a Teoria Tridimensional de Miguel Reale, em que as normas jurídicas prescindem uma relação fática, associada a uma axiologia para assim ser qualificada como norma. Esse trajeto foi percorrido pelas leis trabalhistas.

Vale ressaltar que a concepção de Direito do trabalho é oriunda do sistema capitalista. É com a passagem da mão de obra das corporações de ofícios, dos artesões e da manufatura para a produção das máquinas a vapor nas fábricas. Essa substituição do homem pelas máquinas dá início a um novo ciclo a Era das Máquinas, que mudou drasticamente o cenário das cidades naquele período, principalmente, com o êxodo rural de onde os camponeses tiveram que sair e ir para as urbes vender sua força de trabalho.

O maquinismo modificou as condições de trabalho, substituindo os pequenos artesões pelas máquinas provocando um aceleramento na produção. É importante frisar que as condições de trabalho eram em ambientes insalubres, penosos, com falta de higiene o que fez surgir vários tipos de doenças como

tuberculose, anemia e asma. Além disso, era constante as excessivas jornadas de trabalho com a exploração da mão de obra de mulheres e crianças, sem falar dos vários acidentes que ocorriam no ambiente de trabalho e dos baixos salários percebidos.

Nesse cenário de servidão velada, ainda, não existia normas regulamentadoras nos contratos trabalhistas. Nas relações contratuais entre obreiro e empregador prevalecia o princípio da autonomia da vontade, ou seja, o contrato era regido pelo direito civil o qual tinha como núcleo a vontade das partes sem nenhuma interferência do Estado. Diante disso, o obreiro era submetido às severas cláusulas impostas pelos seus patrões além das péssimas condições de trabalho.

> A precariedade das condições de trabalho durante o desenvolvimento do processo industrial, sem revelar totalmente os riscos que poderia oferecer à saúde e à integridade física do trabalhador, assumiu às vezes aspectos graves. Não só os acidentes se sucederam, mas também as enfermidades típicas ou agravadas pelo ambiente profissional. Mineiros e metalúrgicos, principalmente, foram os mais atingidos. Durante o período de inatividade, o operário não percebia salário e, desse modo, passou a sentir a insegurança em que se encontrava, pois não havia leis que o amparassem, e o empregador, salvo raras exceções, não tinha interesse em que essas leis existissem. (MASCARO, 2012).

Assim, o contrato de trabalho era visto como uma forma de superação do poder monárquico onde as partes, empregador e empregado, poderiam estabelecer o que bem lhe aprouvessem nessa relação de maneira que não poderia o Estado intervir, pois, perdurava o princípio da autonomia da vontade, não tendo nenhuma inquietação com os reflexos sociais derivados desse pacto.

Essa desumanização no início do processo industrial causou muitas mortes de trabalhadores. Com a não garantia de direitos os operários que sofriam acidentes de trabalho ao ser afastado das fábricas, mineradoras ou carvoarias não tinham a garantia de receber os auxílios que hoje são concedidos. Vale ressaltar que as crianças e adolescentes que estavam exercendo esse labor ao trabalharem devagar ou mal eram açoitadas (MASCARO, 2012).

5. O MOVIMENTO SINDICAL E O DIREITO LABORAL

Com a Revolução Francesa (1789), os ideais do liberalismo pairavam a atmosfera das relações trabalhista. Tendo Adam Smith como pai do liberalismo econômico, onde a sua concepção fundamental é de uma sociedade política instituída pelo consentimento dos homens que viviam em estado de natureza e na qual cada um, sob a direção da vontade geral, vive em liberdade e igualdade e com a garantia da propriedade de tudo o que possui. O governo é simples intermediário entre o povo e a vontade geral.

Essa foi à forma encontrada para superar o poder da Monarquia. Porém, não favoreceu o Direito do Trabalho, visto que as corporações de ofício, que eram uma mínima organização cooperativa de trabalhadores, foram suprimidas para dar lugar a liberdade do homem o qual não deveria mais estar subordinado à associação e sim livre para vender a sua força de trabalho.

Nesse contexto, os trabalhadores não estão mais atuando em comunhão e só irão se aglutinar os assalariados entre si. Foi no cenário de péssimas condições de trabalho que os obreiros perceberam a necessidade de união, portanto essas aglomerações ou associações de trabalhadores são consideradas o embrião do sindicalismo contemporâneo. De tal modo, foi em decorrência da insurgência dos proletários que surge o Direito do Trabalho.

Nessa perspectiva, os sindicatos tiveram sua primeira fase, ou seja, a proibitiva. Tendo o papel de denunciar e provocar o Estado para perceber que era necessário intervir nas relações trabalhistas, todavia não foram bem recebidas essas imputações, passando o Poder Público a criminalizar o exercício de sindicatos.

> Os mais antigos sindicatos eram constituídos de pequenos clubes locais cujo principal objetivo era assegurar a vigência de leis trabalhistas. Todavia, um óbice se antepunha ao movimento sindical, a proibição de associações e de reuniões, ideia que vinha da França, da Lei Le Chapelier, mantida por outros estatutos jurídicos posteriores. O sindicalismo, pela *Lei contra a Conjura*, em 1799 e 1800, **foi considerado movimento criminoso**. Os seus sócios sujeitavam-se a penas criminais. Em 1810, inúmeros tipógrafos do *The Times* foram sentenciados a dois anos de prisão. O sindicalismo era um movimento clandestino e marginal. (MASCARO, 2012) (grifo nosso).

Surgindo nessa época várias normas jurídicas proibitivas de coalizão dos trabalhadores. O Código Penal de Napoleão (1810), e a Lei Waldeck-Rousseau são exemplos de leis que consideravam a associação sindical como proibidas (MASCARO, 2012).

Prosseguindo no estudo, as reinvindicações e paralizações de trabalhadores se acentuaram desafiando as leis proibitivas. Então, o Estado começa a tolerar, chegando assim a segunda fase do sindicalismo: a tolerância. Deveria os obreiros agora obedecer aos ditames legais para poderem atuar em sindicatos, esse intervencionismo impedia a liberdade sindical.

Essa segunda fase, é marcada pela imposição do Estado no funcionamento dos sindicatos. Nos países da Europa surge leis regulamentadoras dos sindicatos como exemplo temos a Carta del Lavoro (1927) na Itália, Código do Trabalho (1926) na Espanha e Constituição Política e o Estatuto do Trabalho Nacional (1933) em Portugal. Contudo, essa subordinação dos sindicatos ao Estado permitia um controle que impedia a autonomia sindical.

A terceira fase do Sindicalismo, concebida nos dias de hoje, é chamada de "reconhecimento", aqui o Estado deixa de ter seu papel de autor principal para permitir a liberdade dos sindicatos. Sendo garantido em vários documentos jurídicos como convenções de Direitos Humanos, a exemplo, da Declaração dos Direito do Homem, bem como nas constituições de vários países e em leis infraconstitucionais.

6. AS TENDÊNCIAS MODERNAS DE FLEXIBILIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO

A historiografia do Direito do Trabalho nos mostrou como os fatores econômicos, políticos e sociais influenciaram nas normas trabalhistas. Nas primeiras reinvindicações os trabalhadores exigiam o reconhecimento de direitos, como a diminuição da jornada de trabalho garantia de salário durante os acidentes de trabalho, melhores ambientes e melhores salários.

Com a passagem para o século XXI, a globalização alicerçada na política neoliberal, tende a mitigar os direitos trabalhistas tão arduamente conquistados.

São os contratos flexibilizados, principalmente nos períodos de crises econômicas como forma de garantir o emprego e manter o lucro dos detentores dos meios de produção.

> E nesse quadro, caracterizado por um *processo de precarização estrutural do trabalho,* os capitais globais estão exigindo também o desmonte da legislação social protetora do trabalho. E *flexibilizar a legislação social do trabalho significa* – não é possível ter nenhuma ilusão sobre isso – aumentar ainda mais os mecanismos de extração do sobretrabalho, ampliar as formas de precarização e destruição dos direitos sociais arduamente conquistados pela classe trabalhadora, desde o início da Revolução Industrial, na Inglaterra, e especialmente pós-1930, quando se toma o exemplo brasileiro. (ANTUNES, 2015)

Vale ressaltar, que com a modificação da sociedade e das relações trabalhistas novos atores entram no cenário do labor, são profissionais que não existiam no período fordista de produção, como o operário caricaturado por Charles Chaplin no filme Tempos Moderno. Percebe-se, hoje, a presença de novas categorias de trabalho como os empregados de *call-center*, teletrabalho e marketing eletrônico. (ANTUNES, 2015).

7. UMA SAÍDA PELO DIREITO?

Recorrer à moral como base principiológica fundamental nas questões jurídico-políticas ainda é comum na solução dos problemas para o inconsciente coletivo. Todavia, quando a questão é jurídica esta linha de raciocínio não merece prosperar, haja vista a natureza do Direito e do Estado.

A relação entre Direito e Capitalismo é mais íntima do que se possa imaginar. Esta intimidade passa a ser inteligível quando se observa as manifestações das instituições jurídicas a partir de sua correspondência com as estruturas determinantes da reprodução do capital.

O segredo da estruturação da dinâmica do capital reside nas formas jurídicas de equivalência que o direito opera. Essas formas e práticas, a partir do qual o direito se externaliza, coincidem com as contradições da sociedade burguesa, uma vez que a subjetividade jurídica é pedra angular na exploração capitalista.

Além de um conjunto de regras e costumes, o Direito é um instituto que vem fundamentar as relações sociais, pois os instrumentos jurídicos vêm garantir a liberdade dos indivíduos para dispor de sua mão de obra e submetê-la a contratos entre si, garante também a igualdade entre tais nestas relações contratuais, ainda que seja somente perante a lei e, sobretudo, resguarda o direito à propriedade. Para tanto a subjetividade jurídica ou a atomização do indivíduo seria a peça chave na legitimação da nova configuração das relações sociais.

Ao perceber o Direito e a Política a partir de uma derivação da forma mercadoria, que se instaura no capitalismo, Alysson Mascaro (2013) afirma que lutar por direitos sociais não significaria finalizar com o sistema de exploração no qual vivemos, significa administrá-lo.

8 CONCLUSÃO

O fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas, tecnicamente funciona como uma saída em tempos de crise para que não se tenha demissão em massa de trabalhadores. O arrocho salarial e a mitigação de direitos funcionam medidas transitórias em tempos como o vivido atualmente, todavia essas medidas aprofundam um quadro de alienação dos trabalhadores que o direito, possivelmente, não será capaz de reverter.

Acontece que a esta precarização do trabalho vem desvalorizar a vida e fomentar um processo de despertencimento social e natural (alienação do trabalho) que violenta de várias formas o trabalhador.

Nesses momentos de crise, fica ainda mais nítido a inexistência de noções quanto ao biorritmo do ser humano e quanto aos limites biopsicossociais que acabam por acarretar a perda da razão social do mundo do trabalho e o favorável sentimento de despentencimento à natureza.

Evidente se conforma os hábitos do antigo sistema fabril que foi incorporado a vida social como normais e indispensáveis ao modo de produção, apesar de incompatíveis com o ser humano e social são reafirmados ao inconsciente coletivo.

9 REFERÊNCIAS

ABREU, Haroldo. **Para além dos direitos**. Cidadania e hegemonia no mundo moderno. Rio de Janeiro: editora UFRJ, 2008.

ANTUNES, Ricardo, **Trabalho e precarização numa ordem neoliberal.** Disponível em: http://168.96.200.17/ar/libros/educacion/antunes.pdf; Acesso em: 20 de abril de 2011.

_____. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 8. ed. São Paulo: cortez, 2002.

ARBIX, Glauc. **Trabalho: dois modelos de flexibilização.** Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ln/n37/a09n37.pdf; Acesso em: 13 de maio de 2011.

BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: forense; São Paulo: método, 2014.

BOGO, Ademar. **Organização Política e Política de Quadros.** São Paulo: expressão popular, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, volume 5: direitos reais.10.ed. Salvador: juspodivm, 2014.

FILHO LYRA, Roberto. **O que é Direito**. Editora Brasiliense. São Paulo: 1982.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 17 ed. São Paulo: paz e terra, 1987.

_____. **Educação como prática da liberdade**. 27 ed. Rio de Janeiro: paz e terra, 1996.

FURMANN, Ivan**. Assessoria Jurídica Universitária Popular: da utopia estudantil à ação política**. Curitiba: UFPR, 2006**.**

FURMANN, Ivan. **Assessoria Jurídica Universitária Popular: da utopia estudantil à ação política**. Curitiba: UFPR, 2006. p. 41-71.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. – 8 ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: forense, 2014.

JUNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**.10.ed. Salvador: juspodivm, 2015.

MARX, Karl, 1818-1883. **Contribuição à crítica da filosofia de Hegel: introdução**/ Karl Marx; tradução de Lúcia Ehlers. 1ed. São Paulo: expressão popular, 2010.

_____. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Tradução, apresentação e notas Jesus Ranieri. 1.ed. São Paulo: boitempo, 2004.

MASCARO, A. L. B. **Capitalismo, direito e política hoje.** In: Lorena Freitas e Enoque Feitosa. (Org.). Marxismo, Realismo e Direitos Humanos. João Pessoa: Editora Universitária - UFPB, 2012, v. 01, p. 95-106.

PAULO NETTO, José. **Introdução ao estudo do método de Marx**. 1ed. São Paulo: expressão popular, 2011.

PRESSBURGUER, Miguel e outros. **Direito Insurgente: o direito dos oprimidos**. Coleção Seminários, n° 114. Rio de Janeiro: Apoio Jurídico Popular, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Da Ideia de Universidade à Universidade de Ideias**. Caderno de Textos do V ENNAJUP- São Luís, 2010.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. - 15. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: forense; São Paulo: Método, 2013.

STUCKA, Peter Ivanovich. **Direito e Luta de Classes**. Teoria Geral do Direito. São Paulo: acadêmica, 1988.

VIANA, Nildo. **O Que São Partidos Políticos?** Edições Germinal. Germinal: goiás, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: saraiva, 2002.

_____. **Elementos para uma Crítica de Estado**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1990.

"JORNADAS DE JUNHO" DE 2013 NO BRASIL: PERSPECTIVAS DE UMA "NOVA" DEMOCRACIA

Maria Luiza Caxias Albano[1]

RESUMO

O fenômeno conhecido por "Jornadas de Junho", ocorrido em meados do ano de 2013 no Brasil, demonstrou a necessidade de se reestruturar o regime democrático até então instaurado no país. Iniciadas a partir das reivindicações a respeito do aumento da tarifa do transporte público, as manifestações se massificaram e ganharam força ao ter as pautas dos protestos alargadas: não era mais apenas por 0,20 centavos. Assim, problemas estruturantes da democracia brasileira e, do regime democrático representativo em geral, vieram à tona, em uma das maiores mobilizações da história contemporânea do país. O presente trabalho, portanto, tem por escopo analisar o fenômeno das "Jornadas de Junho", através de revisão bibliográfica e coleta de dados jornalísticos, pontuando-o e realizando uma associação entre as reivindicações postas nesse momento histórico e o atual dilema do regime democrático brasileiro.
PALAVRAS-CHAVE: Regime democrático. Reivindicações. Jornadas de junho.

ABSTRACT

The phenomenon known as "Jornadas de Junho", held in mid-2013 in Brazil, showed the need to restructure the democratic regime previously established in the country. It initiated from the claims against the increase in public transport fare, afterwards the uprising have gained strength from having the guidelines of the protest extended: it was not just 20 cents. Thus, structural problems of Brazilian democracy and the representative democratic system in general, have surfaced in one of the largest mobilizations of contemporary history. This paper aims to analyze the phenomenon of "Jornadas de Junho", through literature review and gathering of journalistic data, describing it and making an association between the claims of that historical moment and the current dilemma of the Brazilian democratic regime.
KEYWORDS: Democratic regime. Claims. Jornadas de junho.

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da -UFPB, área de concentração em Direitos Humanos, bolsista da CAPES.

1 INTRODUÇÃO

Em 2013, no Brasil, multidões saíram às ruas em manifestações que eclodiram em diversas regiões do país, momento que ficou conhecido como "As Jornadas de Junho". Apesar da semelhança histórica a outros movimentos, tais quais a "Passeata dos Cem Mil" contra a ditadura militar (1968), a campanha pelas "Diretas Já" (1984) e a movimentação dos caras-pintadas pelo impeachment do presidente Fernando Collor de Mello (1992), "As Jornadas de Junho" se destacaram enquanto mobilização única e com características específicas.

Inicialmente, as manifestações ocorridas em meados do ano de 2013 tiveram como pauta o aumento tarifário das passagens de ônibus em algumas cidades. Vale salientar que protestos contra o aumento da tarifa paga no transporte público – e, consequentemente, a efetivação do acesso à cidade enquanto direito de grupos marginalizados[2] – não são estranhos ao cenário político brasileiro: de 2008 a 2012 na cidade do Recife, por exemplo, houve diversas manifestações nesse sentido, as quais foram violentamente repreendidas.

Porém, diferentemente do ocorrido nos anos anteriores, as manifestações iniciadas contra o aumento das tarifas nas passagens de ônibus pelo Movimento Passe Livre (MPL), em junho de 2013, atingiram uma repercussão que ultrapassou os limites da pauta do transporte público, escancarando problemas estruturais da democracia representativa brasileira, seguindo um fluxo político já delineado em plano internacional.

Ao observar a conjuntura política exterior, percebe-se que as manifestações ocorridas no Brasil em junho de 2013 fizeram parte de um processo desencadeado na Primavera Árabe, e em movimentos como o *Occupy Wall Street*, nos Estados Unidos, e o *Los Indignados*, na Espanha. Todas essas rebeliões, apesar de cada uma apresentar peculiaridades específicas da respectiva região, tiveram pontos em

[2] A respeito do modelo de cidade excludente desenvolvido no Brasil, Carlos Vainer ressalta: "A cidade neoliberal aprofundou e agudizou os conhecidos problemas que nossas cidades herdaram de quarenta anos de desenvolvimentismo excludente: favelização, informalidade, serviços precários ou inexistentes, desigualdades profundas, degradação ambiental, violência urbana, congestionamento e custos crescentes de um transporte público precários e espaços urbanos segregados. Nesse contexto, o surpreendente não é a explosão, mas que ela tenha tardado tanto (VAINER, 2013, p. 39).

comum: os protestos surgiram de forma praticamente espontânea, a partir de organizações horizontais, contra a estrutura socioeconômica vigente mundialmente, essa interpretada em um contexto de globalização.

Internacionalmente, os primeiros focos desse processo de crise surgiram no Mundo Árabe contra regimes ditatoriais, a exemplo da Tunísia e Egito. Porém, como explicar a estruturação das manifestações em países "democraticamente" estáveis, como o Brasil, à semelhança daquela presente nas manifestações precursoras do processo político mundial, mas desencadeadas contra sistemas autoritários no Norte da África e no Oriente Médio?

Faz-se necessário destacar que as palavras "democracia" e "participação popular" foram as duas das mais entoadas pelos manifestantes nas Jornadas de Junho de 2013: mesmo com a posterior diminuição das tarifas de passagens de ônibus em mais de cem cidades brasileiras (ARTIGO 19, 2013, p. 23), ponto inicial dos protestos, as multidões permaneceram nas ruas reivindicando diversas pautas, dentre elas um regime "verdadeiramente democrático", a plena "participação popular" no sistema político, e a efetivação de direitos prometidos enquanto imprescindíveis à condição humana[3].

Percebe-se, então, um acontecimento interessante: a palavra "democracia" foi veiculada como exigência massiva advinda das ruas em um país repetidamente assinalado e reconhecido como democrático. Bem assim, a participação política direta da população e a observância de preceitos relativos à "dignidade humana"[4]

---

[3] Refere-se aos direitos contemporaneamente consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, posteriormente alargados nas demais dimensões e constitucionalizados nacionalmente por Estados que detém principalmente um desenvolvimento interligado à cultura ocidental.

[4] A expressão "dignidade da pessoa humana" tem uma construção histórica associada ao desenvolvimento dos Direitos Humanos de cunho liberal, ainda no século XVIII, a partir das revoluções burguesas: francesa e norte-americana. Contemporaneamente está entrelaçada a essas mesmas concepções, ressuscitadas a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, de cunho monocultural eurocêntrico. Ainda como crítica à utilização da expressão "dignidade da pessoa humana" pelo judiciário, Rodrigo Kaufmann expõe: "Dizer que o 'sistema jurídico' precisa respeitar a dignidade da pessoa humana não significa dizer nada, assim como dizer que determinada lei é proporcional se lida sob a óptica dos direitos humanos também pouco significado tem. Não são expressões que expõem pontos-de-vista, que fazem transparecer interesses políticos contrapostos, que apresentam tolerância ou ódio, que se relacionam com a história de dor e de sofrimento de pessoas concretas. São expressões tão vagas, imprecisas, obsoletas e inúteis como discutir, até a filigrana, quais serão os termos de nossa convenção linguística para falarmos como ciência." (KAUFMANN, 2010, p. 207-208)

foram/são cobrados quando a própria Constituição Federal vigente prevê tanto direitos fundamentais[5] quanto mecanismos de participação referentes a essas duas exigências.

Considerando a democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (COMPARATO, 2004, p. 226), objetiva-se analisar o fenômeno das "Jornadas de Junho", pontuando-o e realizando uma associação entre as reivindicações postas nesse momento histórico e o atual dilema do regime democrático brasileiro. Pretende-se, portanto, realizar uma correlação entre as demandas colocadas nas manifestações e as possíveis novas formas de se pensar a democracia. Para tanto, serão utilizados relatórios, pesquisas documentais, além de referências bibliográficas relacionadas ao tema.

2 PARADOXOS ESTRUTURANTES DO REGIME DEMOCRÁTICO BRASILEIRO: AS REIVINDICAÇÕES E OS PROCESSOS ADVINDOS DAS "JORNADAS DE JUNHO" EM 2013

O ciclo de manifestações que delineou o fenômeno conhecido enquanto "Jornadas de Junho" teve como um dos grandes marcos o "Grande Ato contra o aumento das passagens", convocado pelo Movimento Passe Livre para o dia 06 de junho em São Paulo. Protestos relativos ao aumento tarifário das passagens de ônibus não foi/é surpresa dentro do contexto urbano brasileiro: a questão da mobilidade pública urbana sempre foi problemática em grandes cidades do país. Acontece que esse grande ato, no qual estavam presentes cerca de 6000 manifestantes (segundo organizadores), sofreu uma forte repressão policial: foram 15 pessoas detidas e dezenas de feridos, dentre esses, comunicadores e

[5] Por direitos fundamentais se compreende direitos humanos consagrados em declarações universais e recepcionados pela estruturação do Estado nacional. Quanto a essa questão, Antonio Carlos Wolkmer explana: "O processo de reconhecimento e afirmação dos chamados direitos humanos constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Esse processo do nascimento de direitos como expressão da natureza humana, ainda que favorecido pelos ideais da cultura liberal-burguesa e pela doutrina do jusracionalismo, deve-se em grande parte, como assinala Norberto Bobbio, à estreita conexão com as transformações da sociedade." (WOLKMER, 2010, p.13)

profissionais que acompanhavam os protestos enquanto atividade profissional (ARTIGO 19, 2013, p. 22-23)

A violência praticada por parte dos órgãos estatais se tornou a regra na continuidade das manifestações referente ao aumento tarifário, enquanto, cada vez mais, por meio das mídias sociais, informações eram compartilhadas denunciando as arbitrariedades das ações policiais. Com isso, os protestos foram se massificando e tomando um novo contorno: a questão não era mais apenas o aumento do valor das passagens de ônibus, era também a violência policial, a reivindicação de um sistema político legítimo em contraponto ao modelo representativo, o questionamento da censura em relação aos veículos de comunicação presentes nas manifestações, era/é o paradoxo de um Estado Democrático de Direito que não consegue efetivar seus próprios princípios.

A respeito do sentimento permeado entre os manifestantes, Vladimir Safatle afirma:

> (...) quando as manifestações de ocupação insistem que ainda falta muito para alcançarmos a democracia real, elas colocam uma questão que até o momento não podia ter direito de cidadania, porque nos ensinaram que, se criticarmos a democracia parlamentar tal qual ela funciona hoje, estaremos, no fundo, fazendo a defesa de alguma forma velada de autoritarismo. Quantos não se comprazem em nos olhar e dizer: o que vocês querem? Vocês não querem um Estado democrático de direito? Então vocês querem o que? (SAFATLE, 2012, p. 47).

No caso brasileiro, é importante destacar que o "Estado Democrático de Direito" foi uma exigência do processo de redemocratização após um longo período de regime autoritário[6]. Durante a ditadura militar brasileira, que perdurou entre os anos de 1964-1985, houve a restrição dos espaços da vida política, eliminação da cidadania bem como a radicalização de práticas repressivas: em vez de o Estado

[6] Importante destacar que com o advento do "Estado Democrático de Direito" no Brasil, ou seja, a partir da redemocratização e a afirmação constitutiva de um Estado que observa a questão dos Direitos Humanos já consagrados em nível internacional, as questões de violações a direitos considerados fundamentais permaneceram: No que diz respeito às duas outras formas de violações mais grosseiras persistentes – torturas e execuções sumárias – ou demais atos de arbitrariedade praticados pelos agentes do Poder, o que visivelmente mudou face aos 'anos de chumbo' foram, sobretudo, a motivação, geralmente não mais política, assim como o tipo de vítima, não mais propriamente o opositor ideológico, plenamente legitimado nos sistemas democráticos, mas sim, quase sempre, o praticante ou suspeito da prática de crime comum. E nisso vão influir toda a gama de preconceitos vigentes nas respectivas sociedades e, consequentemente, presentes na cabeça dos que praticam tais violações. (ALVES, 2013, p. 152)

provar a culpa dos acusados, a cidadania precisava provar a própria inocência (VIOLA, 2008, p. 85).

Assim, tendo por ponto culminante a Constituição Federal do Brasil de 1988, considerada progressista e programática por positivar direitos humanos enquanto fundamentais, o "Estado Democrático de Direito" não deixou de ser o resultado de reivindicações advindas das ruas durante o processo de redemocratização. Contudo, os limites da política dos direitos humanos estavam situados na existência de uma "democracia viável" que não pusesse em risco uma ordem internacional direcionada para a expansão do capital financeiro[7]: a "nova democracia" passava a ser um imperativo do modelo de livre mercado. (VIOLA, 2008, p. 101).

Resta salientar que tal modelo de democracia, qual seja, o liberal, não estava dentro das expectativas dos movimentos sociais que àquela época também fizeram parte do processo de redemocratização: houve um embate ideológico a respeito de qual "democracia" haveria de ser efetivada. Nesse sentido e a respeito do termo "democracia", José Eduardo Faria analisa:

> (...) ela é igualmente um *topos* – isto é, uma fórmula de procura aberta e indeterminada, que representa um importante ponto de apoio para a argumentação política, ao mesmo tempo que serve de orientação prática na elaboração de estratégias cujo sentido também é fixado conforme as necessidades históricas de interdependência dos diversos grupos e classes que compõem uma sociedade estruturalmente diferenciada (FARIA, 1989, p. 22).

O que se esteve em disputa também, no período de redemocratização, foi o referencial semântico a ser associado ao termo "democracia" dentro do contexto político nacional. Evidencia-se um verdadeiro embate entre os projetos político-sociais das forças delineadas no cenário. Se por um lado houve disputa ideológica no período de redemocratização, sendo consagrado, posteriormente, um modelo de democracia representativa liberal, nas "Jornadas de Junho" o embate também esteve presente.

[7] "A política imperialista do governo norte-americano, o mesmo que influi diretamente na construção das ditaduras latino-americanas, teve interesse direto na redemocratização empunhando a bandeira dos direitos humanos, porém, paradoxalmente, tratava-se de proteger os indivíduos dos crimes cometidos pelo Estado, mas não de orientar para a realização dos direitos coletivos e sociais." (VIOLA, 2008, p. 100).

Desse modo, as "Jornadas de Junho" tiveram como ponta de lança as movimentações realizadas pelo Movimento Passe Livre, grupo de composição plural atento às reivindicações de cunho social. Ocorre que com a massificação dos protestos, a conotação conferida às manifestações *a priori* foi tomando outros contornos[8]:

> Nas manifestações de 20 de junho, a direita mostrou uma face dupla: grupos neonazistas serviam para expulsar uma esquerda desprevenida, enquanto inocentes "cidadãos de bem" de verde-amarelo aplaudiam. O número de participantes no país foi o maior até então. Mas começou a cair logo em seguida. A mudança ideológica dos protestos coincidiu com uma queda abrupta do número de manifestantes (Secco, 2013, posição 1316).

Com a evolução das manifestações, a heterogeneidade dos discursos proferidos nas ruas fez com que se chegasse a um alto nível de dispersão ideológica presente ao final das movimentações. A ocorrência de inúmeras combinatórias temporárias e diferentes equilíbrios de interesses que a própria práxis política foi reformulando, deu uma conotação amorfa àquela imensa mobilização: não se sabia mais ao certo qual o ponto exato a ser conquistado, e mais, para qual lado o acúmulo político declinaria: para as reivindicações de base popular, para o apolítico discurso oriundo da classe-média ou para o extremismo de grupos fascistas.

Se por um lado estavam presentes nas "Jornadas de Junho" movimentos sociais que desde a redemocratização veem lutando por um modelo de democracia participativa, popular e plural, por outro, setores da sociedade que até então estavam satisfeitos com o modelo de democracia representativa liberal, por esse assegurar determinados privilégios[9], também demonstraram suas insatisfações. O que revela pontos confluentes (nas suas contradições): há uma luta moral pela transformação do modo como entendemos a política e a sociedade (MENDONÇA, 2013).

---

[8] Sobre o fascismo contemporâneo, Boaventura de Souza Santos destaca: "Meu primeiro diagnóstico radical de nossa situação presente em nível mundial é que vivemos em sociedades politicamente democráticas mas socialmente fascistas. Ou seja: está emergindo uma nova forma de fascismo que não é um regime político, mas um regime social. É a situação de gente muito poderosa que tem poder de veto sobre os setores mais fracos da população." (SANTOS, 2007, p. 88)

[9] No Brasil, dada nossa profunda cultura autoritária e patrimonialista, particularmente vinda dos "donos de terras, gado e gente", que molda profundamente o poder estatal, ele mesmo violento e excludente, ainda nos defrontamos quase diariamente com privilégios tornados direitos, porque estão em leis (ilegítimas, diga-se de passagem, mas leis existentes) ou mesmo acima delas. (GRZYBOWSKI, 2013)

Assim, no Brasil, a partir das Jornadas de Junho de 2013, houve uma tentativa de suplantar a "missão" até então designada à palavra "democracia", a qual repercutia majoritariamente e até esse momento como palavra de ordem na manutenção e na legitimação do *status quo*. Desde então, busca-se criar um novo conjunto de fatos e efeitos os quais servirão como referências semânticas à "democracia" e consequentemente "participação popular".

Percebe-se, ser, portanto, um período de mudança e reformulação dos regimes institucionais: se um dia houve luta pela redemocratização, as "Jornadas de Junho" demonstram que a luta hoje se concentra na formulação de uma "nova" democracia.

3 A ESTRUTURAÇÃO DAS JORNADAS DE JUNHO E A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA LIBERAL

O modelo de estruturação das "Jornadas de Junho", à semelhança de uma rede de manifestações contemporâneas, reflete os anseios de uma sociedade dispare, mas que conflui em determinados pontos, como o não reconhecimento de instituições representativas enquanto legítimas para proferir discursos da maioria. Em uma clara demonstração do desgaste das estruturas governamentais representativas, as reivindicações advindas das ruas nos protestos de junho exprimiram a necessidade de participação ativa dos sujeitos nas tomadas de decisões políticas, deixando em evidência uma crise de representatividade.

No contexto brasileiro, a crise de representatividade foi refletida no momento em que grupos político-partidários foram às ruas, durante as manifestações de Junho de 2013, hasteando as bandeiras símbolos dos respectivos partidos e sofreram retaliações por parte dos manifestantes[10]. Vale salientar que as atitudes de rechaço não foram direcionadas a partidos específicos, mas a todo e qualquer partido político. A própria forma organizacional da manifestação,

[10] Sobre a crise partidária, Boaventura de Sousa Santos afirma; "(...) os partidos políticos estão perdendo o controle da agenda política: nunca descumpriram tanto suas promessas eleitorais quando chegaram ao poder como ultimamente. Um dos estudos mais interessantes é observar os programas dos partidos e depois sua prática política. Sempre foi assim, mas agora é ainda mais, porque há uma pressão da globalização neoliberal que não pode entrar na agenda política de um partido." (SANTOS, 2007, p. 97)

horizontal, já acusava o desgaste das velhas formas de politização: os microfones foram substituídos por jograis e os carros de som por batidas de latão.

Assim, a forma delineada de democracia representativa liberal mostrou-se/mostra-se insuficiente: se por um lado não consegue assegurar um paradigma de governo popular enquanto um governo de interesses múltiplos, plurais e coletivos como exigido por movimentos sociais, por outro, caducou enquanto forma de propiciar cada vez mais privilégios a uma camada de indivíduos que vivem a era "pós-política"[11]. Evidentemente, os projetos a serem delineados a partir da constatação de insuficiência do modelo democrático atual são distintos, centrando-se, no presente trabalho, naqueles que tem respaldo em críticas a um "Estado Democrático de Direito" ineficiente em assegurar direitos sociais e coletivos.

Nesse sentido, a crítica realizada nas "Jornadas de Junho" por movimentos sociais teve como foco a "democracia econômica", na qual os interesses na manutenção de um mercado financeiro são sobrepostos institucionalmente a demandas coletivas e sociais. Considera-se, portanto, a consolidação da democracia liberal enquanto uma concepção hegemônica que tem por escopo a estabilização da tensão entre democracia e capitalismo. Tal estabilização, segundo Boaventura de Sousa Santos, ocorreu "pela limitação da participação cidadã, tanto individual, quanto coletiva, com o objetivo de não 'sobrecarregar' demais o regime democrático com demandas sociais que pudessem colocar em perigo a prioridade de acumulação sobre a redistribuição" (SANTOS, 2005, p.59).

Desse modo, resta a descrença nos institutos e nas entidades políticas modernas como meios viáveis às almejadas mudanças sociais estruturantes, uma vez que se operacionalizam como mecanismos de manutenção do *status quo*. Ademais, essa desconfiança é agravada por questões já, há tempos, concebidas no cenário político brasileiro, como por exemplo, o abuso do poder econômico no financiamento das campanhas eleitorais, que não só desequilibra a competição eleitoral como transforma o sistema partidário em um mercado, não só frequentado

[11] "Na era da 'pós-política', quando a política propriamente dita é progressivamente substituída por uma administração social de especialistas, as únicas fontes de conflito restantes são as tensões culturais (religiosas) ou naturais (étnicas). E a 'avaliação' é precisamente a regulação da promoção social que se encaixa com esta re-naturalização." (ZIZEK, 2013).

pelas corporações sociais (a Igreja, entre elas), mas permeado pela compra e venda de tempo de televisão e fundo partidário (ZAIDAN, 2013, p. 50).

A atual crise da democracia representativa liberal se revela, portanto, como a ausência de auto-referenciação popular nos mecanismos de representatividade, ou seja, operacionaliza-se um sistema a fim de exercício da cidadania que as camadas mais populares não têm acesso enquanto protagonistas históricas. Falta identidade. Não por acaso, os pedidos que ecoaram nas ruas em meados do ano de 2013, no Brasil, foram por uma democracia, mas não a velha democracia liberal, já desgastada, mas, pela radicalização do regime democrático. Considerando que o debate político/ideológico em relação ao que significa "nova" democracia será travado na sociedade, resta fundamentar quais referenciais principiológicos tangenciam tal radicalização.

4 HORIZONTES E DESAFIOS A PARTIR DAS REIVINDICAÇÕES PRESENTES NAS JORNADAS DE JUNHO DE 2013: POR UMA RADICALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA.

Diante da crise de representatividade elucidada anteriormente, que desponta como a ausência do sentimento de pertencimento da população às entidades supostamente representativas, resta a necessidade de novos mecanismos que correspondam aos atuais anseios:

> Talvez os manifestantes tenham entendido que a democracia parlamentar é incapaz de impor limites e resistir aos interesses do sistema financeiro. Ela é incapaz de defender as populações quando os agentes financeiros começam a operar, de modo cínico, claro, a partir dos princípios de um capitalismo de espoliação dos recursos públicos (SAFATLE, 2012, p. 48).

Pensar sobre a radicalização da democracia, portanto, é refletir sobre o desenvolvimento do autogoverno. Para tanto, é preciso reestruturar as formas de participação dos sujeitos e a articulação entre várias maneiras de engajamento a fim de propiciar a pluralidade de vozes. Ou seja, a radicalização exige repensar o regime democrático de forma que a democracia não se restrinja ao voto e possa se adensar, realizando-se contínua e efetivamente (MENDONÇA, 2013).

Nesse contexto, o termo "participação popular" começa a figurar como um dos pontos cruciais do processo de ressignificação da "democracia" e, por

conseguinte, da elaboração dos novos mecanismos políticos: o exercício do poder soberano popular passa a simbolizar algo para além da escolha de representantes através do voto eleitoral. Dessa forma, símbolos da democracia liberal, tais qual o sufrágio universal e a ocorrência de eleições regulares, por exemplo, não mais são suficientes para sustentar os anseios sociais: a pauta reivindicatória passa a ser a participação ativa e direta na tomada de decisões políticas.

Nesse ínterim, é importante salientar que a Constituição Federal de 1988 prevê no Art. 14, mecanismos de participação popular direta: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei. Assim, os arts. 49 e 61 da mesma Carta Magna delimitam o procedimento a ser observado para a efetivação da participação popular direta: o plebiscito deverá ser convocado pelo Congresso Nacional, e o referendo, autorizado – ambos dentro da competência exclusiva do Congresso (Art. 49, XV), enquanto que a iniciativa popular deverá ser apresentada à Câmara dos Deputados (Art. 61, §2º) (MULLER, 2013, p. 71).

Por outro lado, tais instrumentos, desde a redemocratização brasileira, mostraram-se insuficientes para garantir a plena participação popular, uma vez que no plano nacional apenas um plebiscito e um referendo foram realizados, respectivamente, em 1993 – para definir o regime e o sistema de governo no Brasil – e em 2005 – para decidir sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições.

Nesse panorama, Friedrich Muller analisa de forma crítica os modelos de participação popular direta previstos na Constituição Federal de 1988:

> (...) o Congresso decide sozinho se ele quer – ou não – deixar que a decisão sobre uma questão controvertida seja por plebiscito ou referendo. E no caso da iniciativa popular, a Câmara dos Deputados pode tanto aceitar como rejeitar o resultado proposto por ela – ou também, eventualmente, não analisa-la, retardando sua tramitação.
>
> No primeiro caso, é a elite política que tem a competência de formular a questão e de enquadrar, de limitar desse modo, a extensão do que deve ser decidido e, depois, é o povo que deve decidir pelo conteúdo – mas somente em um quadro pré decidido; e a iniciativa, de todo nodo está sempre e inteiramente à disposição dos políticos. No segundo caso, é o povo que tem a iniciativa e também a competência de decidir o conteúdo da proposição – mas a decisão definitiva está completamente nas mãos da elite política (MULLER, 2013, p. 71).

O mesmo autor ainda complementa:

> Tudo isto demonstra que estas três formas de legislação popular não são, na realidade, autônomas, que elas não pertencem à competência essencial do povo, que elas não formam nenhum contrapeso eficaz à legislação representativa-parlamentar (MULLER, 2013, p. 71).

Verifica-se que, apesar da previsão de formas de participação popular direta na Constituição Federal de 1988, essas se tornaram "letra morta" pela própria forma de sistematização que ainda limita exorbitantemente o poder das massas. É importante ainda refletir que a participação direta contemporaneamente pleiteada não se restringe à forma de selecionar alternativas políticas já postas, como colocadas em uma prateleira de consumo, mas a possibilidade de construção coletiva das próprias opções políticas a serem erigidas.

A respeito de modelos plebiscitários já implantados, destaca-se o exemplo da Islândia:

> A Islândia tem algo a nos ensinar sobre isso. Um dos primeiros países atingidos pela crise econômica de 2008, a Islândia decidiu que o uso do dinheiro público para indenizar os bancos seria objeto de plebiscito. Maneira de recuperar um conceito decisivo, mas bem esquecido, da democracia: a soberania popular. O resultado foi apoio massivo ao calote.
>
> (...) Se a conta vai para a população, é ela quem deve decidir o que fazer, e não um conjunto de tecnocratas que terão seu emprego garantido nos bancos ou de parlamentares cujas campanhas são financiadas por estes (SAFATLE, 2012, p. 48).

Evidente que a conjuntura de cada Estado é determinada por fatores sociais específicos, o que impede a obtenção de resultados necessariamente positivos caso modelos políticos sejam apenas importados e transportados para uma realidade distinta daquela para qual foram idealizados. O que se pretende observar é a existência de modelos satisfatórios de participação direta estabelecidos em outras sociedades e a exigência de reestruturação dos mecanismos democráticos participativos no Brasil.

Importante ainda assinalar que o discurso referente à impossibilidade de implantação de mecanismos participativos eficientes no contexto brasileiro devido ao seu tamanho territorial ou à ampla diversidade cultural, mostra-se tão retórico quanto à impossibilidade de se implantar, no atual contexto, e a partir das

Manifestações de Junho, uma democracia drasticamente plebiscitária. Vale ressaltar que a discussão diante das Jornadas de Junho volta-se para a exigência de "mais" democracia para além daquelas formas representativas já previstas.

Daí a necessidade de reformulação estrutural dos instrumentos democráticos hoje existentes: deve-se realizar debates que permitam impulsionar a desconcentração do poder político e que faça ingressar cada vez mais sujeitos historicamente marginalizados no processo de tomada de decisões. Por isso, pensar a radicalização da democracia passa, necessariamente, pela discussão das desigualdades (em suas várias facetas – classe, gênero, raça, orientação sexual, capacitismo – todas elas interseccionadas) e do caráter do autogoverno em um mundo globalizado (MENDONÇA, 2013).

O desafio, portanto, existente após as "Jornadas de Junho" de 2013 é justamente pensar em um regime democrático participativo no qual se multipliquem as práticas democráticas dentro de uma maior diversidade de relações sociais, dentro de novos âmbitos e contextos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto e a partir das Jornadas de Junho de 2013, tornou-se evidente, primeiramente, a necessidade de reformulação das estruturas democráticas existentes no Brasil. Dentro desse contexto, as referências semânticas associadas à formatação do que venha a ser a "nova" democracia estão em efervescente construção, existindo embates ideológicos na sociedade e que foram travados também nas ruas, no processo de manifestações. Isso não por acaso: a democracia é ela mesma uma construção histórica que se delineia a partir de embates políticos-ideológicos travados na sociedade.

É importante considerar que a própria eclosão das manifestações foi originada da crise pela qual passa a democracia representativa liberal, dando sinais de sua falência através de marcadores como a crise de representatividade. Assim, movimentos sociais trazem, desde o processo de redemocratização, uma crítica direta ao atual regime democrático: trata-se de uma democracia econômica a qual contempla interesses patrimonialistas e elitistas em detrimento de

interesses coletivos, o que gera uma distanciação entre aqueles que representam e aqueles que se pretendiam fazer representados.

Surge, então, nesse contexto de reivindicações, a necessidade de mecanismos de participação direta suficientes para garantir o exercício do pleno poder popular como poder soberano. Além do mais, a reestruturação das formas de representação política no contexto brasileiro torna-se um imperativo a fim de suprir, dentre outros problemas, a sub-representação de grupos sociais historicamente marginalizados e/ou invisibilizados.

A partir dessa conjuntura, a radicalização da democracia aparece no panorama nacional como exigência advinda das ruas em relação a um regime democrático caduco. Ou seja, percebe-se a necessidade de aprofundamento e alargamento da discussão democrática a ambitos até então não atingidos. Por isso analisar o abismo existente entre a realidade democrática brasileira e os anseios surgidos das mobilizações das "Jornadas de Junho" aparece como meio não só do fortalecimento da discussão na sociedade civil como também uma forma de construir coletivamente e dentro de parâmetros materiais da "dignidade humana" uma forma de se pensar a democracia equitativamente.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ARTIGO 19. **Protestos no Brasil 2013.** Disponível em: <http://www.artigo19.org/protestos/Protestos_no_Brasil_2013.pdf>, acesso em: 07 de julho de 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIA, José Eduardo. O Modelo Liberal de Direito e Estado. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ed. Ática, 1989.

GRZYBOWSKI, Cândido. **Como radicalizar a democratização?** Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1456>, acesso em: 07 de julho de 2015.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **Em defesa da radicalização democrática**. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/politica/em-defesa-da-radicalizacao-democratica-4182.html>, acesso em: 07 de julho de 2015.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7ª Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

SAFATLE, Vladimir. Amar uma Ideia. *In*: ZIZEK, Slavoj, *et al*. **Occupy**. São Paulo: Ed. Boitempo, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa e Leonardo Avritzer. Introdução: para ampliar o cânone democrático. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria critica e reinventar a emancipação social**. tradução Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SECCO, Lincoln. As Jornadas de Junho. *In*: HARVEY, David, MARICATO, Ermínia et. al. ***Cidades Rebeldes*: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2013. Posição 1289-1403 (Versão Kindle)

VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. *In*: ROLNIK, Raquel, *et al.* **Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Ed. Boitempo, 2013.

VIOLA, Solon Eduardo Annes. **Direitos Humanos e Democracia no Brasil**. Porto Alegre: Ed. UNISINOS, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos Direitos Humanos. *In:* RUBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquin Herrera; CARVALHO, Salo de. (Orgs.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica, 2. ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

ZAIDAN, Michel. **A metafísica dos Movimentos de Rua**. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2013.

ZIZEK, Slavoj. **Contra os Direitos Humanos!** Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2013/03/14/contra-os-direitos-humanos-artigo-de-slavoj-zizek/> acesso em: 07 de julho de 2015.

Urca Avenida Teodorico Teles N° 645

Bairro São Miguel, Crato – Ceará

Telefone: (88) 3102-1245

E-mail de contato: direitoshumanosurca@gmail.com