Diálogos sobre Jurisdição Democracia e Direitos Humanos

Doglas Cesar Lucas
Eloisa Argerich
Francieli Formentini
(Orgs.)

Esta obra é resultado da 3ª edição da Mostra de Trabalhos Acadêmicos do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ)-Campus Santa Rosa e se consolida como um espaço de incentivo e de socialização da pesquisa desenvolvida por alunos da graduação, da pós-graduação e por professores no seio dessa Universidade. Os artigos aqui apresentados estão subdivididos em três grandes linhas de pesquisa, a saber: Fundamentos e Concretização dos Direitos Humanos; Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade; e Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos. Para nós da Comissão Organizadora preparar mais uma Mostra de Trabalhos Científicos do Curso de Graduação em Direito da Unijuí, além de um renovado desafio representa o compromisso de manter acessa a chama do pensamento crítico e reflexivo em nossos acadêmicos e, sem dúvida, a alegria de comungar com cada um dos envolvidos a conquista pessoal de se descobrir agente no processo dinâmico de construção do conhecimento. Fica o nosso agradecimento a todos os participantes, avaliadores e professores que tornaram possível concretizar a III Mostra de Trabalhos Científicos, assumindo, desde já, o desafio de manter e qualificar os espaços de pesquisa na graduação e, sobretudo, fomentar as trocas entre graduação e pós-graduação, espaços dessa Universidade já reconhecidos, e que possibilitam aos acadêmicos e professores alçar voos e comemorar sua exitosa caminhada de 25 anos em Santa Rosa e região.

9 788556 964168

CC BY SA

editora fi
www.editorafi.org

Diálogos sobre jurisdição, democracia e direitos humanos

Diálogos sobre Jurisdição, Democracia e Direitos Humanos

Organizadores:
Doglas Cesar Lucas
Eloisa Argerich
Francieli Formentini

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Lucas F. Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

http://www.abecbrasil.org.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LUCAS, Doglas Cesar; ARGERICH, Eloisa; FORMENTINI, Francieli (Orgs.)

Diálogos sobre jurisdição, democracia e direitos humanos [recurso eletrônico] / Doglas Cesar Lucas; Eloisa Argerich; Francieli Formentini (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

783 p.

ISBN - 978-85-5696-416-8

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Direito; 2. Direitos humanos; 3. Democracia; 4. Jurisdição; 5. Diálogos; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Sumário

Apresentação 15

Linha A
Fundamentos e concretização dos direitos humanos

1 19
Análise da efetividade do artigo 6 da "convenção de Belém do Pará" no atual cenário brasileiro
Adrieli Laís Antunes Aquino

2 35
Colonialismo europeu e pensamento fraco: a tese do *enfraquecimento do ser* como caminho para a concretização dos direitos humanos no terceiro mundo
Alana Taíse Castro Sartori
Hérculis Antônio Rodrigues Rakovski
Noli Bernardo Hahn

3 55
Ação administrativa, discricionariedade e concretização da cidadania: aspectos controversos do direito a saúde
Aldemir Berwig
Rodrigo Tonel

4 69
A importância da democracia para a concretização dos direitos humanos: uma análise histórico-social
Aline Michele Pedron Leves
Ana Maria Foguesatto
Daiane Calioni Berton

5 89
As práticas restaurativas como políticas públicas de promoção da dignidade humana
Anna Paula Bagetti Zeifert
Aline Michele Pedron Leves
Daiane Calioni Berton

6 109
Considerações acerca da historicidade dos direitos da criança e do adolescente: a adoção e o princípio do melhor interesse da criança
Andiara Marques dos Santos
João Delciomar Gatelli

7 129
O advogado na mediação: trabalhando com dopamina e evitando a depressão
Cátia da Silva
Rodrigo Tonel
Aldemir Berwig

8 143
Um debate necessário: a transparência dos atos da administração pública e não-violaçâo dos direitos fundamentais
Elisiane Teresinha Engel
Greice Tatiele dos Santos
Eloisa Nair de Andrade Argerich

9 157
A importância do núcleo de atendimento jurídico em arbitragem, negociação, conciliação e mediação como ferramenta de humanização do processo
Elizabete Freus
Patricia Luzia Stieven

10 179
Apontamentos sobre diretos fundamentais, princípio da igualdade e o ... 179 sistema de cotas no Brasil
Fabian de Andrade Foletto
Luciano da Costa Moscon
Eloisa Nair de Andrade Argerich

11 201
A mediação como alternativa adequada no tratamento de conflitos: uma forma de efetivação da cidadania
Flávia Holz Angst
Fabíola Thiele

12 219
Um olhar sobre a resolução alternativa de conflitos por meio da arbitragem e sua aplicação em relação aos contratos da administração pública
Juliana Barbosa de Lima
Eloísa Nair de Andrade Argerich

13 235
Algumas considerações sobre a atuação da administração pública em face da evolução do direito administrativo no Brasil e os reflexos do princípio da eficiência
Gustavo Vieira Bremm
Eloísa Naír de Andrade Argerich

14 251
Participação social: em busca da cidadania
Jaqueline Beatriz Griebler
Fernanda Serrer

15 265
Projeto de extensão universitária nas escolas: conflitos sociais e direitos humanos.
Júlia Gabriele Fester
Francieli Formentini
Fernanda Serrer

16 277
A mediação pré-processual como ferramenta de resolução de conflitos familiares: a experiência do projeto de extensão universitária "conflitos sociais e direitos humanos: alternativas de tratamento e resolução"
Juliana Eduarda Hermann
Francieli Formentini
Fernanda Serrer

17 291
Conteúdo jurídico da cidadania: o acesso à ordem jurídica justa
Kassia da Silva Garcia
Luana Maíra Moura de Almeida

18 ..... **305**
Improbidade administrativa: uma breve reflexão e a posição dos tribunais superiores
Laís Bassani
Tassiana Borcheidt
Eloisa Nair de A. Argerich

19..... **323**
A elevação da participação política a direito humano
Luciano Augusto de Oliveira Paz

20 ..... **347**
Auxílio-reclusão: mitos e verdades
Maicon Osório Prestes
Minéia Barcellos Farias
Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi

21..... **359**
Ato infracional: a orientação jurídica acerca do ato infracional como uma maneira de afirmar a proteção integral da criança e do adolescente
Raquel Botezini Quoos
Patricia Luzia Stieven
Tiago Galli

22 .....**373**
O diálogo como categoria indispensável à tolerância como reconhecimento
Roberta Herter da Silva
Francieli Borchartt da Cruz
Gustavo Wohlfahrt Bohnenberger

23 ..... **393**
Meretrício legal: uma abordagem acerca da legalização do trabalho sexual
Rodrigo Tonel
Maurício Fontana Filho
Aldemir Berwig

24 ..... **407**
Mediação como ferramenta de aplicação dos princípios da therapeutic jurisprudence
Silvana Colombo
Patrícia Stieven

25 ..... **425**
O Big Brother das sociedades atuais
Thaís Maciel de Oliveira

26 ..... **441**
Direito humano à segurança: o papel da mídia na formação do medo e do direito penal do terror
André Giovane de Castro

Linha B
Direitos humanos, relações internacionais e equidade

27 ..... **459**
O caso Maria da Penha Fernandes x Estado Brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos e suas repercussões no direito brasileiro
Aline Marceli Schwaikardt

28 ..... **479**
O parecer consultivo OC- 18/03 da corte interamericana de direitos humanos frente a condição jurídica dos migrantes indocumentados
Andressa Fernanda Deppner
Vanessa Caroline Cardoso

29 ..... **497**
Corte interamericana de direitos humanos Caso Ximenes Lopes vs. Brasil
Carline Daniela Taglieber
Jaqueline Beatriz Griebler

30 ..... **515**
Uma análise comparativa das teorias da justiça de John Rawls e Amartya Sen
Daiane Calioni Berton
André Giovane de Castro

31 ..... **531**
Direitos humanos e educação: um diálogo indissociável
Daiane Soares Valdameri

32 549
O contexto latino-americano de direitos humanos e os elementos esquecidos pelo discurso hegemônico
Dieison Felipe Zanfra Marques

33 567
A processualização no estado do Vaticano: uma leitura sobre o procedimento de julgamento e o devido processo legal
Gabriel Henrique Hartmann
Renê Carlos Schubert Junior

34 591
A educação em direitos humanos e as práticas de cidadania: as possibilidades oferecidas pelos projetos de extensão
Guilherme Henrique Tavares Diniz
Sinara Camera

35 607
Aplicação e efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos através do poder judiciário no estado brasileiro
Micheli Piucco
Janiquele Wilmsen

36 625
O impacto das novas tecnologias para a sociedade: o caso da pulseira da *Amazon*
Thami Covatti Piaia
Murilo Manzoni Boff

Linha C
Direitos humanos, meio ambiente e novos direitos

37 643
Reflexões acerca do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado a partir das competências constitucionais dos municípios em matéria ambiental como resposta política às injustiças do atual modelo de desenvolvimento
Alessandra Leves Raichle
Eloisa Nair de Andrade Argerich
Maristela Gheller Heidemann

38 ..... **663**
Somos o que podemos ter: o império do consumo
Álvaro da Costa Paranhos Teixeira
Giuliano de Lima Gotardo
Luciana Klein

39 ..... **677**
Orientação jurídica acerca do termo de ajustamento de conduta nas infrações ambientais
Bruna Luisa Basso
Pablo Henrique Caovilla Kuhnen
Patricia Luzia Stieven

40 ..... **691**
A perspectiva multicultural enquanto prática descolonizadora: possíveis significaçôes e emergências no horizonte dos direitos humanos na contemporaneidade
Celso Gabatz
Joici Antonia Ziegler

41 ..... **709**
Reflexões jurídicas contemporâneas: entre ativismo e minimalismo judicial
Joici Antonia Ziegler
Paula Vanessa Fernandes
Lessandra Bertolazi Gauer

42 ..... **729**
Direitos humanos fundamentais e a questão do meio ambiente ecologicamente equilibrado
Nadine Langner dos Santos
Luana Maíra Moura de Almeida

43 ..... **743**
Ecofeminismo e movimentos de camponesas frente a perspectiva da proteção ambiental
Neusa Schnorrenberger
Rosângela Angelin

44 ..... **765**
Uma abordagem sobre o encarceramento feminino na perspectiva dos direitos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro
Tassiana Borcheidt
Ester Eliana Heuser
Eloisa Nair. A. Argerich

Apresentação

A 3ª edição da Mostra de Trabalhos Acadêmicos do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ)- Campus Santa Rosa se consolida como um espaço de incentivo e de socialização da pesquisa desenvolvida por alunos da graduação, da pós-graduação e por professores no seio dessa Universidade.

Os trabalhos científicos aqui apresentados estão subdivididos em três grandes linhas de pesquisa, a saber: Fundamentos e Concretização dos Direitos Humanos; Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade; e Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos.

Para nós da Comissão Organizadora preparar mais uma Mostra de Trabalhos Científicos do Curso de Graduação em Direito da Unijuí, além de um renovado desafio representa o compromisso de manter acessa a chama do pensamento crítico e reflexivo em nossos acadêmicos e, sem dúvida, a alegria de comungar com cada um dos envolvidos a conquista pessoal de se descobrir agente no processo dinâmico de construção do conhecimento.

Fica o nosso agradecimento a todos os participantes, avaliadores e professores que tornaram possível concretizar a III Mostra de Trabalhos Científicos, assumindo, desde já, o desafio de manter e qualificar os espaços de pesquisa na graduação e, sobretudo, fomentar as trocas entre graduação e pós-graduação, espaços dessa Universidade já reconhecidos, e que possibilitam aos acadêmicos e professores alçar voos e comemorar sua exitosa caminhada de 25 anos em Santa Rosa e região.

Linha A

Fundamentos e concretização dos direitos humanos

1

Análise da efetividade do artigo 6 da "convenção de Belém do Pará" no atual cenário brasileiro

Adrieli Laís Antunes Aquino [1]

1 Introdução

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, os Estados – Membros comprometeram-se a zelar por uma vasta gama de direitos considerados inerentes ao ser humano. Ainda que a declaração faça referência à igualdade de direitos e não distinção de homens e mulheres, conforme o raciocínio da Diretora da ONG CEPIA (Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação) e conselheira do Conselho Estadual dos Direitos da Mulher do Rio de Janeiro, Leila Barsted, a conjectura sobre o cumprimento dos direitos humanos não tratou especificamente das violações aos direitos humanos das mulheres.

Não obstante a necessidade de dirimir a discriminação torna-se imprescindível a produção de tratados e convenções que ajam para resguardar, garantir e implantar os direitos das mulheres em âmbito sociojurídico, consoante a explanação de BANDEIRA E ALMEIDA:

[1] Acadêmica do Curso de Direito na UNIJUI, Campus Santa Rosa –RS.

> A Organização das Nações Unidas (ONU), então, retirou as questões de gênero, em definitivo, do âmbito particular dos Estados e as trouxe para a realidade internacional, tornando-as, com isto, preocupações globais, cujos objetivos foram: a) a plena igualdade de gênero e a eliminação de qualquer forma de discriminação por qualquer motivo de gênero; b) a plena participação das mulheres nos processos de desenvolvimento; e, por fim, c) a maior contribuição das mulheres à paz mundial. (*apud* BANDEIRA E ALMEIDA, 2015)

Conforme o avanço dos debates em planos de igualdade de direitos entre gêneros vários tratados foram ratificados no Brasil em 1922, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, em 1981 ratifica a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Tal convenção aduz:

> "(...)a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural do país, constitui um obstáculo ao aumento do bem estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade" (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, *apud* BARSTED,2001).

Porém, no país houve reservas ao cumprimento e efetivação de tal convenção, no passo que no Código Civil vigente decorria a distinção entre homem e mulher, pois a esposa devia subordinação ao marido, bem como do preconceito existente no próprio poder judiciário brasileiro, compatível com a opinião de TELES (2010):

> Há interpretações de cunho moralista e preconceituoso, como a decisão judicial que indeferiu medida protetiva a estudante Elisa Samudio 11 ameaçada pelo ex-goleiro do Flamengo, Bruno por

> entender que a Lei Maria da Penha deve proteger a família e não relações de caráter eventual e sexual.

É necessário quebrar o ciclo da violência contra a mulher no mundo, afirma MARCO (2003): "a violência contra a mulher é um assunto que precisa ser tratado com seriedade. Pois, trata-se de um fenômeno generalizado que não distingue raça, classe social ou religião". Um avanço social foi obtido com a Constituição de 1988, que buscou romper com a tradição negativamente discriminatória contras as mulheres.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, similarmente conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi promulgada no Brasil em 1º de agosto de 1996, análogo ao entendimento de OLIVEIRA E BASTOS (2014), que constitui verdadeiro avanço na seara da proteção internacional dos direitos das mulheres, tendo em vista não reconhecer apenas que a violência transcende os setores sociais, como também que a violência ofende a dignidade humana.

2 Concepção da convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher

À medida que os estudos feministas expõem um debate de gênero e equidade, nota-se que o mito da natureza masculina ser superior e, portanto, a natureza feminina incompleta, frágil, isto é, ser inferior não contempla a realidade dos fatos sociais, mas sim da construção histórica cultural. Conforme a doutrinadora Flávia Piovesan, "(...) vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável" (*apud* MONTEBELLO,2000).

A importância de abolir a violência contra as mulheres é de nível geral da sociedade, como afirma TELES (2010):

> A violência contra as mulheres gera outras violências. A primeira violência, que o ser humano conhece e com a qual terá que lidar, é a violência contra as mulheres, sejam as mães, companheiras ou esposas, tias, avós, irmãs ou primas. Muitas vezes, as crianças já sentem esta violência antes mesmo de nascer quando suas mães ainda estão grávidas.

Nas palavras de BARSTED (2001), o conceito de gênero é fundamental para a interpretação e compreensão dos indicadores sociais que exibem as diferenças salariais de até 40% menos para as mulheres, por exemplo, bem como possibilita a compreensão do quanto às leis, e muitas decisões judiciais, até então, têm legitimado a subordinação das mulheres na sociedade brasileira, conforme denota o trecho de uma decisão de 2007 do juiz Edilson Rumbelsperger Rodrigues, de Sete Lagoas (MG):

> A mulher moderna — dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozoides — assim só o é porque se frustrou como mulher. Tanto isto é verdade — respeitosamente — que aquela que encontrar o homem de sua vida, aquele que a satisfaça como ser e principalmente como ser sensual, tenderá a abrir mão de tudo (ou de muito), no sentido dessa 'igualdade' que hipocritamente se está a lhe conferir. A mulher quer ser amada. Só isso. Nada mais. (DECISÃO nos Autos nº 222.942-8/06 “Lei Maria da Penha”)

Nesta toada de gênero e igualdade, na década de 90 houve uma consulta de âmbito interamericano acerca das situações que envolviam mulher e violência, em conformidade com BANDEIRA E ALMEIDA (2015) tal consulta teve como escopo promover a investigação e sistematização de propostas para regular o fenômeno da violência contra as mulheres nas Américas, concebendo legislações específicas, com o propósito à sua erradicação.

Concluídas as consultas, durante a realização da 6ª Assembleia Extraordinária de Delegadas da CIM (Comissão Interamericana de Mulheres composta por delegadas de cada Estado-membro da OEA, designadas pelos governos nacionais), em

1994, o projeto foi aprovado e, durante o 24º período ordinário de sessões da Assembleia Geral da OEA, em Belém do Pará, a CIM apresentou o projeto: Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, similarmente conhecida como Convenção de Belém do Pará.

A Convenção de Belém integra o sistema normativo global da Organização das Nações Unidas, indispensável destacar que não existe qualquer hierarquia entre os documentos de proteção pertencentes ao sistema global e aqueles pertencentes ao sistema regional, reitera MONTEBELLO (2000), de sorte que diante da multiplicidade de instrumentos, cabe à vítima optar pelo sistema que lhe ofereça a proteção mais favorável.

3 Transformações sociais advindas da convenção

O Estado, fundamentado pelas lutas por igualdade no cenário Latino-Americano, passa a incorporar no direito penal leis que tutelam bens jurídicos como a proteção das mulheres e direitos que as permitam viver em plena cidadania, tal qual atinge o pensamento da socióloga Terezinha Maria Woelffel Vergo, ao aduzir que o cenário das conflitualidades sociais dos últimos anos do século passado, denota-se mais complexo, não só para entender o fenômeno da violência contra a mulher, como também os múltiplos entendimentos acerca do papel e extensão das políticas públicas a serem desenvolvidas para a prevenção, proteção e punição sobretudo do impacto destas políticas nas vidas das mulheres (VERGO, 2014).

A principal mudança social que a Convenção de Belém do Para produziu foi a visibilidade e ampliação do conceito de violência contra a mulher, declara Bandeira e Almeida (2015):

> (...)a Convenção de Belém do Pará significou expressivo avanço em defesa dos direitos humanos das mulheres do continente. Estabeleceu que a violência contra a mulher envolve qualquer ação ou conduta baseada em seu gênero, que lhe cause morte, dano ou

> sofrimento físico, sexual e psicológico, tanto na esfera privada como pública.

Bem como, a criação de institutos internos como a Lei Maria da Penha, que foi intensamente baseada na convenção, e a Lei 9.029/95 fundamentada no artigo 6 da manifestada Convenção, que se trata da erradicação de todas as formas de discriminação contra as mulheres:

> A esse propósito, importa lembrar que, em abril de 1995, foi editada a Lei 9.029, que exatamente 'proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho'. Resulta, portanto, que ao menos no âmbito trabalhista, as mulheres brasileiras contam com um instrumento específico de proteção à não discriminação (...). (ARAÚJO, N. e MONTEBELLO, M., 2002, p. 707, *apud* MARCO, 2003)

A referenciada convenção encaminhou aos planos formais países no combate a violência contra a mulher, demarcando uma nova fase a nível mundial, tendo em vista que é necessário o prévio esgotamento dos recursos internos, para se pleitear a proteção dos instrumentos internacionais perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Há três possíveis modos de verificar os direitos consagrados pela convenção, a sistemática de relatórios a serem realizados pelos Estados-Partes, o sistema de comunicações interestatais e, o mais eficaz deles, a possibilidade de recurso individual à Comissão Interamericana, não exigindo a intervenção por parte do Estado-parte, a proteção internacional aos direitos das mulheres restou fortificada, segundo MARCO (2003):

> Outra alternativa consiste em apresentar denúncia ou queixa à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme previsão do art. 12 da Convenção: "Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão

> Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação do art. 7.º da presente Convenção pelo Estado-parte, e a Comissão considerá-las-á de acordo com as normas e os requisitos de procedimento para a apresentação e consideração de petições estipulados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos".

Assim sendo, o Poder Judiciário e todos os operadores do Direito, bem como a sociedade, devem não só se sensibilizar, mas ter a coragem de atribuir extrema eficácia aos dispositivos constitucionais da Carta Magna de 1988 para adaptá-la à prática jurídica da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tal qual entendimento de MARCO (2003).

4 O artigo 6

O artigo 6 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher designa que:

> Artigo 6
> O direito de toda mulher a ser **livre de violência** abrange, entre outros:
> a.o **direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação**; e
> b.o **direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados** de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação. (Convenção de Belém do Pará, *grifos meus*)

De acordo com o dicionário, discriminação é a ação ou efeito de segregar, pôr a parte, o primeiro item do aduzido artigo refere que é direito da mulher ser livre de todas as formas de discriminação, leva a indagação do motivo pelo qual a

discriminação de gênero flui e é considerada intrínseca da sociedade.

De acordo com o entendimento de SAFFIOTI (2002), a maioria das mulheres vive e encarna a lógica patriarcal de gênero, sem critérios para diferenciar seus atributos e os de seu companheiro, desfalcando suas próprias qualidades e exaltando as do companheiro.

No preâmbulo da Convenção tem-se que: "a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades", portanto o direito da mulher de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados compõe o ponto crucial de efetividade dos direitos humanos. A violência contra a mulher é expressa brilhantemente por BANDEIRA (2009):

> No geral, sob esta designação, são agrupados Fenômenos e situações diversas: abuso verbais, físicos e emocionais, agressões e torturas, assédios e abuso sexual, estupro, privação de liberdade, escravidão sexual, incesto, heterossexualidade forçada, possessão forçada dos corpos femininos, maternidade imposta, abortamentos, mutilações físicas, assassinatos, e, enfim, outros crimes passionais e de honra, além de manifestações mais sutis, dissimuladas e envolventes, que sobrevivem por meio de chantagens, emoções e constrangimentos.

O mérito social do artigo 6 é perfeitamente expressado pelo Sociológo Rodrigo Gringhelli Azevedo ao sustentar que:

> [...] desestabilizando e redefinindo o foco das percepções sobre dominação, controle e poder. Por romper as velhas estruturas do patriarcado e desnaturalizar os dispositivos que asseguram o livre exercício da violência familiar, estaria, pragmaticamente, produzindo condições de ampliação da democracia, a despeito de seus efeitos colaterais. (AZEVEDO, 2008, p. 116, *apud* VERGO/2014)

Legislações como a "Convenção de Belém do Pará" demonstram a deferência pelos direitos humanos de todos, inclusive

das mulheres. Tal como afirmam OLIVEIRA E BASTOS (2014), para proteger, garantir e efetivar um cenário de cidadania digna para as mulheres, historicamente reprimidas, fundamental absorver, estudar e aplicar as normas jurídicas que as favorecem.

A luta dos grupos feministas para reverter os estereótipos sociais enraizados na cultura popular de subordinação e inferiorização da mulher demonstra que a violência transcende os setores sociais, bem como reconhece "que a violência ofende a dignidade humana e revela uma manifestação de relação de poder historicamente desigual entre homens e mulheres" (LAVORENTI, 2009, p. 86, *apud* OLIVEIRA E BASTOS, 2014).

Portanto, as mulheres vítimas de quaisquer tipos de submissão de violência podem e devem recorrer ao Poder Judiciário com o intuito de exigir a aplicação da norma internacional, que se encontra perfeitamente integrada ao ordenamento nacional e tem o dever de ser cumprida.

5 Diagnóstico contemporâneo de sua efetividade

Os estereótipos de gênero geram violência contra as mulheres, no passo em que há uma forte marca religiosa que prega a subordinação e delineia um aspecto do que é ser uma mulher "de bem", em conformidade com PASINATO (2011): "a violência contra as mulheres é definida como universal e estrutural e fundamenta-se no sistema de dominação patriarcal presente em praticamente todas as sociedades do mundo".

No Brasil, há uma falta de dados oficiais para aprofundar estudos acerca da violência de gênero, grande parte da violência é velada, porém a maioria ainda se traduz em mortes e violências físicas. Nas palavras de PASINATO (2011), os movimentos das feministas conquistaram legitimidade para suas denúncias e tornaram o problema da violência contra as mulheres um problema de políticas públicas, validando os princípios do artigo 6 da Convenção de Belém.

Na contemporaneidade, a mídia manifesta os crimes em números gritantes:

> Entre 1º de janeiro e dezembro/07, aproximadamente 369 mulheres foram mortas em Pernambuco. De 2002 a 2006, ocorreram 1.512 assassinatos de mulheres. São vítimas principalmente dos maridos, namorados e ex-companheiros. A maioria é pobre, negra e tem entre 15 e 24 anos, mesmo perFl dos homens vítimas de homicídio no Estado. Por sua vez, o relatório da USP/Comissão Teotônio Vilela, com base em dados do Sistema Único de Saúde, mostra que 1.428 mulheres foram mortas no Estado entre 2000 e 2004 (...) o índice é "altíssimo" –, se mantém estável: entre seis a sete mulheres em 100 mil habitantes são assassinadas por ano. A média nacional é de quatro por 100 mil (....), uma combinação de fatores explica a maioria dos homicídios no Estado: a cultura da honra, da masculinidade, aliada à alta disponibilidade de armas de fogo[...] são, em grande medida as causadoras... (Lacerda, 2007, p. 25, *apud*, BANDEIRA, 2009)

Em 14 de março de 2018, a vereadora Marielle Franco foi assassinada em meio a uma intervenção federal do Estado no Rio de Janeiro, a política de 38 anos. Conforme Pestre (2018), era do ativismo de direitos humanos e da luta contra a violência contra as mulheres, "a motivação do crime está sendo investigada pela Divisão de Homicídios da Polícia Civil do Rio, (...) 'Executam Quem Levanta Sua Voz', denunciando a possível execução da parlamentar".

No artigo 6, além da preocupação devido à violência sofrida pelas mulheres, há também o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação. Acerca de tal diretriz, o país ainda peca em abundância, consoante Maria Amélia de Almeida Teles (2010):

> Dados dos estudos sobre "Demografia e Gênero" mostram que 46,7% das mulheres, em 2007, participavam do mercado de trabalho, o que, certamente, deve ter aumentado a renda familiar, mas mesmo assim, os homens ainda não compartilham das atividades domésticas. 89,7% das mulheres que trabalham fora, também fazem o trabalho

> doméstico. Outra questão apresentada é que apesar das transformações na estrutura familiar, esta ainda se mantém discriminando as mulheres, sobrecarregando e isolando-as, o que fez com que os analistas concluíssem que a família é "a esfera social mais refratária e resistente em direção à igualdade entre mulheres e homens". Isto resulta numa parcela significativa impedida de ter uma efetiva participação social e política que são as mulheres.

Ainda é característica marcante da sociedade brasileira a de proceder baseada no preconceito, em concordância com TELES (2010), acontecem a discriminação, a violência e a invisibilidade das mulheres, pelo simples fato de serem mulheres, são alvo de desdém e preconceito o que gera a violência contra a mulher e sua banalização.

Há princípios, atualmente, no STF para diminuir a desigualdade de gênero e discriminação:

> Igualdade. Princípio. Discriminação. Proibição. O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF - MI 58-DF - Pleno - m.v. - 14.12.1990 - rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, DJU 19.04.1991, p. 4.580, *apud* MARCO, 2003)

Apesar das notórias conquistas acerca da igualdade social entre homens e mulheres, a sociedade ainda continua adotando a figura feminina como objeto, basta navegar na internet ou ligar a televisão que nos deparamos com a indústria cultural ferindo as bases do artigo 6 da Convenção. Conforme Oliveira e Bastos (2014):

> Nas músicas que reproduzem a ideologia machista, pode-se encontrar basicamente o desrespeito à condição da mulher; a violação dos diversos direitos e garantias fundamentais em âmbito nacional e internacional e, infelizmente, a desvalorização da luta histórica protagonizada pelos movimentos feministas que, aos poucos, tentaram inserir a mulher na sociedade, valorizando-as como ser humano – e não como mero objeto.

Não obstante ignorar que grande parte dos homicídios de mulheres ocorre no espaço doméstico, cometidos por seus parceiros íntimos ou conhecidos, também é imprescindível averiguar as mortes em outros cenários, de acordo com Pasinato (2011), há uma parcela de vítimas formada por mulheres que foram assassinadas em ações que tinham por escopo atingir os homens de suas famílias, estes sim muitas vezes envolvidos diretamente com a criminalidade.

Tais crimes, todavia, remetem a falta de efetivação do Estado ao aplicar os preceitos normativos que possui, a banalidade/impunidade com que são tratadas as agressões contra as mulheres em aspecto público e, principalmente, privado gera o medo da desestruturação familiar levando as mulheres a se silenciar diante da violência, a conduta estatal atesta a anexação da violência para resolver conflitos sociais do cotidiano e perpetuar a visão patriarcal de subordinação ao masculino.

6 Considerações finais

Apesar de todas as adversidades citadas, providências podem ser tomadas para cumprir o propósito desta e de tantas outras convenções, tratados e leis, como por exemplo, a Lei Maria da Penha

(2006) que foi inspirada na Convenção de Belém do Pará, uma vez que o Direito, ainda que regularmente possa ser falho, oferece abrigo aos que necessitam.

Considero que para avançar na identificação e efetivação da luta pelos direitos humanos para as mulheres é imprescindível, inicialmente, dirimir as fronteiras entre o público e o privado para que se possam visualizar as situações que ocorrem no Brasil, que é um país marcado por uma ideologia sexista que estigmatiza o gênero feminino, gerando incontáveis formas de violação dos direitos humanos da mulher, tais como: estupros, espancamentos domésticos, prostituição imposta, violência física e psicológica e aprofundar o debate sobre os estereótipos culturais que tanto atrasam a vida de inúmeros brasileiros e brasileiras.

A união das mulheres em busca dos seus direitos foi o que em 1994 resultou na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, muitas sofrem violência diariamente nos dias atuais, muitas sofreram e o seu sofrimento originou resguardo para tantas outras, tal como Maria da Penha.

É crucial que o Estado brasileiro dê conhecimento aos mecanismos nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos e que cumpra os compromissos legitimados, tal como anui Montebello (2000):

> Além disso, é importante difundir junto à sociedade a informação de que, diante da omissão do Estado em tomar providências a fim de que as mulheres brasileiras sejam verdadeiramente protegidas, lhes é assegurado pela Convenção de Belém do Pará o direito de apresentar denúncias ou queixas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, ao encontro da prevalência da dignidade da pessoa humana, poderá intervir na soberania do Estado-parte em nome dos direitos fundamentais.

Como aduz Barsted (2001), todavia, todos os cidadãos devem conhecer e debater o conteúdo dos tratados e convenções assinados e agir de forma a influenciar o Estado a adotar posições

progressistas no que se refere, ao respeito aos direitos humanos e ao desenvolvimento coletivo baseado em critérios de equidade.

Entendo que o tema erradicação da violência e discriminação contra as mulheres merece ser mais debatido e refletido em âmbito sociojurídico, tendo em vista o modo de vida dos brasileiros, que em maioria acreditam em doutrinas religiosas que respaldam a subordinação e, consequentemente, a violência contra mulheres e crianças. Assevera a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em junho de 1993 em Viena, artigo 18 que:

> os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas, que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher. (Conferência Mundial dos Direitos Humanos, apud MONTEBELLO, 2000)

Nesse contexto, o presente trabalho teve por objetivo estudar o instrumento internacional de proteção aos direitos da mulher, "Convenção de Belém do Pará" atualmente em vigor no Brasil, com foco no cumprimento, ou descumprimento, de seu artigo 6.

Referências

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos. **Vinte Anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha.** Estudos Feministas, Florianópolis, 23(2): 352, maio-agosto/2015. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ref/v23n2/0104-026X-ref-23-02-00501.pdf>. Acesso em: Março, 2018.

BANDEIRA, Lourdes, **Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006.** Sociedade e Estado 2009, 24 (Mayo-Agosto) Disponível em:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=339930896012>. Acesso em: Abril, 2018.

BARSTED, Leila Linhares. **Os Direitos Humanos na Perspectiva de Gênero.** Texto produzido para o I Colóquio de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2001. Disponível em: < http://dhnet.org.br/direitos/textos/a_pdf/barsted_dh_perspectiva_genero.pdf>. Acesso em: Março, 2018.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará".** Disponível em: <https://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: Março, 2018.

MARCO, Carla Fernanda De. **A Desigualdade de Gênero e a Violência Contra a Mulher à Luz da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.** Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 44/2003 | p. 62 - 73 | Jul - Set / 2003 Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 6 | p. 1109 - 1122 | Ago / 2011 DTR\2003\356 .

MONTEBELLO, Marianna. **A Proteção Internacional aos Direitos da Mulher.** Revista da EMERJ, v.3, n.11, 2000. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_155.pdf>. Acesso em: Abril, 2018.

OLIVEIRA, Amanda Muniz; BASTOS, Rodolpho Alexandre Santos Melo. **A Violência Simbólica de Gênero Propagada pela Indústria Cultural e os Direitos Humanos das Mulheres.** Interfaces Científicas – Direito, Aracaju, V.2, N.2 ,p. 47 - 58 Fev. 2014. Disponível em:<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/1033 > Acesso em: Abri, 2018.

PASINATO, Wânia. **"Femicídios" e as mortes de mulheres no Brasil.** Cadernos pagu (37), julho-dezembro de 2011: 219-246. Disponível em: < http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/108659/1/2-s2.0-82755195673.pdf >. Acesso em Abril, 2018.

PESTRE, Maria Clara. **Em ato no Rio após morte de Marielle, trajetória de luta é lembrada como inspiração.** Revista dos Tribunais. Reuters (Português, Brasil) | 15 Março 2018. Disponível em: < http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6214f00000162afe8e16c6a97333d&docguid=I3097a030287811e89969849e06226e00&hitguid=I3097a030287811e89969849e06226e00&spos=10&epos=10&td=551&context=126&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em Abril, 2018.

SAFFIOTI, Heleieth IB. **Violência contra a mulher e violência doméstica.**Gênero, democracia e sociedade brasileira. São Paulo: FCC; Ed, v. 34, 2002.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **O Protagonismo das Vítimas de Violências Doméstica e Familiar.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 86/2010 | p. 381 - 392 | Set - Out / 2010 Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 4 | p. 381 - 392 | Ago / 2011 DTR\2010\720.

VERGO, Terezinha Maria Woelffel. **Autonomia e Empoderamento das Mulheres Usuárias das Políticas Públicas Socias: Algumas Considerações a Partir das Teorias Políticas Feministas no Trato dos Conceitos de Empoderamento e Autonomia para as Mulheres.** 18º Redor, Universidade Federal Rural de PE, 2014. Tema: " Perspectivas Feministas de Gênero: Desafios no Campo da Militância e das Práticas. Disponível em: <http://paradoxzero.com/zero/redor/wp-content/uploads/2015/04/696-4648-1-PB.pdf>. Acesso em: Abril 2018.

2

Colonialismo europeu e pensamento fraco: a tese do *enfraquecimento do ser* como caminho para a concretização dos direitos humanos no terceiro mundo[1]

Alana Taíse Castro Sartori[2]
Hérculis Antônio Rodrigues Rakovski[3]
Noli Bernardo Hahn[4]

Introdução

Construídos por uma série de revoltas sociais contra a arbitrariedade e violência das estruturas de poder, os Direitos

---

[1] Eixo temático I – Fundamentos e Concretização dos Direitos Humanos. Artigo referente ao Projeto de pesquisa de iniciação científica "Direito, Cultura e Religião", vinculado ao programa de fomento externo PIBIC – CNPq, 2017/2018.

[2] Graduanda do sétimo semestre em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo. Bolsista voluntária em projetos de iniciação científica. E-mail: alanas@san.uri.br

[3] Bolsista PIBIC - CNPq em iniciação científica. Graduando do sexto semestre em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo. E-mail: herculis.rakovski@hotmail.com

[4] Professor orientador. Pós-doutorando da Faculdades EST. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMESP. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito. Lidera, junto com o professor Dr. André Leonardo Copetti Santos, o Grupo de Pesquisa *Novos Direitos em Sociedades Complexas*, vinculado à Linha 1, Direito e Multiculturalismo, do PPG Mestrado e Doutorado em Direito da URI. Pesquisa temas relacionando Gênero, Direito, Cultura e Religião. E-mail: nolihahn@santoangelo.uri.br

Humanos podem ser tidos como garantias inerentes a toda e qualquer pessoa humana, indistintamente. Podemos citar, entre o extenso rol de garantias, a vida, a alimentação, a saúde, a liberdade e a dignidade humana. Estas garantias são reconhecidas como quesitos naturais, na medida em que a insuficiência de qualquer um deles pode acarretar um risco à sobrevivência humana. Ou seja, para sobreviver, naturalmente, uma pessoa necessita de, por exemplo, alimentação, sob o risco de sua extinção. Estas garantias podem ser concebidas como *leis naturais*, no sentido de necessidades básicas. Sob este entendimento, em princípio, estas valem por si só, sem obrigação de positivação. No entanto, nem sempre tais necessidades básicas foram reconhecidas pelo Estado aos seus cidadãos, uma vez que a história comprova que vários soberanos absolutistas institucionalizavam a violência e degradavam a vida de seu povo. Foi com o intuito de assegurar essas obrigações básicas naturais que, em 1948 foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) pela Organização das Nações Unidas (ONU), sendo a mesma assinada na época, por 48 países, dos 51 países membros da organização, estando o Brasil entre eles.

A ideia de universalidade perpassa os Direitos Humanos. A perspectiva da universalidade selou os Direitos Humanos em sua origem. A universalidade focaliza o horizonte que a declaração pretende transmitir em uma sociedade marcada pelas atrocidades das duas grandes guerras do século XX, onde a crença na verdade absoluta desses direitos era tida com otimismo e esperança. Porém, a passagem do século XX para o XXI foi igualmente abalada por um pessimismo incurável, resultado da gradual tomada de consciência humana de que os avanços tecnológicos e de produção estão sendo responsáveis por uma série de destruição em massa, tanto dos meios ecológicos, quanto dos povos nativos, ao mesmo tempo em que se percebe que as guerras continuam e os Direitos Humanos não alcançaram seu objetivo material, representando apenas um documento formal sem força vinculante. É diante deste cenário de constantes indagações que se vê a possibilidade de desconstruir todo

e qualquer pensamento arbitrário que acaba por incutir discursos e valores universais de modo impositivo, sem deixar qualquer margem para o diálogo e o entendimento comuns.

Muito se perde com a imposição de verdades absolutas, sem redes de conversações adequadas para possibilitar a troca de saberes entre culturas distintas. E, neste sentido, este artigo propõe-se a refletir acerca da interface impositiva dos Direitos Humanos, como um produto da cultura europeia, que simbolicamente promove, como na época do colonialismo, uma dominação entre os países de primeiro sobre os de terceiro mundos. Diante desta sistemática, pretende-se, através do método analítico descritivo, com pesquisa em fontes bibliográficas, recorrer aos filósofos Richard Rorty e Gianni Vattimo, na busca de uma alternativa pautada por suas teorias a fim de se atingir um caminho para a cultura de diálogo entre as nações e a consequente ressignificação dos Direitos Humanos para que, longe de representar uma hierarquia mundial de distribuição de poder hegemônico, possam interagir como forma de assegurar uma digna vivência e sobrevivência das pessoas.

Aspectos históricos de direitos humanos e processo de colonização

O termo Direitos Humanos pode se reportar a diversos sentidos e significados que até hoje pensadores encontram dificuldades para desenvolver em absoluto e de forma universal. Em suma, eles podem ser considerados como *leis naturais*, no sentido de necessidades humanas básicas, garantias individuais que suprimem o poder do Estado de intervir na vida particular do indivíduo, ou como garantias sociais, que estipulam uma série de obrigações aos entes soberanos para com a melhoria da qualidade de vida de seu povo. Porém, não se entrará no mérito da conceituação desses direitos no presente artigo. Estipular um conceito fixo é o mesmo que fazer menção à inflexibilidade e arbitrariedade, à metafísica aristotélica que se tenta combater,

mesmo que seja importante delimitar uma base norteadora para a discussão. Para Bertaso e Santos,

> (...) o que se entende por Direitos Humanos não diz respeito a um conjunto de atributos reconhecidos ao sujeito (direitos subjetivos), a normas constantes de estatutos legais (direito positivo), a ideal com base em premissas morais (por exemplo, uma nova jurisprudência de direito natural contrária à tentativa escassa do positivismo jurídico de afastar a moral do direito), a essência de humano ou a discurso político; nem se confunde com as lutas sociais contra opressões estatais e violências. Não é que sejam negadas tais feições, mas devem ser entendidas a partir de questionamentos sobre os embates sociais e suas consequências, também, como os modos de afirmação desses direitos determinam o social pelas suas práticas políticas correspondentes e dispositivos de poder. (BERTASO, SANTOS, 2013, p. 29-30)

Em outras palavras, os Direitos Humanos não devem ser somente interpretados como diretrizes normativas mundiais, mas sim como um mecanismo multifacetário que deve ser compreendido a partir de sua relação histórica com a política, a economia e a sociedade. Tais "(...) leis do direito" são abordadas como "leis naturais" ou as "leis da natureza". Isto é, confundem uma forma de direito com o direito" (SPAREMBERGER, in SANTOS; LUCAS; BRAGATTO, 2014, p. 107). Revela, portanto, as relações de poder e de violência permeiam o discurso dos Direitos Humanos, implicando um pensar deles dentro da criticidade histórica, diante de uma perspectiva colonial.

O termo colonialismo pode ser compreendido como o processo de conquista e dominação de povos e territórios, instigado por um Estado soberano sobre o outro. Para Santos e Lucas (2015, p. 37-39) tal processo foi movido em um primeiro momento (séculos XV e XVI) pelas Grandes Navegações, implicando no *descobrimento* da América e da África pelos países europeus (Portugal, Holanda, Espanha, Inglaterra e França). Em um segundo momento (século XIX) tem-se uma nova onda de imperialismo/colonialismo, dessa

vez iniciado pelos países do norte – como é o exemplo dos Estados Unidos e das nações anglo-saxônicas - em face dos países do sul, compreendendo os países africanos, a Oceania e América Latina, inclusive o Brasil.

Da mesma forma, interessante de faz ressaltar os conceitos de Joseph S. Nye Jr. (APUD in SANTOS; LUCAS, 2015, p. 37-40.), que, ao se referir à forma como a *colonização* acontece de fato no espaço, estipula o conceito de poder bruto e poder brando. O poder bruto pode ser facilmente visualizado em episódios históricos como a invasão dos espanhóis na América Latina, em meados do século XVI durante a primeira onda de imperialismo, que dizimou povos originários do atual território mexicano. Trata-se de uma forma de dominação imposta pela violência de um sobre o outro, onde o mais forte se sobressai e domina o mais fraco. Consoante a este processo, o poder brando envolve mais complexidade, ao mesmo tempo em que determina uma dominação quase imperceptível e de difícil superação. Revela-se como a admiração devido às táticas de propaganda, ao aparente sucesso econômico e social de um país sobre o outro, em um processo que faz com que cultura, economia e política local tente seguir o *padrão dos colonizadores do século XXI*, em uma visível subordinação dos países do sul perante os países do norte. Freire complementa este pensar quando estipula também que essa estrutura de poder só é possível de ser mantida pelo convencimento dos dominados de que seus dominadores são melhores e mais evoluídos. Dessa forma, torna-se simples tornar uma cultura, economia e até mesmo uma política homogêneas, no momento em que estipula um padrão aceitável, *melhor* e que todos deveriam obedecer para conseguir um melhor status e felicidade. (FREIRE, APUD in SANTOS; LUCAS, 2015, p. 40).

Portanto, considera-se o processo de colonização - além de tomadas de terras e matérias-primas de outros Estados - como uma estrutura hierárquica entre os países, na qual os Estados, com economia menos desenvolvida, se submetem aos que possuem maior poder econômico. Torna clara a relação entre este fenômeno

e o discurso dos Direitos Humanos, uma vez que este último iniciou sua consolidação na Europa e, posteriormente, foi incorporado aos ordenamentos dos demais países de continentes diversos. Por outro lado, não se trata de considerar o valor axiológico dos Direitos Humanos, muito menos de pôr em dúvida os grandes avanços legislativos e sociais que eles possibilitaram, mas, sim, de levantar a questão da forma pela qual se espalharam pelo globo, da maneira impositiva de seu discurso que possivelmente resultaram na dificuldade de pôr em prática suas diretrizes.

Neste sentido, Sparemberger faz menção que

> Os direitos humanos surgiram como um discurso ocidental. Como nos esclarece o filósofo/jurista espanhol Joaquín Herrera Flores, ainda que reconheçamos a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, percebe-se que seus fundamentos ideológicos, filosóficos e culturais são ocidentais e esta consciência revela o contexto concreto no qual teve origem o próprio discurso dos Direitos Humanos (FLORES *apud* SPAREMBERGER *in* SANTOS, LUCAS, BRAGATTO, 2014 p. 102).

Ou seja, a Declaração que consolida dos direitos humanos, forjada sob cunho exclusivamente ocidental, mais precisamente europeu, dificulta o objeto fim de tais direitos: a universalidade. Para Leão, Teixeira e Cardoso (2018, p. 149.) os objetivos europeus vão ainda mais além, pretendendo atingir a *submissão universal* das nações com a expansão da ideologia humanista. Seja qual for a perspectiva inicial da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, era visível o fato de que seus conceitos, bem como sua finalidade, eram considerados verdadeiros em essência. Por se tratar de um espaço-tempo – Século XX - no qual o método Descartiano era venerado e a filosofia moderna buscava a verdade imutável das coisas, acreditava-se que ao encontrá-la, poderiam ser aplicados conceitos gerais, para se alcançar uma sociedade plena (RIGO, 2015, p. 37-43). E, como o ideal colonialista, a Europa ocidental era o modelo padrão a ser seguido pelos demais países, considerando

seu sistema de produção, economia, política e religião analogamente à verdade suprema da terra. Qual a implicação prática da teorização da verdade a partir de um determinado espaço-tempo? Simplesmente a desconsideração das diferenças étnicas, culturais e sociais dos demais lugares, que, ao terem suas especificidades subjugadas ao ideal universalista dos direitos humanos, perderam sua diversidade, sua cultura e, em casos mais graves, tiveram sua economia e política desequilibrada, entrando em colapso e resultando nos vários pontos de miséria humana no globo.

> A retórica da modernidade e suas ideias pretensamente universais (cristianismo, modernidade, Estado, democracia, mercado etc.) permitiram e permitem a perpetuação da lógica da colonialidade (dominação, controle, exploração, dispensabilidade de vidas humanas, subalternização dos saberes dos povos colonizados, etc.) (MIGNOLO *apud* SPAREMBERGER, 2014, p. 104).

Sparemberger ainda complementa que os efeitos coloniais são perceptíveis no século XXI e, além de promover o silenciamento dos saberes locais, tonam necessários, para manutenção desse sistema, ações que violam o ponto de vista dos direitos humanos, como o tráfico de escravos africanos, a exploração dos povos indígenas, a desapropriação de suas terras, a segregação racial, etc... (SPAREMBERGER, in LUCAS; CENCI, 2014, p. 103-104). Em outras palavras, os direitos humanos só possuem validade se para os colonizadores de primeiro mundo - pois no momento em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos pôs em dúvida a ordem hierárquica dos países - os considerados de terceiro mundo irão ter seus interesses e garantias subalternizados em relação aos de primeiro mundo. E é no intuito de desmitificar tal estrutura que, no século XXI, surge uma onda de pensamento tido como pós-colonial.

O processo de dominação controla também os saberes de um povo. Nesse aspecto, podemos figurar o Brasil como exemplo de país dominado, uma vez que toda sua herança jurídica, política e econômica advém de sua metrópole antiga, Portugal, da mesma

forma que mantém relações internacionais consistentes com os Estados Unidos, tentando seguir seu modelo e padrão cultural e de produção. Na ótica do pensamento colonial, a questão da intolerância racial, do menosprezo aos povos indígenas e o capitalismo competitivo em massa podem ser considerados igualmente como legados de culturas externas, que incutiram seus valores no patrimônio nacional, uma vez que

> (...) ao longo da modernidade, a produção do conhecimento científico foi configurada por um único modelo epistemológico, como se o mundo fosse monocultural, o qual descontextualizou o conhecimento e impediu a emergência de outras formas de saber não redutíveis a esse paradigma. (SPAREMBERGER in SANTOS; LUCAS, BRAGATTO, 2014, p. 105).

O pensamento pós-colonial surge, neste contexto, como contraponto às narrativas universalistas da modernidade, originando-se principalmente devido às grandes crises econômicas e sociais trazidas pelo processo colonizatório. Tem por objetivo trazer à tona os prejuízos da dominação entre os povos e descontruir qualquer verdade fixa, objetiva e absoluta propagada universalmente. Neste sentido, o filósofo italiano Gianni Vattimo, ao discorrer em seus escritos acerca da essência das coisas, revela que o desejo de impor uma verdade una é um erro, pois o próprio conceito de verdade não existe. A verdade depende da realidade, e esta é vivida de formas diferentes conforme cada período e povo. Portanto, para realidades diferentes existem verdades diferentes (VATTIMO, 1998, p. 17-22).

O pensamento de Vattimo é análogo ao pensamento pós-colonial, pois ambos são tidos como desconstrucionistas das verdades últimas, produto da antiga metafísica aristotélica. Ao abrir espaço para a construção de novos entendimentos, tem-se a valorização das diferenças e estas são vistas como algo a agregar conhecimento à história, e não como uma ameaça aos padrões pré-constituídos. Destarte,

> O argumento central e consensual dos estudos pós-coloniais, assim como a sua maior contribuição é, sem dúvida, a ruptura com a história única, sustentada pelas metanarrativas que legitimaram as ideologias do processo de colonização, naturalizando a dominação do homem pelo homem, a partir das diferenças raciais hierarquizadas como justificativa para o "processo civilizatório". (PEZZODIPANE, 2013, s.p.).

O pós - colonialismo evidenciou os direitos humanos como um legado impositivo, inicialmente criados para as antigas metrópoles, e não aplicados a suas colônias. Tal fator demonstrou um descaso com os demais países do globo, como se o mundo pertencesse apenas aos continentes com tecnologia mais avançada. Resquícios dessa despreocupação podem ser vislumbrados perante a dificuldade de prover as garantias básicas da Declaração (DUDH) em continentes pobres – sendo a condição de pobreza diretamente ligada à colonização europeia e anglo-saxônica - como a África e a América Latina. Isto posto, é de suma importância uma nova teorização para tais direitos, aplicando saberes adquiridos na chama era pós-moderna, a fim de criar formas

> (...) a darem novos sentidos (enquanto direções) para entendimento de direitos humanos. E isso vale a para repensar conhecimentos a partir de outras comunidades de intérpretes (BALDI in SANTOS; LUCAS; BRAGATO; 2014, p. 144).

Para alcançar tal objetivo, recorrer-se-á à tese do *pensamento fraco* e do consequente *enfraquecimento do ser* em Vattimo, bem como o acordo como possibilidade para a felicidade em Rorty, na esperança de visualizar um caminho para a concretização dos direitos humanos em nível mundial, porém, levando em consideração as diferenças de cada espaço cultural.

O *pensamento fraco* como forma de concretização dos direitos humanos na perspectiva multicultural

Quando se desafia a analisar os direitos humanos sob a ótica do pensamento desconstrucionista de Vattimo,

> Não se trata de considerar que tais direitos atingiram a universalidade, mas sim, que estes têm o potencial para tal. Isso só será possível se a aplicação de tais direitos for feita em conjunto com uma perspectiva intercultural, descolonial. (SPAREMBERGER, 2014, p. 102).

Da mesma forma, há de se falar na estrutura dialética das metanarrativas que impregnaram a origem de tais direitos. Em suma, Vattimo considera pensar os primeiros indícios dos direitos humanos em versículos bíblicos, sendo esses diretamente uma herança cristã. A primeira garantia que os evangelhos traduzem referia-se ao que hoje temos positivado como direitos de igualdade, na medida em que citava: "Não há judeu nem grego, escravo nem livre, homem nem mulher; pois todos são um em Cristo Jesus. (GÁLATAS 3:28) ", e, "Nosso desejo não é que outros sejam aliviados enquanto vocês são sobrecarregados, mas que **haja igualdade**" (CORÍNTIOS 8:1-15. Grifo dos autores.). Tais disposições evidenciam a preocupação da época em promover um estilo de vida igualitário, afirmando que todos, apesar de suas diferenças, são *um só ser*, e que teriam sua dignidade assegurada pela perspectiva multicultural, na medida em que se parte de pressupostos biológicos: *homem x mulher*; culturais: *judeu x grego* e, por fim, hierárquicos: *homem livre x escravo*. O cristianismo, na visão do filósofo italiano, é a tentativa de combater a violência institucionalizada pelas religiões arcaicas e a concepção de *desigualdade humana por natureza*, pois promove, através da encarnação de Cristo, da mortificação de Deus perante sua criação - *Kénosis* – o fim da estrutura de dominação imposta aos humanos (VATTIMO, 1996, p. 21-41). Ao passo

> (...) que o cristianismo seja [...] a religião da saída da religião, e que a democracia, o livre mercado, os direitos civis, as liberdades individuais tenham sido não diremos inventados em sentido absoluto, mas "facilitados" pelas culturas cristãs (...). (GIRARD; VATTIMO, 2010, p.6).

Em contraponto, deve-se também considerar que em diversos períodos históricos houve arbitrariedade por parte das igrejas cristãs, resultando em verdadeiros massacres, como no caso da *caça às bruxas*, do *tribunal da inquisição* e das *guerras santas*, revelando que, mesmo um discurso que à primeira vista prega igualdade e não-violência pode ser interpretado de acordo com os interesses das camadas dominantes da sociedade. E, quando se discute a interpretação, deve-se considerá-la a chave para compreender o paradoxo histórico do cristianismo.

As narrativas violentas da história foram, e ainda são fomentadas por um discurso arbitrário, fundado no pensamento metafísico. Tal concepção advém do fato de que

> (...) por muitos séculos, a filosofia se preocupara em fornecer garantias de que nossa representação da realidade é fiel. O espelho significava que a filosofia devia ajudar a refletir fielmente a Natureza ou orientando a ciência, para falar com Kant, ou simplesmente mostrando as estruturas básicas de acordo com as quais espelhamos a Natureza. (RORTY, 2010, p. 7).

Logo, ao estipular um conceito supremo como verdadeiro entende-se como aceitável o fato de que, para se alcançar tal ideal e, consequentemente a sociedade plena, todas as pessoas, governos e culturas devem-se submeter ao padrão ditado. Lógica também apreciada pelo movimento colonial, que se baseava nestas mesmas premissas para subjugar nações e prosperar com a exploração sob a justificativa de estar padronizando o mundo para alcançar uma sociedade universal e ideal.

Nesse sentido, podemos citar várias exemplificações de como os direitos humanos são violados em nações de terceiro mundo, a

fim de que possam atingir o mais rápido possível os níveis econômicos, político e social dos países considerados padrões. Em sua obra "*Os homens explicam tudo para mim*", a jornalista e escritora Rebecca Solnit (2017, p. 63-66) desvenda as relações do Fundo Monetário Internacional (FMI) com o declínio de vários países. O FMI, fundado em 1945, inicialmente com o intuito de oferecer empréstimos para os países subdesenvolvidos alcançarem o desenvolvimento econômico e possibilitarem a realização das garantias básicas de vida de seus cidadãos. A incongruência ocorre já nos anos 80, quando o fundo monetário passou a utilizar os empréstimos como forma de controlar a economia dos países do hemisfério sul, por meio das dívidas contraídas, proporcionando um empobrecimento cada vez maior destas nações, a ponto de não ser possível assegurar vários direitos humanos em seus territórios.

Em entrevista, o então presidente dos Estados Unidos Bill Clinton, admitiu em discurso nacional que

> Desde 1981 os Estados Unidos vinham seguindo uma política, até mais ou menos o ano passado, quando começamos a repensá-la, de que nós, os países ricos que produzimos muita comida, deveríamos vendê-la aos países pobres e assim aliviá-los do fardo de ter que produzir seus próprios alimentos, de modo que, com a graça de Deus, eles poderiam saltar diretamente para a era industrial. Isso não deu certo. (...) Tenho que conviver todos os dias com as consequências da capacidade perdida de se produzir uma safra de arroz no Haiti para alimentar a população, por causa daquilo que eu fiz. (CLINTON in SOLNIT, 2017, p. 67-68).

Da mesma forma, não se pode esquecer os escândalos em face de Dominique Strauss-Kahn, antigo diretor do Fundo Monetário Internacional, acusado de agressão sexual contra uma camareira de hotel em Nova York. O pormenor é que Strauss-Kahn já possuía antecedentes de fatos semelhantes contra colegas de trabalho, mas nunca fora devidamente penalizado por suas ações, sendo que a camareira do hotel, além de ser de classe baixa, era uma imigrante africana, de Gana. Após o ocorrido, houve denúncia e, logo, uma série

de acusações sobre a reputação da mulher, Strauss-Kahn foi devidamente responsabilizado pelas autoridades Estadunidense. (SOLNIT, 2017, p. 58-60). A passagem é marco histórico nos Estados Unidos, pois a denúncia de agressão sexual resultou em condenação favorável à parte mais vulnerável econômica e socialmente da relação. Da perspectiva dos Direitos Humanos, os crimes sexuais são violações diretas à integridade da pessoa, revelando que há grandes obstáculos para a concretização desses direitos para as mulheres, uma vez que se mantém a estrutura de dominação delas pelos homens.

Portanto, tendo em vista que os direitos humanos encontram dificuldades substanciais para sua concretização devido às estruturas históricas de colonialidade e pensamento metafísico, se faz possível a aplicabilidade das teorias de Gianni Vattimo e Richard Rorty para a superação destes conceitos. Na obra "*Acreditar em acreditar*", Vattimo se preocupa em desmitificar a interpretação literal bíblica, no intuito de que se possam vislumbrar aspectos de tolerância e multiculturalismo nas escrituras sagradas, enquanto que Rorty estipula que a imposição de qualquer verdade é ilegítima, e o acordo é o valor universal.

No que se refere a Vattimo, este se consolidou como grande pensador contemporâneo com sua teoria do *Pensamento Fraco e Enfraquecimento do Ser*, baseando seu discurso, enquanto teólogo, na doutrina cristã. Primeiramente, para compreender-se o pensamento fraco, necessariamente há de se pensar no *Ser* em Heidegger e sua ontologia de debilitamento. Para o filósofo alemão, a problemática do *Ser* ia além da busca por sua essência espiritual, metafísica como se acreditava na Grécia antiga. Ao se estipular uma essência das coisas, se fazia menção a um pensamento engessado e arbitrário, fonte de passagens violentas na história. No momento em que Heidegger pensou o *ser* não como algo fixo e imutável, mas sim como *acontecimento* – ser-aí – enquanto algo passível de evolução, mutação de suas estruturas de pensamento e, inclusive de suas crenças. (RIGO, 2015, p. 31-42). E este foi o primeiro incentivo teórico que possibilitou o *pensamento fraco*.

Enfraquecer o pensar implica aceitar que outrora as convicções humanas eram duras e arbitrárias. Pode-se exemplificar esta questão com o reconhecimento da homossexualidade na atualidade. Apesar de existirem ainda muitos focos de resistência à não-aceitação desta identidade – como na Arábia Saudita, onde os homossexuais são punidos com pena de morte -, em vários lugares, se não já completamente aceitável, tornou-se pelo menos tolerável e, inclusive as uniões homoafetivas reconhecidas legalmente, como na decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2011. Para Vattimo, a questão externaliza a superação de um pensamento forte, autoritário que promove a marginalização de grupos sociais para um *pensamento fraco*, tolerante, que promove um olhar às diferenças e a busca por mecanismos que torne sua participação efetiva na vida em comunidade/sociedade.

Em suma, o *pensamento fraco* pode, portanto, ser tido como um enfraquecimento das convicções e crenças humanas fixas e imutáveis, a ponto de não ser mais possível estabelecer padrões e verdades universalistas, criando espaços para a cultura dialogal entre os mais diversos grupos sociais para chegar-se a uma conclusão – seja normativa ou moral – de que tipo de ações será mais benéfica para se alcançar o bem-comum, indistintamente. Ainda, Vattimo vai mais além ao entender que o processo de enfraquecimento da metafísica só foi possível devido à doutrina cristã, cujo ensinamento, básico é a hermenêutica, a interpretação das instituições e conceitos ao longo dos tempos. Através da *Kénosis* em Cristo, encontra-se implicitamente a desestruturação da violência e da arbitrariedade, a fim de se alcançar o que se chama de *Caritas*, o mandamento supremo da caridade, que envolve o amor ao próximo e o zelar pelo seu bem-estar, apenas por existir enquanto pessoa humana, independentemente de qualquer diferença. (VATTIMO, 1998, p. 35-52).

Na mesma linha de pensamento, Richard Rorty na obra *"Uma ética laica"* estipula que "O valor supremo é o acordo com os outros." (RORTY, 2010, p. 10-11). Com este ditame, pode-se concluir que

> É preciso tornar os homens mais felizes, e não redimí-los, porque eles não são seres degradados, almas imateriais aprisionadas em corpos materiais, almas inocentes corrompidas pelo pecado original. Os homens são, como afirmava Friedrich Nietzsche, animais inteligentes. Inteligentes porque, diferentemente de outros animais, aprenderam a colaborar uns com os outros para poder realizar os próprios desejos da melhor forma possível. (RORTY, 2010, p.22).

Em outras palavras, a preocupação suprema é a busca da *felicidade* paras as pessoas. Apesar de englobar uma série de paradoxos, o conceito de felicidade também pode ser tido como a concretização das necessidades básicas positivadas na DUDH. Assim sendo, tomar-se-á como felicidade em primeiro momento a busca da concretização dos direitos humanos, pois sem eles torna-se impossível adquirir um estilo de vida saudável e satisfatória. E, não apenas aplicá-los na prática, os direitos humanos devem ser destituídos integralmente de seu caráter colonial, *enfraquecendo* a estrutura metafísica impositiva de seu discurso, abrindo espaço para o diálogo intercultural, um acordo referente a qual *verdade* é apropriada para ser aplicada às diversas culturas existentes, sem determinar um padrão ou um complexo hierárquico entre as nações.

Por outro lado, importante se faz ressaltar sob o aspecto relativo que surge com a aplicação do *enfraquecimento* na questão normativa. Rorty, ao mesmo tempo em que defende uma espécie de *direito* ao *relativismo*, a esse enfraquecimento de perspectivas e regramentos universais, admite que a flexibilização extrema não parece ser uma solução plausível, uma vez que

> Há coisas erradas que nunca poderão ser tornar-se corretas, como, por exemplo, matar pessoas inocentes e negar aos indivíduos o direito de ser tratados como seres humanos e de viver uma vida que lhes seja adequada. (RORTY, 2010, p.21).

Destarte, estipular que não há verdade última e conceito universal parece incongruente com a própria ideia do *pensamento fraco*, considerando que tal afirmação também parece conter um fundo absoluto e imutável. Como garantir tal direito de enfraquecer as imposições normativas sem que a própria vida humana seja colocada em risco? Em diálogo com René Girard, Vattimo faz a célebre afirmação: "(...) não dizemos que estamos de acordo quando encontramos a verdade, mas dizemos que **encontramos a verdade quando estamos em acordo**." (GIRARD; VATTIMO, 2010, p.52. Grifo dos autores.).

Afirmar que a verdade una não é uma imposição, mas sim um acordo de vontades é, além de aceitar a perspectiva multicultural para aplicabilidade de qualquer conceito, seja ele moral ou normativo, também fazer menção à cristandade, pois o mandamento supremo evangelho – a *caritas* –, caracterizado pela preocupação com o próximo e a valorização das formas de resolução de conflitos de forma harmônica e dialogal. Logo, não se pode desvincular os direitos humanos por completo de suas raízes cristãs, sendo que nelas mesma reside a essência da forma que deve ser feira sua aplicação.

> (...) o destino da cristandade será o de dissolver todas as estruturas ontológicas e de verdade que o homem, violentamente, tem imposto aos outros homens, e com elas todos os aparatos burocráticos e coercitivos que limitam as liberdades individuais, abrindo o caminho para uma comunidade do amor fundada sobre a partilha de princípios negociáveis, à base de um acordo intersubjetivo. (GIRARD; VATTIMO, 2010, p.12-13.).

Por conseguinte, é imprescindível a nova forma de aplicabilidade dos direitos humanos seja pautada pelas premissas assinaladas no presente trabalho de pesquisa, a fim de atingir seu objetivo de auxílio na busca da felicidade para todos.

Considerações finais

Neste artigo foi possível estabelecer inter-relações entre direitos humanos e colonialismo, do mesmo modo que foi possível a aplicação da perspectiva teórica do *pensamento fraco* como meio de concretização de tais direitos em uma perspectiva multicultural. Ressalta-se a importância da superação da metafísica que corrobora para a manutenção do sistema hierárquico e colonial do mundo, ainda na contemporaneidade, para que se possa abrir margem para a construção de uma sociedade dialogal e não-violenta.

É nesta perspectiva que Gianni Vatimo e Richard Rorty concebem possibilidades teóricas a uma vivência mais feliz da humanidade. Desconstruir verdades metafísicas, verdades duras e absolutas, no entendimento desses dois autores, é um dos caminhos para a superação de tantas violências e injustiças que fazem história com a história humana. Richard Rorty, ao se referir à tradição católica, referente ao tema da felicidade humana, assim escreve: "Nós acreditamos que a única maneira de evitar os males do passado é estar abertos para uma mudança doutrinal" (2010, p. 18). Esta mudança doutrinal a que Rorty se refere diz relação com a estrutura metafísica que subjaz à doutrina das verdades duras e impermeáveis que Vatimo combate com o *pensamento fraco*. A noção colonialista dos Direitos Humanos tem a ver com a estrutura impermeável metafísica. Desconstruir esta estrutura é um caminho para que os Direitos Humanos, de fato, possam semear igualdades em meio às diversidades.

Referências

BALDI, César Augusto. Descolonizando o Ensino de Direitos Humanos? *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar; BRAGATTO, Fernanda Frizzo. **Pós-colonialismo, Pensamento Descolonial e Direitos Humanos na América Latina**. Santo Ângelo: FURI, 2013.

BÍBLIA SAGRADA. Disponível em:< https://www.bibliaonline.com.br/> Acesso em 24 mai de 2018.

BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Cidadania e Direitos Culturais:** a tutela judicial das minorias hipossuficientes no Brasil. Santo Ângelo: FURI, 2013.

GIRARD, René; VATTIMO, Gianni. **Cristianismo e Relativismo: verdade ou fé frágil?** Aparecida: Editora Santuário, 2010.

LEÃO, Daniel Carneiro; TEIXEIRA; João Paulo Allain; Cardoso, Fernando da Silva. Direitos Humanos e Soberania: Estudo Crítico sobre o Papel do Direito no Cenário Político Atual. In: CERVI, Jacson Roberto; PIAIA, Thami Covatti. **Revista Direitos Culturais**. V. 12, nº28. Santo Ângelo: FURI, 2018. Disponível em:< http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/index> Acesso em 10 abr de 2018.

PEZZODIPANE, Rosane Vieira. **Pós-colonial: a ruptura com a história única.** Disponível em:< https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4033318/mod_resource/content/1/PEZZODIPANE%2C%20Rosane%20Vieira%20-%20Pos-colonial%20a%20ruptura%20com%20a%20hist%C3%B3ria%20%C3%BAnica.pdf> Acesso em 09 abr de 2018.

RIGO, José Rogério. **"Pensamento Fraco" e educação: uma leitura de Vattimo**. Dissertação de Mestrado. Ijuí: Unijuí, 2015.

RORTY, Richard. **Uma ética laica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **A (in)diferença no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direitos Humanos e Descolonialidade: uma leitura a partir da (anthropos)logia jurídica e formas "outras" de conhecimento. *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar; BRAGATTO, Fernanda Frizzo. **Pós-colonialismo, Pensamento Descolonial e Direitos Humanos na América Latina.** Santo Ângelo: FURI, 2013.

SOLNIT, Rebecca. **Os homens explicam tudo para mim**. São Paulo: Cultrix, 2017.

VATTIMO, Gianni. **Acreditar Em Acreditar**. Relógio D'Água Editores, 1998.

3

Ação administrativa, discricionariedade e concretização da cidadania: aspectos controversos do direito a saúde

Aldemir Berwig[1]
Rodrigo Tonel[2]

1 Introdução

Este trabalho analisa a competência estabelecida à Administração Pública em sua função administrativa, como responsável pela concretização de políticas públicas, por determinação constitucional, em especial na área da saúde.

A crescente judicialização da assistência médica e precário fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro, justifica compreender as razões que levam a ela. Assim, apresenta-se o seguinte problema: sendo um dever constitucional da Administração Pública a oferta e concretização, preventiva e curativa, da saúde, quais as razões que fundamentam as decisões das entidades administrativas que negam muitas das demandas e ocasionam uma maciça judicialização da concretização da saúde em

---

[1] Doutor e Mestre em Educação nas Ciências (Unijuí); Especialista em Direito Tributário (Unisul); Graduado em Direito e Administração (Unijuí); Professor do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. E-mail: berwig@unijui.edu.br.

[2] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Mestrado de Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, Bolsista CAPES. E-mail: tonelr@yahoo.com.

nosso país? Trabalha-se com a hipótese geral de que a Administração Pública se utiliza de sua discricionariedade administrativa para estabelecer unilateralmente listas de medicamentos, de forma que exclui muitas pretensões que poderiam ser atendidas, prevalecendo o caráter orçamentário em detrimento do atendimento universal, de forma que apenas resta a judicialização das demandas.

A abordagem se justifica em razão de que a busca da satisfação dos direitos fundamentais à saúde tem se tornado uma advocacia contra a Administração Pública, de forma que se passa a compreender que embora a Constituição da República assegure direitos subjetivos públicos ao cidadão, essa garantia já não é suficiente para a concretização da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Se faz necessário, em inúmeros casos, portanto, o ingresso judicial pelo cidadão para que seja confirmado o direito previamente estabelecido. Existe, portanto, um vasto campo de estudos para compreender o que se passa entre a declaração dos direitos e sua concretização.

O propósito do estudo é justamente verificar o que pode ser compreendido como interesse público e quais os fundamentos que sustentam a negação do cumprimento de direitos reconhecidos, e a razão que leva a Administração Pública a negá-los.

Nesta perspectiva, o objeto inicial de estudo, embora não possa ser definido como pesquisa de campo, é o fornecimento de serviços de saúde pela Administração Pública, já que se trata de um direito fundamental do cidadão, garantido constitucionalmente. A partir da verificação da crescente judicialização das demandas por saúde no Brasil, embora não se tratando de pesquisa empírica, a pesquisa foi desenvolvida buscando fazer uma análise adequada sobre a concretização desses direitos e como a Administração Pública se utiliza de prerrogativas estabelecidas legalmente para dar aspecto de legalidade a suas ações, mesmo que não tenham respaldo constitucional.

Quanto a seu delineamento, pode-se dizer que a pesquisa consistiu em uma revisão bibliográfica e documental. A metodologia utilizada durante a realização da pesquisa foi o método de abordagem hipotético-dedutivo, centrada na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Os procedimentos específicos consistiram basicamente na pesquisa bibliográfica para o esclarecimento acerca das prerrogativas estabelecidas pelo regime jurídico-administrativo e sobre a atuação da Administração Pública. Após estar estabelecido o contorno sobre esta questão, buscou-se verificar como tem sido fixada a jurisprudência dos tribunais superiores, em especial o Supremo tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A pesquisa não apresenta análise de dados, mas apenas reflete o tratamento que está sendo deferido à questão da concretização da saúde, seja no âmbito da Administração Pública, seja no âmbito do Judiciário, refletindo a judicialização da concretização dos direitos fundamentais.

2 A ideia de regime jurídico-administrativo

Sempre que se olha para o Estado pensando no desenvolvimento da função administrativa é necessário conformá-lo no viés do regime jurídico-administrativo. O enquadramento da Administração Pública no contexto do Estado democrático de direito, fatalmente conduz a este regime e ao condicionamento do pensamento à existência de prerrogativas e sujeições estabelecidos legalmente. Para além disso, é necessário compreender que o regime jurídico é sempre outorgado visando a concretização dos princípios fundamentais da república, os quais estão estabelecidos no artigo 1º da Constituição brasileira (BRASIL, 2017), dos quais, para fins deste estudo, são citados dois: a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Estes dois princípios citados são suficientes para se compreender que a Administração Pública do Estado é responsável

pela concretização dos direitos fundamentais em primeiro plano, em especial aqueles previstos no artigo 6º, os direitos sociais, entre os quais está o direito a saúde. Ao tratar de direitos sociais, evidentemente se está diante de direitos que devem ser prestados ao cidadão, em razão de que o Estado, constitucionalmente, assumiu este encargo. Não há razão, portanto, para que a Administração se utilize de subterfúgios para negar-se a qualquer prestação. Claro que não se quer dizer que existe um dever absoluto em relação a exigência do cumprimento das prestações pelo Estado, mas é necessário ao menos problematizar tal questão.

Neste viés, dado o tratamento jurídico-administrativo em relação a Administração, a instituição do Estado de direito e a separação dos poderes, sempre que houver a negativa de um direito, cabe ao cidadão buscar sua concretização para garantia de uma vida digna e de construção de justiça social. Estando a Administração Pública submissa a legalidade, a prerrogativa de demandá-la judicialmente leva ao fortalecimento da cidadania, sendo o caminho para a concretização do bem-estar social. Desta forma, analisando o interesse público e, nele, o direito fundamental a saúde, busca-se compreender como o emprego da discricionariedade administrativa pode ser utilizada contra o próprio interesse público a ser resguardado.

2.1 Prerrogativas e sujeições administrativas e cidadania

O regime jurídico-administrativo estabelece prerrogativas e sujeições à Administração Pública. As prerrogativas, visando concretizar o interesse público; as sujeições, visando evitar a afronta aos interesses do cidadão. É, portanto, um duplo sistema de balanceamento da atuação administrativa. Tal ideia tem base constitucional, representa um instrumento de proteção ao cidadão, submissão do Estado à lei e garantia de direitos das pessoas, sejam eles individuais, coletivos ou difusos. Ao mesmo tempo que submete o Estado à legalidade, estabelece mecanismos que garantam o poder

apenas para proteger a supremacia do interesse público. Essa é a finalidade dos instrumentos previstos na legalidade, compreendida também como limite, já que o Poder Público poderá atuar quando autorizado ou permitido por lei, sendo, portanto, garantia para a concretização da cidadania.

Considerando que o Brasil adota o sistema de jurisdição única por determinação constitucional, o controle dos atos da Administração será sempre passível de controle pelo Poder Judiciário. É neste momento que diante da negativa de cumprimento dos direitos fundamentais a saúde, pela Administração, ocorre a judicialização das demandas. Dessa forma, embora a Administração tenha prerrogativas estatais e as utilize sob o pretexto de alcançar o interesse público, suas decisões sempre estarão passíveis de controle jurisdicional, quando é aferida a legalidade de suas decisões, de forma que decisões arbitrárias são corrigidas.

Deve-se salientar que como ideia de atendimento do interesse público deve preponderar o atendimento aos direitos fundamentais do cidadão, pelas razões mencionadas acima. A posição de supremacia da Administração não lhe dá a prerrogativa de decidir o que é interesse público, já que no caso deste estudo, é o próprio direito a saúde. Considerando que a saúde é direito subjetivo público do cidadão, a opção pelo cumprimento ou não pela Administração deve ser entendida como indisponível, de modo que não existe outra alternativa a não ser o cumprimento da mesma. Em outras palavras, não existe discricionariedade administrativa.

O Direito Administrativo, assim, regula a atuação da Administração, já que a concretização da cidadania depende, muitas vezes, do exercício de prerrogativas estatais. Como Berwig e Rígoli mencionam,

> O direito à vida é um direito de cidadania, o mais importante de todos, pois sem ele não seria possível usufruir dos demais. Este direito, todavia, necessita da contemplação da dignidade, ou seja, a vida de todo o ser humano depende da dignidade para ser considerada bem vivida. Excluída a dignidade, não há motivo para

> manter o Estado de Direito, já que este Estado tem o dever constitucional de garantir os meios para que se garanta uma vida que tenha dignidade de ser vivida. (BERWIG; RÍGOLI, 2016, p. 101).

Assim, analisar a atuação da Administração Pública no contexto de um Estado constitucional de direito que se diz de bem-estar, implica mencionar que o direito à vida é também o direito de nascer, de continuar vivo e de ter subsistência, mas no que se refere a saúde, como a vida é guiada pela aleatoriedade, como menciona Mlodinov (2011), para que se concretizem os princípios fundamentais da república é necessária a atuação eficiente da Administração Pública. Talvez, por esta razão, é que a sociedade, no seu ordenamento jurídico, faça a escolha do bem-estar social.

Verifica-se, portanto, que entre os vários direitos e deveres que a Constituição da República (BRASIL, 2017) estabelece, está o direito à saúde para a concretização da vida digna. No próximo ponto se aborda a relação entre o direito à saúde e a cidadania no Brasil ressaltando as competências da Administração na satisfação de tal direito fundamental dos administrados.

2.2 Discricionariedade administrativa e interesse público

A função administrativa, no caso da saúde, é concretizada no Estado federado, com a instituição do SUS, no âmbito de cada ente político, o qual deve desincumbir-se com sua parcela de atribuições concorrentes tal como estabelecido no ordenamento jurídico. Assim, as regras constitucionais estabelecidas são reguladas pela legislação infraconstitucional e, posteriormente, no âmbito de cada ente político, observada a Constituição da República (BRASIL, 2017).

Nesse âmbito, verifica-se que a saúde se identifica com o interesse público. Sua concretização gera a fruição da cidadania, de forma que se pode dizer que há uma correlação intrínseca entre ambas. Por outro lado, a concretização da saúde implica no exercício e concretização de políticas públicas, ou seja, é a própria

concretização da função administrativa. Este viés permite indicar que a função administrativa, a cidadania e o interesse público podem ser as três facetas de um mesmo dilema, já que têm relação uns com outros. Somadas estas três expressões, verifica-se que a concretização da vida digna pode ser considerada objetivo que a sociedade democrática atual demanda de forma que não se pode ignorar a competência administrativa estatal para sua concretização. Nesse contexto, se a Constituição da República (BRASIL, 2017) situa a cidadania entre seus princípios fundamentais com o intuito de garantir aos cidadãos uma sociedade livre, justa e igualitária, o Estado deve concretizá-la. Em outra perspectiva, a Administração do Estado não pode colocar óbices para sua concretização.

Esse enfoque deve levar em conta que a Administração Pública tem, como afirma Bandeira de Mello (2016), o dever-poder de agir. Quando se fala em dever-poder deve-se entender que não existe prerrogativa da Administração para agir quando bem entender. Deve ela agir e concretizar os deveres constitucionais. Nesta seara, sugere-se aqui a aplicação dos princípios basilares do direito administrativo, a supremacia do interesse público sobre o privado, como também a indisponibilidade do interesse público.

Assim, em face ao direito fundamental a saúde, não cabe à Administração optar pelo exercício de suas competências funcionais administrativas. As garantias constitucionais pressupõem políticas públicas para a integral concretização das prescrições constitucionais, ao menos na sua perspectiva preventiva. No aspecto curativo, todavia, podem ocorrer casos em que não estejam especificamente ligados a políticas públicas específicas, casos em que caberá a sua judicialização em razão do direito subjetivo negado.

É o caso, por exemplo, da negativa de fornecimento de medicamentos por falta de previsão em listas de medicamentos a serem fornecidos com fundamento na legalidade, pela Administração. Neste caso, verifica-se a negativa de acesso à dignidade, critério substantivo de qualquer política em direitos

humanos; vida sem saúde não será considerada uma vida digna. Uma das mais graves formas da exclusão social é a falta de acessibilidade à saúde e aos medicamentos. Ao garantir a saúde como direito fundamental do cidadão, constitui-se dever do Estado o fornecimento dos meios para sua concretização; caso sejam negados, esta falta do Estado, considerada grave contra o ser humano, deve ser reparada. Fica caracterizada a falta do Estado na disponibilização dos meios para a concretização da cidadania, já que o direito à saúde implica todos os aspectos necessários à sua concretização, incluída a obrigação de garantir e distribuir os medicamentos necessários à garantia da saúde plena

Essa negação do direito a saúde pelo não fornecimento de medicamentos por parte da Administração Pública evidencia o descumprimento, em tese, dos compromissos constitucionais do Estado. Normalmente, tal descumprimento tem apresentado alguns subterfúgios discricionários pelos quais a Administração, de certa forma, se protege. É o caso das listas de medicamentos disponibilizadas pelo SUS. É importante compreender como ocorre essa definição de medicamentos a serem distribuídos. Verifica-se que os medicamentos fornecidos pelo SUS são estabelecidos através de portaria do Ministro da Saúde que estabelece a Rename:

> A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) é uma lista de medicamentos que deve atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira. Deve ser um instrumento mestre para as ações de assistência farmacêutica no SUS. Relação de medicamentos essenciais é uma das estratégias da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos. Foi adotada há mais de 25 anos, em 1978, pela OMS e continua sendo norteadora de toda a política de medicamentos da Organização e de seus países membros.
>
> Esta Relação é constantemente revisada e atualizada pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Rename (Comare), instituída pela Portaria GM no. 1.254/2005, e composta por órgãos do governo, incluindo instâncias gestoras do SUS,

> universidades, entidades de representação de profissionais da saúde. (CONSELHO..., 2017).

A partir desta perspectiva de apresentação da Rename, entretanto, é necessário considerar que por se constituir em listagem estabelecida por Comissão Técnica e Multidisciplinar (Comare), ela perde a característica qualquer característica discricionária.

Todavia, essa percepção traz à tona outra questão que deve ser investigada: como concretizar o direito à saúde previsto constitucionalmente se a Rename não prevê todos os medicamentos básicos necessários à população? Como fica o caráter de universalização do direito a saúde? São questões que não podem ser solucionadas diante desse impasse que se coloca. Seria, assim, uma solução passível de ser encontrada somente no âmbito do estabelecimento de litígios judiciais? Cremos que aqui se coloca outra questão controversa e que os juristas, em regra, não dominam. Talvez essa seja uma falha do ensino jurídico que tende a se preocupar demasiadamente com o ensino puro do direito (KELSEN, 2009) e pouco se preocupa com o impacto do jurídico na vida, nas relações e na humanidade.

Olhando para o Judiciário que atende às demandas na busca pelo direito à saúde, verifica-se uma fragilidade muito grande no que se refere a forma de demanda e decisão. O fornecimento de medicamentos é referendado por lista da Comare; se o sujeito necessita do fornecimento de medicamentos não previstos na lista, tem-se um direito constitucional a saúde e um juiz que normalmente decide de forma liminar para não perecer o direito. Como solucionar o dilema? É um caso difícil. Como balizar a decisão?

Tais questões estão submetidas ao olhar e análise do Supremo Tribunal Federal (STF), onde, enquadrados como de repercussão geral, se analisa a obrigatoriedade da assistência pelo Estado no tocante ao fornecimento, por exemplo, de medicamentos não

previstos na Rename ou cuja comercialização tenha sido autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por seu caráter iminentemente coletivo. Não é uma análise simples, as demandas judiciais para fornecimento de medicamentos expõem grande conflito entre postulantes e o Estado. O interesse das coletividades e seus direitos enfrentam obstáculos diante da Rename já que os pedidos de fornecimento de medicamentos impactam em altos custos diante dos limites orçamentários do SUS. Fica evidente que ante a necessidade de grande contingente populacional e a própria eficácia da atuação estatal na área da saúde, aparentemente implica no atendimento geral previsto, de modo que os medicamentos não previstos ficariam num segundo plano de atendimento. Todavia, está na pauta do dia no STF a análise da constitucionalidade da previsão exclusiva de medicamentos a serem fornecidos, a Rename, e da possibilidade de exclusão dos medicamentos não previstos na lista. Caso seja este o entendimento, se passará a ter o entendimento de que a saúde será avaliada não pela ideia de bem-estar, mas pela ideia de validade do sistema jurídico. Tais questões estão sendo analisadas nos Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718 (SUPREMO..., 2017), que discutem o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis em lista do SUS e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Esses aspectos levantados nos mostram que haverá sempre uma instabilidade entre a Administração Pública e o Judiciário, já que serão negados direitos de acesso à saúde por um lado, e por outro, o Judiciário terá que analisar os litígios decorrentes de tais negativas. Esse é o contexto do atendimento à saúde no Estado de bem-estar social, previsto constitucionalmente.

Por outro lado, é necessário considerar que a judicialização termina demonstrando certa inconformidade dos cidadãos diante das promessas não cumpridas pelo Estado de bem-estar social, aspecto que demonstra que é necessária a participação social para o fortalecimento da cidadania, dos direitos fundamentais e da

democracia, para que a prestação administrativa não seja considerada uma faculdade da Administração Pública e ocorra gestão pública com maior responsabilidade social. Essas expressões da cidadania não podem ser mero discurso de formalidade, devem caminhar juntas, não apenas como teoria, mas como concretização da almejada cidadania efetiva. A cidadania pressupõe a luta pela construção de uma sociedade mais justa onde os direitos formais sejam materializados (BERWIG, 1997). Todavia, é necessário que os direitos de cidadania não sejam eternizados como uma figura formal apenas, mas que a Administração do Estado seja capaz de concretizá-los materialmente para que os administrados usufruam materialmente dos direitos constitucionalmente assegurados. E isso implica a necessidade de que a discricionariedade seja controlada e que os avanços tecnológicos na medicina sejam disponibilizados como possibilidade de concretização da cidadania.

3 Considerações finais

A abordagem, conclui que o estabelecimento de prerrogativas à Administração Pública pelo regime jurídico-administrativo, embora justificável para a concretização do interesse público, pode se tornar um obstáculo à concretização material dos direitos constitucionais fundamentais quando a Administração esteja mais preocupada com a satisfação dos interesses públicos secundários em detrimento dos primários. Desta forma, a cidadania pode não estar sendo compreendida como dever institucional da Administração Pública. Em suma, é isso que está sendo analisado na repercussão geral nos processos que envolvem medicamentos no STF.

Evidencia-se, em decorrência do exposto, que existe uma grande dificuldade estatal de cumprir com a ideia de universalização ampla da saúde prevista no ordenamento jurídico justamente porque o sistema jurídico não é perfeito e a ideia de solidariedade social resta frustrada, já que as previsões orçamentárias não são capazes de atender aos atendimentos necessários para atender a

uma ideia de interesse público que atenda, de forma irrestrita, à saúde do povo brasileiro. Dessa forma, verifica-se que efetivamente é necessário encontrar uma alternativa dentro do sistema jurídico e limitar o fornecimento, já que o orçamento público é limitado.

Evidentemente que não seria este o corte devido, já que a ideia de universalização da saúde é que deveria preponderar. Isso, evidentemente, não é possível no nosso sistema jurídico. Todavia, o Estado democrático de direito não deveria dar as costas aos próprios princípios e normas fundamentais que protegem o ser humano e que servem como parâmetro para que se cumpra com o efetivo poder-dever do Estado. Embora esteja estabelecido o dever de concretização do direito fundamental à saúde e seu respeito pela Administração Pública, a questão é controversa. Se considerarmos que no Estado de Direito não é o número de leis que importa, mas a natureza dos direitos concretizados materialmente ao cidadão, deveria preponderar sempre os direitos e a questão orçamentária deveria ser resolvida de outra forma. A questão, entretanto, não é uma simples questão matemática. Para resolver a questão orçamentária é necessário o ingresso de receitas públicas e, como se sabe, os recursos são escassos.

No caso do fornecimento de medicamentos, todavia, se apresenta uma hipótese que coloca a listagem como discricionariedade da Administração e, nesta linha, se menciona a fuga da responsabilidade de fornecer pela legalidade administrativa. Chega-se à conclusão de que não há efetivamente o uso da discricionariedade administrativa no momento da formação da relação de medicamentos em razão de que não se trata de decisão administrativa no âmbito da Administração, mas de ato de Ministro de Estado após decisão de Comissão Técnica e Multidisciplinar (Comare), aspecto que retira a característica de discricionariedade administrativa. Assim, evidencia que não se está utilizando uma prerrogativa estatal para negar direitos, mas trata-se de uma opção técnico-política para atender a Assistência Básica de Saúde.

Dessa forma, mesmo com uma Constituição que priorize os direitos fundamentais, verifica-se que o atendimento integral e universal à saúde é impossível em sua integralidade. Caso se opte por atender a todas as demandas, haverá falta de recursos públicos para a universalização. Embora seja inaceitável demandas para buscar medicamentos quando o Estado se afasta do seu dever de atendê-las, isso continuará persistindo, pois, a Administração Pública tem apresentado um orçamento público muito restrito para a saúde. É por isso somente que se pode falar na ausência, por parte do Estado, de cumprimento de seus deveres constitucionais de garantir ao cidadão o direito de viver com dignidade em uma sociedade que garanta e promova o bem-estar social, como previsto na Constituição da República. É necessário considerar, entretanto, que a discricionariedade administrativa está presente no momento em que se planejam a concretização das políticas públicas de saúde e se dá prioridade ao atendimento da população ou os recursos públicos são destinados a outras ações que estruturam a máquina do Estado, mas não atende diretamente à população.

Embora se coloquem tais obstáculos à concretização desses direitos fundamentais, é necessário compreender que a Constituição da República já representa um grande avanço em relação à antiga ordem constitucional, de forma que agora deve-se buscar os mecanismos para uma ampliação da universalização de acesso a políticas públicas de saúde. Embora se verifique que a universalização não está concretamente efetivada, é necessário reconhecer os limites impostos ao orçamento público, por um lado, mas por outro, a própria Administração Pública deve encontrar meios mediados para a solução das controvérsias com os administrados. Se acredita que não é a via mais adequada a constante judicialização das demandas administrativas, embora, no momento, diante da ineficácia de outras medidas, seja a única alternativa para aqueles que estão sendo preteridos na concretização de seus direitos subjetivos.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2016.

BERWIG, Aldemir. (1997) **Cidadania e direitos humanos na mediação da escola**. Ijuí: Unijuí, 1997.

BERWIG, Aldemir; RÍGOLI, Bruna. Direito administrativo: possibilidade ou obstáculo à concretização da cidadania? In Zeifert, A. P. B. Nielsson, J. G., & Wermuth, M. A. D (Orgs.), **Debatendo o direito** (pp. 98-112). Bento Gonçalves, RS: Associação Refletindo o Direito, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. (1988, 05 de outubro) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em:26 set. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. **RENAME**. Disponível em: <http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140>. Acesso em: 26 set. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Trabalho original publicado em 1934).

MLODINOV, Leonard. **O andar do bêbado**: como o acaso determina nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328837>. Acesso em: 26 set. 2017.

4

A importância da democracia para a concretização dos direitos humanos: uma análise histórico-social

Aline Michele Pedron Leves[1]
Ana Maria Foguesatto[2]
Daiane Calioni Berton[3]

1 Introdução

Na contemporaneidade presencia-se a emergência de uma fase de evolução dos direitos humanos, evolução essa que se iniciou por volta do século XVIII e, por sua vez, se encontra em constante desenvolvimento. Ao longo da história, buscou-se a consolidação dos direitos inerentes a todos os seres humanos através de uma série de movimentos que idealizavam a prevalência do indivíduo sobre o Estado e que encontravam resguardo nas sociedades democráticas.

---

[1] Mestranda e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ; Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Globalização e Equidade; Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. E-mail: alineleves@hotmail.com;

[2] Mestranda e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ; Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. E-mail: anafoguesatto@hotmail.com;

[3] Mestranda e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ; Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. E-mail: cb.daiane@yahoo.com.br.

O presente artigo realiza uma análise sobre a democracia na formação das sociedades para efetivação dos direitos humanos e, por conseguinte, traz à tona os aspectos históricos acerca da evolução e do desenvolvimento dos referidos direitos no Brasil e no mundo. Nesse sentido, ressaltam-se tanto os documentos como os movimentos que foram fundamentais para se alcançar a dimensão atual do reconhecimento dos direitos humanos, ainda que esse não seja plenamente satisfatório, uma vez que se verificam inúmeros desafios que precisam ser superados para que se possa alcançar um ideal de efetividade mais abrangente.

A partir do breve retorno à história do processo civilizatório secular da sociedade ocidental, pode-se verificar que dentre os principais aspectos da vida pública se destacam as formas de organização, bem como de representação das relações políticas e de poder, sobretudo, a democrática, que perpassou por inúmeras transformações sociais. Nesse panorama, evidencia-se que as inúmeras lutas em busca da proteção dos direitos humanos não são recentes, mas o resultado de uma continuidade de fatores e em que as sociedades se inseriram e criaram ao longo dos séculos.

Esse trabalho é do tipo exploratório e utiliza no seu delineamento, para contextualizar a temática e enfrentar as hipóteses levantadas, o método hipotético-dedutivo aliado com a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Na contemporaneidade, demonstra-se que os modelos clássicos das sociedades absolutistas perderam sua relevância e que o sistema democrático passou a ser visto como um movimento positivo, em virtude de seu elevado grau de cooperatividade, solidariedade, garantia de direitos e afirmação da cidadania.

Dessa forma, objetiva-se analisar o paradigma atual das sociedades democráticas e os desafios para concretização dos direitos humanos fundamentais na conjuntura do chamado Estado Direito. Por isso, a meta é compreender de que modo a democracia se instituiu e como esta imbrica nos diversos âmbitos das relações sociais, econômicas, políticas e culturais, materializando-se na

proteção do entrelaçamento existente entre a cidadania e os direitos inerentes a todos os seres humanos, como também, no enfrentamento das dificuldades para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

2 A democracia como forma de sociedade: em defesa da efetivação dos direitos humanos

As experiências perpassadas pelos povos permitem a compreensão do seu passado, bem como das expectativas para a construção de um futuro. Foi através de Nicoló Maquiavel (2010) que surgiram os ideais renascentistas e a urgência pela formulação de uma perspectiva mais realista tanto nas relações políticas como nas de poder. Tal fato conduziu a humanidade ao aprofundamento da discussão acerca da melhor forma de governo e fez com que esta temática se tornasse uma recorrência desafiadora e constante para a concretização dos direitos humanos na contemporaneidade.

De fato, a democracia não é uma invenção recente da civilização humana, o seu processo de surgimento iniciou-se há aproximadamente 2.500 anos, ainda na Grécia Antiga do século V a.C. Daí, portanto, a origem etimológica do termo *demokratia*: em que *demos*[4] significa povo e *kratos* governo. Desde então, a forma de sociedade democrática foi progredindo e se transformando continuamente até adquirir os contornos atuais, expandindo-se a todos os continentes e a uma grande parte da humanidade (DAHL, 2001).

Apesar de ter surgido na antiguidade, a democracia foi pouco utilizada pelos países até o fim do século XVIII, uma vez que neste período, a grande maioria dos Estados do mundo adotavam regimes políticos de corte verticais, os quais concentravam o poder e as

[4] A palavra *demos*, em geral, se referia a uma forma de organização territorial da *polis* grega, ocupada pelos cidadãos do povo. Assim, apenas aqueles indivíduos que integravam um *demos* dirigido por um demarca, poderiam participar ativamente da política e exercer a sua cidadania. Portanto, surge daí a expressão democracia, que significa governo do *demos*.

decisões exclusivamente nas mãos dos governantes. Dessa forma, pode-se afirmar que diferentemente da autocracia, a democracia não consiste em um regime político natural da espécie humana, ou seja, não é considerada um arquétipo comum na concepção de poder historicamente presente nas sociedades, o que se evidencia no fato de que foram bastante raros os períodos democráticos.

Nesse contexto, conforme Robert Dahl (2001, p. 58), a discussão acerca do "governo de um, de poucos ou de muitos" ainda permanece como uma constante entre nós; isso porque, até meados do século XX, a maioria dos países do mundo exaltava a superioridade dos regimes não democráticos, tanto na teoria como na prática. Naquele período, a parcela preponderante da humanidade estava sujeita a governos totalitários e usurpadores de direitos fundamentais, sendo obrigada a aceitá-los em virtude da coerção oriunda do controle político. Excepcionalmente, esses sistemas autoritários não findaram e, inclusive, podem ser evidenciados ainda nos dias de hoje (DAHL, 2001).

Ressalta-se que, a democracia como algo que denota um sentido positivo não consiste em uma concepção que esteve sempre presente no âmbito social. Foi somente a partir de 1870, com o enfraquecimento das bases que sustentavam a monarquia e com o surgimento do liberalismo e dos partidos resultantes das lutas da classe operária – os quais representavam um elemento decisivo na formação da vontade política dos regimes democráticos modernos – , que a referida forma de governo se instituiu como um ato de consciência dotado de percepção positiva e, ao mesmo tempo, esperançosa (COUTINHO, 1980).

Nesse sentido, a ideia de civilização, cuja qual pressupõe a noção de viver junto, torna necessária a construção de uma ordem política amparada no poder e capaz de solucionar as situações conflituosas. Para tanto, a democracia, que detém no conflito o seu ponto de partida para a tomada de decisões fundamentais, passou a ser encarada positivamente, isso porque, as conjunturas sociais exigiam novas e adequadas formas para a defesa de direitos e

resolução de controvérsias, afinal: é preferível um conjunto de ações democráticas ao invés de autocráticas (totalitárias), sendo melhor contar as cabeças do que cortá-las.

É manifesto, portanto, que a democracia é uma das formas de governo ou regime político historicamente presente na constituição do que chamamos de civilização. Da Grécia antiga à contemporaneidade, a democracia foi adquirindo características bastante notáveis e peculiares, o que fez com que fosse determinada como uma das principais formas de sociedade em âmbito mundial, uma vez que essa se tornou, pelo menos no Ocidente, o sistema político predominante.

Em tempos nos quais as questões de liberdade e igualdade estão frequentemente em pauta nas discussões sociais, a forma de sociedade democrática não pode ficar em segundo plano, isso porque, essa permitiu grandes avanços de prosperidade e possibilitou a conquista de inúmeros direitos e transformações sociais. Desse modo, com vistas à participação do povo, sendo essencial para a busca e concretização da cidadania, bem como para a garantia dos direitos humanos, a democracia se constitui, conforme a formulação de Abraham Lincoln, como o "governo do povo, para o povo e pelo povo" (*apud* MACCHESNEY, 1910, p.35).

A questão contemporânea do sistema democrático teve origem logo no início do século XIX, sendo que a progressiva adoção da democracia como forma de governo possibilitou a afirmação de determinados valores fundamentais dos indivíduos, como também, a exigência da organização e do funcionamento do Estado, tendo em vista a consolidação do pleno exercício da cidadania e a proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, foi a partir da década de 1950, período esse em que a sociedade mundial recém havia presenciado as experiências devastadoras dos governos totalitários que resultaram no maior conflito armado da história, que a democracia passou a ser o regime político predominante no mundo.

No entanto, encontrar uma definição unânime acerca da democracia não é tarefa simples. O filósofo político Norberto Bobbio

(2000), parte da ideia de uma conceituação elementar, afirmando que é possível compreendê-la como uma via, método ou conjunto de regras do jogo para a tomada de decisões políticas. Sendo assim, dentre os dois tipos opostos de formas de governo (democracia e autocracia), "por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados" (BOBBIO, 2000, p. 22).

A democracia enquanto governo popular, cujo poder está nas mãos do povo, "capta muito bem um aspecto pelo qual [...] representa uma antítese de todas as formas autocráticas de poder" (BOBBIO, 2000, p. 387). Ademais, para que o sistema democrático atinja seus ideais, exige-se a presença de um conjunto de direitos – como a igualdade, a liberdade e a participação política na vida pública –, os quais estão intrínsecos na natureza dessa forma de sociedade, constituindo-se enquanto fundamentais para a sua preservação.

Não obstante, conforme o entendimento de Jean-Jacques Rousseau (2016, p. 81-82), "uma verdadeira democracia jamais existiu nem existirá", uma vez que isto requer condições bastante difíceis de serem reunidas. Aliás, "se existisse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente. Mas um governo perfeito não é feito para os homens". Dessa forma, fica evidente que a democracia como regime político nunca atingiu plenamente os seus ideais. Entretanto, apesar de suas falhas, destaca-se a existência de uma série de vantagens que tornam a forma de sociedade democrática mais desejável que qualquer alternativa a ela: a) contribui para impedir a implementação de governos totalitários, com autocratas perversos, cruéis e desumanos; b) assegura aos seus cidadãos um rol de direitos humanos fundamentais que não são proporcionados por governos não democráticos; c) garante aos indivíduos uma liberdade mais ampla que qualquer alternativa viável; d) colabora na proteção dos interesses fundamentais de todos os cidadãos; e) contribui com a promoção do desenvolvimento humano e há um grau relativamente elevado de igualdade política; f) as democracias

representativas tendem a ser mais prósperas e a buscar a promoção da paz (DAHL, 2001).

Pode-se afirmar que a democracia abarca o ideal de igualdade e de justiça enquanto fim. Além disso, este sistema de governo desenvolveu-se em dois aspectos: o individualista e o socialista. O primeiro tem como princípio fundamental a liberdade; o segundo, por sua vez, apresenta este princípio como sendo a igualdade. Todavia, seja qual for o regime político adotado, se a finalidade é ampliar a participação dos cidadãos no poder estatal, deve-se observar a liberdade, interpretando-a conjuntamente com o valor de igualdade. É nesse sentido que Bobbio (2014, p. 39) aduz ser democrático, porque crê "que a igualdade entre os homens seja um ideal nobre" e, além disso, evidencia que se "a política não servisse para melhorar a condição humana, seria pura expressão do poder".

Nota-se que o princípio gerador da democracia no estado social consiste na busca pela igualdade de condições (TOCQUEVILLE, 2014). Daí, portanto, faz-se coerente a afirmação de que o triunfo inevitável do sistema democrático se encontra, em primeiro lugar, nos ideais de igualdade e liberdade. Já no século XVIII, o filósofo iluminista Jean-Jacques Rousseau (2016) defendia a ideia de que o poder político de uma sociedade está no povo soberano e só dele emana, devendo os governantes defender, sobretudo, a igualdade de direitos e de dignidade entre todos os indivíduos. Para John Stuart Mill (1981, p. 45), "nada pode ser mais desejável que a admissão de todos em uma parcela no poder soberano do Estado", ou seja: um governo com características democráticas.

É evidente que todos os indivíduos desejam ter acesso aos seus próprios direitos humanos fundamentais com igualdade de condições e através das liberdades de escolha e oportunidade resguardadas pelo sistema democrático. No mesmo sentido, o jurista austríaco Hans Kelsen entende que a democracia, em seu conceito mais puro, possui dois pilares fundamentais: liberdade e igualdade. Nas palavras do autor, do ideal de que os indivíduos em sociedade são "iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar

em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar." (KELSEN, 2000, p. 27). Assim, a democracia é um modelo de organização social que permite à política sintetizar juridicamente esses dois princípios (liberdade e igualdade) em respeito aos direitos inerentes a todos os seres humanos.

Com relação às formas de democracia, faz-se oportuno tecer considerações a respeito da democracia direta e da representativa. A primeira é considerada a democracia dos antigos, os quais idealizavam uma praça ou assembleia, na qual os cidadãos eram chamados para tomar decisões de seus interesses. A segunda, por sua vez, é, na atualidade, a forma de democracia da grande parte dos Estados. A expressão democracia representativa revela que as deliberações são tomadas em conjunto pelos representantes eleitos pelo povo e em prol da coletividade, de tal forma a garantir a cidadania e a defesa dos direitos humanos.

Fato é que a democracia direta aparece como um ideal-limite, enquanto que a representativa figura no polo da alternativa mais adequada diante da vasta complexidade da sociedade contemporânea. Portanto, o exercício da cidadania está intimamente relacionado com a democracia representativa, pois o voto dos indivíduos se constitui na decisão por meio da qual é escolhido quem deverá governar o povo, o que contribui para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, que preze pelo bem-estar e pelo desenvolvimento social.

Destarte, a forma de sociedade democrática está voltada à supremacia dos princípios da legalidade, da liberdade e da igualdade, com vistas à proteção dos direitos humanos. Institucionalizar uma sociedade democrática é, sem dúvidas, uma extraordinária conquista da política contemporânea e uma referência essencial para a constituição de uma sociabilidade mais avançada – isso porque a democracia se configura como condição indispensável para o reconhecimento e para o respeito da dignidade da pessoa humana (BEDIN, 2002).

Nesse contexto, os direitos humanos possuem natureza social e política, encontrando-se na base das atuais sociedades democráticas. É em nome da ampliação desses direitos que se permite o debate público, o pluralismo, as ações e as contestações que possibilitam o exercício, seja ele individual ou coletivo, da cidadania. Por conseguinte, pode-se afirmar que os direitos humanos fundamentais se caracterizam como uma forma de luta que contribuiu tanto para a emergência como para a consolidação do Estado de Direito.

Bobbio (1987, p.9) estabelece que a democracia cidadã pressupõe "um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados". Assim, consolidação da cidadania infere, na sociedade contemporânea, no reconhecimento da autonomia individual na democracia e do Estado de Direito. Foi justamente por isso que essa questão adquiriu, nos últimos anos, o status de tópico central das agendas políticas nacionais, sendo recorrente e de extrema relevância nos debates que desafiam a articulação de uma nova ordem mundial.

Além disso, foi somente com o surgimento do modelo individualista de sociedade que ocorreu uma inversão deôntica: dos deveres para os direitos. Esse paradigma social estabelece um novo centro de articulação política do mundo, o qual possibilita a emergência da ideia de que o homem possui direito a ter direitos (ARENDT, 1989; LAFER, 1988). Na verdade, o indivíduo se emancipa das estruturas coletivas (família, Ordem, Estado, etc.) e se afirma na sua individualidade, contribuindo para a constituição de sociedades democráticas. Esses fatores – sociedade centrada no indivíduo, crença na igualdade entre os homens, origem contratual do Estado e fundamento popular do poder – estabeleceram as condições políticas necessárias para a consolidação dos direitos humanos.

Entretanto, destaca-se que a democracia não consegue garantir que os indivíduos em sociedade "sejam felizes, prósperos, saudáveis, sábios, pacíficos ou justos. Atingir esses fins está além da

capacidade de qualquer governo – incluindo-se um governo democrático." (DAHL, 2001, p. 73). Isso pressupõe que, na prática, o sistema democrático jamais alcançou os seus ideais, pelo simples fato de que, assim como as tentativas anteriores, as democracias contemporâneas também padecem de múltiplos defeitos. Assim, apesar de todas as suas imperfeições, a democracia ainda é considerada a melhor forma de sociedade no que concerne à garantia da cidadania e à efetivação dos direitos humanos em prol de uma ordem social mais justa, solidária e igualitária.

3 A trajetória histórica de evolução dos direitos humanos

Em virtude das experiências perpassadas durante a Segunda Guerra Mundial e das atrocidades cometidas contra a humanidade no âmbito das sociedades antidemocráticas regidas por governos totalitários, surgiu a necessidade da proteção universal dos direitos humanos. Isso porque, todos os seres humanos nascem essencialmente iguais, todavia com individualidades no aspecto físico, intelectual e psicológico, o que os fazem ser diferentes das demais pessoas. Essas peculiaridades inerentes a cada ser humano não interferem na garantia dos direitos fundamentais, sem os quais a pessoa humana não existiria, não seria capaz de desenvolver e participar plenamente da vida; além disso, esses direitos são os mesmos para todas as pessoas independente de ser homem ou mulher, da cor de sua pele, da sua classe social, de sua preferência política ou seu credo (DALLARI, 2004).

Os direitos humanos caracterizam-se, ainda, como um fenômeno recente. Sua plena consolidação se deu a partir da Segunda Guerra Mundial e, desde então, tais direitos passaram a se internacionalizar de forma mais intensa, diante do reconhecimento da necessidade de uma proteção mais extensa a pessoa humana (PINHEIRO, 2008). Foi através da religião, da filosofia e da ciência que se buscou, desde os primórdios da história, esclarecer os direitos humanos. Todavia, foi no século XVIII que alguns países europeus,

mais especificamente a França, através dos ideais da Revolução Francesa (1789), que os direitos humanos começaram a se desenvolver, tornando-se mais eficazes após a Segunda Guerra Mundial.

Como já relatado, foi a partir do século XVIII, com a Revolução Fran cesa, que teve início no ano de 1789, que se deram os primeiros movimentos para o verdadeiro desenvolvimento dos direitos humanos. Naquele momento, a França era um Estado Absolutista, o rei concentrava em suas mãos os três poderes, executivo, legislativo e judiciário. Nesse período, a França encontrava-se dividida em três grupos de pessoas, entre eles, o clero, a nobreza e o último sendo o restante da população, entre eles os burgueses, trabalhadores urbanos e camponeses, as pessoas pertencentes ao terceiro e último grupo, eram exploradas em seus trabalhos, sofriam da falta de alimentos, altos valores cobrados de impostos, por exemplo, e ainda lhes era negado participação nas decisões da sociedade.

A partir de então, com o descontentamento dessa parte da população, e com incentivo da ideologia fornecida pelo movimento iluminista, os franceses deram início a Revolução Francesa, em busca de uma nova forma de organizar a sociedade, o que resultou em uma nova Constituição, que foi proclamada como a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", esta reafirmou e reforçou que: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” em seu artigo 1º, faltando apenas o reconhecimento da fraternidade, ou seja, a exigência de uma organização solidaria da vida em comum, sendo que essa só foi alcança com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948 (COMPARATO, 2001).

Além desta Declaração, vários outros documentos contribuíram e foram importantes para o desenvolvimento dos direitos humanos. A Magna Charta Libertatum de 1215, firmada pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos barões ingleses, na Inglaterra na Idade Média. Também tem importância para os direitos humanos, o habeas-corpus da forma como foi regulado pela lei inglesa de 1969, que previa proteger a liberdade de locomoção e que

depois foi utilizado para proteger outras liberdades individuais (SILVA; PRADO, 2015).

Se fez importante ainda para a afirmação dos direitos humanos, a Declaração de Direito do Povo da Virgínia de 1776, pois essa positivou direitos inerentes ao indivíduo, reconhecendo que os direitos de toda pessoa humana não podem ser suprimidos por uma decisão política. Além desses, outros documentos e declarações de diversas parte do mundo contribuíram para a afirmação dos direitos humanos. No ano de 1948, num período pós-guerra, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo essa redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial (SILVA; PRADO, 2015).

Em 10 de dezembro de 1948, fora aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que como se percebe com a leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Essa prevê em seu artigo I que "todos os serem humanos nascem iguais em dignidade e direitos", afirma Dallari (2004, p. 15) ainda que,

> Segundo a Declaração, todos devem agir, uns em relação aos outros, "com espirito de fraternidade". A pessoa consciente do que é e do que os outros são, a pessoa usa sua inteligência para perceber a realidade, sabe que não teria nascido e sobrevivido sem o amparo e a ajuda de muitos. E todos, mesmo os adultos saudáveis e muito ricos, podem facilmente perceber que não podem dispensar a ajuda constante de muitas pessoas, para conseguirem satisfazer suas necessidades básicas. Existe, portanto, uma solidariedade natural, que decorre da fragilidade da pessoa humana e que dever ser completada com o sentimento de solidariedade.

No ano de 1993, foi promulgada a Declaração de Viena, que reafirmou e consagrou o já determinado pela declaração de 1948 quanto a proteção dos direitos humanos. Segundo Dallari (2004, p. 12), "a expressão direitos humanos é uma forma abreviada de

mencionar os direitos fundamentais de uma pessoa humana". A vida é um direito fundamental, todavia, para a preservação da mesma é necessária demais garantias para que a pessoa possa existir, entre elas alimentação, saúde, moradia, educação, entre outros.

Pode –se conceituar os direitos humanos sob dois aspectos, o primeiro aspecto, analisa os fundamentos primeiros desses direitos e é tema de uma importante relevância para a filosofia, sociologia e ciência política contemporânea. Já o segundo aspecto, é a abordagem jurídica que se relaciona diretamente com tratados, convenções e legislações, sendo através desta definição que se dá a regulação dos mecanismos internacionais e nacionais garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana (PINHEIRO, 2008).

Nesse sentido, importante esclarecer a diferença do conceito de algumas expressões que estão relacionadas a estes direitos, entre eles os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos do homem. Vejamos:

> A primeira nomenclatura que surgiu foi a dos direitos do homem, a qual remonta a época do jusnaturalismo, pois bastava ser homem para possuir direitos e poder usufruí-los. Entretanto, tal nomenclatura sofreu várias críticas devido à expressão "homem", tendo em vista que tais direitos não eram apenas inerentes as pessoas do sexo masculino, mas, sim, a qualquer pessoa humana. Dessa maneira, após várias oposições com relação à nomenclatura adotada, os direitos do homem passaram a ser chamados de direitos fundamentais, os quais se ocupam do plano constitucional e visam assegurar e proteger os direitos inerentes a cada ser humano para que possam usufruir de uma vida digna. Não sendo diferente da finalidade dos direitos humanos que, diferentemente dos direitos humanos, figuram no plano internacional.
> Dessa maneira, após várias oposições com relação à nomenclatura adotada, os direitos do homem passaram a ser chamados de direitos fundamentais, os quais se ocupam do plano constitucional e visam assegurar e proteger os direitos inerentes a cada ser humano para que possam usufruir de uma vida digna. Não sendo diferente da finalidade dos direitos humanos que, diferentemente dos direitos humanos, figuram no plano internacional. (BELLINHO, 2015).

A Declaração de Viena é um dos documentos mais adotados pela comunidade internacional acerca dos direitos humanos, sendo esse resultado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos ocorrida em 1993. Essa Conferência contribuiu de forma decisiva na consolidação dos direitos humanos, e ainda colocou fim a antigas disputas doutrinarias acerca dos principais fundamentos dos direitos humanos. Assim, esses direitos passaram a ter características próprias, entre elas: o internacionalismo, a universalidade a indivisibilidade e como direitos frente ao Estado (PINHEIRO, 2008).

O internacionalismo como característica dos direitos humanos divide-se, segundo a doutrina, em dois efeitos, o vertical e o horizontal. O efeito vertical significa que os direitos humanos devem obrigatoriamente recair nos Estados e não em outros indivíduos, pois são direitos inerentes a todo ser humanos e de vigência universal. Já o efeito horizontal, implica em conhecer as repercussões que as relações com outros indivíduos têm para o gozo e exercício desses direitos, e ainda traz consigo obrigações específicas para o Estado enquanto garantidor desses direitos (PINHEIRO, 2008).

Quanto a característica da universalidade dos direitos humanos, podemos afirmar, segundo Pinheiro (2008), que a marca principal desta característica consiste no seu conteúdo, qual seja, normas gerais que estão destinadas a todas as pessoas como seres humanos, sejam elas nacionais ou estrangeiras. Essa característica, como já citado, se reafirma com a Declaração de Viena em 1993, que declara em deu artigo primeiro que: “A natureza universal de tais direitos e liberdades não admite dúvidas”. E ainda afirma no artigo 5º. que as particularidades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração, mas os Estados têm o dever de promover e proteger todos os direitos, independentemente dos respectivos sistemas (PINHEIRO, 2008).

Quanto a indivisibilidade, podemos dizer que “todos os direitos humanos, nacional e internacional, constituem um

complexo integral, harmônico e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si." (PINHEIRO, 2008, p. 6). Logo, os direitos humanos frente ao Estado, são aqueles direitos que ele deve garantir a pessoa humana a fim de preservar sua dignidade como ser humano. Segundo Pinheiro (2008, p. 7),

> definir os direitos humanos como prerrogativas que tem todo indivíduo frente aos órgãos do Poder para preservar sua dignidade como ser humano e cuja função é executar a interferência indevida do Estado em áreas específicas da vida individual e assegurar a prestação de determinados serviços por parte do Estado para satisfazer as necessidades básicas que reflitam as exigências fundamentais de cada ser humano.

Diante disso, pode-se observar que os direitos humanos possuem características peculiares, e que essas características são indispensáveis para o reconhecimento e exercício desses direitos. Todavia, embora essas características sejam bem definidas, é importante saber que os direitos humanos são direitos que estão sempre em movimento. Pode-se dizer que na raiz da formação da sociedade brasileira há um profundo processo de exclusão da maior parte da população, e isso consiste em três questões principais, sendo elas, a pobreza e desigualdade, o racismo, e o sexismo (CARBONARI, 2007).

Enquanto as Nações Unidas (ONU) construíam uma Carta tendo como objetivo principal a concretização dos direitos humanos, o Brasil vivia a ditadura militar em sua fase mais intensa (1964-1985). Neste momento histórico, o Brasil foi marcado pela inviabilização de conteúdo e de experiência e participação política e social, e pela prisão, exílio e morte de centenas de pessoas que se opunham à ditadura militar. Assim, foi diante desses movimentos que a sociedade brasileira iniciou as suas manifestações contra a ditadura no país, tendo elas uma colaboração significativa para que mais tarde os direitos humanos se firmassem no país. Muitos movimentos se

consolidaram na década de 80, entre eles podemos destacar o Movimento Nacional de Direitos Humanos fundado em 1982.

A Constituição Federal de 1988 significou um marco de convergência da resistência política e um ponto de referência para a afirmação dos direitos humanos no Brasil. Com a nova Constituição inaugurou-se bases fortes para a realização dos direitos humanos, em meios a diversos conflitos de interesse o movimento de constitucionalização dos direitos tornou-se efetivo, logo após, denotou a necessidade de complementação mediante a construção de legislações complementares. Assim nasceram as leis orgânicas como a da Saúde e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Já na década de 1990, deu-se início através de um forte movimento social que exigia direitos, uma consolidação legislativa capaz de abrir espaços no Estado visando garantir maior participação dos cidadãos e a busca pelo controle social para auxiliar na efetivação dos direitos constitucionais (CARBONARI, 2007).

Embora o Brasil concorde com as principais convenções internacionais acerca dos direitos humanos, este ainda se encontra distante de atingir plenamente a efetivação desses direitos. Podemos citar alguns exemplos que violam os direitos humanos, entre eles, a violação do direito à terra, à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia e justiça social. Há também um grande descaso com a segurança pública, o que aumenta no número da prática dos crimes contra à vida (RODRIGUES, 2006).

A população rural do Brasil é a que tem mais dificuldade na América Latina em ter acesso a água potável, e a pobreza, a fome e a violação a alimentação adequada ainda é um grande desafio para a sociedade brasileira, em especial aos povos indígenas, quilombolas, afrodescendentes, às populações acampadas, assentadas, aos sem teto, em situação de rua e aos que sobrevivem dos lixões (RODRIGUES, 2006). Então, pode–se perceber que os direitos humanos como instrumentos normativos, jurídicos e políticos é relativamente recente, assim como o as formas de contribuições para a efetivação desses direitos (CARBONARI, 2007).

Assim, faz-se necessário que o país continue insistindo e avançando na proteção a pessoa humana, a fim de que lhe seja garantido dignidade como disposto na Constituição do País.

4 Considerações finais

No decorrer desse artigo foi possível realizar um estudo acerca da democracia como forma de sociedade para a concretização dos direitos humanos, os quais alcançam uma maior efetivação quando institucionalizados no seio dos sistemas democráticos. Nesse contexto, analisou-se a consolidação, bem como a contemplação dos direitos humanos no Brasil por se tratar de um Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, buscou-se verificar a forma de desenvolvimento para a materialização dos direitos humanos em uma democracia e porque esses direitos são mais amplamente protegidos por esse regime de governo. Para tanto, foram analisados alguns critérios adotados pelos sistemas democráticos contemporâneos, os quais contribuem para a proteção dos direitos inerentes a toda pessoa humana.

Nota-se que a democracia enquanto forma de sociedade surgiu em diferentes momentos e em mais de um lugar, não sendo, portanto, caracterizada como a evolução de uma experiência única e, tampouco se constituiu enquanto o regime político predominante na história. Embora a sua definição clássica consista na ideia de governo do povo, para o povo e pelo povo, o sistema democrático sempre manteve uma relação ambígua com a igualdade, mas é considerado o melhor para a proteção e a garantia dos direitos humanos fundamentais.

Nas últimas décadas, a cidadania adquiriu um status central nas agendas políticas nacionais, sem deixar de lado as questões relevantes dos debates a respeito da articulação de uma nova ordem social. Pode-se dizer que a sua afirmação está conexa com a própria consolidação dos projetos democráticos da pós-modernidade, os

quais pressupõem a busca pelo pleno exercício da cidadania em defesa da concretização dos direitos humanos. Portanto, pode-se falar em uma evolução expansiva da democracia cidadã, como se fosse uma história sem fim, uma narrativa sempre em expansão, na qual é possível, de período em período, acrescentar-se um conjunto novo de direitos que buscam a proteção de toda a humanidade.

Referências

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Estado Democrático de Direito**:** conceito, história e contemporaneidade. In: Sérgio Gonini Benício. (Org.). **Temas de Dissertação nos Concursos da Magistratura Federal.** São Paulo: Editora Federal, 2006.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo:** anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BEDIN, Gilmar Antonio**. Os direitos do homem e o neoliberalismo.** Ijuí: Unijuí, 2002.

BELLINHO, Lilith Abrantes. **Uma evolução histórica dos direitos humanos.** Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/lilith-abrantes-bellinho.pdf>. Acesso em: 09 out. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **O futuro da democracia.** Trad. Marco Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Qual democracia?** Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2014.

COUTINHO, Carlos Nelson. **A democracia como valor universal e outros ensaios.** São Paulo: Ciências Humanas, 1980.

CARBONARI, Paulo Cesar. **A construção dos direitos humanos.** (Org.) Revistas Eletrônicas Portas. p. 5-14. Disponível em:< http://www.acicate.com.br/portas/artigo1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2001.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** 2. ed. São Paulo: Moderna. 2008.

KELSEN, Hans. **A democracia.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MACCHESNEY, Nathan William. **Abraham Lincoln; the tribute of a century, 1809-1909:** commemorative of the Lincoln centenary and containing the principal speeches made in connection therewith. Chicago: A.C. McClurg & Co, 1910.

MAQUIAVEL, Nicoló di Bernardo dei. O príncipe. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2010.

MILL, John Stuart. **O Governo representativo.** Tradução de Manoel Innocêncio de Lacerda Santos Jr. Brasília: UnB, 1981.

PINHEIRO, Flávio Maria Leite. **A teoria dos direitos humanos.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/124273949817421 8181901.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2016.

SILVA, Amanda de Oliveira. PRADO, Alessandro Martins. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** Disponível em: <http://periodicos.uems.br/>. Acesso em: 15 abr. 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América:** leis e costumes - Livro I. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

5

As práticas restaurativas como políticas públicas de promoção da dignidade humana

Anna Paula Bagetti Zeifert[1]
Aline Michele Pedron Leves[2]
Daiane Calioni Berton[3]

1 introdução

O presente artigo busca realizar uma abordagem descritiva e analítica acerca da violência no Brasil, sucedida por crianças e adolescentes e, em especial, àqueles que se encontram em uma situação de vulnerabilidade social. Procurou-se contextualizar a forma como o sistema jurídico-estatal tem dado aporte à resolução dos conflitos, bem como os problemas e desafios que esse vem enfrentando para a efetivação da justiça social. Na mesma

---

[1] Doutora em Filosofia (PUCRS). Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito (UNIJUI). Pesquisadora no grupo (CNPq): Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade. Pesquisa: Justiça Social: Os Desafios das Políticas Sociais na Realização das Necessidades Humanas Fundamentais. E-mail: annazeifert@yahoo.com.br

[2] Mestranda e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ; Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Globalização e Equidade; Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. E-mail: alineleves@hotmail.com;

[3] Mestranda e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ; Aluna da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Trabalhista e Previdenciária da Universidade de Santa Cruz - UNISC; Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. E-mail: cb.daiane@yahoo.com.br.

perspectiva, evidencia-se a contribuição das práticas alternativas de resoluções das controvérsias e, além disso, as políticas públicas sociais de caráter preventivo, as quais abreviam o ensejo dessas ocorrências.

Dessa forma, objetiva-se verificar o perfil da criança e do adolescente que incidem na prática delitiva e quais são as causas que motivam o cometimento das infrações que, consequentemente, fazem parte do conjunto de violências em âmbito social. Constata-se que, por se tratar de crianças e adolescentes mais vulneráveis, socialmente falando, são criados alguns estereótipos desses sujeitos e, grande parte das vezes, verifica-se a existência de um pré-julgamento, tanto moral (social) como jurídico coercitivo (estatal) em relação às pessoas de origem periférica, as quais apresentam características ou costumes que se assemelham ao estereótipo previamente construído.

Essa pesquisa é do tipo exploratória e qualitativa. Desse modo, para a sua realização, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Busca-se demonstrar as previsões legais e as sanções penais positivadas à que estão sujeitos os menores infratores. Ademais, analisam-se as alternativas não jurídicas que podem ser aplicadas em âmbito social e que, por sua vez, possibilitam a resolução dos conflitos através de uma série de práticas restaurativas.

Em um primeiro momento, é realizada uma abordagem acerca dos estereótipos atribuídos às crianças e aos adolescentes que incidem em atos delitivos, apontando-se para características que, quando encontradas em determinados sujeitos, já são pré-julgados em razão de seu perfil. Nesse sentido, destacam-se as ações governamentais através das políticas públicas e as ações não-governamentais que contribuem para o fim de prevenir as mais variadas infrações, bem como reinserir socialmente as crianças e os adolescentes que transgrediram a lei e que se encontram em situações de vulnerabilidade.

Em seguida, aborda-se a importância da educação e da cidadania como ferramentas fundamentais para prevenção e resolução dos conflitos. Através disso, torna-se possível desenvolver alternativas com o propósito de proporcionar condições mais humanizadoras, deixando de se observar as incidências em crimes tão somente por um viés punitivo, mas tentando mudar as reais condições que oportunizaram a incidência em práticas delitivas. É verificável, então, que independentemente das infrações cometidas, a criança e o adolescente infrator não perdem a sua condição de cidadãos. Portanto, a eles deve ser assegurada a dignidade da pessoa humana, bem como a efetivação de todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira, com o propósito de inibir novas violências e reinserir os menores infratores na sociedade atual.

2 O estereótipo dos menores infratores no Brasil e as políticas públicas estatais

Das iniciativas que se tem na atualidade para diminuir e até mesmo coibir a violência muitas partem da ordem jurídico-estatal; outras das iniciativas das políticas públicas do Estado e, por fim, das organizações da sociedade civil. No entanto, persistem dúvidas acerca da legitimidade e da efetividade de tais políticas, bem como, dos critérios adotados para a resolução dos conflitos sociais.

No Brasil, como se observa, a violência ainda é tratada sob a ótica punitiva. Além disso, no que se refere à adolescência, tal situação agrava-se ainda mais. As crianças e adolescentes que praticam atos infracionais, de forma geral, são estigmatizados, ou seja, são vistos como delinquentes (menores infratores), representando uma das parcelas mais expostas às violações de direito, tanto pela família como pelo Estado e pela sociedade.

Como bem observa Vera Malaguti Batista (2003, p.36), o "[...] jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de

orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda" representa o perfil estereotipado do delinquente brasileiro.

Essa forma de ver o jovem norteia o pensamento de grande parte da sociedade, é como se esse sujeito tivesse perdido o status de humano ou, ainda, que não devesse ser considerado sujeito de direitos, cidadão de um Estado. Não seriam merecedores de "respeito ou trégua", podendo "ser espancados, linchados ou torturados, [e] quem ousar incluí-los na categoria cidadã estará formando fileiras com o caos e a desordem, e será também temido e execrado." (BATISTA, 2003, p. 36).

Diante disso, deve-se ressaltar que a criança e o adolescente são concebidos como pessoas em peculiar situação de desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários da proteção integral. Isso fica evidente com o Sistema Nacional de Garantia de Direitos, base da doutrina da proteção integral, que contempla as dimensões que devem ser significativas no atendimento à criança e ao adolescente, quais sejam: saúde, educação, segurança, habitação, convivência familiar, entre outras, questões também apontadas, mas de forma geral, pela Constituição Federal de 1988.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990, enquanto lei específica, também apontou importantes avanços para o entendimento e garantia dos direitos da infância e adolescência, concebendo a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos. Através do Art. 4º, o ECA determina que a efetivação dos direitos da criança e do adolescente devem ser assegurados, constituindo-se em um dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público.[4]

---

[4] É importante traçar algumas diferenças entre os termos comunidade e sociedade. Conforme expõe Alan Delazeri Mocellim (2011, p. 110-111), é na comunidade que se encontra "[...] a solidariedade, a relação afetiva e o compartilhamento de tradições como o determinante da comunidade. A sociedade só pode existir com um grande número de pessoas vivendo em proximidade e em um território expandido, onde possa conviver imenso número de pessoas, com os mais diversos modos de ser. Dessa forma, a sociedade se refere ao mundo moderno, às metrópoles modernas e à cultura heterogênea das cidades, onde as mais diversas variações culturais são aceitas, até com certa indiferença. Assim, a vida comunitária se contrapõe à vida societária. Em uma, impera a homogeneidade, na outra, a

Em relação à política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, o ECA afirma que essa se concretiza através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, definindo diretrizes, entre elas a municipalização do atendimento e a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional para os direitos da criança e do adolescente. Conforme o Art. 90, do ECA, as entidades de atendimento são as responsáveis pelo planejamento e execução de programas de proteção e de medidas socioeducativas, com a utilização de recursos previstos nas dotações orçamentárias.

Em 18 de Janeiro de 2012, foi instituído o SINASE[5] (Lei 12.594/12), produto de uma discussão coletiva entre diversas instituições como o CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Associação Brasileira de Magistrados e

---

heterogeneidade; em uma, encontram-se princípios gerais que orientam a ação do grupo, na outra, princípios relativos que orientam ações de membros individuais. A comunidade só pode ter seus aspectos demarcados e delineados a partir de seu grande contraste com seu oposto moderno, a sociedade, pois, só a partir de então – do momento em que deixa de ser a única forma de relação social de grupo –, ela passa a ganhar centralidade; e, só diante da conturbada vida metropolitana – que, mesmo possibilitando um aumento dos contatos sociais, levou a uma menor profundidade desses contatos –, a coerente vida comunitária passa a ser uma metáfora de tudo o que é social."

[5] "O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE - é a política pública que organiza e orienta a execução das Medidas Socioeducativas aplicadas a adolescentes aos quais é atribuída a prática de ato infracional. Partindo da legislação vigente, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – (Lei Federal 8.069/98), e fundamentado na Resolução 119/06 do CONANDA e na Lei Federal 12594/12, busca estabelecer diretrizes para o adequado cumprimento do que foi pensado e definido em leis para a responsabilização e o acompanhamento educativo destes adolescentes. Tendo como premissa básica a necessidade de se constituir parâmetros mais objetivos e procedimentos mais justos que evitem ou limitem a discricionariedade, o SINASE reafirma a diretriz do Estatuto sobre a **natureza pedagógica** da medida socioeducativa. Para tanto, este sistema tem como plataforma inspiradora os acordos internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, em especial na área dos direitos da criança e do adolescente. Outrossim, priorizaram-se as **medidas em meio aberto** (prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida) em detrimento das medidas privativas ou restritivas de liberdade em estabelecimento educacional (semiliberdade e internação), haja vista que estas somente devem ser aplicadas em caráter de excepcionalidade e brevidade). Trata-se de estratégia que busca reverter a tendência crescente de internação dos adolescentes bem como confrontar a sua eficácia invertida, uma vez que se tem constatado que a elevação do rigor das medidas não tem melhorado substancialmente a inclusão social dos egressos do sistema socioeducativo. Como importante ação para qualificar o atendimento socioeducativo e atuar de forma ágil na apuração do ato infracional e na inserção do adolescente no cumprimento da medida socioeducativa, o SINASE prevê a instalação e funcionamento do **Atendimento Inicial Integrado**, também conhecido como Núcleo de Atendimento Integrado (NAI)" (BRASIL, 2018, grifo nosso)

Promotores da Infância e Juventude (ABMP), Fórum Nacional de Organizações Governamentais de Atendimento à Criança e ao Adolescente (FONACRIAD) e Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH), dentre outras.

O SINASE integra o Sistema de Garantia de Direitos, constituído também pelo Sistema Educacional, pelo Sistema de Justiça e Segurança Pública, pelo SUS – Sistema Único de Saúde - e pelo SUAS – Sistema Único de Assistência Social - estando amplamente relacionado a todas estas políticas. A incompletude institucional é um dos princípios norteadores desse sistema, o que reafirma a necessidade da articulação em rede dessas políticas públicas.

A rede de atendimento, denominada de NAI (Núcleo de Atendimento Integrado) [6] , prevista no art. 88, inciso V, do ECA/1990, e, também, pelo SINASE, tem como função principal, organizar as ações de atendimento ao adolescente em conflito com a lei, apresentando como diretrizes a

> Integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial ao adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional. (BRASIL, 2018)

O Núcleo de Atendimento Integrado representa um local de abrigo a todos os envolvidos no atendimento das medidas socioeducativas, ou seja, "constitui-se num espaço para todos os parceiros que direta ou indiretamente devem atuar nas questões relativas" ao adolescente em conflito com a lei, "ou que podem colaborar para a acolhida, o acompanhamento e direcionamento dos que são conduzidos ao Núcleo." (BRASIL, 2018).

---

[6] Também chamado de Núcleo de Atendimento Multidisciplinar ou Interdisciplinar, ou Centro Integrado (BRASIL, 2018).

> O artigo 88, inciso V, do ECA não obriga, mas coloca como desejável que os vários parceiros que integram o NAI atuem em um mesmo local. Esta aproximação física, para além daquela ideológica e de princípios, se constitui como um elemento importante para a consecução de um dos relevantes objetivos do NAI que é imprimir agilidade aos seus procedimentos. Outras vantagens desta forma de atuação é o fato de se conseguir olhar para a pessoa do adolescente e não apenas para o ato infracional que ele praticou. O adolescente passa a ser o centro da atenção das várias áreas que de forma simultânea e efetiva poderão dar conta de atendê-lo, juntamente com sua família, em suas necessidades e direitos fundamentais.

O SINASE, nesse sentido, vem reafirmado as diretrizes e princípios do ECA, confirmando a necessidade de priorizar as medidas socioeducativas em meio aberto, portanto, a prestação de serviços à comunidade (PSC) e a liberdade assistida (LA), em detrimento das medidas socioeducativas em meio fechado (semiliberdade e internação).

Destacam-se, o respeito aos direitos humanos, a prioridade absoluta de atendimento, o respeito ao processo legal, excepcionalidade e brevidade, respeito à capacidade do adolescente de cumprir a medida, garantia de atendimento especializado para adolescentes com deficiência, descentralização político-administrativa, controle social, co-responsabilidade no financiamento, municipalização do atendimento e a prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas. Como observa a referida norma no seu art. 35, III: “A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas” (BRASIL, 2018).

Com o advento do SINASE, tais práticas aparecem como princípios norteadores do próprio sistema, como políticas públicas alternativas para a promoção da dignidade e dos direitos humanos. Além disso, podem ser compreendidas como uma forma de restabelecimento do diálogo, fundamento para uma “comunicação

não violenta”[7], que sustenta que ouvir o outro e acolher é o princípio para quase toda a solução.

Essa forma alternativa de solução dos conflitos, mais especificamente de tratamento com o adolescente autor de ato infracional, se apresenta como um grande desafio após a municipalização das medidas socioeducativas. A implantação da lei do SINASE nos municípios requer um maior envolvimento/preparo da rede para que o atendimento seja oferecido de forma efetiva. Nota-se que há uma limitação do trabalho em virtude do número de profissionais envolvidos, ou seja, a quantidade de profissionais, embora atenda as determinações da legislação, não é suficiente para o atendimento das demandas, o que se deve muitas vezes à complexidade das situações que envolvem a prática do ato infracional e a execução das medidas socioeducativas.[8]

Para além de tais questões operacionais, vive-se em uma sociedade que compreende ser a punição/castigo a melhor forma de tratamento para os sujeitos que violaram as normas de convivência. Reflexo de um pré-conceito de justiça punitiva que domina o pensamento social e retarda a adoção de práticas alternativas para a solução de conflitos.

---

[7] Expressão trabalhada pelo autor Marcelo Pelizzoli.

[8] Em relação à equipe de trabalho, constata-se que há uma limitação do trabalho em virtude do número de profissionais envolvidos. A quantidade de profissionais, embora atenda as determinações da legislação (Município de Pequeno Porte I e II e Médio Porte – Equipe de Referência CREAS, segundo a NOB-RH/SUAS (2006) Portaria Nº 843, de 28 de dezembro de 2010: 1 Coordenador; 1 Assistente Social; 1 Psicólogo; 1 Advogado; 2 Profissionais de nível superior ou médio (abordagem dos usuários); 1 Auxiliar administrativo, ainda encontra-se restrita frente ao número de demandas e a necessidade de intervenções. Tais afirmações foram constatadas a partir da análise da rede de atendimento ao adolescente em conflito com a lei, desenvolvidas durante a execução do projeto de pesquisa (Grupo de Pesquisa CNPq): “As políticas sociais de atendimento ao adolescente autor de ato infracional e as condições de execução das medidas socioeducativas, em meio aberto, no município de Ijuí/RS”. Pesquisa de campo qualitativa realizada no Centro de Referência Especializado em Assistência Social (CREAS), local responsável pela aplicação das medidas socioeducativas no município. Tal questão representa um dos grandes desafios para a rede de atendimento no cumprimento de suas ações.

3 Violência e justiça social: a estrutura jurídico-penal brasileira

As diferentes expressões de violência presentes em nossa sociedade podem ser explicadas se compreendermos a violência como um ato de excesso, que se verifica no exercício do poder presente nas relações de produção social. A maioria dos conflitos existentes não necessitaria chegar à alçada jurídica, ou mesmo estando neste espaço, poderiam ser tratados com estratégia de informalização em que as intervenções podem ser através da mediação, conciliação, entre alternativas de resolução de conflitos, criando as condições de diálogo entre os sujeitos, de forma a expressarem seus interesses, procurando entendimento para chegar a uma decisão equitativa (SILVA, 2010).

No entanto, conforme assevera Salo de Carvalho (2008, p. 95-96), ainda somos o reflexo de um Estado que se apresenta como uma força ativa sobre os indivíduos, possuindo o poder de "[...] descartar a pessoa como valor em razão de ser considerada supérflua, projeta-se a necessidade de maximização do poder policialesco de coação direta." A sua forma, "[...] alternativa ao Estado-providência, portanto, passa a ser a edificação do Estado penitência, configurando a máxima que parece ser a palavra de ordem na atualidade: Estado social mínimo, Estado penal máximo."

É parte dessa tradição, com relação à solução dos conflitos, o julgador decidir

> [...] litígios que lhe são alheios, sem sentir os outros do conflito, encaixando-o num modelo normativo, sem ouvir/sentir as partes. Para os juízes, o outro não existe, sempre decidem a partir de si mesmos, de seus egos enfermos. Decidem sem responsabilidade, porque projetam a responsabilidade na norma. Decidem conflitos sem relacionar-se com os outros. As decisões dos juízes são sem rosto. (SPENGLER, 2010, p. 291).

O paradigma de "justiça cidadã", que paira na sociedade, mas com viés punitivo, tem por fundamento "[...] garantir a segurança

daqueles que participam ativamente da sociedade de consumo [...]", de maneira a protegê-los (livrá-los), "[...] da presença indesejável da pobreza que incomoda por ser inconveniente aos desígnios do capital e que, por isso, precisa ser constantemente vigiada, controlada e, sempre que possível punida." (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 85).

Nesse contexto, a sociedade capitalista "funciona como uma enorme máquina de exclusão exercendo uma triagem sistemática entre as camadas sociais e as zonas geográficas para rejeitar tudo o que não pode integrar na sua lógica." (HESPANHA, 2002, p. 165). Ou ainda, assenta-se "[...] sobre um proyecto político de consolidación de lãs desiguldades sociales y de fomento de la exclusión social de ciertos coletivos ciudadanos." (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 189).

Como observa Marisa Feffermann (2006, p. 127),

> O Estado democrático, agente responsável pela promoção dos direitos humanos nas democracias modernas, tem papel importante a ser exercido na sociedade brasileira em especial, possuidora de um elevado grau de desigualdade social e de crescimento da violência. No entanto, diante desse quadro, as instituições do Estado se eximem de sua responsabilidade na promoção dos direitos humanos e buscam a ordem social por meios que são legais, mas nem sempre legítimos.

Esta forma de manifestação do Estado se torna ainda mais nociva quando se esta diante de sujeitos em condição "peculiar de desenvolvimento," o que coloca os agentes envolvidos na operacionalização das medidas de proteção e socioeducativas a missão de proteger, no sentido de garantir o conjunto de direitos e educar oportunizando a inserção do adolescente na vida social. É responsabilidade do Estado, da sociedade e da família garantir o desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

> [...] a Doutrina da Proteção Integral que, a partir das idéias de autonomia e garantia, reconhece não só aos adolescentes autores

> de ações conflitantes com a lei os direitos próprios a todo sujeito de direito, com a cautela, no entanto, de demarcar a peculiar condição em que se encontra toda pessoa com idade inferior a dezoito (18) anos, haja vista a sua condição peculiar de desenvolvimento da personalidade. A subjetividade que se estabelece aqui é a titularidade de direitos, em perspectiva emancipatória, fundada nos valores e Direitos Humanos. (RAMIDOFF, 2003, p.151).

Segue, ainda, o referido autor dizendo que "a Doutrina da Proteção Integral, contudo, não impede que se operem contenções de adolescentes que se envolvam em eventos considerados conflitantes [...]". No entanto, "a aplicação de medidas socioeducativas deve se realizar de forma diferenciada [...]" respaldando-se os direitos humanos de maneira a não "[...] legitimar a intervenção repressivo-punitiva" (RAMIDOFF, 2003, p.23).

Assim sendo, as medidas para proteção constituem-se em condição especial de acesso aos direitos sociais, políticos e civis e estar articulada em rede, assegura a atenção integral aos direitos e, ao mesmo tempo, o cumprimento de seu papel socioeducativo. O trabalho educativo deve visar à educação para o exercício da cidadania, trabalhando os eventos da transgressão às normas legais, de maneira a contribuir no processo de reinserção social e, sabe-se que as medidas socioeducativas têm se mostrado eficazes quando adequadamente aplicadas e supervisionadas.

4 Métodos alternativos de resolução dos conflitos sociais: as práticas restaurativas

Com o intuito de promover o respeito aos direitos humanos, é que o novo[9] Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) se estrutura em critérios éticos, jurídicos, políticos,

[9] Adota-se a expressão "novo" em razão de a Norma ter sido Publicada em Janeiro de 2012, por mais que sua construção remonte ao ano de 2006

pedagógicos perpassando os âmbitos municipal, estadual e federal, determinando o atendimento em relação às medidas socioeducativas desde a apuração do ato infracional até a execução destas medidas. Possui como princípios norteadores:[10]

> Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:
> I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
> II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de auto-composição de conflitos;
> III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
> IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
> V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
> VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

[10] A seguinte compreensão com relação aos princípios também pode ser, também, destacada: 1. Respeito aos direitos humanos; 2. Responsabilidade solidária da Família, Sociedade e Estado pela promoção e a defesa dos direitos de crianças e adolescentes – artigos 227 da Constituição Federal e 4º do ECA; 3. Adolescente como pessoa em situação peculiar de desenvolvimento, sujeito de direitos e responsabilidades – artigos 227, § 3º, inciso V, da CF; e 3º, 6º e 15º do ECA; 4. Prioridade absoluta para a criança e o adolescente – artigos 227 da Constituição Federal e 4º do ECA; 5. Legalidade; 6. Respeito ao devido processo legal – artigos 227, § 3º, inciso IV da Constituição Federal, 40 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e 108, 110 e 111 do ECA e nos tratados internacionais; 7. Excepcionalidade, brevidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; 8. Incolumidade, integridade física e segurança (artigos 124 e 125 do ECA); 9. Respeito à capacidade do adolescente de cumprir a medida; às circunstâncias; à gravidade da infração e às necessidades pedagógicas do adolescente na escolha da medida, com preferência pelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários – artigos 100, 112, § 1º, e 112, § 3º do ECA; 10. Incompletude institucional, caracterizada pela utilização do máximo possível de serviços na comunidade, responsabilizando as políticas setoriais no atendimento aos adolescentes – artigo 86 do ECA; 11. Garantia de atendimento especializado para adolescentes com deficiência – artigo 227, parágrafo único, inciso II da Constituição Federal; 12. Municipalização do atendimento – artigo 88, inciso I do ECA; 13. Descentralização político-administrativa mediante a criação e a manutenção de programas específicos – artigos 204, inc.I, da Constituição Federal e 88, inc. II, do ECA; 14. Gestão democrática e participativa na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; 15. Co-responsabilidade no financiamento do atendimento às medidas socioeducativas; 16. Mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade. (BRASIL, 2018).

> VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
> VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou **status**; e
> IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

No que diz respeito à municipalização do atendimento, significa que as medidas socioeducativas e o atendimento ao adolescente em conflito com a lei devem ocorrer dentro ou próximo dos limites geográficos dos municípios. Com relação ao atendimento socioeducativo nos municípios, a Política Nacional de Assistência Social – PNAS (BRASIL, 2018), definiu a proteção social em duas modalidades: a básica (para o atendimento de famílias e indivíduos cujos direitos ainda não foram violados) e a especial, subdividida em duas modalidades, a média complexidade (quando os direitos já foram violados, mas permanecem os vínculos familiares) e a alta complexidade (violação de direitos e rompimento dos vínculos).

No âmbito da proteção social de média complexidade se encontra o atendimento de medidas socioeducativas em meio aberto, ou seja, o Serviço de Proteção Social a Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida - LA e de Prestação de Serviços à Comunidade – PSC, conforme define a Resolução N° 109 do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, de 11 de novembro de 2009, a qual aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais (CNAS, 2009).

De acordo com a referida Resolução, esse serviço tem como objetivos a realização de acompanhamento aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto, inserindo-o em outros programas e políticas sociais, além de criar condições para a ruptura da prática do ato infracional e fortalecimento da convivência familiar e comunitária. Outro objetivo deste serviço é o estabelecimento de contratos com o adolescente no que diz respeito

ao cumprimento da medida socioeducativa, considerando seus limites e possibilidades (CNAS, 2009).

A Resolução N°109/2009 (CNAS, 2009), prevê também que estes serviços devem possuir um espaço físico adequado às necessidades e com acessibilidade, bem como recursos materiais para o desenvolvimento do trabalho. Sobre os recursos humanos, estes devem estar de acordo com o disposto na Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social (NOB-RH/SUAS), contando com equipes multidisciplinares.

Entende-se que a municipalização das medidas socioeducativas favorece a inclusão social do adolescente, permitindo uma maior participação da família e da comunidade no atendimento, fortalecendo os vínculos e garantindo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana contemplado na Constituição Federal. O conceito de dignidade impõe um conjunto de direitos subjetivos e que necessitam a interferência do Estado e dos particulares para sua efetiva promoção, proteção e respeito. Dignidade é "[...] um dever geral de respeito por parte de todos (e de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para, além disso, e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas." (SARLET, 2010, p. 130).

Outra questão que exige atenção, por parte do poder público, é o destaque que a lei do SINASE apresenta com relação às práticas restaurativas (art. 35, III). Segundo a referida norma, no cumprimento das medidas socioeducativas, deve-se dar "prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.". O trabalho com práticas restaurativas, conforme relata Leoberto Narciso Brancher (2018) já acontece a mais de três décadas. Segundo o referido autor, os primeiros movimentos ocorreram nos EUA (1970), onde mais tarde (1994), pesquisadores da área localizaram 123 programas de mediação vítima-infrator.

Tais práticas se espalharam por países como: Canadá e Noruega (1976 - conflitos entre propriedades); Austrália (1980);

Reino Unido (1982); Nova Zelândia (1988); e a partir de 1999 a prática se tornou mundial, atingindo países como África do Sul (conferência sobre grupos familiares); países membros da União Européia (2001, decisão sobre a participação das vítimas nos processos penais para implementação de lei nos Estados).

Em 2002 a ONU (Organização das Nações Unidas), a partir de Resoluções do seu Conselho Econômico e Social, definiu conceitos relativos à Justiça Restaurativa, regulando o uso de programas no mundo. Seguem ainda, as experiências mais recentes de países latinos como Chile, Argentina e Colômbia, que dão os primeiros passos em direção a Justiça Restaurativa.

No caso brasileiro, o Ministério da Justiça e o programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento apoiaram inicialmente três projetos de Justiça Restaurativa: em Porto Alegre/RS (2007 – Justiça para o Século 21: Instituindo Práticas Restaurativas), São Caetano do Sul/SP (2005 - Justiça Restaurativa e Comunitária) e Brasília/DF (Justiça Restaurativa – Núcleo Bandeirante). Posteriormente, tais práticas se estenderam para outros Estados: Minas Gerais, Maranhão, entre outros, totalizando uma década de experiência com esse instrumento.

O tratamento de conflito sem violência, incentiva a paz na tentativa de restabelecer as relações entre os indivíduos, interrompendo as cadeias de reverberação de violência, constitui-se num mecanismo alternativo. Isso importaria no restabelecimento do diálogo, na busca da compreensão mútua, no dar-se conta (responsabilizar-se) pelo ato (infracional) praticado, na construção de planos de ação para reparação de danos e, principalmente, no fortalecimento de laços familiares e comunitários. Como bem destaca Müller (2006, p. 166):

> Só a ação não-violenta pode desatar o nó górdio de um conflito e permitir assim a sua resolução. Cortar o nó em vez de levar tempo a desatá-lo é dar provas de impaciência. A violência é precipitação e um excesso de velocidade da acção. Ela violenta o tempo que é necessário para o crescimento e maturação de todas as coisas. Não

> que o tempo aja por si mesmo, mas concede à acção o tempo de que ela necessita para se tornar eficaz. Assim, a virtude da paciência encontra-se no cerne da exigência de não-violência. [...] A paciência tem a força da perseverança.

Nesse sentido, estimular as práticas restaurativas como possibilidade de resolução de conflitos extrajudiciais, buscando a reinserção social do adolescente, contribui para prevenção da violência e desjudicialização de situações mediáveis, assim como, a promoção de uma cultura de paz. A implementação dessa política, nos dias de hoje, representa a tentativa de se instaurar uma ética pautada no diálogo e na relação ofensor e vítima, é a superação do pré-conceito de Justiça meramente punitivo.

Como bem esclarecem Howard Zehr e Harry Mika (1990, p. 257):

> A justiça restaurativa tem foco nos danos e consequentes necessidades (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor); trata das obrigações resultantes desses danos (obrigações do ofensor, mas também da comunidade e da sociedade); utiliza processos inclusivos e cooperativos; envolve todos os que têm um interesse na situação (vítimas, ofensor, comunidade, a sociedade); busca corrigir os males.

O procedimento restaurativo possui três etapas: pré-círculo (preparação); círculo (realização do encontro) e pós-círculo (acompanhamento). Vítima, ofensor e comunidade são os atores sociais relevantes para a ocorrência dessas fases. Os coordenadores, na grande maioria, assistentes sociais, se responsabilizam pelo desenvolvimento do procedimento. É no pré-círculo (preparação), que os coordenadores tomam conhecimento de todas as informações de maneira a ter clareza sobre o fato ocorrido.[11]

---

[11] "Além do ofensor e da vítima, e das pessoas espontaneamente indicadas por eles para participarem do círculo, o Coordenador pode estimulá-los a fazer outras indicações ou indicar ele próprio outras pessoas cuja presença considere importante. Os convidados podem ser listados como apoiadores (pessoas do relacionamento afetivo dos envolvidos, como parentes, amigos, empregadores, etc) ou como referências comunitárias (líderes comunitários ou religiosos, policiais, testemunhas, professores

De fato, os métodos alternativos de resolução dos conflitos sociais, sobretudo, as práticas restaurativas, possuem uma ampla relevância no âmbito social, isso porque, além de contribuírem significativamente com a redução dos índices de violência urbana, buscam a reinserção das crianças e dos adolescentes na sociedade. Nesse sentido, ressalta-se que a incidência em delitos por parte dos menores infratores pode ser mediada através do diálogo, utilizando-se de políticas educacionais sem violência e com vistas à superação da justiça punitiva. Portanto, pode-se afirmar que tais fatores auxiliam na promoção dos direitos humanos, da cidadania, da inclusão, da dignidade e, inclusive, na manutenção da paz e na efetivação da justiça social.

5 Considerações finais

Diante do exposto, pode-se concluir que as práticas restaurativas como alternativas para resolução dos conflitos, reafirmam a necessidade de restabelecimento do diálogo entre os sujeitos que fazem parte deste processo (o infrator, a vítima e Estado). Essas práticas, também se apresentam como uma forma de resgate das relações comunitárias no momento em que há um comprometimento mútuo por parte dos agentes.

Nesse contexto, a alternativa da punição judicial, embora seja o método mais aclamado pela população em geral para que recaia sobre àqueles que incidem em alguma prática delitiva, nem sempre é considerada a melhor opção para a resolução dos conflitos. No caso do menor infrator, essa condição é ainda pior, uma vez que esse sujeito se encontra num processo de construção de identidade, e o estigma da condenação criminal lhe acompanhará para o resto da

---

e outros profissionais relacionados às pessoas e/ou ao caso). Inicia pelo ofensor, o que evita a frustração da vítima que já tenha consentido, caso depois o ofensor se recuse. No que se refere ao ofensor e à vítima, o convite é feito mediante contato pessoal (reuniões pré-círculo), para o qual se recomenda a mobilização e presença dos apoiadores. São prestados esclarecimentos sobre o projeto, sobre a JR, funcionamento do círculo, participantes, expectativas, efeitos. Confere-se o resumo dos fatos, marca-se a data, horário e local para o círculo." (BRANCHER, 2018).

vida, o que não contribui para a resolução do problema da violência social.

No entanto, para implementar uma justiça restaurativa, é plenamente necessário que se processe uma revisão nas pré-compreensões que norteiam o pensamento dos indivíduos em sociedade, os quais são motivados, muitas vezes, por um modelo de justiça punitiva que mais fere a dignidade humana do que efetivamente resolve os conflitos.

Assim, na tentativa de romper com tais pré-conceitos é que se apresenta a presente pesquisa, no sentido de que existem formas de compreensão da realidade que inviabilizam o avanço de algumas práticas, de tal forma que a própria sociedade se dê conta da necessidade de avançar para efetivamente cumprir com o seu papel de agente transformador da realidade.

Referências

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRANCHER, Leoberto Narciso. **Diferentes países e culturas, a mesma inquietude social.** Disponível em: <www.justica21.org.br/interno.php?ativo=HISTORIA>. Acesso em: 20 de abr. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social PNAS/ 2004 e Norma Operacional Básica NOB/SUAS.** Brasília-DF: MDS, 2005. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/PNAS2004.pdf. Acesso em: 8 abr. 2018.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo - SINASE.** Brasília-DF: CONANDA, 2006.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 466/2012.** Diretrizes e normas regulamentadoras sobre pesquisa envolvendo seres humanos. Brasília: Conselho Nacional de Saúde, 2012. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. **Capacitação para Operadores do SINASE.** Centro de Estudos Avançados de Governo e Administração Pública. Brasília: UNB/SDH, 2013. Disponível em: http://www.ceag.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=65&catid=67&Itemid=284. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. **Justiça para o Século 21.** Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21/webcontrol/upl/bib_241.doc>. Acesso: 8 abr. 2018.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo D. **Sistema Penal e Política Criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CNAS. **Resolução Nº 109, de 11 de novembro de 2009.** Aprova a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Diário Oficial da União. Brasília – DF, 25 de novembro de 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal em la encrucijada.** Buenos Aires: B de F, 2007.

HESPANHA, Pedro. Mal-estar e risco social num mundo globalizado: Novos problemas e novos desafios para a teoria social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais.** São Paulo: Cortez, 2002.

FEFFERMANN, Marisa. **Vidas arriscadas**: o cotidiano dos jovens trabalhadores do tráfico. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

MOCELLIM, Alan Delazeri. A comunidade: da sociologia clássica à sociologia contemporânea. In: **Plural - Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP.** São Paulo, v. 17, n. 2, p.105-125, 2011. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/ds/plural/edicoes/17_2/v17n2_05.pdf>. Acesso em: 8 abr.. 2018.

MÜLLER, Jean-Marie. **Não-violência na educação.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006.

PELIZZOLI, Marcelo. **Fundamentos para a restauração da justiça:** resolução de conflitos, justiça restaurativa e a ética da alteridade/diálogo. Disponível em: <http://www.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/mp_frj.pdf>. Acesso em: 7 abr.. 2018.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente.** Ato infracional e medidas socioeducativas. Curitiba: Juruá, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Enio. **Sociologia da Violência.** Ijuí: Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

ZEHR, Haward; MIKA, Harry. **Conceitos fundamentais da justiça restaurativa.** Michigan: Michigan University, 1990.

6

Considerações acerca da historicidade dos direitos da criança e do adolescente: a adoção e o princípio do melhor interesse da criança[1]

Andiara Marques dos Santos[2]
João Delciomar Gatelli[3]

Introdução

Tratar de assunto relacionado às crianças e adolescentes exige, mais do que fundamentos teóricos, deveras, sensibilidade, já que, consoante ditames do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, é dever do Estado, da

---

[1] Título desenvolvido para apresentação no III Congresso Jurisdição, Democracia e Direitos Humanos, realizado pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – CAMPUS SANTA ROSA.

[2] Graduanda do curso de direito da Universidade Regional e Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo – RS. Atuou como pesquisadora voluntária no projeto de pesquisa e extensão "Os Direitos dos Cidadãos nos Bairros de Santo Ângelo/RS – João Goulart, São Pedro, Harmonia e Alcebíades – A Voz que Vem dos Bairros". Atuou como pesquisadora no projeto de pesquisa "A Humanização do Poder Judiciário por meio da Mediação: Inquietações e Reflexões". Atuou como estagiária na empresa URI – Campus Santo Ângelo. Atuou como estagiária na empresa Justiça Federal – Subseção de Santo Ângelo –RS. E-mail: andiaramarquesdossantos@yahoo.com.br.

[3] Doutor em Direito Privado pela Universidad de Salamanca (2015), Mestre em Direito pelaUniversidade Federal de Santa Catarina (2002), atua como professor da graduação na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), bem como na Universidade Regional e Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). E-mail: jdgatelli@hotmail.com.

família e da sociedade assegurá-los uma série de direitos e, por conseguinte, garantias fundamentais.

A evolução histórica da legislação pertinente aos jovens e infantes perpassou por importantes acontecimentos internacionais, de forma específica, pode-se inferir ou destacar que a legislação pátria adveio do fato de o Brasil ter aderido à Declaração dos Direitos da Criança, bem como ratificado a Convenção dos Direitos da Criança e Adolescente. Posteriormente, já na esfera nacional, merecem destaque a promulgação da Constituição Federal de 1988 que inaugurou a Doutrina da Proteção Integral e, na esfera infraconstitucional, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A realização de uma análise histórica a partir dos instrumentos legais acima mencionados apresenta importância elevada, principalmente, para fins de valoração e posterior explanação acerca de uma das formas de família substituta presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, a adoção.

O instituto jurídico em comento, cujo procedimento sofreu recentes modificações pela Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, gera vínculos jurídicos pautados, não em laços sanguíneos, mas sim, na afetividade, deve balizar-se pelos interesses do adotando e, diferente de outrora, não mais pelos interesses dos adotantes.

O olhar, desta feita, resta voltado aos infantes e jovens, haja vista sua especial condição de 'pessoas em desenvolvimento', há que se consignar, ainda, que assim a lei os define, consoante redação do artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante do até aqui exposto, frisa-se que ao longo do presente trabalho buscar-se-á delinear um contexto histórico na esfera internacional, no que concerne às contribuições advindas de Convenção (ões) e Declaração (ões) Internacional (is), ante a evolução dos direitos das crianças e adolescentes e, por conseguinte, explanar-se-á acerca da legislação pátria ligando-a com o instituto

da adoção, enquanto forma de propiciar aos jovens e infantes a convivência familiar, analisar-se-á, portanto, se o deferimento ou indeferimento do pedido de adoção deve vincar-se de forma direta ao Melhor Interesse da Criança.

2 Aspectos históricos do direito da criança e adolescente na esfera internacional

Conforme disposto, ainda nas considerações iniciais, há que se salientar que o ponto de partida para a análise histórica deste trabalho é a Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente (1959); contudo, antes de adentrar no tema em comento, pertinente realizar breves considerações conceituais acerca dos termos Declaração e Convenção, sendo que a segunda, consoante palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli "[...] começou a ser empregada no sentido atual a partir da proliferação dos congressos e conferências internacionais" (MAZZUOLI, 2014, p. 198). Consigna o autor, portanto, que

> A expressão convenção conota então aquele tipo de tratado solene (e multilateral) em que a vontade das partes não é propriamente divergente, como ocorre nos chamados tratados-contrato, mas paralela e uniforme, ao que se atribui o nome de tratados-lei ou tratados normativos. (MAZZUOLI, 2014, p. 199).

Extraem-se do trecho acima duas características inerentes às Convenções, quais sejam, a solenidade e a multilateralidade, ou seja, a formalidade necessária a sua realização, bem como a ratificação de mais de um país. Nesse diapasão, necessária, também, a conceituação do termo Declaração que, ainda nas palavras de Mazzuoli, pode ser definida como

> [...] **atos que estabelecem certas regras ou princípios jurídicos**, ou ainda para as normas de Direito Internacional indicativas de uma posição política comum de interesse coletivo. [...] Não há nada a impedir, enfim, que o termo declaração seja utilizado como

> sinônimo de tratado, podendo também ser usado para esclarecer ou interpretar um ato internacional já estabelecido ou para proclamar o modo de ver ou de agir de um ou mais Estados sobre determinado assunto. (MAZZUOLI, 2014, p. 203, grifo nosso).

Ante o fragmento supra colacionado, mister referenciar os princípios elencados pela Declaração dos Direitos da Criança, ou seja, referenciar que "[...] traz em seu bojo, dez princípios fundamentais a serem observados por todos os povos das Nações Unidas e progressivamente instituídas através de medidas legislativas." (GATELLI, 2003, p. 36), dentre os quais se encontra listado, outrossim, o Princípio do Melhor Interesse da Criança. Eis que a Declaração em comento "[...] foi, sem dúvida, um dos documentos fundamentais para que nossa civilização passasse a observar a criança como um ser especial que necessita de proteção e cuidados, não só dos pais mas também de toda a sociedade" (GATELLI, 2003, p. 37).

De frisar-se que a Declaração dos Direitos da Criança foi "[...] ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei n 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961" (USP), portanto, o Brasil posicionou-se pela busca à consolidação da proteção e materialização dos direitos das crianças e adolescentes, uma vez que a Declaração

> [...] visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui enunciados e apela a que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os Governos nacionais reconheçam estes direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios [...]. (USP).

Salienta-se que, mais do que princípios, na Declaração dos Direitos das Crianças os países coniventes concordaram com uma lista de direitos que, deveras, os autores intitulam de princípios. Por estreitas vielas, utilizando-se, em demasia, da analogia, pode-se inferir que trata-se de uma disposição de vontades, uma declaração sobre quais caminhos serão tomados no que concerne às mazelas e necessidades oriundas dos jovens e infantes, de forma mais específica e positiva, descreve direitos pertencentes a estes.

Afetividade, convivência familiar, interesses, tanto das crianças quanto dos adolescentes, são expressões norteadoras de um novo direito da criança e do adolescente, ou, de outra feita, esboçam as necessidades que sempre se fizeram presentes; contudo, restaram acinzentadas ante os fins norteadores de tal direito, principalmente no que concerne ao instituto jurídico da adoção, eis que, consoante palavras de Valdir Sznick tal instituto surgiu no Código de Hamurabi, entre os anos de 2283 a 2241 a.C (SZNICK, 1999, p. 25).

Necessário retornar a explanação à historicidade, ou seja, após a Declaração dos Direitos das Crianças, outro documento internacional que merece destaque é a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1989, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU), responsável por inaugurar uma nova forma de avaliar a relação entre o Direito e as crianças e adolescentes (VIEIRA, 2017, p. 41), que,

> As leis e práticas que existiam com relação à infância antes de aprovada a Convenção respondiam a um modelo que hoje conhecemos como 'modelo tutelar', 'filantrópico', da 'situação irregular' ou 'assistencialista', cujo ponto de partida era a consideração da criança como objeto de proteção, não como sujeito de direitos. (VIEIRA, 2017, p. 41).

Do trecho acima extraem-se expressões de suma relevância para fins didáticos, como, por exemplo, a expressão, ou, de outra banda, porque não mencionar, a Doutrina da Situação Irregular que

por determinado tempo vigeu no Brasil, colocando a criança como objeto de direito. Nesse sentido, de se frisar que

> [...] impregnada pela cultura tutelar, a legislação internacional começava a esboçar os primeiros passos para promover a criança de sua condição de objeto da norma, conquistada no início do século XX, superada a etapa da indiferença, para a nova condição (a partir da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança) de sujeito do processo, titular de direitos e obrigações próprios de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. (SARAIVA, 2003, p. 42).

Tal Convenção constitui o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, ratificada por 196 países, excetuado os Estados Unidos da América (EUA), que, tão somente, sinalizaram sua intenção de ratificar a Convenção ao assinar formalmente o documento (UNICEF). O Governo Brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo entrado em vigor tal dispositivo legal em 23 de outubro de 1990, na forma do seu artigo 49, incisos 2 (BRASIL, 1990), constitui, portanto, um – senão o – dos principais documentos internacionais que influenciaram de forma significativa a reformulação da legislação pátria no que concerne aos infantes e jovens.

3 Aspectos históricos do direito da criança e adolescente na esfera nacional

Após breves considerações sobre pontos relevantes da historicidade no âmbito internacional, passar-se-á ao segundo momento deste manuscrito, qual seja, a realização de alguns apontamentos relacionados à evolução do Direito das Crianças e dos Adolescentes na esfera nacional.

A Constituição Federal de 1988 representou um divisor de águas, um importante passo rumo à concretização dos infantes e jovens como sujeitos de direitos. Merece destaque, outrossim, o

Estatuto da Criança e do Adolescente, com base no artigo 227 da Carta Magna, bem como por meio de seu artigo 4º, é possível consignar que completa os parâmetros legais respectivos à Teoria da Proteção Integral. Nesse sentido, Fernanda da Silva Lima, bem como Josiane Petry Veronese consignam que a Doutrina da proteção integral possui sua pilastra fixada na Constituição Federal de 1988 e, no que concerne à esfera jurídica infraconstitucional, sua base resta fixada no Estatuto dantes mencionado (LIMA; VERONESE, 2012, p. 09), eis que

> A Doutrina da Proteção Integral reconhece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, compreendidos como pessoas em processo de desenvolvimento e que, em razão disto, gozam de absoluta prioridade na consolidação de seus direitos fundamentais, principalmente no campo das políticas públicas. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 09).

Menciona-se o fato de que a Declaração dos Direitos da Criança e a Convenção dos Direitos das Crianças e Adolescentes influenciaram na confecção das legislações pertinentes aos jovens e infantes, de forma amiúde, nas palavras de Emílio Garcia Mendez, a expressão *Doutrina da Proteção Integral* se refere a um conjunto de instrumentos jurídicos, cujo caráter é internacional, e, no que concerne à consideração social da infância, externa um importante acréscimo qualitativo (MENDEZ, 1994, p. 71), sendo representada por quatro instrumentos básicos, quais sejam

> 1. a Convenção Internacional dos Direitos da Criança; 2. As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing); 3. as Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade; 4. as Diretrizes das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Diretrizes de Riad). (MENDEZ, 1994, p. 71).

Nas palavras de João Batista da Costa Saraiva, no Brasil, infere-se que a luta pelos direitos da infância foi, deveras,

confundida com a luta pelo movimento abolicionista, frisou o autor a criação da Lei do Ventre Livre, Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871 ao consignar que a referida lei criou tanto o escravo por tempo determinado, quanto o abandonado em instituições de acolhimento (SARAIVA, 2003, p. 26). O dispositivo legal em apreço "concedia liberdade às crianças nascidas de mães escravas, tendo por objetivo a paulatina extinção da escravidão infantil" (VERONESE, 1999, p. 12).

Marco histórico relevante, outrossim, constituiu a abolição do regime servil que resultou no desenvolvimento da imigração, sonhavam os imigrantes em encontrar no Brasil prosperidade em virtude da ideia que os foi vendida na Europa; todavia, a realidade encontrada foi diversa e áspera, pois encontraram no país diversas mazelas, dentre as quais é possível citar as doenças e pragas nas lavouras, bem como o aumento do número de dependentes e a inadaptação ao clima, tanto é que, referente aos orfanatos surgidos em 1870, uma parcela deles foi criada, justamente, para atender a prole dos colonos italianos que padeciam com a febre amarela e, por fim, a urbanização foi estimulada em grande escala pelo modelo de produção econômica da época, sendo apontada, inclusive, como uma das causas do acentuado abandono de crianças (VERONESE, 1999, p. 15); em virtude do contexto fático descrito "Com o fim de recolher estas crianças, surgiu em São Paulo, em 1986, a Casa dos Expostos" (VERONESE, 1999, p. 15); todavia,

> Foi assim que na transição do século XIX para o XX percebeu-se que as alternativas encontradas para a proteção da infância empobrecida derivavam praticamente da caridade cristã, do assistencialismo estatal e da filantropia privada. A criança ganhou destaque na sociedade, em que ela deixou de ser apenas um elemento secundário, passando a ser valorizada na medida em que representaria o futuro da nação, sendo necessário criar mecanismos que dessem conta de "controlar" a situação das crianças pobres e abandonadas e transformá-las em agentes produtivos para a pátria. Era necessário moldar as crianças e os adolescentes desde pequenos para possibilitar a perpetuação dos

> ideais republicanos e a construção de um Estado forte centrado em uma população que é trabalhadora, prestigia e obedece a sua pátria. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 16 - 17).

Ora, pertinente, neste momento, consignar que a Roda dos Expostos consistiu em uma mesa giratória cuja abertura ficava voltada para a rua. Nesta parte da mesa, ou seja, na parte aberta, a criança era colocada e o indivíduo que a deixava girava uma alavanca, a mesa girava e a parte externa era fechada, após os atos descritos, o indivíduo tocava um sino para que alguém viesse recolher a criança e encaminhá-la ao orfanato (BORDALLO, 2016, p.318).

Priorizava-se, portanto, a identidade daquele que deixava a criança na referida mesa para que fosse recolhida. Em que pese tratar-se de um época não tão longínqua, a história, ou, de outra forma, o estudo, bem como relato do traçado histórico faz-se de suma importância, em atenção ao caráter científico didático do presente trabalho. Analisar a historicidade permite ao leitor contextualizar os fatos e, por consequência, interpretar e compreender a formação, o cerne, as origens da legislação vigente correlata às crianças e adolescentes e, no que pertence à adoção,

> Com o fim da escravidão, muitas famílias adotaram as crianças negras expostas, assim como as crianças brancas, pois viam nelas futuras trabalhadoras. A caridade e a assistência por essas famílias tinham um viés econômico, e as crianças eram preparadas para o trabalho, principalmente o doméstico e não tinham seus direitos garantidos por lei, pois se tratavam de filhos de criação. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 24).

Necessário, consoante palavras de Veronese e Lima, asseverar que a Declaração dos Direitos da Criança no Brasil não passou de letra morta, haja vista que a ratificação não significou que o país tenha tomado efetivas medidas com vistas perfectibilizar o proposto pelo documento internacional, pelo contrário, as ações do Estado e normas internas solidificavam avessos ao projeto de proteção à

infância da esfera internacional (LIMA; VERONESE, 2012, p. 39); entretanto, Saraiva enfatiza que

> A Constituição Federal de 1988, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporou ao ordenamento jurídico nacional, em sede de norma constitucional, os princípios fundantes da Doutrina da Proteção Integral, expressos especialmente em seus arts. 227 e 228. [...] A ideologia incorporada no texto Constitucional irá nortear o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação infraconstitucional que veio a regulamentar os dispositivos constitucionais que tratam a matéria, sendo, em última análise, a versão brasileira do texto da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança. (SARAIVA, 2003, p. 59 – 60).

Portanto, mister referenciar que a legislação pátria sofreu forte influência de documentos internacionais, bem como o fato de que, atualmente, a Doutrina da Proteção integral encontra respaldo no artigo 227 da Carta Magna conjugado com o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. A efetivação de tal Doutrina resvala em barreiras de ordem política social, ou seja, garantir às crianças e adolescentes a efetivação de seus direitos e, de fato, coloca-los como sujeitos de direito exige, quiçá, a criação e posterior tomada de medidas hábeis a propiciar a materialização dos direitos previstos na legislação pátria a estes seres em desenvolvimento, expressão empregada no texto legal.

4 Breves considerações acerca da historicidade adoção

Antes de iniciar a explanação acerca do tópico em comento, mister mencionar que o instituto da adoção, consoante redação do Estatuto da Criança e Adolescente, constitui medida excepcional de colocação da criança ou adolescente em família substituta, ou seja, os laços firmados pelo instituto, ora em análise, não são pautados em questões sanguíneas, tampouco genéticas, “Enquanto a filiação legítima, natural, tem seu vínculo no sangue, a adoção cria uma

filiação entre pessoas que não são ligadas pelos laços de sangue, mas decorrente de sentença" (OLIVEIRA, 2000, p. 147). No que concerne à evolução legislativa, Sznick consigna que

> A nossa primeira legislação que se refere à adoção é a Lei de 1828 [...]. Outras leis referiram-se ao tema da adoção, mas sempre incidentalmente: Lei 30 de novembro de 1841, § 38; Regimento de 10 de junho de 1850, art. 146; Ordenação de 18 de outubro de 1852; Regimento de 31 de março de 1874 (art. 5, § único); Decreto de 24 de janeiro de 1890 (art. 7ª, § 1ª, e art. 8º, § único). (SZNCIK, 1999, p. 42 -43).

Outro dispositivo legal que merece destaque, na esfera nacional, é a Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916, ou Código Civil de 1916, no qual, conforme palavras de Oliveira, "predomina a finalidade de dar filhos a quem não pode tê-los" (2000, p. 153); todavia,

> Diversa foi a posição esposada pelo ECA, que visivelmente optou pela finalidade de dar uma família para os desamparados, como se verifica do disposto no art. 28, que afirma ser a adoção uma das modalidades de colocação do menor em família substituta, além do art. 43 do ECA, que condiciona o deferimento da adoção, quando ela apresentar reais vantagens para o adotando. [...] Vigora, no sistema do ECA, a primazia do interesse do adotado, interesse este que irá determinar o deferimento ou não do pedido de adoção. (OLIVEIRA, 2000, p. 153).

Do trecho acima, é possível se extrair que, ante o procedimento para a concretização da adoção, o interesse da criança ou adolescente, no caso das adoções do Estatuto da Criança e adolescente, deve prevalecer, eis que esta não possuirá caráter contratual e deverá balizar-se pelos artigos constitucionais já mencionados em momento oportuno, quando da explanação acerca da questão histórica, bem como breve abordagem à Doutrina da Proteção Integral.

A título de exemplo, é possível mencionar as ideias de Fábio Ulhoa Coelho que, ao discorrer sobre o assunto, consigna que o Poder Judiciário deverá investigar as reais intenções que levaram um indivíduo a requerer sua habilitação, bem como ingressar com o pedido de adoção, haja vista que não será legítima tal solicitação quando esta objetivar a aferição de renda (COELHO, 2012, p. 183). A finalidade a que se presta a adoção está voltada aos interesses dos infantes e jovens.

Contudo, nem sempre os interesses dos infantes e jovens foram levados em consideração, a título de exemplo é possível mencionar o Código de Manu, cuja finalidade precípua da adoção consistia em dar filhos a quem não os podia gerar. Há que se salientar o fato de que "Desta forma, o interesse na adoção se justificava pela necessidade de manutenção dos rituais fúnebres, nos quais o filho era o responsável pelo enterro de seus pais" (OLIVEIRA, 2017, p. 31).

No que concerne ao processo de habilitação dos possíveis pais, de asseverar-se, conforme Maria Berenice Dias, que "Não deveria ser mas é um verdadeiro rally candidatar-se à adoção. O processo de habilitação para quem deseja adotar é mais do que moroso: é desgastante e desestimulante" (DIAS, 2017, p. 123). Em atenção ao disposto neste parágrafo, pertinente referir as recentes leis inseridas no sistema legal pátrio, quais sejam, a Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009, que, por lapso temporal determinado, foi intitulada como a "Nova Lei da Adoção" e, de outra banda, mencionar, também, a Lei 13.509, de 22 de novembro de 2017, cuja proposta visa agilizar a adoção (LUCHETE, 2017), e que dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) (BRASIL, 2017).

Pode-se consignar que uma das principais mudanças está pautada na fixação de prazos processuais para a duração, por exemplo, do estágio de convivência, bem como para a conclusão do

processo de adoção que deverá realizar-se, no prazo máximo, de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis uma vez por igual período, bem como o estabelecimento de regras próprias para contagem dos prazos, haja vista que, com a promulgação da referida lei, os prazos serão contados em dias corridos, excluído o dia do início e incluído o do final, restando vedado o prazo em dobro para Fazenda Pública e Ministério Público (BRASIL, 2017). Consoante palavras de Maria Berenice Dias,

> O ECA não previu um procedimento para a ação de adoção, cuja regulamentação se encontra diluída entre os capítulos que tratam da adoção (ECA 39 a 52 – D), da colocação em família substituta (ECA 165 a 170) e da habilitação (ECA 197 –A a 197 – E). (DIAS, 2017, p. 129, grifo nosso).

Entretanto, algumas disposições, de acordo com o que já fora exposto acima, da recente lei que ordenou modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu normas procedimentais no que concerne ao procedimento para a adoção, reiterando, em seu artigo XX, inciso XX, reitera a questão da priorização dos interesses do adotado em detrimento do (s) adotante (s) (BRASIL, 2017).

O processo de adoção passou por recentes modificações, em que pese não possuir, outrora, uma regulação específica, ao processo foram delimitados prazos para realização de determinadas diligências com vistas a acelerar o procedimento e, teoricamente, diminuir a estadia de crianças e adolescentes em abrigos e casas-lares, por exemplo, haja vista a previsão contida na Lei Maior relacionada ao direito à convivência familiar, bem como demais disposições que parecem carecer de medidas hábeis a propiciar sua real efetivação.

5 Aspectos pertinentes ao princípio do melhor interesse da criança

Ao consignar a palavra princípio, de frisar-se que a expressão em comento possui alto grau de abstração, bem como subjetividade, ou seja, estas são características dos princípios que, por derradeiro, constituem uma das fontes do direito.

Nesse trilhar, antes de conceituar e contextualizar o Princípio do Melhor Interesse da Criança, necessário apontar que "[...] os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validez e obrigatoriedade" (CASTRO apud BONAVIDES, 2014, p. 261), razão pela qual, nas palavras de Vieira "Enquanto os princípios são normas com pretensão de complementaridade, ou seja, tão somente pretendem contribuir para a tomada de decisão, as regras tem pretensão terminativa" (VIEIRA, 2017, p. 45). Eis que, no que concerne ao Melhor Interesse da Criança,

> O que interessa na aplicação desse princípio fundamental é que a criança/adolescente, cujos interesses e direitos devem sobrepor-se ao dos adultos, sejam tratados como sujeitos de direitos e titulados de uma identidade própria e também uma identidade social. **E, somente no caso concreto, isto é, em cada caso especificamente, pode-se verificar o seu verdadeiro interesse e sair da generalidade e abstração da efetivação ao princípio do melhor interesse da criança.** (PEREIRA, 2016, p. 151, grifo nosso).

Em decorrência da explanação feita até o presente momento, levando em consideração a evolução dos direitos da criança e, principalmente, os fins aos quais se destinou a adoção durante determinado tempo, quais sejam, reverenciar os interesses dos adotantes que não podiam ter filhos, que desejavam manter as tradições fúnebres ou, de outra banda, obter um acréscimo de renda, mister consignar que o Princípio do Melhor Interesse da Criança, ainda sob o óbice das palavras de Pereira, deverá ser analisado em cada caso concreto pelo magistrado, haja vista as necessidades de um não serem compatíveis ou idênticas com a de outrem.

6 Considerações finais

Ao longo do presente trabalho buscou-se delinear um traçado histórico relativo aos direitos das crianças e adolescentes, frisando a ratificação, pelo Brasil, da Declaração dos Direitos das Crianças, bem como a Convenção dos Direitos das Crianças e Adolescentes. Fez-se referência, inclusive, às dificuldades no que concerne à efetivação de tais direitos, mencionado o fato, citado por Josiane Petry Veronese, de que a ratificação da Declaração dos Direitos da Criança pelo Brasil, em que pese seja um marco histórico, não tenha passado de um ato burocrático ou, de outra banda, não tenha, de fato, feito com que o Brasil se engajasse na busca por uma legislação efetiva, de primeiro momento, hábil a propiciar a efetivação dos ideais aos quais declarava consentir.

O início de uma mudança de pensamento, de forma mais plausível, deu-se com a implementação da Carta Magna de 1988, marco da legislação brasileira no que concerne ao direito da criança e do adolescente no Brasil e, principalmente, a implementação da Doutrina da Proteção Integral no país, que, posteriormente, foi complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desta feita, contudo, no que concerne à finalidade almejada pela adoção, de se frisar que também passou por profundas transformações, inclusive, ocorrendo algumas delas no ano de 2017, quando da regulamentação de questões temporais, ou seja, ligadas aos prazos e sua forma de contagem.

Portanto, o direito da criança e do adolescente passou por profundas transformações ao decorrer do tempo, todavia, há que se salientar que o olhar resta voltado aos infantes e jovens e, no que concerne ao processo de adoção, mister propiciar, de forma mais eficaz, a materialização do Princípio do Melhor Interesse da Criança a partir de uma análise concentrada ao caso concreto, eis que, enquanto sujeitos em sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, deveras, necessário entender as específicas necessidades de cada criança e adolescente de forma a efetivar seus

direitos básicos, direitos fundamentais, dentre os quais menciona-se a convivência familiar, e, por derradeiro, possibilitar que usufruam das demais garantias que dispõe.

Referências

BRASIL. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 jan.1916. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Decreto Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990**. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 28. Mar. 2018.

BRASIL. Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 ago. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Lei 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, p. 315-396, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Antônio Carlos Gomes; MENDEZ, Emílio Garcia. **Das Necessidades aos Direitos.** São Paulo: Malheiros, 1994.

DIAS, Maria Berence. **Filhos do Afeto**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GATELLI, João Delciomar. **Adoção Internacional: Procedimentos Legais Utilizados pelos Países do Mercosul.** Curitiba: Juruá Editora, 2003.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente: A Necessária Efetivação dos Direitos Fundamentais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Hélio Ferraz. **Adoção: Aspectos Jurídicos, Práticos e Efetivos**. 2ª. ed. Leme: Mundo Jurídico, 2017.

OLIVEIRA, Leoni Lopes. **Guarda, Tutela e Adoção**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SZNICK, Valdir. **Adoção**. 3ª. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 1999.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 28.mar. 2018.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. **Declaração dos Direitos da Criança – 1959.** Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 21 abr. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente.** São Paulo: LTr, 1999.

VIEIRA, Cláudia M. C. do Amaral. A Convenção de Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças na Perspectiva do Princípio do Superior Interesse da Criança. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, p. 41-60, 2015.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei: da Indiferença à Proteção Integral.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

7

O advogado na mediação: trabalhando com dopamina e evitando a depressão

Cátia da Silva[1]
Rodrigo Tonel[2]
Aldemir Berwig[3]

1 Introdução

A depressão pode ser definida como a doença do século. Sabemos que a maioria das pessoas desenvolvem depressão decorrente de sua profissão. No presente artigo pretende-se tecer alguns comentários em relação a depressão nas carreiras jurídicas, em especial, na advocacia, demonstrando que a utilização da mediação com uma postura colaborativa e menos adversarial poderá tornar esta profissão mais saudável e prazerosa.

---

[1] Mestranda do Curso de Direitos Humanos pelo PPGD da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Possui Graduação em Direito, (UNIJUÍ, 2016). Bolsista da CAPES. Conciliadora e Facilitadora de Círculos de Paz, e-mail: katya-kachuk@hotmail.com.

[2] Mestrando do Curso de Direitos Humanos pelo PPGD da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Possui Graduação em Direito, (UNIJUÍ, 2017). Bolsista da CAPES. E-mail: tonelr@yahoo.com.

[3] Doutor e Mestre em Educação nas Ciências - área Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professor da graduação em Direito na UNIJUÍ. E-mail: berwig@unijui.edu.br

No Brasil não existe dados concretos em relação aos índices da doença entre profissionais da área Jurídica, no entanto, é possível deduzir que existe um elevado número de profissionais que sofrem os efeitos da depressão.

A Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) estima que em torno de 25% da população brasileira teve ou terá um quadro de depressão. A Organização Mundial da Saúde (OMS) alerta que a depressão será em pouco tempo a doença mais incapacitante do mundo. Segundo dados do Ministério da Previdência Social (2017), somente no ano de 2016 mais de 199 mil pessoas se ausentaram do trabalho por doenças relacionadas à depressão (O GLOBO, 2016.).

Neste sentido, torna-se relevante discutir acerca da depressão entre as carreiras jurídicas, isto porque, o meio jurídico é baseado no método adversarial, que provoca espirais de conflitos submetendo o sujeito a um nível alto de stress durante suas disputas.

Assim, primeiramente abordaremos alguns aspectos em relação a depressão nas carreiras jurídicas e em um segundo tópico abordaremos como o método cooperativo utilizado pela mediação e pelos demais métodos autocompositivos podem contribuir para que o profissional reduza os riscos de desenvolver a doença.

2 A depressão nas carreiras jurídicas

Tomando por base os dados sobre a depressão entre advogados, pesquisa recente, revela que nos EUA, "[...] os advogados ficaram em quarto lugar quando a proporção de suicídios nessa profissão é comparada a suicídios em todas as outras ocupações na população do estudo [...]. Eles vêm logo atrás de dentistas, farmacêuticos e médicos."[4] (FLORES; ARCE, 2014, n.p., tradução nossa). Isso porque os advogados são propensos à depressão, o que, até onde sabemos, é um potencial gatilho para o suicídio. Muitos

[4] [...] lawyers ranked fourth when the proportion of suicides in that profession is compared to suicides in all other occupations in the study population [...]. They come right behind dentists, pharmacists and physicians.

advogados afirmam que há muito estresse na profissão e, portanto, a depressão se torna a condição final para o suicídio.

De acordo com a *American Bar Association* (2018, n.p., tradução nossa): "Advogados não estão imunes ao suicídio. Como pesquisas sugerem que os advogados estão propensos a depressão e ao abuso de substâncias em taxas mais altas do que a população em geral, os advogados podem estar em um risco maior ao suicídio."[5]

O advogado de Ohio Eric Deters, durante uma entrevista, disse o seguinte: "Um advogado tem conflito. Ele tem seus clientes, tem outros advogados, tem advogados da oposição, tem seguradoras, juízes, jurados e tem a Ordem dos Advogados." [6] (FLORES; ARCE, 2014, n.d., tradução nossa). Por essa citação, podemos perceber o quão estressante essa profissão pode ser, e mais, além de ter que lidar com seus próprios problemas, como família, filhos, lar, negócios, etc.; um advogado ainda tem que lidar com os problemas dos outros, em outras palavras, "[...] o ônus de lidar com os problemas dos outros em um contexto em que os erros podem custar caro é um grande peso a carregar."[7] (ALLAN, 1998, p. 2, nossa tradução). E é por isso que para alguns deles a vida se torna insuportável e eles acabam desistindo de suas vidas durante o curso de sua carreira. Infelizmente, é uma triste realidade, mas isso não acontece apenas com advogados, acontece com outras profissões jurídicas como, por exemplo, juízes, árbitros, promotores, policiais e até mesmo estudantes de Direito.

É por causa da tensão e também temos que lembrar que é uma profissão adversária. Está se tornando uma profissão superlotada. O perfeccionismo também é um traço de personalidade predominante entre os advogados, é um modo de vida que requer

---

[5] Lawyers are not immune to suicide. As research suggests that lawyers experience depression and substance abuse at higher rates than the general population, lawyers may be at a greater risk for suicide.

[6] A lawyer has conflict. He's got his clients, he's got other lawyers, he's got the opposition lawyers, he's got insurance companies, judges, jurors, and he's got the bar association.

[7] Le fardeau qui accompagne la responsabilité de régler les problèmes des autres dans un contexte où les erreurs peuvent coûter cher est un poids lourd à porter.

controle, e se, por exemplo, um advogado perfeccionista falha ou perde um caso, isso traz desapontamento. A outra coisa é que os advogados geralmente pensam analiticamente, e assim eles não lidam muito bem com a sua esfera emocional, em outras palavras, eles não têm a capacidade de lidar com suas emoções de uma maneira saudável e eles também tendem a ser insensíveis ao que os outros sentem (ALLAN, 1998).

A outra coisa é que "[...] o adversário sistema de justiça cria sentimentos de hostilidade, cinismo, agressão, medo e inutilidade. Se um advogado não consegue lidar com essas emoções de forma eficaz, é mais provável que ele se sinta estressado."[5] (ALLAN, 1998, p. 2, tradução nossa).

Em termos de advogados, uma das principais áreas de afeto está relacionada à capacidade de pensar, em outras palavras, a capacidade de se concentrar, reter novas informações, tomar decisões, tudo isso é severamente afetado pela depressão. E isso, é claro, apenas alimenta o círculo vicioso porque a depressão acima de tudo é um círculo vicioso, não podemos parar de fazer as coisas que nos deixam deprimidos porque não sabemos como fazer algo diferente, em alguns casos como com mudanças que acontecem com o pensamento e a cognição, nem sequer estamos cientes dessas mudanças, mas tem seu efeito sobre o sucesso dos advogados, sobre suas vidas, sobre seus relacionamentos.

De acordo com o depoimento do aposentado juiz americano Michael J. Miller, ser juiz é uma experiência muito isolada. Há muitos juízes que até pagam seu terapeuta em dinheiro para não deixar rastros no papel ou algo assim, isso porque arruinaria a carreira deles caso quisessem ser reeleitos ou obter uma promoção maior na carreira jurídica (STAPLE, 2014).

Nesse sentido, os juízes são "[...] confrontados com algumas das responsabilidades e decisões mais difíceis e importantes que podem ser encontradas na vida como parte de sua descrição do

trabalho diário [...].”[8] (NCLPA, 2018b, n.p., tradução nossa). Muitos juízes são frequentemente expostos a traumas e isso pode ser algo opressivo às vezes. Os juízes também trabalham isolados na maioria das vezes o que faz com que alguns deles também encontrem conforto no alcoolismo e na toxicodependência (NCLPA, 2018).

Temos que olhar para o alto estresse que os advogados carregam, isso inclui as longas horas trabalhando em um caso, a disciplina mental necessária, a competição para obter uma boa posição, etc. Todas essas coisas aumentaram dramaticamente nos últimos 25 anos (NCLPA, 2018a).

De acordo com o *North Carolina Lawyer Assistance Program* (NCLAP, n.p., 2018a, tradução nossa):

> [...] advogar é um dos trabalhos mais extenuantes e desafiadores que se pode fazer. Enquanto trabalhar como advogado pode às vezes ser muito gratificante, aspectos da profissão em si combinados com a personalidade daqueles que se auto selecionam para se juntar à profissão colocam os advogados em maior risco psicológico em suas vidas profissional e pessoal do que o público em geral e até mesmo em maior risco que a maioria dos outros profissionais.
> Estresse extremo, longas horas, lidar com questões de alto risco, personalidades do tipo A, perfeccionismo implacável e “parecer bons a todo custo” são, infelizmente, uma parte aceita e intrínseca de nossa cultura jurídica profissional. Como resultado, muitos advogados se envolvem em uma luta prolongada e silenciosa contra o alcoolismo, o vício, a ansiedade e a depressão, entre outras questões. Até um em cada quatro advogados é afetado. Isso significa que é provável que você, um associado, um parceiro ou um de seus melhores amigos advogados encontre um desses problemas. [6]

Algumas vezes, isso tudo já se manifesta na faculdade de Direito. Mais uma vez, gostaríamos de citar um fragmento do NCLAP (2018c, n.p., tradução nossa) que diz o seguinte:

---

[5] [...] faced with some of the most difficult and important responsibilities and decisions one can encounter in life as part of your daily job description [...].

> A maioria das pessoas sabe desde o início que a faculdade de direito será difícil, mas muitos não têm recursos para lidar adequadamente com os estresses que a faculdade de direito pode trazer. Estudar a lei é uma tarefa rigorosa e implacavelmente competitiva, e pode causar repercussões na saúde mental antes mesmo que sua carreira profissional tenha começado. Os estudos estão agora revelando que, para muitos de nós, o processo pelo qual passamos na faculdade de direito nos transforma em um nível fundamental. E para muitos de nós, essa mudança pode ser acompanhada por depressão e ansiedade severa (também apoiada por estudos recentes).[9]

E como consequência, o que acontece é que, a fim de lidar com todas as tensões relacionadas à Faculdade de Direito, muitas vezes os estudantes de direito começam a usar medicamentos prescritos como benzodiazepínicos para ansiedade e Adderall para melhorar a concentração. Outros preferem usar outros tipos de drogas ou álcool, e isso é uma receita para o desastre (NCLAP, 2018).

Ainda, de acordo com *Davenee Foundation* (2018, n.p., tradução nossa), "[...] na faculdade de direito, os estudantes de direito têm um perfil psicológico semelhante ao do público em geral. Depois da faculdade de direito, 20-40% apresentam uma disfunção psicológica".[10]

Temos que entender que a maioria das pessoas que estão enfrentando a depressão vivem em um mundo terrível há algum tempo; Pode ser um mês, anos, muito tempo. Eles têm vivido em um mundo onde eles não veem nada de bom acontecendo, eles não têm uma expectativa de que as coisas mudem para melhor, eles muitas vezes sentem que são os culpados pelas coisas que

---

[6] Most people know from the outset that law school will be tough, but many lack resources for adequately coping with the stresses law school can bring. Studying law is a rigorous and ruthlessly competitive undertaking, and can cause mental health repercussions before your law career has even begun. Studies are now revealing that for many of us, the process we go through in law school changes us at a fundamental level. And for many of us, this change may be accompanied by depression and severe anxiety (also supported by recent studies).

[10] [...] entering law school, law students have a psychological profile similar to that of the general public. After law school, 20-40% have a psychological dysfunction.

aconteceram. Na verdade, a maioria das pessoas quando estão na iminência do suicídio se dão conta de que seus entes queridos estariam melhores sem eles.

A maioria das pessoas com depressão não vai ser curada ingerindo comprimidos ou mesmo com psicoterapia. Em vez disso, eles precisam aprender a se ajudar. Um dos primeiros passos é reconhecer que isso é uma doença. Nós não temos que ser culpados por isso, no entanto, somos responsáveis por isso e temos que começar a praticar o auto cuidado, temos que investir em nós mesmos.

No entanto, já existem grupos de apoio à depressão para advogados. Grupos que se reúnem periodicamente, eles desenvolvem algumas estruturas, como um ritual para iniciar as reuniões, algumas coisas que podem proteger de forma confidencial o grupo e ajudar cada indivíduo a se sentir entendido. Basicamente é um lugar onde alguém pode falar sobre o estresse que enfrenta, a luta contra a depressão. E, há também colegas que realmente entendem não apenas sobre a depressão, mas também sobre o que é ser um advogado. O que é único nessas reuniões é que advogados estão ajudando advogados, e essas são pessoas que sabem sobre sua profissão, e portanto, existe algo nessa fraternidade ou irmandade de advogados que é bastante singular para qualquer profissão.

No grupo de apoio, eles encontram a oportunidade de ouvir os outros que estão em situação semelhante, eles também ouvem como outras pessoas estão desenvolvendo habilidades e abordagens para lidar com a depressão e a ansiedade em suas vidas.

Mas o ideal é que os profissionais das áreas jurídicas aprendam a lidar com os seus conflitos e os dos seus clientes de forma mais amistosa e cooperativa, possibilitando que seu trabalho lhe dê satisfação e se torne algo leve em sua vida.

No próximo tópico pretende-se demonstrar como a utilização da mediação e dos demais métodos autocompositivos podem contribuir no desenvolvimento sadio das carreiras jurídicas, em especial do advogado.

3 A mediação como hormônio do prazer

Por que cada um vê de um jeito? A autocomposição é possibilidades de trocar as lentes e encontrar novos caminhos, é a oportunidade de ver de outro jeito. Compreender que há outros pontos de vista é o início da sabedoria.

A esperança é que a mediação seja uma ferramenta de transformação, que as pessoas passem a respeitar o outro. Respeitar o ódio e a violência, com a verbalização da experiência e assim acabar com os "monstros".

Na autocomposição sustentável cooperar é a solução! Trabalhamos com comportamentos, para seres humanos, esta é a matéria prima do direito. A negociação é a matéria prima dos métodos autocompositivos.

Neste cenário, os advogados são fundamentais na condução da justiça. Com seu conhecimento abrangente, possuem um importante papel nas mais diversas áreas. Seu subsídio abalizado pode, em diversas situações, minimizar problemas e evitar futuros conflitos.

Portanto, extremamente importante que o profissional advogado tenha conhecimento dos procedimentos da mediação e compreenda a importância dos métodos autocompositivos para a busca da paz social e para sua satisfação profissional.

O artigo 2º, inciso VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB dispõe que deve o advogado "estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios". O advogado como profissional do direito deve sempre primar pela autocomposição, evitando o litígio judicial.

O objetivo do advogado deve ser o objetivo da parte. O advogado deve cobrar pela solução e não pela manutenção do processo, devendo assessorar o cliente pelo melhor caminho.

O advogado é bem-vindo à mediação, transmitindo confiança ao seu cliente, fazendo com que seu cliente sinta-se seguro para

tomar decisões. Importante que isso faça parte da academia, que os convide a ver além do processo, para buscar a autocomposição.

Sobre o tema, assim expõe Alessandra Nascimento S. F. Mourão (2014, p. 37 e 38), acerca do papel do advogado:

> Faz-se urgente que o advogado veja a si mesmo e se apresente ao seu cliente como um verdadeiro facilitador e ferramenta ativa e efetiva de solução do problema que lhe é trazido para solução, seja por que meio for. Ao contrário do que tradicionalmente poderia se pensar, ter o domínio de instrumentais técnicos outros além do conhecimento dos meandros processuais faz do advogado um profissional mais completo e preparado para as necessidades da contemporânea sociedade da informação. Ademais é função precípua do advogado a boa orientação e a defesa dos interesses de seu cliente, o que não significa, necessariamente, buscar a solução junto ao Poder Judiciário.

O advogado deve ter consciência dos objetivos da mediação e assim cooperar para o trabalho em equipe na busca de um entendimento, deixando seu cliente à vontade para tomar decisões com autonomia.

Um advogado cooperativo é aquele que sabe perceber as vantagens da autocomposição, dentre os quais se destacam o comprometimento dos acordos, uma vez que acordados pelas próprias partes, a chance de não serem cumpridos por estes é menor. Ainda, a maximização dos ganhos com o tempo, já que havendo um entendimento o processo acabará antes e com menos custos.

Cabe aos advogados mudarem sua postura para que continuem inseridos no mercado de trabalho e saibam como atuar diante dessa nova realidade jurídica, vislumbrando novas possibilidades e utilizando-se dos benefícios dos métodos autocompositivos de solução de conflitos.

E futuramente, abre-se um novo mercado profissional para o advogado, sendo que aquele que for mais preparado para a solução consensual dos conflitos, terá um diferencial em seu portfólio, e

assim será comum a existência de escritórios especializados em métodos alternativos de solução de conflitos. (NUNES, 2016, p. 38).

A advocacia deve ver este momento, como um momento de oportunidade e aprendizagem de novas técnicas. O medo de muitos advogados é de que possa terminar os processos, mas isso não vai acontecer, temos processos pra dar e vender.

Surgem vários cenários, a autocomposição pode se dar por meio da Mediação, conciliação, Justiça restaurativa, Círculos de paz, constelações familiares, etc....

E como estes métodos autocompositivos podem auxiliar a tornar a profissão prazerosa e diminuir a depressão entre advogados? A neurociência tem buscado explicar como as pessoas podem sentir mais prazer de acordo com seus comportamentos. Isso porque, de acordo com a neurobiologia o nosso cérebro afeta nossos comportamentos. Assim, pequenas atitudes podem demandar respostas ao nosso cérebro, que a devolve na nossa forma comportamental.

Pesquisa realizada com 17 empresas, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON, 2016), mostra que a cooperação faz com que nos sentimos melhor. Isso porque, quando fizemos um acordo nosso corpo aumenta o índice de dopamina na corrente sanguínea. A dopamina é conhecida como o hormônio do prazer e quando o organismo produz índices muito baixos, podem originar sintomas de depressão, cansaço ou fraqueza ou ser indicativo de doenças.

"A dopamina é o neurotransmissor responsável pela motivação, impulso e foco. Ela desempenha um papel em vários distúrbios mentais, incluindo depressão, dependências, transtorno de déficit de atenção e hiperatividade (TDAH) e esquizofrenia." (AMARAL, 2016).

Ao realizarmos um acordo, atingimos nosso objetivo e assim liberamos dopamina, o hormônio do prazer, fazendo com que as partes envolvidas tenham uma sensação de paz. "A dopamina é responsável pelo nosso sistema de prazer e recompensa. Ela nos

permite ter sentimentos de prazer, felicidade e até mesmo euforia. Mas pouca dopamina pode deixar-nos fora de foco, desmotivados, apáticos e até mesmo deprimidos." (AMARAL, 2016).

A perda de capacidade de trabalho, de inovar e de aprender é razão pela qual muitos servidores e magistrados estão em licença saúde por doenças psíquicas. Mas isso pode ser revertido se utilizarmos no nosso dia-a-dia técnicas autocompositivas de cooperação e de comunicação não-violenta.

Ao cooperarmos todos ganham, não há um perdedor como no método adversarial, desta forma, não há como o profissional se sentir fracassado/derrotado, pelo contrário, haverá satisfação e prazer. Isso porque:

> "O processo de mediação visa promover o diálogo entre as partes, propiciar a escuta diferenciada dos pontos de vista e razões da outra parte, num ambiente de respeito, levando à conscientização do realismo das próprias exigências. Tal conscientização gera responsabilidade, aumentando o compromisso com o acordo. Leva os envolvidos na disputa a saírem do círculo vicioso de vítima e bandido, da busca de culpados, e envolverem-se na tarefa de encontrar soluções, criando alternativas e chegando a acordos criativos para satisfazer as necessidades de todos os envolvidos no processo. Do padrão adversarial, no qual para que um ganhe é necessário que o outro perca, passa-se a um padrão cooperativo, no qual todos saem ganhando, ou seja, de uma negociação distributiva, de ganhar X perder, passa-se a uma negociação integradora, de ganhar X ganhar." (PADILHA, 2004, p.66).

Trabalhar com dopamina é ser cooperativo, mediar é dopamina pura. A flexibilidade, opções, satisfação, melhoram a busca e o direcionamento das metas. Isso é exercido por meio da cooperação. O cooperativismo consciente, baixa os custos judiciais e proporciona um engajamento dos jurisdicionados, ainda, aumenta a produtividade e a sensação de pertencimento dos operadores da justiça.

Devemos procurar sermos cooperativos, isso é inteligente e pode contribuir para deixar as carreiras jurídicas mais prazerosas e assim, diminuir os índices de depressão entre os profissionais do direito.

4 Considerações finais

Conforme proposto, este artigo teve por objetivo tecer alguns comentários acerca da necessidade de repensarmos a forma contenciosa com que os operadores do direito trabalham, à qual submete os profissionais a sentimentos de disputa, concorrência, frustração, possibilitando que esteja constantemente em conflito e assim desenvolva depressão e outras doenças psíquicas que podem levá-lo ao suicídio.

Demonstra-se a necessidade de construção de um novo paradigma para a ciência do direito. Um modelo que tenha o sujeito e suas peculiaridades como centro da norma, humanizado e colaborativo, possibilitando ao profissional utilizar de técnicas para solução dos seus conflitos e os de seus clientes, atingindo seus objetivos.

Ao atingirmos objetivos, liberamos dopamina, o hormônio do prazer, assim, ao realizar um acordo, as partes liberam dopamina e sentem-se felizes e satisfeitos.

Este trabalho não esgota o assunto aqui tratado, nem tem o intuito de entrar na neurobiologia, tendo por objetivo fomentar o discurso sobre o assunto, o qual possui tamanha relevância na atualidade e auxiliar na construção de uma sociedade baseada no diálogo.

Referências

ALLAN, Rick B., **Le droit:** une profession en détresse? (1998). Disponível em: < https://www.barreau.qc.ca/pamba/pdf/detresse.pdf>. Acesso em: 05, fev. 2018.

AMARAL, Roberto Franco do. **Como Aumentar seus Níveis de Dopamina, a Molécula da Motivação.** 26 Outubro de 2016. Disponível em: < http://www.clinicacedig.com.br/dicas/orientacao/item/como-aumentar-niveis-dopamina-molecula-motivacao.html> Acesso em: 20 de abril de 2018.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Suicide.** Disponível em: < https://www.americanbar.org/groups/lawyer_assistance/resources/suicide.html>. Acesso em: 14, jan. 2018.

BRASIL, Ordem dos Advogados. **Código de ética e Disciplina da OAB**. 2015. <Disponível em: http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina> Acesso em: 20 de abril de 2018.

BRASILCON. **Pesquisa com consumidores.** Disponível em:< http://brasilcon.org.br/ >Acesso em: 20 de abril de 2018.

DAVENEE FOUNDATION. **Lawyers & depression.** Disponível em:< http://www.daveneefoundation.org/scholarship/lawyers-and-depression/>. Acesso em: 05 fev. 2018.

FLORES, Rosa; ARCE, Rose Marie. **Why are lawyers killing themselves?** (2014). Disponível em: < http://edition.cnn.com/2014/01/19/us/lawyer-suicides/index.html>. Acesso em: 14 jan. 2018.

MOURÃO, Alessandra Nascimento S. F. (Coord.). **Fundamentos da Negociação para o Ambiente Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NCLAP. **Law students.** Disponível em:< http://www.nclap.org/law-students/>. Acesso em: 05 fev. 2018c.

_____. **Lawyers.** Disponível em:< http://www.nclap.org/law-students/>. Acesso em: 05 fev. 2018a.

_____. **Judges.** Disponível em:< http://www.nclap.org/law-students/>. Acesso em: 05 fev. 2018b.

O GLOBO. **Mais de 75 mil pessoas foram afastadas do trabalho por depressão em 2016.** Disponível em: < https://oglobo.globo.com/economia/mais-de-75-mil-pessoas-foram-afastadas-do-trabalho-por-depressao-em-2016-20913028 > Acesso em: 20 de abril de 2018.

PADILHA, Rosemary Damaso. **Mediação sistêmico-integrativa:** família e escola construindo uma cultura de paz. Curitiba: Amanapaz, 2004.

STAPLE, Andy. **A terrible melancholy:** depression in the legal profession. (Youtube, 2014, Jan., 24). Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=B17-G8aoEa8>. Acesso em: 01 fev. 2018.

8

Um debate necessário: a transparência dos atos da administração pública e não-violaçâo dos direitos fundamentais

Elisiane Teresinha Engel[1]
Greice Tatiele dos Santos[2]
Eloisa Nair de Andrade Argerich[3]

Introdução

É fundamental esclarecer que "Administração Pública é o conjunto de princípios e normas que governam a atividade administrativa nos órgãos e entes administrativos, a qual pretende atender as necessidades e os interesses da sociedade", ou seja, a atividade administrativa deve atender os interesses públicos (SANTOS, 2014).

Então, conceituar Administração Pública se faz necessário para a compreensão da relevância do princípio da publicidade para

[1] Acadêmica do Curso de Graduação em Direito pela UNIJUÍ, 8º Semestre letivo. E-mail: lisibvb@hotmail.com.

[22] Acadêmica do Curso de Graduação em Direito pela UNIJUÍ, 8º Semestre letivo. E-mail: greice_tati199@hotmail.com

[3] Docente do curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí/RS; mestre em Desenvolvimento e pesquisadora extensionista do projeto "Cidadania para Todos" e orientadora dessa pesquisa. E-mail: argerich@unijui.edu.br

a transparência dos atos da Administração Pública e a consecução de seus objetivos frente aos direitos dos cidadãos.

Nesse cenário, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, enfatiza que (2011, p.18):

> Administração pública em sentido amplo abrange os órgãos de governo, que exercem função política, e também os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa. Deve-se entender por função política, neste contexto, o estabelecimento das diretrizes e programas de ação governamental, dos planos de atuação do governo, a fixação das denominadas políticas públicas. De outra parte, função meramente administrativa resume-se à execução das políticas públicas formuladas no exercício da referida atividade política.

Sendo assim, a Administração Pública, em vista da supremacia do interesse público e para realizar as suas atividades voltadas aos interesses da coletividade, recebe alguns "benefícios e submissão, que em razão da soberania do interesse público sobre o particular é permitido à limitação do exercício de liberdade e direitos individuais" (SANTOS, 2014).

Diante dessa postura, Alexandrino e Paulo (2011, p. 18) tem o seguinte entendimento:

> A Administração Pública em sentido estrito só inclui os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa, de execução dos programas de governo. Ficam excluídos os órgãos políticos e as funções políticas, de elaboração das políticas públicas.

Deve-se registrar que a Administração Pública para o exercício de suas funções está rodeada de órgãos e pessoas jurídicas, sendo pertencentes à Administração direta e indireta respectivamente.

Por isso, ressalta-se que de acordo com o artigo 37, da Constituição Federal, a atividade administrativa é submetida à seguinte: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]" (BRASIL, 1988).

Portanto, a atividade administrativa deve obedecer aos princípios expressamente previstos em lei. Desta forma, pode-se observar que os princípios ora elencados são aplicados obrigatoriamente para todos os Poderes, sem distinção, de forma direita e indireta.

Antes de iniciar o estudo sobre os princípios, necessário se faz entender o conceito de princípios.

Neste aspecto, Alexandre de Moraes (2011, p. 76) sustenta que "Princípios são preceitos, leis ou pressupostos considerados universais que definem as regras pela qual uma sociedade civilizada deve se orientar". Observa-se que os princípios são incontestáveis, pois, quando adotados não oferecem resistência alguma, todos os acolhem como verdades universais.

Na mesma linha de entendimento vão as lições de José Afonso da Silva (2014, p. 37) entende que "Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas; são como núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais". Então, a partir destas considerações passa-se a analisar os princípios que pautam a ação da Administração Pública para que não viole os direitos fundamentais.

O princípio da legalidade refere-se à obediência à lei, também possui fundamento constitucional, no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal e afirma que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Contudo, a Administração Pública deve atuar nos termos, limites e condições previstos em lei, assegurando garantia constitucional a coletividade (SANTOS, 2014).

Neste aspecto, que quando o princípio da legalidade menciona "lei" está se referindo a todos os atos normativos, medidas provisórias, resoluções e decretos. Não se refere a atos infralegais,

pois este não pode limitar os atos pessoais, não podendo restringir a liberdade da pessoa.

A declaração dos direitos da igualdade, liberdade e propriedade, unidas elas juntam a segurança jurídica, desta forma necessitam de garantia constitucional, pelo Estado de Direito, hoje conhecida como administração pública. (FINGER, 2006, p.22).

Quanto ao princípio da impessoalidade, observa-se que toda ou qualquer atuação da administração deve atender ao interesse público, impedindo que o ato administrativo seja praticado em interesse do próprio agente ou de terceiros. Por isso, qualquer ato praticado contra as necessidades da coletividade deverá ser considerado nulo por desvio de finalidade (SCHMIDT; SCYZEVSKI; HOMERDING; KRAEMER; DOS SANTOS, 2016).

Destaca Julio Cesar Finger, (2006, p.55, sic) que:

> (...) Impessoalidade, literalmente, significa contrariedade à personalidade, ao que é dirigido à pessoa ou às pessoas em particular. Significa em outras palavras, a qualidade daquele que é alheio às individualidades, daquele que não substituí a multidão pela pessoa. Tomando-se a multidão por "todo" e pessoa por "parte", é possível identificar impessoalidade e imparcialidade(...).

O presente princípio estabelece um dever de imparcialidade na defesa do poder público, impedindo privilégios e discriminações, com objetivo de interesse particular.

José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 54) esclarece que:

> São atos que comprometem a noção de *res pública* e a impessoalidade da gestão da coisa pública. Pela mesma razão, ofende a impessoalidade. Exemplos: batizar logradouro público com o nome de parente, imprimir logomarcas, manter a data de inauguração ao lado da obra e entre outros exemplos que se encontram mais detalhados.

Por conseguinte, o princípio da moralidade, estabelece a necessidade de toda a atividade administrativa atender

principalmente à lei, à ética e à moral, estabelecendo a boa-fé administrativa. Contudo, significa dizer também, que deve existir honestidade no trato da coisa pública, obtendo correção dos atos, antes de publicado, objetivando o entendimento e interesses da coletividade.

Cita-se como exemplo, por exemplo o caso um agente público não respeite a lei e desrespeitando o funcionamento correto do setor responsável público, com fins de interesses econômicos, este está atuando de forma imoral, o qual caracteriza um ato ilícito penal, a Improbidade Administrativa. Desta forma, a Lei de Improbidade Administrativa n 8.429/92 foi criada para regularização e fiscalização dos administradores a sua administração pública. A presente lei é estabelecida somente com o princípio da moralidade, para punir aqueles que causam prejuízo aos cofres públicos, deixando de atuar pela sociedade e agindo em direito próprio (REIS, 2009).

Destaca-se, ainda que para complementar o exposto, as lições de Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1993, p. 12, sic), afirma que o princípio da moralidade

> [...] é um dos instrumentos mais eficazes de proteção de vários muitos outros direitos ou princípios formalmente reconhecidos. Não há proteção eficaz de liberdade e a igualdade soa como falácia diante de condutas imorais e anti-éticas da Administração".

Constata-se que este princípio está interligado com as atitudes éticas exercidas pelo bom administrador/gestor que se pauta pelos dispositivos legais e desenvolve suas ações e atividades voltadas a supremacia do interesse público em detrimento dos interesses particulares.

Observa-se que o princípio da eficiência, inserido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, prevê que administração pública deverá ser eficiente, garantindo sempre o melhor resultado e o máximo proveito com o mínimo de recursos financeiros (BRASIL, 1998).

Para muitos doutrinadores, entre eles Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entre outros, o princípio da eficiência deve ser tratado com bastante cuidado e atenção, pois deve ser um importante instrumento que posso exigir a qualidade dos produtos e serviços prestados pelo Estado. Ou seja, quando se fala em eficiência o que importa são os resultados positivos e satisfatórios para toda a sociedade (VALOIS, 2018).

Atualmente, a eficiência que está expressa no art. 37 da CF/88, possibilita ao cidadão o direito de questionar a qualidade de obras e atividades públicas, exercidas pelo Estado ou por entes terceirizados, não aceitando que os agentes políticos e agentes públicos realizem suas atividades sem atender aos padrões mínimos exigidos para a consecução de seus objetivos.

Por fim, o princípio da publicidade, objeto da presente pesquisa, é a divulgação, a qual tem como finalidade o conhecimento público. Nesse sentido, a publicidade não está ligada à validade do ato, mas à sua eficácia, ou seja, significa dizer que enquanto o ato não é publicado, o mesmo não está apto a produzir efeitos. Esclarece, Fernanda Marinela (2017, p.82) que

> O princípio da publicidade nada mais é que a divulgação, tendo como finalidade o conhecimento público. Esse princípio tem como base o fato de que o administrador exerce função pública, atividade em nome e interesse do povo, por isso nada mais justo que o titular desse interesse tenha ciência do que está sendo feito com os seus direitos. Além desse objetivo principal, o principio da publicidade também produz outros efeitos.

Historicamente, o princípio da publicidade teve origem com a Revolução Francesa (1789), momento em que o sistema da publicidade se tornou uma das “maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz” (CINTRA, 2005, p.71), sendo visto como uma possibilidade de resposta aos juízos secretos que aconteciam durante um período anterior.

Após a Revolução Francesa, este princípio ganhou grande ênfase ao ser consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, ressalvando em um de seus artigos que toda pessoa tem o direito a uma audiência justa e pública (ONU, 1948).

Porém, no Brasil, somente após a promulgação da Constituição de 1988, que o princípio da publicidade foi reconhecido, sendo expresso como um dos direitos e garantias fundamentais, conforme o próprio art. 5º, em seu inciso LX determina: "Art. 5º. Inciso LX. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (BRASIL, 1988).

Fundando-se neste princípio que o cidadão teve a possibilidade de examinar os autos do processo, fazendo-se presente em audiências, e podendo acompanhar o andamento por meio de consultas via internet, sem a necessidade de prestar justificativas ou requerimentos para qualquer órgão público (DI PIETRO, 2003).

Contudo, alguns autores sustentam a ideia de que a publicidade dos atos procedimentais e processuais colocam os sujeitos do processo em nível de igualdade, igualdade esta que estaria totalmente vinculada ao princípio constitucional do processo, no caso o princípio da ampla defesa. Esta afirmação baseia-se no fato de que as partes teriam a possibilidade de tomar conhecimento sobre o andamento dos processos, dentre isso, a apresentação de defesa e produção de provas (SANTOS, 2014).

No entanto, a publicidade do processo não se restringiu apenas às partes e aos seus procuradores, ela por sua vez adquiriu um sentido amplo, possuindo apenas algumas exceções e restrições, conforme mencionado anteriormente no artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal.

Desse modo, cabe frisar que o princípio da publicidade possui algumas finalidades, quais sejam: conferir a eficácia aos atos da Administração Pública com a maior transparência possível e

possibilitar o controle do ato pela população ou por outros órgãos públicos (SANTOS, 2014).

A publicidade é algo relevante e de exigência expressa na Constituição Federal, porém existem alguns casos em que a própria Constituição Federal abre exceções, permitindo o sigilo para evitar a divulgação de certas informações que poderão prejudicar o responsável ou terceiros, conforme o próprio art. 5º, em seu inciso XXXIII determina:

> Artigo 5º. Inciso XXXIII. Todos têm direito a receber dos órgãos públicos, informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (GRIFO NOSSO)**

Dessa forma, cabe acentuar que a Constituição Federal apenas prevê exceções ao sigilo da publicidade nos casos que seja insubstituível à segurança da sociedade e do Estado, assegurando a todos a privacidade da informação, o sigilo da fonte e quando necessário o exercício profissional (MARINELA, 2017).

A publicidade em alguns casos se torna desnecessária, isto quer dizer, quando os atos não são escritos e quando não são realizados em público, ou também, quando o indivíduo, antes da publicação ou comunicação praticar o ato de exigir, que nessas circunstâncias o gasto público se torna algo completamente desnecessário (MACEDO; SIQUEIRA, 2008).

A Constituição Federal, ainda prevê a publicidade autorizada, esta publicidade seria uma espécie de publicidade nos órgãos públicos, conforme o próprio artigo 37, §1º determina:

> Artigo 37, § 1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Segundo o disposto no artigo acima mencionado, não há a exigência de que a Administração Pública publique todos os atos, obras, serviços, campanhas e programas, visto que isso teria um gasto público desnecessário. O mesmo por sua vez, apenas obriga a publicação das informações disponíveis, no caso apenas para quem as solicita.

O objetivo dessa publicidade é informar a sociedade sobre os atos administrativos, interagindo entre o Poder Público e a sociedade, tendo como finalidade informar os indivíduos acerca do assunto.

Imprescindível abordar sobre a transparência dos atos praticados pela Administração Pública, uma vez que este não pode se desconectar da publicidade. É tão importante quanto á publicidade que se tem dois documentos legais que auxiliam na compreensão do debate acerca da publicidade dos atos da Administração. São eles: A Lei Complementar 131, também conhecida como Lei da Transparência ou Lei Capiberibe, sancionada em 2009 pelo Presidente Lula, que obriga a União, os estados e os municípios a divulgar seus gastos na Internet em tempo real. E, a Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal (grifo nosso).

Em uma breve leitura, percebe-se que na LC 131/2009 estabelece que deve ser disponibilizada em tempo real, as informações sobre execução orçamentária e financeira dos Municípios, dos Estados, da União e do Distrito Federal. O ato da transparência é assegurada ao incentivo da população participar de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; e também, obter conhecimento a essas informações por meio de acompanhamento eletrônico de acesso público (BRASIL, 2009).

Denota-se, assim que os atos praticados pela Administração Pública ou por qualquer dos Poderes de Estado ao serem publicados

e publicizados estarão cumprindo o prescrito no art. 5º, inciso XXXIII.

Desta forma, quanto à Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 199, pode-se afirmar que surgiu com a finalidade de dar maior visibilidade as ações praticadas no âmbito da Administração Pública e assegurar a não- violação dos direitos fundamentais.

Compreende-se por fim, que o princípio abordado no presente trabalho detém como objetivo propiciar aos cidadãos a possibilidade de verificação dos atos administrativos, praticados no âmbito da administração pública, controlando a legitimidade da conduta dos agentes políticos e agentes públicos, uma vez que àqueles devem ser públicos, pois "Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem, afirma Carvalho Filho (2012, p. 25).

Também, visa que a Administração Pública brasileira, legitime suas ações agindo com transparência, decorrência do Estado Democrático de Direito, este concebido pela Constituição Federal de 1988. Por outro lado, visa "objetivar e legitimar as ações praticadas pela Administração Pública por meio da redução do distanciamento que a separa dos administrados; se concretiza segundo Martins Júnior (2010, p. 40) "pela publicidade, pela motivação, e pela participação popular nas quais os direitos de acesso, de informação, de um devido processo legal articulam-se como formas de atuação".

Então, sem sombra de dúvidas a transparência dos atos da administração pública devem ser praticados com publicidade e eficiência e, assim, contribuir para que os direitos dos cidadãos não sejam violados e se consolide o direto à informação, pois inerente à democracia e a república.

Conclusão

A presente pesquisa permite concluir que é de suma importância o direito à informação dos atos praticados pelos órgãos e entes administrativos, a fim de que seja cumprido o princípio da publicidade. Sendo assim, relevante que a Administração atue publicamente, permitindo acesso ao cidadão, assim, tornando-se um fiscal para o combate da corrupção na sociedade brasileira.

Um dos principais princípios do direito administrativo, o princípio da publicidade busca a interação da sociedade com a Administração Pública. Tendo em vista que algumas informações deverão permanecer em sigilo, podemos concluir que o princípio da publicidade não é absoluto quando se tratar de direitos fundamentais relativos à privacidade, intimidade, honra e imagem, bem como quando em prol da segurança pública.

Por fim, tal princípio deve ser mais frequentemente chamado e exigido pela sociedade a fim de que se torne possível à fiscalização dos atos públicos e assim haja a efetivação e fortalecimento da democracia brasileira.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado.** 19ª Ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02/09/2017.

_____, **Lei Complementar 131 de 27 de maio de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm. Acesso em: 17/04/2017.

CAMARA, Vagner. **Corrupção e improbidade administrativa**. JUSBRASIL, Artigos disponíveis. Disponível em: https://vagnercamara5.jusbrasil.com.br/artigos/335129690/corrupcao-e-improbidade-administrativa. Acesso em: 17/04/2018.

CAMARGOS, Viviane**. Transparência dos atos da Administração Pública**. JUSBRASIL, Artigos disponíveis. Disponível em: https://vivifloripa.jusbrasil.com.br/artigos/184539410/transparencia-dos-atos-da-administracao-publica. Acesso em: 11/09/2017.

CARVALHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo.** 27ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 368p. http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2007/Discentes/Ana%20Paula%20Chahim%20da%20Silva.pdf

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUADAGNIN, Ananda. **A Transparência na Gestão Pública – Uma análise da sua concretização em Porto Alegre, Canoas e Novo Hamburgo.** Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwir1PGOkp7WAhWIkpAKHf1IDqMQFgg-MAM&url=https%3A%2F%2Fwww.publicacoeseventos.unijui.edu.br%2Findex.php%2Fsalaoconhecimento%2Farticle%2Fdownload%2F6849%2F5618&usg=AFQjCNFY4VNcju897VjgiZ6f2BMhisymJw>. Acesso em: 11/09/2017.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Ética e Administração. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993, p. 12

MACEDO, Aruza Albuquerque de; SIQUEIRA, Soraya de Albuquerque. **O Princípio da Publicidade como forma de Controle dos Atos Administrativos. A Sociedade como fiscalizadora dos Atos Públicos.** [LIVRO DIGITAL] Fortaleza, 2008. Acesso em 11/09/2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SANTOS, Alaine Tavares**. Importância do princípio da publicidade para a Administração Pública**. CONTEÚDO JURÍDICO, Artigos disponíveis. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,importancia-do-principio-da-publicidade-para-a-administracao-publica,48381.html. Acesso em:11 set.2017.

SCHMIDT, Pamela; SCYZEVSKI, Marlene; HOMERDING, Cristine Tatiele; KRAEMER, Danieli Fernanda; DOS SANTOS, Vanessa Germano. **A importância do Princípio da Publicidade para a Transparência dos Atos da Administração Pública**. Artigo publicado no XXIV Seminário de Iniciação Científica, 2016, Três Passos-RS. Acesso 12/09/2017.

SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional positivo. São Paulo, Malheiros, 2014

VALOIS, Fernanda. **A Atuação do Princípio da Eficiência**. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1099/A-atuacao-do-Principio-da-Eficiencia. Acesso em: 17/04/2018.

9

A importância do núcleo de atendimento jurídico em arbitragem, negociação, conciliação e mediação como ferramenta de humanização do processo

Elizabete Freus[1]
Patricia Luzia Stieven[2]

1 Introdução

O presente artigo consiste em abordar os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos trabalhados com alunos e professores do Curso de Direito no núcleo de atendimento jurídico em arbitragem, negociação, conciliação e mediação. Este trabalho pretende estabelecer o conflito como ponto de partida e também abordar os princípios constitucionais acerca da inafastabilidade, do acesso à justiça e devido processo legal. Será feita uma breve apresentação da atual morosidade do poder judiciário, com o intuito de trazer presente os meios alternativos de solução de conflitos como forma de humanização do processo.

A partir disso, busca-se analisar a aplicação da Mediação, Arbitragem, Negociação e Conciliação como formas de acesso à

---

[1] Estagiária voluntária do Projeto de Ação Social do Núcleo de Atendimento Jurídico em Arbitragem, Negociação, Conciliação e Mediação. Acadêmica do V (quinto) semestre do curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus de Frederico Westphalen/RS.

[2] Orientadora. Professora do Curso de Direito da URI/FW, Mestra em Direitos Fundamentais – UNOESC, Especialista em Função Social do Direito - UNISUL/LFG.

justiça e, com isso, sugerir estes meios alternativos de solução de conflitos como sendo uma possibilidade concedida às partes com o intuito de que possam resolver suas divergências sem ter que, num primeiro momento, ingressar nas vias judiciais, e em caso de judicialização do conflito, que o este seja amparado pela humanização do processo.

Assim, trata-se de pesquisa exploratória, por meio de levantamento bibliográfico, partindo-se de conceitos doutrinários no direito pátrio, o qual será cotejado à aplicação de Mediação, Arbitragem, Negociação e Conciliação, objeto da presente pesquisa. A partir da revisão de literatura, serão estabelecidos os marcos conceituais que servirão para a referida análise comparativa com as disposições existentes na doutrina e legislação brasileira. Para a revisão de literatura foram utilizados instrumentos legais, livros, artigos científicos publicados em periódicos impressos e online, publicações avulsas sobre os meios adequados de tratamento de conflitos que abordam a temática proposta na presente pesquisa. Com isso, estas fontes bibliográficas serviram para a fundamentação desta pesquisa, a partir das quais busca-se alcançar os resultados do projeto de extensão.

2 Dos conflitos sociais

As demandas judiciais normalmente são decorrentes de conflitos entre as partes. E, em virtude dos conflitos existentes, busca-se o acesso à justiça através do Poder Judiciário, com o intuito de que este intervenha, de modo a resolver adequadamente os conflitos e, também, de forma que possa cumprir com seu propósito de "Estado democrático de direito". Assim, de acordo com Vasconcelos (2012, p. 19) o conflito:

> [...] Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. [...] Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer

> ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum.

O conflito, existente a todo instante, possibilita, também, a Hermenêutica Jurídica e isso significa que, para cada caso concreto, haverá interpretações semelhantes ou completamente diversas. A partir disso, permite-se a dinâmica do Direito, buscando oportunizar às partes, ao terceiro imparcial e demais pessoas da sociedade, uma construção de cidadania e humanização, promovendo a todos, uma forma de participação, busca e construção de direitos. Neste sentido:

> [...] o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de constituir-se num espaço em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento produzindo, simultaneamente, uma transformação nas relações daí resultantes. Desse modo, o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influência e qualifica o movimento de outra. (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 47-48).

Assim sendo, compreende-se que quando as partes estão em conflitos diante de uma determinada circunstância, elas buscam meios que possam ajudá-las na resolução destes, seja através das vias judiciais, seja pelos meios extrajudiciais, que também são eficientes e mais céleres que as vias judiciais.

Logo, a partir das exposições, limitações e entendimentos acerca de "conflito" e, sabendo-se da existência da vontade das partes de que os conflitos existentes sejam resolvidos, há que se falar sobre os princípios constitucionais. Estes princípios vêm como garantia fundamental constitucional, garantindo aos cidadãos o acesso à justiça e, também, a humanização do processo, como veremos a seguir.

3 Dos princípios constitucionais ligados à humanização do processo

A humanização do processo consiste em criar condições melhores e mais humanas para a resolução de conflitos. Desta forma, nota-se que esta humanização é de suma importância pois está interligada aos Princípios Constitucionais, uma vez que estes, além de compreenderem os valores das normas jurídicas, são as mais importantes normas que se referem a conduta do Estado e dos cidadãos.

Neste sentido, a importância da humanização do processo está diretamente ligada com o propósito de torná-lo mais humano, buscando proporcionar práticas educativas e respeitosas no decorrer da resolução do conflito.

Isto posto, como instrumento para concretizar os objetivos do processo de humanização, temos os Princípios Constitucionais, que estão elencados e tutelados em nosso ordenamentos jurídico e, além disso, são dotados de valores e garantias fundamentais, dentre os quais, alguns serão abordados a seguir.

Então, em relação aos princípios e à humanização do processo, nasce a ideia do "acesso à justiça", que é um princípio constitucional fundamental, tutelado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, dispondo que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (BRASIL, 2016).

Diante disso, em se tratando do Princípio da Inafastabilidade, concretizado pela concessão do acesso à justiça, percebe-se que este princípio garante a todos os cidadãos o direito de acesso a meios que possibilitem a análise dos direitos em conflito.

Logo, sabendo-se das demais formas existentes para fins de resolução de conflitos, cabe destacar que não são todas as causas que podem ser preteridas da análise e do julgamento do Poder Judiciário.

Como exemplo de análise e julgamento indispensáveis do Poder Judiciário, temos os crimes contra a vida, em que o

julgamento feito por este órgão é fundamental, em virtude da vasta tutela deste bem jurídico. E, ainda, segundo Bacellar (2012, p. 39) são causas em que "[...] o Poder Judiciário é necessário, imprescindível e o único caminho adequado para resolvê-las".

Posto isso, outro Princípio Fundamental Constitucional é o Devido Processo Legal, o qual está previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, dispondo que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". (BRASIL, 2016). Com isso, entende-se que este princípio compreende todas as etapas e formalidades processuais para que o processo seja válido e tenha uma decisão que também seja adequada às circunstâncias. Entretanto, segundo Bueno (2015, p. 47):

> Não há, de qualquer sorte, como querer compreender o inciso LXXVIII do art. 5º da CF como sinônimo de *celeridade*. O que deve ser relevado nele, a despeito do *texto* constitucional, é verificar como "economizar" a atividade jurisdicional no sentido da *redução* desta atividade, *redução* do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez. O que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados*, *otimizados*, tornados mais *eficientes* [...], sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isso mesmo, não há por que recusar referir-se a essa faceta do dispositivo constitucional em exame como "princípio da *eficiência* da atividade jurisdicional". Até porque eventual celeridade não pode comprometer outras garantias do processo – contraditório, ampla defesa, publicidade e motivação, [...] – e que demandam, por suas próprias características, *tempo* necessário para concretizarem-se.

Isto posto, com a ideia de que todos os litígios e conflitos devem ser levados à apreciação e julgamento pelas vias judiciárias, atualmente, enfrentamos sérios problemas em relação ao abarrotamento e falta de celeridade do Poder Judiciário. E, de acordo com Bacellar (2012, p. 39), "os inevitáveis conflitos não podem ficar sem solução e por isso precisam encontrar o melhor caminho para

serem administrados, desfeitos, transformados, extintos, modificados, solucionados ou compatibilizados".

Assim, atualmente são buscados meios alternativos às vias judiciárias, com o intuito de que estes solucionem os conflitos existentes entre as partes, de uma forma célere, satisfatória, com custos e formalismos mínimos ou inexistentes e, também, de forma que possa haver maior participação e envolvimento das partes. Logo, isso proporciona a adequação aos objetivos dos envolvidos na demanda, com a finalidade de que se possa chegar a um acordo que seja querido e almejado pelas próprias partes.

Com isso, percebe-se que o Escritório de Práticas Jurídicas é de suma importância, pois adota meios extrajudiciais para o tratamento adequado de conflitos, uma vez que busca satisfazer os direitos e interesses das partes, sem que seja preciso, num primeiro momento, recorrer às delongas do Poder Judiciário.

4 Da utilização dos meios adequados de resolução de conflitos pelo núcleo de atendimento jurídico em arbitragem, negociação, conciliação e mediação

O Escritório de Práticas Jurídicas da URI- campus de Frederico Westphalen adota os meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Por mais que esta assistência é realizada às pessoas hipossuficientes da comunidade local, não deixa de tentar resolver adequadamente os conflitos existentes entre as partes em determinada demanda, uma vez que, os meios alternativos possibilitam a participação e envolvimento das partes em ajustes e, também, que estas auxiliem no acordo final pretendido, buscando a satisfação dos interesses que as envolvem.

Assim, percebe-se o EPJ tem uma importância e finalidade social em que possibilita--nos entender que os meios alternativos surgiram com o propósito de tentar minimizar o número, os custos e, de certa forma, também as formalidades das demandas

processuais que são levadas à apreciação do Poder Judiciário. Desta forma, segundo (LEITE, 2008, p. VII):

> Esta nova dinâmica de prestação jurisdicional já era conhecida na Antiguidade Clássica, mas renasceu nos Estados Unidos, exatamente em um país onde o número de demandas, em especial em área familiar, tem atingido níveis tão elevados que chegam a inviabilizar a manutenção da máquina judiciária, ao menos, dentro dos parâmetros até então utilizados na prestação jurisdicional.

Logo, compreende-se que os meios alternativos são fundamentais diante do contexto em que se encontra o atual mundo jurídico, pois proporcionam a solução dos conflitos, se as partes concordarem, sem que, num primeiro momento, seja feito o ingresso com a demanda nas vias judiciais. Desta forma, os meios alternativos proporcionam às partes uma maior facilidade para a resolução de conflitos e, consequentemente efetivam o cumprimento do Princípio do Acesso à Justiça. Assim, cabe ressaltar que, segundo Leite (2008, p. VII):

> Nunca se falou tanto em ADR – Resolução Alternativa de Disputas – e de suas espécies mais conhecidas; mediação, arbitragem e conciliação, como nos últimos anos, em prova manifesta que a demora na prestação jurisdicional, aliada a outros elementos agravantes da clássica solução contenciosa de litígios (gastos elevados, excesso de formalismo, radicalização das posturas, para citar os aspectos mais negativos mais invocados pela mídia) não mais vem atendendo à expectativa das partes, gerando novas formas de soluções, menos onerosas, não tão vinculadas ao excessivo formalismo, mas, sobretudo, mais céleres e mais próximas da justiça, de forma a garantir – na medida do possível – o salvaguardar dos ambos os interessados.

Desta maneira, percebe-se que os meios alternativos para o tratamento de conflitos são necessários e atuam como "[...] modelos, instrumentos, mecanismos, processos, técnicas e ferramentas para indicação e escolha adequada na resolução de

conflitos nas suas mais diversas manifestações e ambientes". (BACELLAR, 2012, p. 40).

Segundo Rosa (2012, p. 131) "O maior alvo dos mecanismos para a obtenção de autocomposição é resolver o conflito de forma ampla e profunda, com plena aceitação do resultado pelos envolvidos". Isto nos remete à ideia do quanto é importante poder proporcionar às partes o momento em que elas possam abordar, contestar e ajustar acerca de seus objetivos elencados na lide e, a partir disso, chegar a um resultado satisfatório e acordado entre os envolvidos, tanto que, segundo Leite (2008, p. VII):

> [...] a máquina judiciária vem cada vez mais comprovando que de nada adianta a ocorrência de um vencedor e de um perdedor, se a decisão não resolve o problema invocado atendendo às expectativas, direitos e obrigações de todas as partes envolvidas. O que se pretende e se objetiva na nova sistemática não é mais culpar alguém em detrimento do outro (uma vez que ninguém é dono da verdade), mas chegar a um consenso que, efetivamente, materialize uma justiça distributiva, atribuindo a cada um o que lhe é de direito.

A partir disso, como formas de resolução de conflitos, pode-se citar desde a autotutela e a autocomposição até os meios alternativos que estão em propagação nos dias de hoje e, também, sendo abordados nesta pesquisa. A Autotutela, considerada uma das formas mais antigas utilizada para resolver conflitos, encontra-se presente, dentro de suas atribuições, em nosso atual ordenamento jurídico. Diante disso, acerca da Autotutela,

> Pode-se dizer que é a forma mais primitiva de resolução de controvérsias, uma vez que consiste na dominação do mais forte sobre o mais fraco. Vale ressaltar, entretanto, que no direito brasileiro, ainda hoje, existe a possibilidade de o ofendido agir com força para repelir agressão. Como exemplo, destaca-se a permissão do uso da força nas possessórias[2] e a legítima defesa no direito penal. (BARROSO apud MAIA NETO, 2014, p. 19).

E, em se tratando de autocomposição, pode-se dizer que as partes, por vontades próprias, buscam resolver seus conflitos em concordância, unanimidade. É o que nos diz Maia Neto (2014, p. 19): "[...] as próprias partes buscam, consensualmente, uma solução para seu conflito de interesses. Essa forma de composição do litígio aparece quando não há a sujeição forçada de um dos litigantes".

Alguns outros meios adequados para a resolução de conflitos, alternativos às vias judiciárias, também são trazidos pelo nosso ordenamento jurídico, bem como a negociação, arbitragem, conciliação e mediação, que também foram abordadas pelo Novo Código de Processo Civil, de 2015, cada qual com seus objetivos e finalidade.

Segundo Leite (2008, p. VIII), "a mediação, a arbitragem a conciliação se impuseram como meios de minorar a impossibilidade de resolver todos os conflitos humanos pela mera via judicial".

Logo, em se tratando dos meios alternativos entende-se que estes permitem e prezam para que haja acordo entre as partes, possibilitando ajustes conforme a vontade destas a fim de que seja possível chegar a um resultado que seja aceito e, só então, se isso não for possível, a demanda será levada ao Poder Judiciário em busca de uma resposta judicial.

Assim, percebe-se que a finalidade última destes meios alternativos é levar a demanda para que haja a atuação do Poder Judiciário. Ainda, cabe destacar que além da possibilidade de participação processual que os meios alternativos concedem às partes, de acordo com Silva (2008, p. 21):

> A adoção de meios alternativos de solução de litígios está associada a processos e movimentos de informalização e desjudicialização da justiça, à sua simplicidade e celeridade processual, através do recurso a meios informais para melhorar os procedimentos judiciais e à transferência de competências para instâncias não judiciais, o que não leva ao enfraquecimento do Poder Judiciário. Não temos em nosso país uma cultura na utilização de meios alternativos de resolução de conflitos [...], mas podemos observar

> uma grande tendência do crescimento destes institutos, com o incentivo à sua utilização, propositura de projetos de lei, iniciativa isolada de Tribunais e Juízes na divulgação e utilização desses institutos.

A Mediação, instituída pela Lei n.13.140, de 26 de junho de 2015, fundamenta-se no objetivo de que as partes dialoguem acerca de seus interesses conflitantes. Segundo Rosa (2012, p. 147) "o campo fértil da mediação encontra-se nos conflitos em que predominam questões emocionais, oriundas de relacionamentos interpessoais intensos e, em geral, de longa duração". A Mediação

> [...]procede do latim *mediare,* que significa mediar, dividir ao meio ou intervir. Esses termos expressam o entendimento do vocabulário mediação, que se apresenta como uma forma amigável e colaborativa de solução das controvérsias que busca a melhor solução pelas próprias partes. (SALES, apud ROSA, 2012, p. 146).

Este meio alternativo acontece em situações em que os conflitos envolvem sentimentos e a finalidade deste meio alternativo é possibilitar às partes a retomada do diálogo entre si. É uma das formas extrajudiciais de solução de conflitos que tem por objetivo, através do diálogo amigável, ajudar as partes a encontrar e definir as questões acerca do conflito para que, ao final, estas possam chegar a um consenso.

Assim, a mediação de família, por exemplo, pode ser aplicada em casos de divórcio, alimentos, guarda, entre outros. Desta forma, segundo Silva (2008, p. 24), podemos considerar a Mediação como sendo

> [...] uma forma pacífica, tendo em vista que a decisão nasce da vontade das pessoas que vivem o conflito, as quais encontram uma solução que melhor lhes atenda, mediante o diálogo e de forma harmônica, com o auxílio do mediador.

Desta maneira, nota-se que a Mediação possibilita a participação de uma terceira pessoa, imparcial e alheia ao litígio, de

boa-fé, a fim de que esta adentre à demanda com o propósito de esclarecer, com o mínimo de formalidade possível.

Isto posto, percebe-se que o instituto da Mediação vem com o intuito de promover clareza dos objetivos que as partes têm e, com isso, facilitar o entendimento delas para que possam dialogar e decidir acerca de um possível acordo, diante de suas pretensões pois, segundo Silva (2008, p. 24), a Mediação:

> [...] tem natureza jurídica de um contrato, pois sempre baseada na manifestação de vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos, deve constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual estão presentes os elementos formadores do contrato.

Então, entende-se que na Mediação, "[...] as partes são conduzidas a realizar os seus acordos, sem que haja uma interferência real do conciliador, demonstrando que a solução da controvérsia será sempre das partes". (SILVA, 2008, p. 25).

Assim, de acordo com Silva (2008, p. 25) "poderá ser objeto da *mediação* todo conflito no qual não incidam sanções penais e que não atente contra a moral e os bons costumes. É muito utilizada em processos de família, principalmente nos de separação e divórcio". Ainda, a Mediação tem objetivos que, segundo Silva (2008, p. 25):

> [...] além do acordo, visa também à melhora da relação entre as partes envolvidas. Uma parte poderia, por exemplo, se sentir aliviada, satisfeita ou reconhecida, tanto pela sua condição, quanto pela condição da outra parte. Isso permitiria uma maior empatia e, consequentemente, maior facilidade na reconstrução das relações humanas.

Além disso, cabe-nos ressaltar que para haver a audiência (sessão) de Mediação necessita-se da pessoa do mediador, o qual deve ser um terceiro, alheio ao litígio, imparcial e que sirva como instrumento na reconstrução da comunicação entre as partes. diante disso, segundo Dornelles (2014, p. 60):

> Qualquer pessoa pode se tornar mediador, desde que adquira capacitação técnica, possua legitimidade e seja hábil para exercer a atividade. A sua função primordial é de facilitar e restaurar o diálogo entre as partes para que as mesmas reconheçam seus interesses, compreendam o conflito que as reúne e encontrem um entendimento através de uma comunicação efetiva e respeitosa.

A Mediação pode acontecer de duas maneiras, tais como, Judicial, em que o mediador é escolhido pelo Juiz, de tal forma que esta mediação que acontece nas vias judiciárias e, também há a Mediação Extrajudicial, a qual é realizada de forma alternativa ao Poder Judiciário, sendo que as partes buscam esta alternativa espontaneamente e a pessoa do mediador também é escolhida pelas partes.

Assim sendo, compreende-se que a Mediação busca evitar litígios judiciais, contribuindo, também, para a redução destes e, além disso, proporciona a função social, ou seja, ajuda a sociedade na realização do estado democrático de direito, visando um contexto de pacificidade e harmonia entre o Estado e os cidadãos. Dito isso, segundo Montenegro (2016, prefácio):

> [...] além de servir como elemento para antecipar o final da demanda judicial, a mediação se mostra instrumento efetivo de pacificação social e de prevenção de litígios, contribuindo de forma significativa para reduzir a quantidade de ações judiciais e melhorar a qualidade das relações humanas, porque evita o acirramento da controvérsia. Destaque-se que a mediação pode ser implementada no curso do processo ou mesmo antes do ajuizamento das demandas, evitando que os envolvidos suportem o custo financeiro e emocional de um processo judicial.

Outra espécie dos meios alternativos é a Conciliação que, assim como a Mediação, foi trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, ela não é um instituto novo em nosso ordenamento jurídico, pois já esteve presente em Constituição

Federal anterior à nossa atual mas, de acordo com dados trazidos por Bacellar (2012, p. 65):

> A conciliação é a nossa velha conhecida no Brasil, e desde a Constituição do Império já havia estímulo à sua realização com a determinação de sua Majestade Imperial de que nenhum processo pudesse ter principio, sem que primeiro se tivessem intentado os meios de reconciliação (arts. 161 e 162).

Ainda, segundo Silva (2008, p. 25), "conciliar significa harmonizar, pôr em acordo, o que constitui objetivo de quem se dispõe a pacificar duas ou mais pessoas em conflito". Assim sendo, a Conciliação "pode ser pré-processual, quando ocorre antes da propositura da demanda, e processual, promovida quando perdura o processo". (ROSA, 2012, p. 136).

Diante disso, percebe-se que a Conciliação, como meio alternativo, busca, além da resolução do conflito, a reconciliação, a pacificação e a aproximação das partes envolvidas na demanda. Logo, como nos diz Silva (2008, p. 25-26), a Conciliação:

> [...] é uma forma de resolução de controvérsias na relação de interesses, administrada por um conciliador, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, aparar as arestas, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a composição do conflito pelas partes.

O Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 319, inciso VII, deixa claro que a escolha em optar ou não pela realização da audiência de conciliação ou mediação é do autor. De tal forma, o capítulo V deste Código dispõe acerca das disposições legais diante da audiência de Conciliação ou Mediação. Assim, podemos considerar que a adoção do procedimento de Conciliação:

> Oferece às partes proposições de ajuste, e a solução definitiva, que estas podem aceitar ou não, permanece-lhes disponível. Seu objetivo primeiro é atenuar os temperamentos extremos,

> procurando limar as asperezas para facilitas a composição. (GORCZEVSKI, apud ROSA, 2012, p. 137).

Diante disso, outro meio alternativo de solução de conflitos que podemos especificar é a Negociação, que foi pensada, num primeiro momento, de acordo com Bacellar (2012, p. 129) "na década de 1980, [...] pelo professor Roger Fisher, da Faculdade de Direito de Harvard (EUA)", sendo que "Seus elementos fundamentais são: a legitimidade, a informação, o tempo e o poder, centrados na ética e na moral dos negociadores". (SILVA, 2008, p. 27).

Desta forma, a Negociação, como sendo alternativa às vias judiciais de resolução de conflitos, possibilita às partes negociar acerca de seus interesses e objetivos em lide. Segundo Bacellar (2012, p. 130), a Negociação:

> [...] é um processo e uma técnica destinada a resolver diretamente divergências de interesses e percepções que tem por objetivo criar, manter ou evoluir um relacionamento baseado na confiança, gerando ou renovando compromissos múltiplos e facilitando a formulação de opções e proposições para um acordo ou de novos acordos.

A Negociação como forma de resolução de conflito, condiz à flexibilidade, uma vez que proporciona aos envolvidos, a possibilidade de fazer ajustes e modificações acerca do que pretendem. Logo, em razão da flexibilidade deste meio alternativo, que possibilita a formulação de propostas, de combinações, entre outros, cabe destacar que:

> O cumprimento das decisões apresentadas por meio da negociação direta entre os envolvidos não é obrigatório. [...] É certo que, tendo as partes negociado conscientemente, a consequência natural é a do cumprimento da decisão. Há de se ressaltar que, quando a negociação é atribuída à validade jurídica, como um contrato, o cumprimento torna-se obrigatório. (SALES, apud ROSA, 2012, p. 135).

E em caso que não couberem a adoção pela escolha dos meios de Mediação, Conciliação ou Arbitragem, ainda há outro meio que pode ser escolhido para a resolução do conflito: a Arbitragem.

Entretanto, "Sem retroagir às ordenações que já previam o juízo arbitral, a arbitragem no Brasil, semelhante ao que ocorreu com a conciliação, teve primeira regulamentação na Constituição Imperial de 1824". (BACELLAR, 2012, p. 95).

A Arbitragem foi instituída pela Lei nº 9.307/96, e é um procedimento técnico cabível a contratos que tenham cláusulas compromissórias dizendo que, em caso de divergências, o conflito será tratado através deste meio alternativo.

Isto posto, cabe destacar que os contratos podem dispor acerca de direitos patrimoniais disponíveis, de administração pública direta e indireta e, neste meio alternativo, há um árbitro- e não um juiz- que é escolhido de acordo com a vontade das partes. Assim, o árbitro age de forma imparcial e busca solucionar a controvérsia.

Então, em sendo a Arbitragem uma forma de julgamento realizada pelo árbitro, segundo Rosa (Warat apud ROSA, 2012, p. 144), "a sentença e o laudo arbitral não resolvem a relação afetivo-conflituosa das pessoas, apenas determinam como encerrar o litígio".

Diante disso, compreende-se que as partes podem escolher o árbitro com as aptidões que desejam, bem como grau da escolaridade, por exemplo, podendo, também, escolher qual legislação ou princípios desejam que prevaleça acerca de seus interesses demandados em lide.

Assim, a Arbitragem pode ser entendida como sendo um "[...] processo voluntário em que as pessoas em conflito delegam poderes a uma terceira pessoa, de preferência especialista na matéria, imparcial e neutra, para decidir por elas o litígio". (MOORE, apud BACELLAR, 2012, p.96). Isto posto, a sentença proferida na audiência de Arbitragem tem força de sentença judicial, sendo que,

se descumprida, pode ser executada judicialmente. Assim, a Arbitragem:

> [...] de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial. (CARMONA, 1993 apud BACELLAR, 2012, p. 96).

Ainda, segundo Bacellar (2012, p. 98) "Hoje, por meio da cláusula arbitral, é possível com segurança abdicar da jurisdição em prol da solução convencional privada" e, além disso, através de compromisso arbitral, também há a possibilidade de se aderir à arbitragem pois,

> A arbitragem (privada como ela deve ser) pode contar com muitas vantagens: celeridade, sigilo, ausência de duplo grau de jurisdição, possibilidade de escolher os árbitros mesmo após o surgimento do conflito, liberdade para que as partes decidam a forma do procedimento e as regras de julgamento, se de direito ou equidade, dentre tantas outras tantas possibilidades de ajustes por vontade das partes. (BACELLAR, 2012, p. 100).

Dito isso, cabe ressaltar que, por mais que a Arbitragem seja uma das formas propostas para o tratamento adequado de solução de controvérsias e, ainda que tenha o propósito de solucionar conflitos, pode não atender ao princípio da Igualdade de todos os cidadãos que a ela pensam em recorrer pois, segundo Silva (2008, p. 22) ela

> [...] é caracterizada por ser de acesso restrito, não se destinando à parcela carente da população, uma vez que envolve gastos que podem torná-la ainda mais elitista que a forma tradicional, não contribuindo, consequentemente, para a redução das desigualdades sociais.

A Arbitragem, assim como os demais meios alternativos, traz consigo a possibilidade de participação das partes envolvidas e, assim como a Negociação, ela permite a flexibilização, de forma a permitir que os ideais buscados pelas partes possam ajustar-se de acordo com seus interesses.

Assim como a Mediação, a Arbitragem contempla informalismo no momento da solução do conflito, o sigilo e, também, "[...] deve permitir grande flexibilização procedimental, desde que dentro de critérios básicos do contraditório e da ampla defesa" (BACELLAR, 2012, p. 105). Segundo Bacellar (2012, p. 102) a Arbitragem,

> [...] tem a vantagem da maior participação das partes em relação ao procedimento e às regras de julgamento, flexibilização procedimental ajustada em conjunto a cada passo do procedimento. Consagra o principio da confidencialidade, os critérios do informalismo e da simplicidade e deve se manter assim.

Logo, compreende-se que as possibilidades trazidas pelos meios alternativos que estão sendo abordados podem "[...] a) proporcionar à sociedade alternativas para a solução dos conflitos de forma que haja opção entre os sistemas; b) proporcionar a justiça restauradora e a efetiva pacificação social". (CALMON apud ROSA, 2012, p.131). E, ainda,

> [...] Em relação à política de solução de conflitos: a) proporcionar alternativas adequadas a cada tipo de conflito, racionalizando a distribuição da justiça; b) incrementar a participação da comunidade na solução de conflitos; c) facilitar o acesso à justiça; d) proporcionar meios de solução para a litigiosidade contida (recuperação de controvérsias; e) proporcionar a mais adequada informação do cidadão sobre os próprios direitos e sua orientação jurídica. (CALMON apud ROSA, 2012, p.131-132).

Com base nisso, percebe-se que o intuito das formas extrajudiciais de solução de conflitos é proporcionar a objetividade

e a resolução da demanda em lide. Isto posto, muitas vezes, comparando-se o meio tradicional de resolução de conflitos, que é o Poder Judiciário, com os acordos permitidos pelos meios alternativos, percebe-se que a solução que é dada por este último é mais satisfatória do que a decisão que é proferida pelo Poder Judiciário a uma determinada demanda.

Logo, cabe destacar que isso acontece porque quando a demanda é levada para que para haja uma decisão através das vias judiciárias, estas não permitem o envolvimento das partes como acontece nos meios alternativos de tratamento de conflitos. E, além do mais, geralmente uma parte sairá insatisfeita, em virtude de haver um ganhador e um perdedor.

Os meios alternativos, em contrapartida, possibilitam a participação e o envolvimento das partes no momento da resolução da demanda e, só então, se as partes não ficarem satisfeitas, a demanda poderá ser levada ao Poder Judiciário. Assim sendo, Logo,

> [...] o fundamento social das vias conciliativas, consiste em sua função de pacificação social. Esta, geralmente, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritariamente a regra para o caso concreto e que, na maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido. (GRINOVER apud ROSA, 2012, p. 13).

Desta maneira, dentro do contexto que se encontra o atual mundo jurídico, as formas extrajudiciais de solução de conflitos, como meios adequados de tratamento de conflitos, são consideradas possibilidades que garantem aos cidadãos uma forma facilitada de acesso à justiça, em busca de seus direitos, que é um princípio tutelado por nosso ordenamento jurídico.

5 Considerações finais

Assim, tendo em vista as finalidades dos meios adequados de tratamento de conflitos, percebe-se que os maiores objetivos são diminuir o número de demandas que são levadas às vias judiciárias

e, além disso, contribuir para que as partes que estão em conflito possam participar das decisões e acordos diante de suas verdadeiras pretensões.

Os meios alternativos, então, possibilitam a diminuição das ações que são levadas ao Poder Judiciário e, consequentemente, de sua morosidade processual. Logo, isto contribuirá para a celeridade processual e uma maior efetividade na resolução e tratamento dos conflitos que necessariamente devem ser levados à apreciação do Poder Judiciário.

Desta forma, os meios alternativos podem ser considerados como "adequados" em razão de que, por meio destes, são buscadas respostas satisfativas à demanda e às partes. E, além do mais, estes meios correspondem a práticas sigilosas, imparciais e consensuais, devendo estar de acordo com a vontade das partes e a boa-fé destas e, também, do terceiro alheio que ingressa para auxiliar na resolução do litígio.

Diante disso, percebe-se que o Escritório de Práticas Jurídicas da URI é importante na comunidade local e, principalmente, no atendimento realizado às pessoas hipossuficientes que tem seus direitos conflitantes em determinada demanda, mas não têm condições de pagar as custas de um processo judicial. Assim, este núcleo de atendimento jurídico contribui significativamente com a promoção do acesso à justiça e, também, do princípio da igualdade a estas pessoas, auxiliando o Estado a cumprir sua função social de "Estado democrático de direito".

A humanização do processo, como dito inicialmente, consiste, então em criar condições melhores e mais humanas para a resolução de conflitos. Desta forma, nota-se que esta humanização é de suma importância pois está interligada aos Princípios Constitucionais, uma vez que estes, além de compreender os valores das normas jurídicas, são as mais importantes normas que se referem a conduta do Estado e dos cidadãos.

Então, o núcleo de atendimento jurídico em arbitragem, negociação, conciliação e mediação como ferramenta de

humanização do processo é de suma importância no momento em que se encontra nossa sociedade pois, além de o EPJ realizar assistência jurídica às pessoas hipossuficientes da comunidade local, também é um acesso de aprendizagem, no qual docentes e discentes passam a aprimorar estudos e aptidões acerca dos meios adequados para tratamento de conflitos, uma vez que é necessário conhecer e compreender acerca da existência de campos extrajudiciais para resolver conflitos.

Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no novo código de processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição! 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015 . São Paulo: Saraiva, 2015.

GOETTENAUER, Igor Lima. **Manual de Mediação de Conflitos para Advogados**. Disponível em: <http://camc.oabrj.org.br/camc/home/download/manual_mediacao.pdf > Acesso em 15 de março de 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

MOTTA JÚNIOR, Aldemar de Miranda et al. **Manual de Mediação de Conflitos para Advogados .** Escrito por Advogados**.** Ministério da Justiça. BRASIL, 2014. Disponível em: <http://camc.oabrj.org.br/camc/home/download/manual_mediacao.pdf > Acesso em 12 de março de 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte. Editora Del Rey Ltda, 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

10

Apontamentos sobre diretos fundamentais, princípio da igualdade e o sistema de cotas no Brasil

Fabian de Andrade Foletto[1]
Luciano da Costa Moscon[2]
Eloisa Nair de Andrade Argerich[3]

Introdução

Este artigo traz como proposta estrutural a abordagem de um tema que mesmo consolidado pelo sistema jurídico nacional, e pela jurisprudência do STF, ainda suscita debates nos âmbitos social e político, qual seja o sistema de cotas raciais nas universidades brasileiras. Importa em verificar que o presente sistema ainda não se apresenta como um fator de igualização, pois a sociedade reluta em aceitar que não se trata de diferença racial e sim de diferença social.

---

[1] Advogado graduado pela Unijui, em 2012. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Atua na Advocacia Giradi Advogados Associados em Ijui. Email: fabian.foletto@gmail.com

[2] Acadêmico do 8º semestre do Curso de Graduação em Direito da URI- Santo Ângelo. Estagiário da Defensoria Pública de Santo Ângelo. Email:Luciano_moscon@hotmail.com

[3] Mestre em Desenvolvimento pela Unijuí; docente do curso de Direito, componente curricular Direito Constitucional e Administrativo. Extensionista do projeto "Cidadania para Todos" E-mail: argerich@unijui.edu.br

Assim, aos afrodescendentes tem sido possibilitado o acesso às instituições de ensino superior através do sistema de cotas, efetivando-se o direito a igualdade, e quanto aos brancos em situação de miserabilidade? Será o sistema de cotas raciais a forma mais correta de tratar os desiguais de forma igualitária? Não seria mais justo não só do sentido moral quanto constitucional um sistema de cotas sociais?

Observa-se que a partir do referido sistema, a igualdade amplamente discutida e introduzida na Constituição Federal de 1988, tem sido efetivada a partir de políticas públicas de inserção social, contudo, essa forma não se mostra eficaz e correta, pois introduz o critério "raça" para a distribuição do direito à educação de nível superior no país.

O sistema de cotas proporcionou aos afrodescendentes o seu ingresso nas universidades. Porém, de certa forma desrespeitou o princípio da igualdade concedendo-lhes benefício ou vantagem (?), com a reserva da porcentagem das vagas a serem ocupadas, enquanto os brancos também por muitas vezes necessitados não possuem nenhuma "ajuda" no acesso ao ensino superior.

Há por trás desta política pública de inclusão social, a questão histórica dos negros ou afrodescendentes no Brasil. Entretanto, não se pode carregar o sofrimento abolido há mais de 120 anos pelo resto da vida. Em que pese sabermos que essa classe social viveu por anos à margem da sociedade, hoje se pode dizer que os negros já estão inseridos na comunidade, na política, na economia. Assim sendo, são (des)necessárias tais medidas para "resguardar" seu direito/acesso ao ensino como se fossem apenas eles os excluídos da sociedade contemporânea.

Os direitos fundamentais enunciados na Constituição Federal de 1988 tem sua origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual foram assegurados os Direitos Fundamentais do Homem, enquanto ser digno de direitos e deveres perante a sociedade. Esses preceitos explícitos são essenciais à vida em

comunidade, haja vista interferir diretamente nas suas interações interdisciplinares com os demais cidadãos de direito.

Tais disposições normativas garantidoras, arroladas no texto constitucional serão aplicadas a todos sem distinções por meio do princípio da igualdade, o qual formaliza o sistema igualitário e materializa as aspirações do Estado, leia-se garantidor, através de medidas a serem implementadas, ao passo que a mera regra formalística não cumpre o dever de promoção da igualdade social.

Os legisladores e os representantes do povo, diante de situações alarmantes vislumbraram nas suas prerrogativas, a possibilidade de contribuir na erradicação das desigualdades sociais, através de estatutos, leis e afins, como meio de reestabelecer uma igualdade material entre os desiguais, criando benesses a estes desfavorecidos, com base nas questões raciais que há muitos anos são discutidas no país.

Deste modo, políticas públicas são criadas no intuito de amenizar o desiquilíbrio social entre indivíduos. Todavia, tais medidas tomam como referência a definição "raça" para designar quem terá direito a delas usufruir.

Neste sentido, as ações afirmativas e o sistema de cotas apresentam-se como alvo de estudo, para que se possam entender os seus objetivos reais, podendo auferir assim uma visão clara e crítica quanto a sua constitucionalidade dentro das realidades sociais em que vivemos.

A partir desta problemática, num primeiro momento, aborda-se sobre os direitos fundamentais, analisando-se o princípio da igualdade como pressuposto de justiça para demonstrar de que forma se dá a ocorrência da igualdade material/substancial em nossa sociedade. Em continuidade às reflexões gerais sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, trata-se da delicada questão referente as ações afirmativas e o sistema de cotas, pois muito se tem falado da desigualdade racial no Brasil, dos preconceitos e discriminação que envolve os afrodescendentes, que

mesmo com a regulamentação existente, essa ainda está presente entre nós.

1 Alguns aspectos relevantes sobre os direitos fundamentais e o princípio da igualdade

Os direitos fundamentais proclamados na Constituição Federal de 1988 tiveram como referência a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, proclamada na França, no início da Revolução Francesa. Esta Declaração serviu como base para as demais, por ter dado o devido respeito aos Direitos do Homem, bem como, fortaleceu os entendimentos já anteriormente expostos em outras Declarações, a respeito dos direitos fundamentais no sentido jurídico-político.

Estes direitos básicos, enunciados no Título II da Carta Magna, devem ser considerados gênero, pois suas espécies estão alocadas dentro de cada Capítulo, quais sejam: I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II – Dos Direitos Sociais; III – Da Nacionalidade; IV – Dos Direitos Políticos; e V – Dos Partidos Políticos.

Também entendidos como Direitos Humanos, haja vista terem inspiração na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como já referido, tem a finalidade precípua de resguardar a dignidade do indivíduo, dando-lhe condições dignas e essenciais de vida dentro da sociedade em que vive.

Sustenta Dalmo de Abreu Dallari que (2004, p. 12-13):

> Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida [...] Trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas.

Neste contexto significa dizer que os direitos fundamentais têm sua fundamentabilidade material centrada na dignidade da pessoa humana, que sem ela não vive, sobrevive ou convive em e na sociedade.

No mesmo sentido ensina José Afonso da Silva (2005, p. 178, grifo do autor) que

> se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concretamente e materialmente efetivados [...] *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*.

Com isso demonstra-se que esse conjunto de bens, privilégios e prerrogativas precisam ser reconhecidos juridicamente pelo Estado e, esse assim cumprir com seu desiderato/aspiração, qual seja, o atendimento material das necessidades básicas do homem.

Afirma ainda Rodrigo César Rebello Pinho (2005, p. 67): "Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes." Sendo assim, as palavras que dão forma, sentido e lógica a Constituição, também devem ser efetivadas pelo Estado, na medida em que é seu dever promover o bem-estar social, garantindo a todos tais direitos.

Tarefa impossível, ou quase isso, é definir/conceituar os direitos fundamentais do homem, tendo em vista que esses se adaptam as condições do ser humano conforme as suas necessidades da época, visando sempre o bem-estar social. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Mendes, e Paulo Gustavo Gonet Mendes (2008, p. 237): "são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana."

Deste modo, a sua definição é constantemente alterada, pois passa por diversas modificações, na medida em que ocorrem evoluções sociais, que impulsionam novos entendimentos, regramentos, ditames. Não se pode afirmar com precisão quais são os direitos fundamentais, tendo em vista que a cada momento surgem novas interpretações acerca desses, abrangendo o campo de limitações já imposto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Todavia, há que se falar em critérios para definição do que torna um direito fundamental. Essa questão fora abordada por Philip Alston (1984) citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 98-99), que demonstrou ser essencial a criação de critérios objetivos, a fim de limitar a proclamação de forma descontrolada dos direitos ditos como "fundamentais".

Com o mesmo objetivo, Maurice Cranston (apud FERREIRA FILHO, 2009, p. 99), tenta tomar como base alguns requisitos para a caracterização de um direito fundamental:

> Um direito humano por definição é um direito moral universal, algo que todos os homens em toda parte, em todos os tempos, devem ter, algo do qual ninguém pode ser privado sem uma grave ofensa à justiça, algo que é devido a todo ser humano simplesmente porque é um ser humano.

Superada a conceituação e critérios para definição, deve - se compreender a diferenciação entre os direitos e garantias fundamentais. Enquanto os direitos revelam-se reconhecidos através de sua legalidade, as garantias são os meios pelos quais se assegurarão o cumprimento de tais imposições constitucionais.

Referente a este ponto Silva (2005, p. 186) afirma:

> A constituição, de fato, não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias. Assim é que a rubrica do Título II enuncia: "*Dos direitos e garantias fundamentais*", mas deixa à doutrina pesquisar onde estão os direitos e onde se acham as garantias. O Capítulo I desse Título traz a rubrica: *"Dos direitos e deveres individuais e coletivos"*,

> não menciona as garantias, mas boa parte dele constitui-se de garantias. Ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias. Ou talvez melhor diríamos, ela reconhece alguns direitos garantindo-os.

Observa-se, então, que a CF/88 reconhece que há normas declaratórias e normas assecuratórias de direitos e garantias e que em alguns momentos, ao trabalhar o artigo 5º e seus incisos, não faz distinção entre elas, visto que ambos estão intrinsecamente ligados.

Evidente está que direitos são normas declaratórias e as garantias norma s assecuratórias, mas na medida em verdade alguns direitos arrolados na CF/88, art 5º, apresentam-se ao mesmo tempo como normas com disposições que concedem bens e vantagens e asseguram o exercício destas.

Podem ser normas declaratórias ou assecuratórias, mas a verdade é que nosso ordenamento jurídico reconhece que todos indistintamente, homens e mulheres, independentemente de raça, credo ou cor são destinatários dos direitos e das garantias constitucionais.

Sobre o assunto, Joaquim Carlos Salgado (1986, p. 1, grifo do autor, sic), salienta que:

> A idéia de *igualdade* aparece, no plano ontológico, como parte integrante de qualquer ato moral em geral, isto é, como elemento constituidor da virtude; sendo a **justiça** uma virtude, a *igualdade* está presente na própria constituição do ato justo: é a *igualdade* que define a virtude da **justiça**; se a ação inclui outro ser humano, a ação, para ser justa, deve respeitar a *igualdade* entre o sujeito que age e o que sofre a ação.

Significa que a igualdade sempre foi alvo de questionamentos, desde os tempos mais remotos e pelos mais variados autores, e no exposto acima, conforme afirmações de Aristóteles citado por Salgado a ideia de igualdade é a mesma tal qual a que ainda hoje se

conhece. Todos são iguais perante a lei, mas as desigualdades devem ser respeitadas para se alcançar a justiça.

Afirmando essa desigualdade como condição natural de cada ser, formulou Platão ([19], p. 135) citado por Bedin (2002, p. 25,):

> [...] cidadãos [...] sois todos irmãos, porém, os deuses vos formaram de maneira diversa. Alguns dentre vós têm poder de mando, e em sua composição fizeram eles entrar ouro, motivo pelo qual valem mais do que ninguém; a outros fizeram de prata, para serem auxiliares; outros ainda, que se destinam a serem lavradores e artesões, foram compostos de ferro e bronze...

A igualdade no conceito platônico consiste em fazer a correspondência entre o que se deve dar a cada é o que lhe convém, a chamada justiça comutativa, relação que se dá não só entre os particulares, mas entre esses e o Estado, confirmando a desigualdade existente, mas sustentando que é uma das maneiras de fazer justiça.

Salgado (1986, p. 2, grifo do autor) baseado na teoria platônica, sustenta que:

> Platão ensinou que se deve *dar a cada um o que lhe convém*, não somente nas relações entre particulares (justiça comutativa), mas sim no plano do Estado. Esse *dar a cada um o que é seu*, no Estado platônico, seria fazer corresponder a função que cada um possa exercer no Estado, com suas aptidões particulares, com as virtudes características que definem os três tipos cidadãos: sabedoria (filósofos), temperança (comerciantes e artesãos) e coragem (militares). O mal do estado, a injustiça, se concretiza na ambição que faz com que um indivíduo procure alçar-se acima das aptidões de sua classe. A **justiça** consiste na harmonia entre as três virtudes da alma, ou seja, no que diz respeito ao Estado, na harmonia das classes que o estruturam. A música ilustra a **justiça**, porque ela se produz pela combinação harmônica dos sons.

Projeta-se, assim, a ideia de igualdade e a produção da justiça. Essa ideia prosperou por muitos anos, entre diversos povos, chegando até a Revolução Francesa. A igreja também aderiu a esse

pensamento, na medida em que até mesmo a Vossa Santidade, o Papa, no final do século VI, defendeu a tese de que existiria uma desigualdade na ordem celestial, ou seja, seres superiores e inferiores (BEDIN, 2002).

Diante dessa breve explanação, pode-se entender a importância das Declarações existentes pelo mundo, em que se reitera em todos os termos e atos, a existência de igualdade entre os homens, sem qualquer distinção, em que pese alguns filósofos sustentem que:

> a igualdade não significa igualdade de direitos, que continuam desiguais (propriedade e pessoas: patrão-empregado); trata-se da igualdade em igualdade de acordo com o Direito, ou seja, as normas jurídicas serão válidas para todos, porque foram estabelecidas por todos" (SALGADO, 1986, p. 2, grifo nosso).

Voltando para um foco mais constitucional, está elencado em nossa Carta Magna dentre os direitos e garantias fundamentais, o princípio da igualdade, o qual é mencionado no art. 5º, *caput* e inciso I, da CF/88, o qual dispõe que todos são iguais perante a lei, vedando desde já qualquer tipo de diferenciação com o intuito de criar desigualdades.

> 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. (BRASIL, 2011, p. 2)

Esse princípio veda o tratamento jurídico diferenciado entre as pessoas sob o mesmo pressuposto fático, bem como o tratamento isonômico às pessoas que se encontram sob pressupostos fáticos diferentes. A lição de Rui Barbosa (1997, p. 26) é muito esclarecedora. Veja:

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Constata-se que esta regra é tão antiga quanto a existência humana, por isso, o tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades é muito importante para a aproximação entre os gêneros.

Seguindo uma linha Aristotélica, Maria Berenice Dias (2002) afirma:

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

Há também que ressaltar os princípios fundamentais da República Federativa, dispostos no art. 3º, incisos III e IV da referida Constituição (BRASIL, 2011, p.1, grifo nosso), *in verbis:*

> **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> [...]
> **III -** erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais;**
> **IV -** promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

Com isso, demonstra-se mais uma vez a conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que revelam a sua importância para a consecução das finalidades do Estado, haja vista que a norma constitucional está impregnada de valores principiológicos voltados ao respeito às diferenças para promover a igualização, desde que atendidas certas condições.

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 34) define o princípio:

> A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

O referido autor (1999, p. 35) explica que:

> O princípio da igualdade constitucional tem outro prisma: tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. Se isto for feito, estaremos observando o princípio da igualdade. Portanto, naquilo que há uma desigualdade entre partes, seja biológica, seja social, é preciso restabelecer o ponto de equilíbrio.

Claro está que o ponto de partida é necessariamente o de assegurar que todos sejam tratados de forma que as diferenças não sirvam como argumento para discriminar, enfim, esvaziar o real sentido da inserção deste princípio como núcleo fundante do Estado Democrático de Direito, mas para aproximar os desiguais, amenizando as diferenças.

Assim, numa análise mais conceitual pode-se afirmar que a "igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, com os mesmos direitos e obrigações, e desigualmente os desiguais" (PINHO, 2005, p. 97).

Deve-se ressaltar que o tratamento desigual que se refere o autor, não é inconstitucional, pois busca a diminuição das diferenças

existentes entre as pessoas de uma mesma sociedade contribuindo de algum modo para a sua inserção social.

2 As ações afirmativas e o sistema de cotas com instrumento de inclusão social

Antes mesmo de nos fixarmos no tema das ações afirmativas e do sistema de cotas por ela defendido, destaca-se que essa teoria tem sua sustentação na teoria dos "*Separate but equal*, que vigorou durante muito tempo nos Estados Unidos e consistia na separação (*separate*) de brancos e negros, doutrina implantada nos Estados Unidos nos anos de 1856-1954[4], porém assegurando uma prestação de serviços idênticos (*equal*)." (LENZA, 2011, p. 753).

Ora, o que se observa é que a diferenciação por cor, ou seja, a discriminação é uma realidade histórica que perpassa todos os países e no Brasil não é diferente. Porém, entendemos que, se por um lado, as ações afirmativas atuam como fator de inclusão, por outro acentua as diferenças e gera a desigualdade.

Mesmo que a inclusão social ocorra por meio de políticas públicas e por meio de medidas sociais que possibilitem a inserção dos afrodescendentes nas universidades e no mercado de trabalho, ainda assim, a igualização dar-se-á em um compasso menor que o esperado pelos beneficiados.

2.1 Políticas públicas de inclusão social

É fácil lembrar-se do passado brasileiro, marcado pela escravidão dos negros, o difícilé vislumbrar que nesse período, era o soberano que aprisionava essa raça, reprimindo sua cultura, sua miscigenação, sua liberdade para o mundo. Desde então, é o poder que limita o espaço e as ações, desautorizando e criando pré-

---

[4] Doutrina "*separate but equal*" – Segundo André Tavares Ramos (2007, p. 534), "O período conhecido como Doutrina "*Separate but equal*" (1896-1954) demonstrou a força da discriminação na sociedade americana. Como se traduz do próprio nome, essa doutrina aceitava a separação, o isolacionismo das raças, porém, com a imposição de que os serviços prestados a cada uma seriam os mesmos, é dizer que os serviços prestados à raça negra deveriam possuir a mesma qualidade daqueles prestados à raça branca."

conceitos, com o intuito de fazer diferenciações que poderiam ser evitadas de alguma maneira.

Nesse sentido, surge a necessidade de criar políticas públicas para inclusão social, como forma de promover a cidadania no país. Diante de tantas situações alarmantes, nossos governantes buscam soluções aos problemas sociais por eles criados ao longo de séculos, fazendo com que deste modo determinados grupos da população recuperem parte de seus direitos alienados pelo poder soberano.

Para melhor elucidar o conceito de políticas públicas, cita-se Brenner Lopes e Jefferson Ney Amaral (2008, p. 5-6):

> Para atingir resultados em diversas áreas e promover o bem-estar da sociedade, os governos se utilizam das Políticas Públicas que podem ser definidas da seguinte forma: "[...] Políticas Públicas são um conjunto de ações e decisões do governo, voltadas para a solução (ou não) de problemas da sociedade [...]."
> Dito de outra maneira, as Políticas Públicas são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público. [...]

Sendo assim, o Estado procura cumprir seu papel de gerenciador da sociedade, a fim de amenizar e/ou erradicar as diferenças sociais, através dessas políticas públicas, pois não há condições estruturais, muito menos financeiras para que se resolvam certos problemas arraigados no país.

Com isso, dentro do campo da educação, especificamente, no ensino superior surgiram às cotas raciais à classe social "menos" favorecida, como forma de inclusão social, pois se acredita que esta parcela da sociedade não possui condições de subsistir dentro de um mercado competitivo sem que haja uma "facilitação" a sua entrada, tendo em vista que esses carecem de condições face ao seu histórico no Brasil e no mundo.

A implantação do Sistema de Cotas não vai de forma alguma diminuir a distância existente entre brancos e negros, entre pobres e ricos, muito pelo contrário, vai acentuar as diferenças existentes.

Para os adeptos desta linha de pensamento não é uma lei, ou medidas sociais compensatórias, como as ações afirmativas, que mudarão o rumo da história. É preciso muito mais que as ações compensatórias. Se por um lado, a reserva de vagas para afrodescendentes nas universidades cria oportunidades de inserção social, por outro mostra-nos a verdadeira face do nosso Brasil: redimir-se por discriminar as pessoas pela cor e fazerem deles seus escravos.

Sem sombra de dúvida, que essa política de cotas já é a lavratura de uma nova história quando se refere à discriminação, mas sabe-se que não é apenas isto que vai possibilitar que a sociedade abra oportunidades de emprego, acesso as universidades, aos cargos públicos, entre outros para os afrodescendentes.

As diferenças sociais criadas ao longo de anos na sociedade brasileira fez com que fosse necessária a criação de políticas públicas, a fim de promover a igualdade social entre todos os cidadãos, fornecendo-lhes as mesmas condições e considerações. Portanto, no que diz respeito a essa promoção da igualdade material, a Constituição Federal de 1988 trouxe em sua norma legal disposições quanto à criminalização da discriminação nas suas mais variadas formas e o dever de tratar os desiguais de forma desigual.

Nesse diapasão, Hédio Silva Júnior (2003, p. 103-104) fez suas considerações:

> Expressando inédito reconhecimento jurídico-institucional da gravidade problemática da discriminação nos mais diversos quadrantes do convívio em sociedade, a Constituição de 1988, refletindo a pressão das entidades populares (Silva, 1997) no processo constituinte, consagrou um amplo leque de enunciados destinados à repressão da discriminação e à promoção da igualdade de oportunidade e tratamento.

Com isso, firmou-se em nosso ordenamento jurídico a legalidade das Discriminações Positivas, ou também conhecidas como Ações Afirmativas, as quais buscam trazer a igualdade formal

para o mundo real, deixando o lado fático de lado, pois existe a necessidade de fomentar a igualdade.

Para melhor entendimento desse mecanismo, cita-se Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2003, p. 90):

> As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Assim, pode-se ter as Ações Afirmativas como forma de exteriorização do princípio da igualdade, proporcionando uma nova perspectiva de vida aos indivíduos que se encontram fora do sistema social do país, tomando como base os princípios fundamentais enunciados na Carta Magna. Deste modo, busca-se a igualdade entre os homens enquanto detentores de direitos.

Cita-se Roberta Fragoso Menezes Kaufmann (2007, p. 220, sic), a qual conceitua as ações positivas:

> [...] instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social. Procura-se, com tais programas positivos, promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, uma vez que concederia espaços relevantes para que as minorias participassem da comunidade.
> Com a adoção das medidas afirmativas, objetiva-se fomentar a participação dos entes discriminados em áreas em que dificilmente conseguiriam ter acesso.

Claras são as explicações acima fornecidas, no intuito de deixar o leitor a par do tema, bem como esclarecer o objeto ao qual é destinada e que se discute nesse artigo.

Outro ponto relevante diz respeito ao prazo de duração dessas ações que objetivam a efetivação da igualdade. Implementadas, essas políticas públicas tem sua validade perdurada até que se evidencie a concretização dos seus fins, devendo ser desde então suprimidas, para que não venham a causar novas desigualdades ao outro lado da sociedade.

Nas palavras de Kaufmann (2007, p. 221, grifo do autor):

> É importante destacar que a adoção de políticas afirmativas deve ter um prazo de duração, até serem sanados ou minimizados os efeitos do preconceito e da discriminação sofridos pelas minorias desfavorecidas. Se as ações afirmativas visam estabelecer um equilíbrio na representação das categorias nas mais diversas áreas da sociedade, quando os objetivos forem finalmente atingidos, tais políticas devem ser extintas, sob pena de maltratarem a necessidade de um tratamento equânime entre as pessoas, por estabelecerem distinções não mais devidas. A prática de programas positivos de forma ilimitada terminaria por ser delimitada pelo subprincípio da *proibição do excesso,* previsto no princípio da proporcionalidade.

Observa-se que tais medidas praticadas pelos governantes e universidades têm colaborado para a inclusão dos negros no ensino superior, ou seja, resta cumprido seu objetivo de proporcionar aos "menos favorecidos" a devida inclusão social, promovendo a devida igualdade material entre a classe dos afrodescendentes.

Através das políticas públicas enunciadas como Ações Afirmativas, fora posto em prática o sistema de cotas raciais em algumas universidades brasileiras, a fim de viabilizar o acesso dos desfavorecidos, neste caso, os afrodescendentes, os quais entendem necessitarem deste "benefício", haja vista sua segregação histórica no mundo.

Seguindo o caminho das ações afirmativas, pois oriundo delas, o sistema de cotas busca oportunizar aos negros o acesso ao ensino de nível superior, com a devida reserva de vagas quando da realização do vestibular, meio pelo qual é feita a seleção dos universitários que ingressarão nas universidades do país.

Consideraçoes finais

Constata-se que são os direitos fundamentais que formam a base da Constituição Federal, norteando-a para à aplicação de suas normas, pois, ao contrário disso, ter-se-ia

apenas enunciados no texto legal.

No que tange a estes direitos, é inegável que transcendem a Constituição, pois não surgem de uma norma anterior, mas sim, são intrínsecos ao homem enquanto pessoa humana digna desses.

Nessa linha de reflexão, conclui-se que foi introduzido o princípio da igualdade o qual vem garantir seja formal ou materialmente os direitos inerentes de cada pessoa, inclusive a dignidade da pessoa humana. O referido princípio busca através do texto constitucional amparar todos os que a ele estão submetidos, proporcionando uma igualdade real, a qual somente se materializa no presente caso em estudo, através das políticas públicas.

As políticas públicas tem o objetivo de atacar as desigualdades sociais, com o intuito de tratar de forma desigual os desiguais, não podendo ultrapassar a proporcionalidade quando postas em prática, haja vista que se assim ocorrer irá desrespeitar o direito alheio e inviolável.

Contudo, se conclui, da importância de uma análise cautelosa quanto à aplicação das ações afirmativas em nosso ordenamento jurídico contemporâneo, pois a sociedade depara-se com um sistema de cotas a ser introduzido nas leis brasileiras, estipulando quais cidadãos possuem direito ao ingresso nas universidades com reserva legal de vagas, usando como critério a cor da pele. Sabe-se o

quanto nosso país é miscigenado, então, como se valer da "raça" para definir um direito perante essa situação?

Deve-se considerar o fator racial como medida de igualdade? Não é uma utopia? O nosso sistema educacional é insuficiente, ineficiente e desconectado da realidade, além de que as condições de vida dos brasileiros são precárias e muitas vezes indigna. Como afirmar que somente os negros sofrem? Não há como delimitar o direito de acesso ao ensino superior com o privilégio de reserva de vagas somente aos afrodescendentes. Deve-se olhar ao redor e enxergar as verdadeiras dificuldades existentes no país, as quais atingem toda a sociedade, o que nos leva a uma crise social e não racial.

Por essas considerações é que se constata-se, por fim, que o sistema de cotas para as universidades é um mecanismo que tanto pode servir para a inclusão ou para exclusão social, pois se o Estado cumprisse o seu papel de manter a estrutura da sociedade dentro dos moldes exemplificativos da Constituição Federal, a fim de garantir a todos os cidadãos seus direitos, sem distinção de raça, cor, sexo ou religião, certamente, as cotas raciais seriam desnecessárias.

Referências

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em 17 de abril de 2011.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. 3 ed. rev. e ampl. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/store/legislacao/constituicao/crfb.pdf>. Acesso em: 12 de abril de 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2 ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Ações Afirmativas**. Mundo Jurídico, junho de 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=357>. Acesso em: 25 de agosto de 2011.

DURHAM, Eunice Ribeiro. **Desigualdade educacional e cotas para negros nas universidades**. 2003. Disponível em: <http://portal.cjf.jus.br/cjf/banco-de-conteudos-1/seminario-virtual-sistema-de-cotas-desigualdade/at_download/upload>. Acesso em: 01 de outubro de 2011.

_____. **Cotas Raciais: é essa a solução?** 2006. Disponível em: <www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp43art11.pdf>. Acesso em: 07 de outubro de 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa: SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva.** Disponível em: <http://w3.ufsm.br/afirme/ARTIGOS/variados/var02.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2011.

JÚNIOR, Hédio Silva. **Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica** / organização, Petronilha Beatriz Gonçalves e Silva e Valter Roberto Silvério. – Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Brenner; AMARAL, Jefferson Ney. **Políticas Públicas: conceitos e práticas** / supervisão por Brenner Lopes e Jefferson Ney Amaral; coordenação de Ricardo Wahrendorff Caldas – Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Principio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral Constituição e Direitos Fundamentais**. Vol. 17, 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. I**gualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia**. Julho – Dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32745/public/32745-40386-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2011.

SALGADO, Carlos Joaquim. **A Idéia de justiça em Kant**(sic). Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais:** proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Desdobramentos da norma constitucional da autonomia universitária.** In: Cadernos de Direito Constitucional e Internacional, v. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Bibliografia: 193-8.

_____. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

11

A mediação como alternativa adequada no tratamento de conflitos: uma forma de efetivação da cidadania

Flávia Holz Angst[1]
Fabíola Thiele[2]

1 Introdução

A vida em sociedade diversas vezes se depara com inúmeros litígios e para serem resolvidos é que se recorre à figura do Estado, pois, ao proibir a autotutela, dirige para si a exclusividade da prestação jurisdicional, por meio do órgão do Poder Judiciário, o qual é responsável pela pacificação social, encarregado de dirimir os conflitos.

Diante disso, o judiciário enfrenta a problemática na prestação jurisdicional, por estar sobrecarregado de demandas, motivo pelo qual se faz necessário a busca por métodos alternativos de tratamento dos conflitos, propondo um paradigma voltado para o consenso.

Surge então, a mediação, como uma possibilidade mais adequada no tratamento dos conflitos da sociedade atual, que são cada vez mais complexos. Sua principal finalidade é fazer com que

[1] Acadêmica do curso de Direito na Faculdade CNEC Santo Ângelo. E-mail: angstf@ymail.com

[2] Acadêmica do curso de Direito na Faculdade CNEC Santo Ângelo. E-mail: fabiolathiele@hotmail.com

as partes envolvidas em uma controvérsia consigam chegar a uma solução para o litígio, mediante práticas e diálogos, pelas quais proporcionam a chegar a um consenso, através da atuação de um terceiro imparcial, que se encontra entre as partes e auxilia os participantes a tratar da situação, não tendo ele poder de decisão.

Esse método propicia um equilíbrio, pois o terceiro, ou seja, o mediador, auxilia as partes que se encontram em conflito a chegarem a uma situação aceitável por meio do diálogo e restabelecerem uma possível continuidade da relação.

Assim, enquanto a jurisdição dá uma conclusão a partir de regras para o litígio, a mediação faz com que os conflitantes de coloquem lado a lado para decidir o melhor tratamento para a resolução do conflito, trazendo autonomia para as partes e responsabilidade pelos resultados obtidos.

Desta maneira, a mediação como prática de solução de conflitos é uma forma mais célere e eficaz no tratamento de conflitos, que busca solucionar o litígio de forma consensual, participativa e preocupada com as consequências emocionais e das relações, apresentando-se como forma de alcançar a justiça, promover a autonomia e trazer os valores da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

2 O conflito: histórico e caracterização

O ser humano é um ser sociável, pois, conforme aduz Battista Mondin (1986) tem “a propensão para viver junto com os outros e comunicar-se com eles, torná-los participantes das próprias experiências e dos próprios desejos, conviver com eles as mesmas emoções e os mesmos bens”. (p.154)

É na vida em sociedade que as pessoas se inserem nas relações humanas intersubjetivas. Assim, segundo Nicola Abbganano (2000), a sociedade é definida como o “campo da relação intersubjetivas, ou seja, das relações humanas de comunicação”, também como “a totalidade dos indivíduos entre os quais ocorrem

essas relações" e "um grupo de indivíduos entre os quais essas relações ocorrem em alguma forma condicionada ou determinada". (p. 912)

As relações da sociedade nem sempre são de completa harmonia, as quais experimentam conflitos em determinados momentos. De acordo com Fabiana Marion Spengler (2010), o conflito rompe a resistência da outra pessoa, pois se constitui do confronto de duas vontades, uma tentando dominar a outra com a expectativa de lhe impor a solução, sendo assim, um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra. Dessa forma, o conflito se revela uma forma de ter razão independentemente de argumentos racionais, entretanto, percebe-se que o conflito não se reduz ao simples fato de uma confrontação de vontades, ideias e interesses, sendo assim, um processo mais amplo em que os antagonistas se tratam como inimigos ou adversários.

Na medida em que tratarmos de conflitos, poderemos facilmente perceber que toda relação interpessoal onde há duas ou mais pessoas com ideais distintos, poderá acarretar desacordos e desavenças por se tratar de opiniões ou atitudes divergentes, onde cada parte tem o seu interesse.

Assim, percebe-se que o conflito é inerente as relações humanas, pois surge de ideias e atitudes divergentes, que trazem um confronto entre dois ou mais seres, manifestando uma oposição que gera muitas vezes o ódio e inimizade entre as pessoas.

No entanto, as pessoas possuem dificuldade em entender o conflito como algo positivo. Em nossas relações é improvável que sempre haja o consenso. Isso porque há diversidade de pensamentos, crenças, ideais, sendo cada pessoa possuidora de um caráter único. Por mais próximas que forem sempre haverá algum momento em que o conflito desapontará. O indivíduo não alcança a unidade de sua personalidade apenas com a harmonização exaustiva, ou seja, com as mesmas normas lógicas, objetivas, religiosas ou éticas, dos conteúdos da sua personalidade. A

contradição e o conflito não só predominam nessa unidade como também operam em cada momento de sua existência. Em cada unidade social existem correntes divergentes e convergentes que são entrelaçadas e dessa forma que se forma a união entre os seres. (SPENGLER, 2008).

Segundo Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008), o conflito entre as pessoas compreende três elementos: a relação interpessoal, na qual o conflito pressupõe em pelo menos duas pessoas em relacionamento, com suas respectivas percepções, valores, sentimentos, crenças e expectativas e que, ao lidar com o conflito entre elas, não se deve desconsiderar a psicologia da relação interpessoal, sendo que a qualidade da comunicação é a circunstância facilitadora da condução do conflito; o problema objetivo, em que o conflito interpessoal possui razão concreta, material, e que essa materialidade pode expressar condições estruturais, interesses ou necessidades que se contrariam e, por último, o trama ou processo, que expressa as contradições entre o dissenso na relação interpessoal e as estruturas, interesses ou necessidades contrariados.

Verifica-se, portanto, que os conflitos sempre existiram, mas sua forma de tratamento sofreu modificações ao longo da história, que foram evoluindo de acordo com as necessidades da sociedade.

Nas civilizações primitivas não era o Estado que solucionava os litígios, sendo assim, eram utilizados métodos rudimentares e informais, como o uso da força física (a autotutela); por meio da realização de acordo entre os litigantes, mediante sacrifício total ou parcial de seus interesses (a autocomposição) ou, através da eleição de terceiros de mútua confiança, normalmente sacerdotes ou anciãos, para julgar os conflitos, que seria a heretocomposição ou arbitragem. (PANTOJA; ALMEIDA, 2016). Os conflitos eram resolvidos pelos próprios envolvidos, isto é, com as próprias mãos, e assim as decisões eram por meio do uso da força.

Fernanda Tartuce (2008) aduz que pela “autotutela (ou autodefesa), o contendor resolve o conflito por sua própria força,

agindo de per si para obter uma posição de vantagem em relação à situação desejada", além disso, "costuma ser mau vista por trazer em si a ideia de violência e por ser reputada um resquício de justiça privada" (p.37).

A heterocomposição ou arbitragem foi utilizada mais tarde, como uma solução mais amistosa em que era atribuído a um terceiro, normalmente sacerdotes, por acreditarem que estavam ligados a divindade e por isso teriam a solução mais correta, para resolver os conflitos.

Na Grécia antiga, cerca de 3.000 a.C, também existiram soluções pacíficas de litígios por meio da arbitragem. Existiam deuses comuns nas sociedades e isso inseriu valores comunitários para as sociedades. A arbitragem podia ser notada tanto na esfera privada como entre as cidades gregas e os juízes arbitrais eram escolhidos pelas partes, podendo ser tanto um magistrado como um rei ou homem público.

Na Idade Média era confiado ao Papa o poder de decidir sobre os litígios, que atuavam não apenas como árbitros, mas também como conciliadores e mediadores, e colaboravam em questões políticas e também familiares, em matéria de tutela ou de partilha. Também havia possibilidade de mediação nos negócios entre particulares, assim, utilizavam um terceiro que expunha uma decisão, porém, tal decisão não era obrigatória para as partes.

Mais tarde, houve a estruturação do Estado, que então, passou para si o poder de administrar, legislar e julgar, logo, de dirimir os conflitos existentes na sociedade, sendo então, a figura a quem se recorre quando surge algum litígio até os dias atuais.

Assim, proibiu-se como regra a autotutela, e passa o Estado a assumir com exclusividade a prestação jurisdicional, por meio do Poder Judiciário, órgão responsável pela atividade jurisdicional, promovida por meio do processo judicial, na intervenção de um terceiro não interessado, o juiz, em um conflito entre duas ou mais partes, impondo-lhes uma decisão conforme as leis vigentes.

No entanto, com o tempo, fez-se necessário a busca por mecanismos, ou seja, meios de solução de conflitos, que não pelo processo judicial. Essas formas cooperam com o Poder Judiciário, pois, apesar de dispensarem o processo judicial, possuem previsão no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). Dessa forma, verifica-se que houve a inserção da solução consensual de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro dentro da disposição do Poder Judiciário.

3 A mediação como forma de tratamento de conflito

O acesso à justiça é um direito fundamental dos cidadãos, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, a qual dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito", porém, em vista a sobrecarga de processos na via judicial, assim como os aspectos burocráticos, percebe-se a morosidade no andamento dos processos, motivo pelo qual exige uma postura diferente da forma processual tradicional, introduzindo mecanismos jurídicos que permitam a agilização dos procedimentos de solução dos conflitos, para corresponder a garantia da razoável duração do processo e para resolver os litígios de forma mais célere e eficaz.

De acordo com Spengler (2011), a sociedade atual requer um novo modelo jurisdicional, pois se encontra diante da ineficiência das tradicionais formas de tratamento de conflitos existentes. A função jurisdicional já não oferece respostas aos conflitos existentes na sociedade atual, da mesma maneira, os métodos e os conteúdos utilizados para responder aos litígios não encontram adequação entre a complexidade das demandas, os sujeitos envolvidos e o instrumental jurídico a ser utilizado. Por esse motivo, surge a busca de outras formas de tratamento de conflitos, propondo um modelo assentado numa perspectiva voltada para o consenso.

Assim, surge como forma mais adequada de tratamento de conflitos, a mediação, que tem como base resolver o conflito de

forma célere e eficaz, a fim de preservar o vínculo futuro entre os agentes. Torna-se então, uma importante ferramenta de pacificação social, capaz também de auxiliar o Poder Judiciário, já exacerbado de causas, que mesmo com todo esforço, seus órgãos não suprem com a demanda.

Carlos Eduardo Vaconcelos (2008) conceitua a mediação como

> "um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador - que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo" (p. 36).

O terceiro que interfere na mediação é denominado mediador, que envolverá as partes em uma oratória com o principal objetivo de auxiliar a chegarem voluntariamente em um acordo com relação ao motivo pelo qual litigaram. Dito de outra forma se trata de um sujeito neutro e imparcial, sem poder autoritário que apenas ministra a discussão de maneira que os agentes reconheçam livremente sua parte no problema, através da comunicação.

Assim, cabe, portanto, ao mediador colaborar com os mediandos, que são as partes envolvidas no litígio, para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns. (VASCONCELOS, 2008).

Nesse sentido, Luis Alberto Warat (2004) ensina que a mediação

> "não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de uni acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram uni choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas

> envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa". (p. 60).

O método é visto como um processo de reconstrução simbólica do conflito, em que as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando o litígio com o auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que possam encontrar caminhos de resolução, sem que o mediador participe ou intervenha nas decisões. (WARAT, 1999).

A função da mediação é responsabilizar as partes pela solução do litígio que os une a partir da uma ética da alteridade e encontrar, com o auxílio de um mediador, uma garantia de êxito, diminuindo as divergências, compreendendo as emoções reprimidas e procurando um consenso que atenda aos interesses das partes e conduza à paz social. (SPENGLER, 2010).

Nesse sentido, segundo Warat (1999), a mediação é uma forma "ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal" (p. 5).

Na mediação, busca-se de maneira objetiva o reestabelecimento do vínculo entre os mediados, de modo que, o objetivo da mediação não se torna absolutamente satisfatório se isto não ocorre.

Diante disso, Morais e Spengler (2012) destacam as principais características da mediação, sendo elas: a) a privacidade, onde o processo é desenvolvido de forma secreta, só sendo divulgado se as partes consentirem; b) economia financeira e de tempo, pois sabemos que quanto mais demorado o processo mais há o encargo de dinheiro em cima disto, com despesas processuais, honorários advocatícios, entre outros gastos, e quanto mais céleres o processo, menos custos ele terá; c) oralidade, tratando-se de um processo informal, as partes podem debater livremente acerca do assunto que lhes envolvem; d) reaproximação das partes, diferentemente da

jurisdição tradicional, o instituto da mediação visa reestabelecer a conexão entre as partes, trabalhando para resolver as pendencias através do consenso entre os envolvidos; e) autonomia das decisões, onde compete, apenas, ás partes estabelecer o que for melhor para elas, sem interferência do mediador ou do órgão judiciário.

Para a promoção do tratamento do conflito, Lília Maia de Morais Sales (2004) aponta que é possível empregar duas maneiras de mediação: a mandatória e a voluntária. A voluntária tem início por iniciativa das partes, que acordam em entrar com este tipo de procedimento. Tendo o consentimento de todos os envolvidos e sem que qualquer destes tenha imposto aos demais. Já a espécie mandatória inicia-se por meio do Juiz, cumprindo determinação legal ou por cláusula contratual não cumprida, previamente estipulada no contrato.

Além disso, Sales (2004) cita os principais objetivos da mediação, sendo o primeiro, a solução de conflitos, como o objetivo mais claro da mediação, pois, a comunicação e consequente participação dos indivíduos na resolução de conflitos são indispensáveis para o alcance do acordo adequado; o segundo, a prevenção de conflitos, pois evita a má administração do problema e procura o tratamento dos conflitos, possibilitando o encontro e a solução real do conflito; o terceiro, a inclusão social, visto que com o auxílio do mediador as partes encontram solução para seus problemas, possibilitando maior reflexão dos direitos e deveres, daí a maior participação dos indivíduos nas questões sociais; o quarto e último, a paz social, dado que a mediação existe para resolver conflitos e preveni-los, incluindo, os indivíduos na participação política do Estado e possibilitando o alcance da paz social.

Independentemente da forma que se inicia o procedimento da mediação, o mesmo deverá ser analisado de modo técnico, pois não existe um modelo específico de procedimento. Esse processo varia de acordo com a matéria a ser mediada, com a maneira como as partes se portam, com as habilidades do mediador e de sua formação

e com outros fatores externos que podem interferir no andamento da mediação.

Segundo John M. Haynes e Marilene Marodin (1996) há maneiras de expor e realizar o tratamento do conflito, dentre as quais se cita: a) identificar o conflito: as partes conflitantes quando não identificam o problema, recebem ajuda do mediador. b) escolher o método: quando as partes acordam em resolver o problema, basta decidir que o meio mais adequado é a mediação. c) selecionar o mediador. d) reunir os dados: responsável pelo mediador, a coleta de dados deve ser precisa e objetiva. e) definir o problema: nessa parte do andamento é importante não definir benefício sobre uma das partes. f) desenvolver as opções, sendo elas mútuas. g) redefinir posições, onde as partes devem selecionar seus verdadeiros interesses. h) barganhar, neste estágio há a negociação para chegar à um consenso final. i) redigir o acordo finalizasse o procedimento e encaminha-se judicialmente para que seja homologado pela autoridade competente, atingindo o principal objetivo da mediação.

Diante do explicitado, a mediação surge como um espaço democrático, uma vez que, ao invés de a figura resolutiva do problema se encontrar em espaço superior as partes, o mediador se encontra lado a lado, num espaço comum e participativo, voltado para o diálogo e consenso. Segundo Spengler e Morais (2012), "isso se dá porque a mediação não é uma ciência, mas uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para trata-lo" (p.147). Consequentemente, a mediação desencadeia um paradoxo, pois diz ao juiz que não desenvolva um papel que disseram ser o seu, e o mesmo deixa de decidir e propor uma decisão ao litígio.

Mesmo tendo inúmeras características relevantes para o Direito, a mediação não deixa de ser alvo de críticas para alguns juristas. A principal crítica se concentra no fato dela não impor sanção, mas sim uma resolução do conflito, não trazendo a devida

segurança de que o procedimento de fato resolveu o problema e não trazendo certezas jurídicas.

Acontece que a momentânea "aceitação social da mediação enquanto técnica não correspondeu às expectativas de dispensabilidade teórica, de modo que, atualmente, as maiores dificuldades e resistências não são de natureza exclusivamente técnica, mas ideológica." Dessa forma, havia dúvida de que o Direito e a mediação pudessem conviver lado a lado, pacificamente, pois possuem valões, que interagem estruturando-se mutuamente. Além disso, aponta-se a introdução da mediação no sistema jurisdicional como risco de se configurar como mero instrumento a serviço de um sistema judiciário em crise, mais do que a paz social. (MORAIS; SPENGLER, p. 151, 2012).

No entanto, as circunstâncias apontam para a utilização da mediação como complemento da atividade jurisdicional especialmente quando verificada a inadequação de certas estruturas tradicionais para o tratamento dos conflitos de massas no que tange à questão dos interesses transindividuais; o crescimento do contencioso (excesso de demandas), e na busca por uma justiça mais comunitária, fundada sobre o consenso e não sobre a sanção. (MORAIS; SPENGLER, 2012).

4 A mediação como forma de efetivação da cidadania

O conceito de cidadania é compreendido como a qualidade ou condição de cidadão (LUFT, 2001) e o exercício de direitos e deveres civis estabelecidos na ordem social. Por cidadão, entende-se serem os indivíduos que possuem e exercem os direitos legalmente garantidos.

Segundo Rogério Gesta Leal (2006), "ser cidadão, no âmbito principal da Constituição brasileira de 1988, não tem a ver fundamentalmente com os direitos reconhecidos pelos aparelhos estatais, pelo fato de que esta cidadania localiza-se em um território determinado", mas, principalmente, diz respeito às "práticas sociais

e culturais que dão sentido de pertencimento desta cidadania com o seu espaço e tempo" e, além disso, "fazem com que se sintam diferentes, os que possuem uma mesma língua, formas semelhantes de organização e de satisfação das necessidades" (p. 60).

A partir desse entendimento, ligada à ideia de pertencimento social, no qual efetiva a cidadania, a mediação como forma de tratamento de conflitos traz um novo espaço de inclusão social, com a promoção de direitos, a busca da paz social e a satisfação da tutela jurisdicional quando ligada ao campo processual.

Nesse mesmo entendimento, leciona Marli Marlene M. da Costa e Charlise Paula Colet que:

> "o exercício da cidadania plena requer a construção de uma sociedade justa, igualitária e pacífica, a qual permita a participação de todos, no exercício e respeito ao poder pessoal de cada indivíduo em sua relação com o outro, motivo pelo qual a prática de um modelo restaurativo privilegia os valores humanos comuns a todos, de modo a focalizar o ser humano em todas as suas dimensões" (p. 92).

Assim, Fabiana Marion Spengler (2010) aduz que a "mediação surge como espaço democrático, uma vez que trabalha com a figura do mediador que, ao invés de se posicionar em local superior as partes, se coloca no meio delas", dessa forma, "partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção de um consenso num pertencer comum". Isso tudo ocorre, pois "a mediação não é uma ciência, mas uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para discuti-lo" (p. 320).

O procedimento da mediação faz com que as partes tratem dos conflitos de forma autônoma, por meio do diálogo, buscando o reestabelecimento da comunicação rompida para atingir o consenso e o entendimento mútuo. Dessa forma, a relação se dá de forma continuada, em que as partes já possuíam um vínculo anterior, que foi rompido por meio do litígio e, com o procedimento da mediação,

busca-se não apenas resolver o litígio, mas também reaproximar as partes envolvidas.

Com ela buscam-se soluções consensuais, reaproximando as partes, valendo-se da oitiva das mesmas. Ou seja, encontra-se o desfecho do caso pela própria vontade das partes, sem imposição e com liberdade para expor seus pontos de vista e chegar a uma nova percepção do litígio.

Nesse sentido é que na mediação apresenta-se o princípio da não competitividade, pois em seu procedimento

> tenta-se ajudar as partes a atuar em colaboração na busca de alternativas que beneficiem, na medida do possível, a todas as partes, um olhando o outro, não como um adversário que tem que ser destruído ou vencido, mas como uma pessoa que, como ele, está disposto a procurar a melhor forma de enfrentar e resolver o problema. Trata-se de negociação com o outro (WARAT, p. 99, 1999).

Assim, a mediação como forma de tratamento de conflitos se concentra na criação de regras de compartilhamento de convivência mútua que vão muito além dos litígios judiciais, trazendo formas de inclusão e de proteção dos direitos fundamentais. Além disso, a mediação está inserida na busca por uma justiça mais próxima, e deve ser formada como meio de tratamento de conflitos não só quantitativamente, mas qualitativamente eficaz, possibilitando às partes a reapropriação do problema, de forma a organizar o "tempo" e as "práticas" do seu tratamento, para que possam responsabilizar-se por tais escolhas e construir os caminhos possíveis. (SPENGLER, 2014).

A mediação propõe um espaço para acolher a desordem social, em que a violência e o conflito possam transformar-se, em que ocorra a reintegração da desordem, o que significa uma verdadeira revolução social que possa refutar o espírito, os usos e os costumes pouco democráticos e autônomos que são impostos aos conflitantes,

sendo sua característica e sua função acolher a desordem. (SPENGLER, 2011).

Dessa forma, Spengler (2011) diz que a mediação "é a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumaçando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídicas", isso, "para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos" (p. 235).

O instrumento da mediação, além de se constituir em um novo paradigma de justiça, mais consensualista, participativo, conciliatório e preocupado com as consequências materiais e emocionais imediatas e da ofensa nas pessoas atingidas, mostra-se como resposta às dificuldades de forma e estrutura sentidas pelo sistema judicial, empregando formas alternativas de realização da justiça e, consequentemente, dos valores de dignidade humana e cidadania plena. (COSTA; COLET, 2011).

Segundo Warat (2004), a mediação pode ser vista como a melhor forma de realização da autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos. Configura-se em um instrumento de exercício da cidadania, "na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomada de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito". Dialogar sobre autonomia, democracia e cidadania, é "ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na proporção da diferença (produção do tempo com o outro)". A autonomia configura-se "numa forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças" que nos possibilita construir identidades culturais, e nos integrarmos no conflito com o outro, com sentimento de pertinência comum. Ainda, uma forma de poder perceber "a responsabilidade que toca a cada

um em um conflito, gerando deveres reparadores e transformadores" (p. 66).

Destarte, a mediação se distingue, pois é um meio capaz de prosperar a cidadania e a justiça, ao passo que torna os cidadãos atuantes, reabrindo a comunicação interrompida, trazendo o empoderamento e autonomia para as partes envolvidas e, além disso, promovendo a pacificação social.

5 Considerações finais

A mediação é uma forma dinâmica no tratamento de conflitos advindos das relações interpessoais, visando uma solução rápida e eficiente, que destoa da definição rigorosa das regras jurídicas, que desperta a participação e liberdade de deliberação das partes, a comunicação e a exposição dos sentimentos. Constata-se também que contribui para a diminuição da violência, pois o conflito não solucionado pode adentrar na esfera da agressão verbal e/ou física e faz com que propicie a continuidade da relação.

Entre vários pontos positivos referentes a essa prática, o que mais se destaca é a efetividade do processo, tendo como base o reconhecimento das partes, buscando o diálogo mútuo e a liberdade que as partes têm de expressarem seus pontos de vistas, em busca do melhor acordo para ambas.

Com a deficiência do Estado em gerir os conflitos sociais, a mediação passa a ter um importante papel na seara judicial, não substituindo ou excluindo o papel do Poder Judiciário, mas com ele cooperando.

Dessa forma, a mediação surge como meio que complementa a atividade jurisdicional e configuram-se na busca pela autonomia, na medida em que faz com que as partes envolvidas deliberem e acordem sobre a melhor forma de resolução do litígio; no exercício da cidadania, tendo em vista que educam e auxiliam na produção de diferenças, na tomada de decisões e na capacidade das partes

autodeterminarem-se na relação com o próximo; na promoção dos direitos humanos; da democracia e da paz social.

Referências

ABBGANANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COSTA, Marli Marlene M.; COLET, Charlise Paula. A aplicabilidade dos mecanismos restaurativos como forma de participação popular e efetivação da cidadania: a solidificação das redes de cooperação e do capital social. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar. **Justiça restaurativa e mediação:** políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijui: Unijuí, 2011.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar.** Tradução de Eni Assunpção e Fabrizio Almeida Marodin. Porto Alegre: ArtTmed, 1996.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade:** novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LUFT, Celso Pedro. Minidicionário Luft. São Paulo: Átila, 2001.

MONDIN, Battista. O homem, quem é ele? São Paulo: Paulinas, 1986.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. Os "métodos" alternativos de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos:** para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. **Retalhos da mediação**. 1.ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

_____. Mediação e Alteridade: a necessidade de "inovações comunicativas" para lidar com a atual (des) ordem conflitiva. In: _____; LUCAS, Doglas Cesar**. Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais.** Ijuí: Unijuí, 2011.

_____. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância? In: _____; LUCAS, Doglas Cesar. **Conflito, jurisdição e Direitos Humanos:** (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: Unijuí, 2008.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo:** A mediação no direito. 2 ed. Argentina: ALMED, 1999.

_____. **Surfando na Pororoca:** O ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

12

Um olhar sobre a resolução alternativa de conflitos por meio da arbitragem e sua aplicação em relação aos contratos da administração pública

Juliana Barbosa de Lima[1]
Eloísa Nair de Andrade Argerich[2]

1 Introdução

Destaca-se, a importância que assume o instituto da arbitragem, na atualidade, haja vista que tem se apresentado como um alternativa positiva para a sociedade na solução de conflitos. Um instituto acessível para todos, porém, não apenas neste sentido, mas por que se consubstancia em um instrumento simples, rápido e menos oneroso para as partes e sem as exigências complexas que os processos judiciais comportam. Não se pode deixar de mencionar que a arbitragem é um método de resolução de conflitos que possui legislação própria, com mais de 21 anos, determinado pela Lei nº 9.307/96, que descreve em seus artigos as disposições gerais sobre

[1] Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). E-mail: juli_blima@hotmail.com.

[2] Mestre em Desenvolvimento pela Unijuí; docente do curso de Direito, componente curricular Direito Constitucional e Administrativo da Unijuí. Professora extensionista do projeto " Cidadania para Todos" do Curso de Direito campus Ijui; Facilitadora da Justiça Restaurativa 21, (JR21) projeto desenvolvido como uma política pública para a construção da paz e fortalecimento de vínculos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Ministério Público. E-mail: argerich@unijui.edu.br.

as suas especificidades, desde a convenção de arbitragem e seus efeitos, dos árbitros e do procedimento arbitral a ser adotado.

Nesse sentido, em várias situações, inclusive nos contratos administrativos, a via jurisdicional vem deixando de ser a primeira opção das partes envolvidas em conflitos, por ser onerosa, tanto do ponto de vista patrimonial quanto moral, devido ao desgaste trazido pelo processo judicial, além de que as partes, pela via judicial, transferem a um terceiro o poder de decisão sobre uma questão que a vida delas diz respeito. Ainda, a demanda judicial no mais das vezes é menos célere, e muitas vezes menos efetiva, se comparada às formas alternativas de resolução de conflitos, dentre elas, a arbitragem sobre a qual trata o presente artigo.

2 Um olhar sobre a arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos.

A arbitragem é um método de resolução de conflito que possui legislação própria, determinado pela Lei nº 9.307/96, que descreve em seus artigos as disposições gerais sobre a arbitragem, desde a convenção de arbitragem e seus efeitos, dos árbitros e do procedimento arbitral a ser adotado.

A arbitragem é tida como um dos métodos alternativos de resolução de conflitos, no entanto, ela é considerada como uma forma heterocompositiva, ou seja, adversarial. A arbitragem diferencia-se de outros métodos porque nela a decisão é dada por um terceiro, chamado de árbitro, que é eleito pelas partes e sua decisão é irrecorrível. De acordo com Barbosa (2003, p. 253) a arbitragem é definida como:

> Meio extrajudicial de resolução de controvérsias no qual as partes outorgam a um terceiro, neutro e imparcial, o poder de decidir de maneira coercitiva problemas já surgidos ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica. Percebe-se portanto, que a arbitragem assemelha-se à decisão judicial, pois em ambos os

> casos um terceiro, seja ele árbitro ou juiz, decide com autoridade acerca de uma controvérsia.

É um método que resolve a lide processual, mas é considerado de certo modo inconveniente no sentido em que ele não aproxima as partes envolvidas, ou seja, não busca resolver a lide sociológica, desta forma, prejudicando as relações sociais de convivência pré-existentes, afastando-se umas das outras.

No entanto, um questionamento se faz necessário. A arbitragem apresenta-se como um meio alternativo de resolução de conflitos apenas na área privada ou pode ser aplicada na área administrativa, na qual o interesse público é indisponível? E, mais, a Lei 9.307/96, não viola a Constituição Federal de 1988, quando no artigo 5º, inciso XXXV estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"? .

Registra-se que a divergência existente entre os doutrinadores e magistrados brasileiros quanto à constitucionalidade da referida Lei, já foi superada. Desde o ano de 2001, quando o Supremo Tribunal Federal, em sede de Agravo Regimental em sentença estrangeira que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da Lei 9.307/96, declarou

> [...] constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito") [...] O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral. SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001 (SE-5206. sic).

Então, superada a questão da constitucionalidade, para um melhor entendimento deste instituto, vale destacar algumas características, de acordo com Fabiana Marion Spengler (2012, p. 223-224):

> a) Ampla liberdade de contratação, já que é estabelecida pelo acordo das partes, que definem o objeto do litígio e podem escolher até mesmo as regras de direito substantivo e objetivo aplicável a ele.
> b) Pode ser usada em qualquer controvérsia que envolva direito patrimonial disponível (contratos em geral, tanto na área civil como comercial).
> c) É considerada como justiça de técnicos, na qual uma vez atendido o pressuposto da capacidade civil, poderão as partes escolher livremente os árbitros a quem confiem para que deem tratamento ao litígio.
> d) Permite ao árbitro disciplinar o procedimento caso não haja convenção das partes neste sentido.
> e) Transforma a sentença arbitral em título executivo judicial, tornando-a, portanto, eficaz como sentença declaratória ou constitutiva.

Observa-se, assim, que a arbitragem é considerada como um método que pode ser aplicado tanto na forma de direito público, quanto de direito privado, considerando as partes envolvidas. "Se de direito público, significa que a arbitragem se dá entre estados; se de direito privado, os envolvidos são particulares; assinale-se que pode ocorrer o tipo misto, no qual a arbitragem acontece entre um estado e um particular." (SPENGLER, 2012, p. 225).

Na arbitragem há procedimentos arbitrais que devem ser observados e seguidos, assim como os princípios que os regem de forma a assegurar garantias como "o princípio da igualdade entre as partes, do contraditório e da ampla defesa, o princípio da imparcialidade do árbitro, do livre convencimento do julgador, todos contidos no princípio fundamental do devido processo legal". (SPENGLER, 2012, p. 233).

A partir do momento em que as partes decidem optar pela arbitragem e seus procedimentos, é necessário que se pense na figura do árbitro que possui um papel importante para o resultado esperado.

Neste aspecto, Spengler (2012, p. 241), descreve o árbitro da seguinte forma:

> O árbitro é toda pessoa maior e capaz que estando investido na confiança das partes é nomeado para tratar de um litígio prolatando uma decisão que o componha de modo que possa permitir a continuidade da relação entre os litigantes após o término do procedimento arbitral.

Uma vez proferida a sentença arbitral, pelo juízo arbitral, de acordo com o descrito no artigo 18 da Lei 9.307/96, esta não fica sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário, pois a mesma torna-se uma modalidade de título executivo judicial.

José Antonio Fichtner (2015, p. 180) descreve a confiabilidade da arbitragem e participação da Administração Pública no processo arbitral:

> A arbitragem comercial, em regra, está associada a conflitos envolvendo partes privadas, cujo objeto normalmente decorre da interpretação ou execução de contratos. A arbitragem, assim, é marcada pela disponibilidade dos direitos e pelo seu caráter patrimonialista. A Lei 9307/96 preferiu não tratar expressamente da arbitragem envolvendo entes públicos, estabelecendo apenas, em seu art. 1º, que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". O ambiente institucional e as doutrina e jurisprudência brasileiras, porém, construíram relevante evolução sobre o tema, passando a defender que, em relação aos atos de gestão, naturalmente disponíveis, a Administração Pública poderia submeter seus conflitos de interesses à solução arbitral.

Na busca pela concretização da aplicação da arbitragem na administração pública direta e indireta e sua atuação como parte deste processo, é que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, uma reformulação da norma que até então estava em vigor, que possibilita a sua aplicação como forma alternativa de resolução de conflitos, possibilitando maior agilidade para determinados tipos de demandas.

Neste cenário, decisões acerca da utilização da arbitragem pela Administração Pública observavam a Súmula *283 do STF que assim determina:*

> Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

Seguindo nesta linha e, por meio de várias discussões doutrinárias e diplomas legais em relação a arbitragem nos contratos administrativos, propagou-se uma aceitação por este instituto, como forma alternativa de resolução de litígios, até mesmo nos contratos que tratam sobre concessão de serviços públicos, sendo esta atividade própria do Estado.

Os contratos administrativos são definidos por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 500) da seguinte forma:

> Pode-se definir contrato administrativo como o ajuste firmado pela administração pública, agindo nesta qualidade, com particulares, ou com outras entidades administrativas, nos termos estipulados pela própria administração pública contratante, em conformidade com o interesse público, sob regência predominante do direito público.

É possível entender a utilização da arbitragem, mesmo em contratos administrativos, pois neste instituto predomina o aspecto patrimonial. Sendo que, ao utilizar o instituto da arbitragem, a Administração aplicará o verdadeiro interesse público, o chamado interesse primário, o qual não seria atendido se, podendo adotar a via do juízo arbitral, optasse pela dispendiosa e morosa judicialização para solucionar controvérsias meramente secundárias.

Destaca-se que, em maio de 2015, foi promulgada a Lei 13. 219, que altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros

quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Desta forma, interessante abordar brevemente aspectos referentes as principais modificações introduzidas pela nova Lei, no que tange à Administração Pública Direta e Indireta, para demonstrar que está superada, também, a indagação inicial sobre sua aplicação no âmbito do direito público.

A primeira modificação que interessa a esta pesquisa, refere-se a ampliação do âmbito de aplicação da arbitragem, pois, antes referia-se apenas ao âmbito das relações privado e agora, o alargamento permite a aplicação da arbitragem em litígios em que figure a Administração Direta e Indireta.

Percebe-se, então que, o acréscimo de dois parágrafos ao artigo 1º da lei 9.307 de 1996, a intenção do legislador foi a de permitir a aplicação da nova lei na seara administrativa, dispondo que:

> *§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis", e "§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações".*

Evidencia-se, assim, que o instituto da arbitragem não mais se restringe aos litígios entre particulares e particulares, mas entre particulares e à Administração Pública, desconstruindo e desconstituindo a afirmação de Elisson Pereira da Costa (2013, p.28) que "A arbitragem é meio extrajudicial de solução de conflitos, por meio do qual os árbitros resolvem divergências relativas a direitos patrimoniais disponíveis, com base na convenção da arbitragem pactuada entre as partes."

Outro aspecto que merece destaque é a inclusão do " [...] § 3º ao Art. 2º da lei 9.307 de 1996 para determinar que a arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito (portanto, não por equidade) e respeitará o princípio da publicidade", segundo Fernanda Marinela (2017, 238).

Neste sentido, fundamental esclarecer sobre o significado de arbitragem de direito e arbitragem de equidade.

Sobre os tipos de arbitragem que podem ser utilizadas, Marinela (2017, p 379, grifos da autora) leciona que:

> Arbitragem de DIREITO: é aquela em que os árbitros decidirão a controvérsia com base em regras de direito. Ex: as partes combinam que os árbitros encontrarão a solução para o caso seguindo as regras do Código Civil.
> Vale ressaltar que as partes podem escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (§ 1º do art. 2º).
> As partes também poderão convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (§ 2º).
> b) Arbitragem de EQUIDADE: é aquela em que os árbitros decidirão a controvérsia não com base necessariamente no ordenamento jurídico, mas sim de acordo com aquilo que lhes parecer mais justo, razoável e equânime. Aqui, os árbitros terão uma liberdade de julgamento mais elástica, já que não estarão obrigados a seguir o que diz a lei, podendo conferir solução contrária às regras do direito se isso, no caso concreto, parecer mais justo e adequado.

Registra-se, então que que nas controvérsias entres particulares e Administração Pública, se a opção for pela arbitragem, deverá, sempre, demonstrar que a escolha é compatível com o interesse público que é indisponível e com observância do direito e não da equidade.

Deve-se alertar que a grande questão que precisa ser superada, ainda, está na "[...] compatibilização da arbitragem ao regime jurídico de direito público, pois, no âmbito administrativo, a

própria autonomia da vontade, elemento essencial para a opção pela arbitragem, encontra limitações no que tange às escolhas realizadas pelo administrador" afirma Adilson Dallari (1995, p 32).

Portanto, a aplicação da arbitragem nas relações que envolvem a Administração Pública tem como pressuposto básico, a supremacia do interesse público sobre os interesses privados.

2.1 A aplicaçâo da arbitragem nas relações que envolvem interesse pùblico

É inegável que a nova Lei veio sedimentar posições adotadas pelos Tribunais Superiores, uma vez que várias leis, dentre elas, como por exemplo, a Lei dos Portos (art. 61, § 1º da lei 12.815/13), a Lei das Concessões (art. 23-A da Lei nº 8.987/1995) e a Lei das Parcerias Público-Privadas (art. 11, III, da Lei 11.079/2004) já possibilitavam que a Administração Pública participasse de arbitragens para solucionar de modo mais célere e com menos onerosidade, os conflitos que implicassem bens patrimoniais disponíveis.

Neste cenário, decisões acerca da utilização da arbitragem pela Administração Pública, em face da lacuna legal, observavam a Súmula *283 do STF que assim determinava:*

> Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

Nesta mesma direção e, por meio de várias discussões doutrinárias e diplomas legais em relação a arbitragem nos contratos administrativos, propagou-se uma aceitação por este instituto, como forma alternativa de resolução de litígios, até mesmo nos contratos que tratam sobre concessão de serviços públicos, sendo esta atividade própria do Estado.

Os contratos administrativos são definidos por Alexandrino e Paulo (2011, p. 500) da seguinte forma:

> Pode-se definir contrato administrativo como o ajuste firmado pela administração pública, agindo nesta qualidade, com particulares, ou com outras entidades administrativas, nos termos estipulados pela própria administração pública contratante, em conformidade com o interesse público, sob regência predominante do direito público.

É possível entender a utilização da arbitragem, mesmo em contratos administrativos, pois neste instituto predomina o aspecto patrimonial. Sendo que, ao utilizar o instituto da arbitragem, a Administração aplicará o verdadeiro interesse público, o chamado interesse primário, o qual não seria atendido se, podendo adotar a via do juízo arbitral, optasse pela dispendiosa e morosa judicialização para solucionar controvérsias meramente secundárias.

No entanto, a aplicação da Lei de Arbitragem nos conflitos existentes entre a Administração e particulares não pode descaracterizar o interesse público. Tanto é verdade que a Administração Pública ao optar pela aplicação da arbitragem deve demonstrar que a escolha é a que mais atende o interesse público.

Neste sentido, Jordana Mendes da Silva (2017, p.72) tem o entendimento que

> [...] a opção pela arbitragem depende de uma escolha motivada da Administração Pública, que deve observar tanto a legalidade quanto o interesse público. O administrador, por sua vez, deve ponderar, a partir do caso concreto a adequação do procedimento aos meios disponíveis e aos objetivos pretendidos, sempre de forma a atender o interesse público.

Tal interpretação, harmoniza o princípio da legalidade, bem como, princípio da indisponibilidade do interesse público quando se analisa o instituto à luz da arbitragem no direito brasileiro.

Hely Lopes Meirelles et al (2010, p. 258) distingue interesse público primário e secundário da seguinte forma:

> O primeiro é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização de meios capazes de permitir a consecução do primeiro. [...] A satisfação dos interesses públicos secundários concretiza-se geralmente sobre a égide do Direito privado e se resolve em relações patrimoniais. Relações patrimoniais que, por estarem no campo da liberdade contratual da Administração, são direitos disponíveis.

A discussão sobre a viabilidade jurídica de a Administração submeter-se a arbitragem, pela regra geral, deve restringir-se a resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

As lições de Celso Antonio Bandeira de Mello (2016, p. 122, sic) sobre o interesse público) são no sentido que é,

> [...] o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. (...). Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, qual tal considerado, e muito menos o dos agentes estatais.

Por outro lado, não se pode esquecer que a supremacia do interesse público é o alicerce das ações administrativas, uma vez que a relação entre cidadãos e administração é uma relação horizontal, de subordinação, enquanto que na relação entre particulares há coordenação de interesses e sua análise se dá em uma perspectiva vertical.

Observando as explicações acerca do interesse público primário e secundário, pode-se inferir que os direitos disponíveis são os que fazem parte dos interesses secundários e neste aspecto Beatriz Lancia Noronha de Oliveira (2012, p.84) sustenta que:

> Os interesses públicos secundários são instrumentais e se destinam á satisfação do interesse público primário: como finalidade precípua têm o atingimento do bem coletivo. Como os

> interesses secundários não interferem no interesse público primário – este, sim, indisponível – não haverá prejuízo ao coletivo em admiti-los como disponíveis.

Desta forma, sem sombra de dúvida, pode-se afirmar que a arbitragem pode ser aplicada, sim, nas relações contratuais existentes entre a Administração Pública e o particular.

Muito relevante, ainda, referir que a indisponibilidade do interesse público não significa dizer que a Administração Pública ao submeter-se a arbitragem para a resolução de conflitos está abrindo mão de parcela de direitos e interesses, ao contrário, está, na verdade, resguardando interesses da sociedade (OLIVEIRA, 2012).

Registra-se que para a aplicação da arbitragem nas relações que envolvam a Administração Pública e contratos administrativos um dos requisitos da arbitragem, a exigência de que os direitos envolvidos deverão possuir caráter econômico e serem disponíveis (FLAUSINO, 2015) .

Cumpre ressaltar que a análise dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, interligados com o princípio da legalidade, possibilita que se afirme, sem medo de errar que não há incompatibilidade entre a aplicação da arbitragem no âmbito dos contratos que tenham em um dos polos a Administração Pública.

Neste diapasão, merece transcrição das afirmações de Silva (2012, p. 84) quanto ao uso da arbitragem nas relações de direito público e o controle da atividade estatal. Ou seja,

> A arbitragem não pode ensejar o afastamento do controle administrativo, pois a atividade estatal está submetida a uma série de controles, tanto internos quanto externos, exigindo, consequentemente, a adaptação de certas regras arbitrais, enquanto mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, garantido a transparência e observância às regras do direito administrativo.

Esta advertência quanto ao controle administrativo sobre as atividades estatais remete, necessariamente ao princípio da

transparência que é uma decorrência do princípio da publicidade, inscrito no artigo 37, caput da Constituição Federal de 1988.

Por último, as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015 abordadas neste artigo, mostra que ao incluir a possibilidade de a Administração pública Direta e Indireta aplicá-la no âmbito dos contratos administrativos o fez com a clara intenção de garantir um método de resolução consensual de controvérsias, assegurando, assim, mais celeridade e segurança na solução das possíveis divergências que poderiam surgir durante a consecução da relação negocial.

3 Considerações finais

Contata-se que a arbitragem por ser considerada como um método decisório semelhante ao processo judicial, porém mais célere, sigiloso e menos oneroso que o segundo, oferecendo algumas vantagens em seu procedimento. Pode ser aplicada nos diversos tipos de controvérsias que envolvam o direito patrimonial disponível, ou seja, nos contratos em geral, no qual esteja envolvida a Administração Pública.

Não obstante a regulamentação pela Lei 13. 129/2015, a utilização da arbitragem é incipiente, sobretudo no âmbito do direito público, o qual possui algumas peculiaridades não observadas no direito privado, sobretudo em face dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Levando esses dados em consideração, percebe-se que o objetivo a ser buscado pela administração é de atender as necessidades sociais, sem esquecer da importância do interesse público.

Conclui-se que, não há incompatibilidade na aplicação da arbitragem nos contratos administrativos e nem se falar que há ofensa aos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, dentre outros que orientam o Direito Administrativo, uma vez que não há empecilho ao uso de tais princípios e nem apresenta em seu texto a necessidade de

afastamento dos referidos princípios. Na verdade, a Administração pública é que tem a obrigação de agir para a preservação do equilíbrio do interesse público e da negociação com o particular.

Ao finalizar esta pesquisa, o que mais chama a atenção é o fato de a Administração Pública, por meio de uma nova Lei, criar um maneira de se comunicar com o particular e desta forma, sem intervenção do Judiciário, encontrar uma solução, que no mínimo, gera entre os cidadãos mais confiança na gestão pública de seus interesses e bens.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19ª ed. São Paulo. Editora método, 2011.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum e múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociaçã**o. Brasília: Editora Grupo de Pesquisas, 2003. P. 243-262.

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

_____. Lei n º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. Lei 13.129/2015.). Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm 1997. Acesso em 30 abr. 2017.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem. Lei n.º 9.307/96.** 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2008.

COSTA, ELISSON PEREIRA DA, O alcance da arbitragem nos contratos administrativos de concessão de serviço público, publicado in Revista Síntese de Direito Administrativo, out./2013, nº 94, p. 28.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, v. 32, n. 128, 1995.

FICHTNER, José Antônio. A confiabilidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS n° 406/2013. In:_____.; ROCHA, Caio César Vieira, SALOMÃO, Luís Felipe (coordenação). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. P. 155-188.

FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. **Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada.** Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo. Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2016

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. **A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada** (Dissertação de Mestrado). São Paulo: USP, 2012. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponíveis/2/2134/tde-25062013-090852/pt-br.php. Acesso em: 26 abr. 2017

SPENGLER, Fabiana Marion; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SILVA, Jordana Mendes da. **Arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. (Dissertação de Mestrado) Goiás: PUC, 2015. Disponível em < http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2734/1/JORDANA%20MENDES%20SILVA.pdf>. Acesso em 28 abr. 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Sentença Estrangeira.** Disponível em:. <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo254.htm>. acesso em 30 abr. 2017

13

Algumas considerações sobre a atuação da administração pública em face da evolução do direito administrativo no Brasil e os reflexos do princípio da eficiência

Gustavo Vieira Bremm[1]
Eloísa Naír de Andrade Argerich[2]

Introdução

Antes de ser discutida a evolução do Direito Administrativo, é necessário fazer uma conceituação, abrangendo suas características e fontes, para um melhor entendimento acerca do tema.

Vários são os autores que conceituam o tema, elaborando-o de maneira distinta e variando de acordo com as informações e com o entendimento de determinado autor, além do enfoque dado à obra. Acontece que apesar de tal variação, nota-se que no final o conceito gira em torno de um denominador comum.

Dentre os vários conceitos dos mais consagrados doutrinadores, entre eles, Hely Lopes Meirelles (2000, p. 34) destaca-se o seguinte:

---

[1] Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito de Santa Rosa. E-mail: gustavo.bremm@hotmail.com.

[2] Professora do Curso de Direito da Unijuí; Extensionista do Projeto "Cidadania para Todos", adscrito ao Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais; Facilitadora dos Círculos da Paz, da Justiça Restaurativa 21 da Comarca de Ijuí, projeto desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E-mail: argerich@hotmail.com.

> O conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.

Esse conceito remete ao entendimento de que existem regras que são específicas da Administração Pública e que regulamentam as atividades de interesse público.

Porém, outros doutrinadores contribuíram e ainda contribuem para um melhor entendimento sobre o assunto. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 66) define-o como o

> Ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Esse conceito abrange a Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, girando em torno do mesmo sentido apresentado pelo supracitado Meirelles. Ou seja, entendem que no sentido objetivo "[...] material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes, sendo a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo" e que no sentido subjetivo designa como sendo o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do estado. " (DI PIETRO, 2006)

Além do conceito, é importante frisar algumas características do tema que segundo Di Pietro (2006, p. 67-68):

> a) é um ramo pertencente ao Direito Público, estando submetido, principalmente, às regras de caráter público, tais como a Constituição Federal e o Código Tributário;
> b) é considerado um direito não codificado, pois não está descrito em uma única lei, mas sim em um conjunto de leis específicas,

> como a Lei de Licitações, Lei de Improbidade Administrativa, dentre outras;
> c) é considerado não contencioso, pois não existe a previsão legal de Tribunais ou Juízes ligados ao Poder Judiciário, em face do Princípio da Jurisdição Única;
> d) as regras deste ramo se traduzem em Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais;
> e) e por último, tem como objeto de estudo, a organização e estrutura da Administração Pública.

Salienta-se que estas são algumas das características acerca do tema, não esgotando o rol das mesmas, sendo possível existirem outras, mais completas e diferentes das mesmas.

Outro ponto importante e que merece destaque, são as fontes do Direito Administrativo que nas lições de Hely Lopes Meirelles (2000, p. 40-41):

> a) a lei, que em sentido amplo, é a fonte primária do Direito Administrativo;
> b) a doutrina, que é formada pelo sistema de princípios aplicáveis ao Direito Administrativo;
> c) a jurisprudência, representada pela reiteração dos julgados sobre o mesmo tema e em um mesmo sentido;
> d) os costumes, que neste ramo são de grande influência e importância, em razão da inexistência de lei específica.

Não se pode deixar de mencionar a importância dos princípios constitucionais gerais impostos à Administração Pública, principalmente com relação à sua atuação e os reflexos que apresentam na sociedade.

Desta forma, é fundamental discorrer sobre cada um deles para posteriormente analisar os princípios que embasam o regime jurídico-administrativo e os reflexos do princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos para a sociedade.

2. Aspectos da evolução do direito administrativo no Brasil

O surgimento do Direito Administrativo em nosso país não se deu como um ramo autônomo e também não se pode dizer que houve um atraso cronológico em relação aos demais países. Já no período colonial notavam-se traços de controle administrativo, da legislação e da justiça. No período do Império, houve uma divisão de funções entre o Poder Legislativo, Judiciário, Executivo e o Moderador. Nessa época, já existia, uma espécie administração pública organizada, porém, era regida pelo direito privado (DI PIETRO, 2006).

O período imperial foi o ponto culminante da trajetória do Direito Administrativo. Refere Di Pietro (2006, p. 42) que, "No entanto, já no período imperial, criou-se a cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos, instalada, em 1856, na Faculdade de Direito de São Paulo e regida por José Antônio Joaquim Ribas".

Observa-se que o Direito Administrativo começou a desenvolver-se graças ao trabalho de doutrinadores, que com suas obras passaram a dar maior importância ao tema. Com o advento do período republicano, suprimiu-se o Poder Moderador e a jurisdição administrativa, que antes era atribuída ao Conselho de Estado. Foi neste momento que o Direito Administrativo passou a se desenvolver com maior velocidade e a se afastar dos moldes do direito privado. Porém, o início desta caminhada foi tortuoso, sendo muito pobre o trabalho doutrinário desenvolvido (DI PIETRO, 2006).

Foi somente em 1934, com a nova Constituição Federal, que o Direito Administrativo alavancou de vez. Nesse sentido esclarece Di Pietro (2006, p. 43) que:

> A partir da Constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. Instituiu-se, inclusive um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal. Ao contrário da Constituição de 1891, de feição nitidamente liberal e individualista,

> a de 1934, que se seguiu ao movimento revolucionário de 1930, assume caráter socializante, marcado pela intervenção crescente na ordem social. O Estado deixa a sua posição de guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social.

Em decorrência disso, cresceu a máquina estatal, justamente pela criação de novas pessoas jurídicas públicas, seja aquelas com capacidade específica para a execução de serviços públicos, as chamadas autarquias, ou aquelas com capacidade genérica, os territórios. Além disso, houve um aumento do quadro de funcionários públicos necessários para atender essas novas tarefas assumidas pelo Estado (DI PIETRO, 2006).

Após a Constituição Federal de 1934, o Direito Administrativo foi enriquecido com diversas obras e doutrinas, que são usadas até hoje, dentre as quais podemos destacar os autores Ruy Cirne Lima com as obras Princípios de Direito Administrativo (1939) e Lições de Direito Administrativo (1943), Hely Lopes Meirelles com a obra Direito Administrativo Brasileiro (1964) e Celso Antônio Bandeira de Mello com a obra Elementos de Direito Administrativo (1980).

O Direito Administrativo brasileiro teve grande influência do direito estrangeiro, principalmente, em suas origens, do direito francês e italiano. Além deles, influenciaram também o direito alemão, espanhol, português e norte americano.

A variação de influências ocorreu, principalmente, nas mudanças de períodos. No Período Colonial aplicavam-se as leis portuguesas. No Período Imperial eram adotados os princípios do Estado Liberal, tendo maior influência do direito francês. No Período Republicano, abandonou-se a chamada influência francesa da dualidade de jurisdição, sendo adotado o modelo anglo-americano, da unidade de jurisdição (DI PIETRO, 2006).

A evolução do direito brasileiro foi formada pela junção de conceitos de vários países com suas respectivas maneiras de governar. Se pensarmos em uma espécie de linha do tempo, teremos

doutrina, jurisprudência e direito positivo, como o sentido principal da evolução.

Os rastros deixados pelos países do velho continente em nosso sistema jurídico foram grandes e pesados que na ótica de Di Pietro (2006, p. 47) teve influência

> Do direito francês, herdou o conceito de serviço público, a teoria dos atos administrativos com o atributo da executoriedade, as teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o princípio da legalidade, a teoria dos contratos administrativos, as formas de delegação da execução de serviços públicos, a ideia de que a Administração Pública se submente a um regime jurídico de direito público, derrogatório e exorbitante do direito comum, e que abrange o binômio autoridade/liberdade.

Além da grande influência do direito francês, vale destacar, também, a influência do direito italiano.

> Do direito italiano, recebeu o conceito de mérito, o de autarquia e entidade paraestatal, a noção de interesse público e o próprio método de elaboração e estudo do direito administrativo, mais técnico-científico do que o método pragmático do direito francês (DI PIETRO, 2006, p. 47).

Cumpre registar no direito alemão, foi a fonte de inspiração para o tema dos conceitos jurídicos indeterminados e do princípio da razoabilidade. Neste sentido, também, a contribuição da doutrina portuguesa e espanhola foram fundamentais, que, do mesmo modo que o direito brasileiro, rumaram em direção ao direito positivo.

Não menos importante, ressalta Di Pietro (2006, p.48, grifo da autora) a influência do direito norte-americano.

> Do sistema da *common law*, o direito administrativo brasileiro herdou o princípio da unidade de jurisdição, o mandado de segurança e o mandado de injunção, o princípio do devido processo legal, inclusive, mais recentemente, em sua feição substantiva, e que praticamente se confunde com o princípio da razoabilidade, hoje já aplicado no direito brasileiro.

É inegável que são essas as maiores e mais importantes influências que teve o direito administrativo brasileiro, que contribuíram para sua formação e desenvolvimento, fazendo-o evoluir e melhorar.

Assinala-se que com a chegada da Constituição Federal de 1988, muitas foram as inovações sentidas no âmbito do Direito Administrativo que merecem ser explicadas. Di Pietro (2006, p. 49) aduz que:

> Seja com a adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, seja sob a inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema da *common law* e do direito comunitário europeu, que levaram à chamada Reforma do Estado, na qual se insere a Reforma da Administração Pública e, em consequência, a introdução de novidades no âmbito do direito administrativo.

Dentre todas as tendências atuais do Direito Administrativo, algumas merecem destaque, quais sejam "[...] Alargamento do princípio da legalidade; Fortalecimento da democracia participativa; Processualização do direito administrativo; Ampliação da discricionariedade administrativa, entre outras [...]" esclarece a referida autora (Di Pietro, 2006, p. 49).

Evidencia-se, portanto, que a Administração Pública foi objeto de preocupação dos constituintes em 1998, e ainda hoje, continuam inovando na área administrativa, por meio de Emendas à Constituição, podendo-se citar como uma das mais importantes, a Emenda nº 19/98 que trouxe uma série de inovações relativas aos servidores públicos. (MAZZA, 2015)

Destaca-se que as inovações constitucionais e infraconstitucionais na área do Direito Administrativo continuam sendo objeto de leis, decretos, regulamentações que visam em última análise, modernizar o serviço público e tornar a máquina pública mais célere, eficiente e adequados aos novos tempos.

3. A importância dos princípos constitucionais da adminitração pública

Os princípios que regem a Administração Pública, dispositivos estes, que norteiam todo o sistema jurídico analisado e profere atribuições constitucionais a serem seguidos vêm claramente expostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal do Brasil e nos remete aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, e os implícitos, em sua maioria, estão dispostos em lei infraconstitucional (BRASI, 1988)

Todos esses princípios são obrigatórios, não deixando margem para atuação da administração pública. Vale, portanto, conceituar e esmiuçar cada um deles, pois são a base para o entendimento de qualquer matéria de direito, inclusive do Direito Administrativo.

No entanto, se faz necessário compreender o significado de princípios na ordem jurídica. Princípios são proposições que serem de alicerce para a ciência e podem ser explícitos ou implícitos.

Neste sentido, Miguel Reale (2002, p. 71) assinala que

> Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Desta forma, estudar cada um dos princípios explícitos no texto constitucional vai contribuir para a compreensão da atuação na administração pública que deve pautar-se pela supremacia e indisponibilidade do interesse público e assim assegurar que os

interesses da coletividade sejam realizados com resultados positivos e com o menor desperdício de recursos públicos.

Ressalta-se que o princípio da legalidade, como o próprio nome diz, decorre da lei. Seu surgimento deu-se juntamente com o Estado de Direito, tornando-se uma das garantias aos direitos individuais. Segundo tal princípio, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite (DI PIETRO, 2006).

Nas lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 191) o princípio da legalidade é:

> [...] o postulado basilar de todos os Estados de Direito, consistindo, a rigor, no cerne da própria qualificação destes (o Estado é dito "de Direito" porque sua atuação está integralmente sujeita ao ordenamento jurídico, vigora o "império da lei").

O princípio da impessoalidade surgiu com essa denominação justamente na Constituição Federal de 1988 e pode ser analisado sob dois vieses. Primeiro, pode-se defini-lo de modo que a Administração Pública não pode atuar com o objetivo de beneficiar ou prejudicar determinada pessoa, vista que o que predomina é o interesse público. Em segunda análise, temos que os atos administrativos são imputáveis ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública e não ao funcionário que os praticou (DI PIETRO, 2006).

Para assegurar que a Administração e seus agentes atuem na conformidade com os princípios éticos o princípio da moralidade é introduzido como um balizador da conduta do gestor públicos e seus servidores. Tal princípio acaba por englobar outros como o da lealdade e o da boa-fé, e por isso a Administração deve atuar com sinceridade e clareza, sendo vedado qualquer comportamento malicioso, que possa vir a dificultar ou confundir o exercício de direitos por parte dos cidadãos (MELLO, 1994).

Um dos princípios que possibilita aos administrados e à sociedade tomar conhecimento dos atos da Administração Pública é o princípio da publicidade. Este torna obrigatória a divulgação dos

atos praticados pela Administração Pública, trazendo segurança jurídica a todos os cidadãos e garantindo que o povo fiscalize a Administração Pública concretize a democracia participativa.

Além de estar elencado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, é possível encontrá-lo em vários outros artigos da Constituição, como por exemplo, no artigo 5º, nos incisos XXXIII, XIV e LX. É obrigação da Administração tornar públicos todos os atos por ela praticados (DI PIETRO, 2006).

Cabe anotar que para Alexandrino e Paulo (2012, p. 199) a divulgação dos atos da Administração Pública geram segurança jurídica, na medida em que " [...] em um Estado de Direito, é inconcebível a existência de atos sigilosos ou confidenciais que pretendam incidir sobre a esfera jurídica dos administrados, criando, restringindo ou extinguindo direitos, ou que onerem o patrimônio público. "

Ao incluir o princípio da eficiência no artigo 37º da CF/88 por meio da EC nº 19 de 1998 evidencia-se a presença do modelo gerencial (NOTA DE RODAPÉ) de administração que privilegia os resultados e ampliação da autonomia administrativa.

Importante ainda referir que princípios que regem a atuação da administração pública e que constam de forma implícita na CF/88 são: supremacia do interesse público, presunção de legitimidade, continuidade do serviço público, isonomia ou igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, motivação, ampla defesa e contraditório, indisponibilidade ou poder-dever, autotutela e segurança jurídica.

Dentre todos citados acima, pode-se destacar alguns mais importantes para o melhor andamento da atividade Administrativa e que estão presentes no dia-a-dia de cada cidadão.

Considerado um dos pilares do regime jurídico-administrativo, o princípio da supremacia do interesse público está presente tanto no momento da elaboração da lei quanto no momento da execução. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa. Tal princípio defende a supremacia do interesse

público sobre o interesse do particular, ou seja, a Administração deve visar sempre, prioritariamente, a coletividade, para depois se preocupar com o individual (DI PIETRO, 2006).

Não se pode deixar de mencionar que o princípio da presunção de legitimidade pode ser analisado sob dois aspectos: o primeiro diz respeito à certeza dos fatos e o segundo, trata da presunção de legitimidade levando em conta os atos da Administração Pública, ou seja, até que se prove o contrário, presume-se que todos os atos são verdadeiros e praticados em concordância com a lei (DI PIETRO, 2006).

Ressalta-se que estão previstos em legislações específicas e formam, juntamente com os constitucionais, um conjunto harmônico de princípios que embasam a ação da administração pública.

Após uma breve exposição sobre os princípios constitucionais considerados desdobramentos dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade pública, conhecidos como supra princípios da administração pública é imprescindível abordar o princípio da eficiência e seus reflexos no âmbito dos administrados e da sociedade. Destaca-se que com a evolução do Direito Administrativo, e as mudanças ocorridas em 1998 com a implantação do modelo gerencial na Administração Pública o princípio da eficiência assume um papel fundamental para a realização das atividades administrativas.

4. Princípio da eficiência e seus reflexos na sociedade

É inegável que a tentativa de modernização do serviço público, introduzindo a eficiência como um princípio fundamental da Administração Pública, dentre outros aspectos

> [...] objetiva uma gestão pública de qualidade, moderna e eficiente, direcionada essencialmente aos cidadãos e, sendo assim, os resultados têm maior importância, os quais são auferidos por meio

> da satisfação de seus clientes - usuários dos serviços prestados pelo ente público (RECK, 2018).

Neste contexto e em razão da implementação do princípio da eficiência houve necessidade da mudança de paradigmas do sistema organizacional do Estado, ou seja, deixar o modelo burocrático e implantar o modelo gerencial que pressupõe uma atuação da Administração Pública que vise a realização de serviços públicos que gerem a satisfação dos interesses da coletividade e melhores resultados por meios mais eficazes.

Com a implantação do modelo gerencial o Estado brasileiro objetivava desmistificar o que a sociedade pensava com relação a prestação de serviços públicos, visando, portanto, à sua melhoria, aproveitamento dos recursos humanos e públicos e garantindo maior rentabilidade social

Cabe registrar que a implantação do modelo gerencial e consequentemente do princípio da eficiência apresenta reflexos positivos na prestação dos serviços públicos, e segundo Bresser Pereira (1996, p.15) "[...] proporcionou maior transparência das ações governamentais e, por via de consequência, maior controle social e, tudo isso, colaborou para uma sensível redução das mazelas do modelo patrimonial". Segundo ele (1996, p.17) houve

> [...] uma redução significativa das práticas patrimonialistas, o que representa um decréscimo da corrupção e nepotismo, entrementes, seus resquícios não foram extirpados, e assim, casos de favorecimentos pessoais, desvios, apropriação indébita do dinheiro público ainda se fazem presentes e mancham a administração pública no Brasil.

Este princípio apresenta-se sob dois aspectos: o primeiro diz respeito ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível em suas atribuições; o segundo diz respeito ao modo de organizar e estruturar a Administração Pública, visando também alcançar os melhores resultados na prestação dos serviços (DI PIETRO, 2006).

Quanto ao primeiro aspecto, tem-se vários exemplos de desdobramentos do princípio da eficiência que foram introduzidos pela EC 19/1998, como por exemplo a exigência de avaliação especial de desempenho para o servidor público adquirir estabilidade e a perda do cargo pelo servidor estável "mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (CF, art. 41)" (ALEXANDRINO; PAULO, 2012).

Em relação ao objetivo do princípio da eficiência Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 202) afirmam que

> O objetivo do princípio da eficiência é assegurar que os serviços públicos sejam prestados com adequação às necessidades da sociedade que os custeia. A eficiência, aliás, integra o conceito legal de serviço público adequado.

Vale ressaltar também que a eficiência se aproxima da ideia de economicidade, princípio presente no art. 70 da Constituição Federal, e que diz respeito ao controle financeiro da Administração Pública. Nesse sentido Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 202)

> Busca-se o atingimento de objetivos traduzidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, melhorando a relação custo/benefício da atividade da Administração. O administrador deve sempre procurar a solução que melhor atenda ao interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos públicos, conforme essa análise de custos e benefícios correspondentes.

Por fim, vale o destaque dado por Alexandrino e Paulo ao constitucionalista Alexandre de Moraes (2011, p. 136) ao definir o princípio da eficiência como

> " [...] aquele que "impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra,

> transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. ”

Diante do exposto, é indiscutível que se “eficiência tem como corolário a boa qualidade”, ou seja, os administrados - cidadãos e a sociedade passam a exercer os seus direitos de usuários e podem exigir serviços com melhores condições e tecnologia.

Enfim, os reflexos desse princípio são sentidos na medida em que a Administração Pública e seus agentes por meio do exercício de suas competências buscam a qualidade e adequação dos serviços às necessidades da sociedade. Alexandrino e Paulo (2012, p.147 destacam que [...] a eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes.” Na verdade, todos os princípios expressos no art. 37, caput da CF/88 formam um arcabouço jurídico que protegem o cidadão do arbítrio da Administração Pública, assegurando que a atividade desenvolvida pelo gestor público e servidores públicos esteja eivada de boa-fé, transparência e ética.

Considerações finais

Ao término dessa pesquisa, conclui-se que o Direito Administrativo é um ramo extremamente importante para a realização dos fins do Estado. A sua formação em nosso país se deu através de influências europeias das mais variadas formas. Seja por meio de doutrinas, jurisprudências e até mesmo do direito positivo.

Constata-se também que o que se espera do Direito Administrativo hoje e sempre é a sua contínua modernização, adequação aos novos tempos, e que os órgãos públicos, seus agentes e as organizações e instituições que auxiliam no desenvolvimento

das atividades administrativas sejam cada vez mais ágeis, adequados e atuem com eficiência, ética e moralidade.

Conclui-se, ainda que concomitantemente ao Direito Administrativo, verifica-se a fundamental importância do princípio da eficiência que através da modernização do serviço público, visa dar celeridade, imparcialidade, agilidade, neutralidade, dentre outros, buscando a utilização de tecnologias para oferecer as melhorias necessárias para o atendimento das demandas essenciais da população.

E por fim, pode-se concluir, sem sombra de dúvida que os princípios constitucionais da Administração Pública formam um conjunto de valores que visam a garantia do bem-estar geral da população brasileira, assegurando que as suas ações sejam transparentes e éticas almejando o benefício de todos e que a supremacia do interesse público sobre o interesse particular seja cumprido na sua totalidade.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20 ed. São Paulo: Método, 2012.

BRASIL (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Emenda Constitucional nº 19 de 04 junho de 1998. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRESSER-PEREIRA**,** Luiz Carlos. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. Brasília: Revista do Serviço Público, Ano 47, número 1, janeiro-abril 1996. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf. Acesso em 18 de mar. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre**. Manual de direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1994.

Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE (1995). ***Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado***. Brasília: Imprensa Nacional, novembro 1995. Plano aprovado pela Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República em setembro de 1995. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf. Acesso em 18 mar. 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. SP: Saraiva, 2002.

RECK, Marcos. **Modelos de Administração Pública e reflexos na qualidade de gestão administrativa no Brasil**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 out. 2014. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50050&seo=1. Acesso em: 04 abr. 2018.

14

Participação social: em busca da cidadania

Jaqueline Beatriz Griebler[1]
Fernanda Serrer[2]

1 Introdução

No início da história da sociedade brasileira, é possível verificar a existência de um regime militar muito forte por um certo período, porém este se tornou falho em alguns aspectos permitindo com que parte da população aproveitasse este momento para agir em prol de direitos relacionados à participação popular que de fato estivessem consolidados e expressos.

Ainda, a partir deste momento e graças a evolução das cidades e a falta de atendimento efetivo dos direitos básicos por parte do poder público, surgiram várias instituições sociais que buscavam tais direitos e se caracterizaram como associações civis de moradores e que buscavam um interesse em comum.

Este artigo, através de pesquisa bibliográfica, irá apresentar a evolução da sociedade em relação à participação popular e criação de órgãos que buscavam os direitos da sociedade de forma comum

[1] Acadêmica do 7º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, campus Santa Rosa/RS; jaqeline-beatriz@hotmail.com

[2] Professora do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ; fernanda.serrer@unijui.edu.br

e ainda quais as alterações adquiridas através da aprovação da Constituição Federal de 1988, havendo ou não garantias efetivadas.

Ademais, o artigo apresentará questões relevantes ao surgimento e criação das associações de moradores e sua relação com a promoção de cidadania e pensamento de buscar o bem coletivo, relatando ainda sobre um projeto de extensão realizado pelo Poder Executivo da Prefeitura Municipal de Santa Rosa em parceria com a Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, onde é fomentado a regularização das associações de moradores dos bairros e vilas do respectivo Município , com a seu efetivo registro.

2 Participação social versus associação de moradores

O significado de participação, atualmente, está sofrendo grandes alterações devido à todas modificações e avanços que nossa sociedade vem passando. Em sentido mais amplos, pode-se citar como conceito de participação social, que "participar é se envolver, discutir, propor e compartilhar ideias" (SANTOS E RAMALHO, p.3) e ainda, como característica marcante "A participação social exige iniciativa, pois é essencial que o cidadão opine e participe efetivamente das políticas, ações e serviços públicos dos quais são beneficiários." (SANTOS E RAMALHO, p.3). É através desta inciativa que o autor cita, que é possível a criação de Associações de Moradores, objetivando uma maior efetividade na participação social e popular brasileira.

2.1 História da participação social no Brasil

Atualmente temos a participação social como um princípio consagrado constitucionalmente, graças a grandes avanços ocorridos anteriormente. A muitos anos, quando o país vinha sofrendo com a Ditadura Militar, a população tinha sua liberdade de expressão controlada e restringida, onde ninguém poderia se

manifestar sobre o que pensava e principalmente, não existia nenhum sinal de democracia. Porém, graças à pessoas e movimentos que não desistiram, estes encontraram um espaço para mobilizar e debater com a sociedade brasileira. Através da criação deste espaço, várias outras organizações se agregaram afim de juntos, criarem uma educação de emancipação e consciência cidadã, afim de reprimir o Estado Ditatorial. O objetivo principal destes movimentos era educar a população para assim transformar toda a sociedade, porém, embora existisse um grande número de participantes, estes só ganharam força suficiente para progredir, no momento em que encontraram aliança aos vários setores progressistas da Igreja Católica, principalmente através das Comunidades Eclesiais de Base (CEBs) que estavam espalhadas por todo o país, onde então passaram a se tornar uma unicidade e com grande força política. Como se não bastasse, a Igreja teve uma influência ainda maior, no sentido de que

> As CEBs influenciaram a organização de trabalhadores em sindicatos, a formação do Partido dos Trabalhadores (PT) e, no campo associativo, a constituição de inúmeras associações de desenvolvimento e de defesa de direitos (associações de moradores, associações comunitárias, Ongs de defesa de direitos, etc.). (CICONELLO, 2018, p.2 e 3)

Mais tarde, a partir do surgimento de todas estas movimentações, mais precisamente no ano de 1950, as cidades começaram a ter um processo de urbanização elevado e consequentemente, gerou o surgimento de centenas de associações de Moradores e de Bairros, com o intuito de reivindicar os serviços públicos escassos em suas comunidades e passaram assim, a ser vistos como o meio para enfrentar todos os problemas cotidianos que vinham enfrentando. Ainda, ao início de todas essas mobilidades sociais, muitas organizações não-governamentais também surgiram, todas com os mesmos objetivos: a

redemocratização do país e a busca por ações públicas universais, garantidoras de diretos.

> Devido à intensa pressão exercida pela sociedade, o regime militar promoveu uma gradual abertura política, que possibilitou no início dos anos de 1980, a criação do Partido dos Trabalhadores - PT (10/02/1980) e da Central Única dos Trabalhadores – CUT (28/08/1983). Esses dois eventos são marcos do processo de redemocratização do país e de um projeto de transformação mais radical da sociedade brasileira. O PT aglutinou uma pluralidade de forças sociais e conseguiu assumir o poder em algumas prefeituras importantes, promovendo experiências participativas emblemáticas no âmbito da gestão municipal. (CIOCONELLO, 2018, p. 3)

Graças a essa abertura concedida pelo regime militar, foi possível que as ações comunitárias fossem bem sucedidas, mostrando a todos como é plausível existir instrumentos institucionais que favoreçam a participação dos cidadãos, para que estes possam também auxiliar nas decisões públicas e consequentemente dos governos municipais. Mais tarde, a dificuldade encontrada foi ter essa participação como uma garantia expressa e que pudesse ser cobrada. Foi então que nas décadas de 1970 e 1980, a partir de uma luta constante, este movimento democrático conseguiu efetivar-se através da Assembleia Constituinte relacionada aos debates sobre a Constituição Federal que estava sendo discutida. Mais tarde, em 1988, a Constituição foi aprovada e o sucesso foi amplo, pois esta estabeleceu como base o Estado Democrático de Direito, permitindo e promulgando inúmeros princípios e diretrizes que garantissem a participação popular na criação, implementação e decisões sobre as políticas públicas, sendo mais tarde denominada popularmente como a "Constituição Cidadã".

A partir de então, as decisões não seriam mais todas estritamente pelo Poder Público, mas sim, com a possibilidade da intervenção da população, ou seja, tudo seria compartilhado com a

sociedade civil. Esta Constituição, em relação a participação social, foi uma verdadeira revolução institucional.

Atualmente, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988, possibilitou a criação de uma sociedade civil organizada, através de Associações Civis (moradores, bairros, etc.) fazendo com que estas tivessem estímulo e legalidade para se constituir e buscar pelos seus direitos e pelo bem coletivo. Além disso, é possível mencionar o grande avanço alcançado através da participação popular pós Constituição, pois é imensurável o progresso que se obteve em relação aos direitos sociais da população brasileira, graças as suas mobilizações e atuações.

Por fim, vale ressaltar que os desafios ainda são inúmeros para de fato efetivar estas garantias já alcançadas legislativamente e muitas movimentações populares ainda estão por acontecer, conforme cita CICONELLO (2018, p. 8):

> Apesar desses indiscutíveis avanços, a consolidação da participação social no Brasil ainda enfrenta inúmeros desafios, podendo se destacar: (i) a resistência de diversos setores do poder público em efetivamente compartilhar o poder com organizações da sociedade; (ii) a grande distância que subsiste entre os resultados formais e reais da participação. Até o momento as conquistas se deram no plano da legalidade; agora é preciso efetivar os direitos, garantido a todos o seu acesso; (iii) a fragilidade das organizações da sociedade civil tanto do ponto de vista financeiro como político; e, (iv) a dificuldade de estender a participação social para o campo da política econômica.

2.2 Associação de moradores como um ato democrático de participação

Através do processo de redemocratização ocorrido no Brasil, a partir da consolidação da Constituição Federal de 1988 e graças às garantias de participação social nela contidas, houve um aumento significativo de associações de moradores, com o objetivo de buscar e garantir melhorias e direitos para a coletividade, pois a partir de

então estas possuem respaldo legal para suas ações. Assim, pode-se verificar que

> Com o processo de amadurecimento democrático no Brasil, houve um alargamento dos espaços públicos. Um exemplo claro disso foi o surgimento das associações, que vieram para colaborar como espaço para democratização da informação, destinada, em tese, a ser um ambiente para propiciar a participação da sociedade civil no debate público de situações tanto nacionais, quanto em situações do cotidiano local dos grupos envolvidos. (POZZER, 2008, p. 31)

Estas associações surgem a partir de um interesse coletivo em comum a fim de media-los mediante o poder público com o objetivo de assim efetivá-los. Ou seja, estas se tornam um instrumento para buscar os fins genéricos.

O Estado Democrático de Direito, criado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, traz como escopo a participação social nas decisões e ações do poder público, independentemente de classe ou camada social a qual o cidadão se encontra. É exatamente uma base ao princípio da Igualdade.

Atualmente e após várias lutas, possui-se no Brasil uma série de leis que contemplam o direito de criar uma Associação, tais como

> As normas que regulam e limitam o direito de associação no país são: a) a Constituição Federal (1988): que assegura o direito à liberdade de reunião e associação como direito e garantia fundamental do homem; b) Código Civil (2002): que regulamenta normas gerais sobre as associações; c) Lei de Registro Público: estabelece normas do registro no cartório das mesmas; d) Lei 91/1935, modificada pela Lei 6639/1979 pelo Decreto-Lei 50517/1961 e pela Portaria da Secretaria de Justiça do Ministério da Justiça 11/1990: que institui a possibilidade das pessoas jurídicas de direito privado, entre elas as associações, obter título de utilidade pública. Segundo a Lei 91/1935, o título de utilidade pública seria dado para apoiar entidades privadas sem fins lucrativos, ou seja, para grupos de pessoas que exercem sua liberdade de reunião e associação, constituída legalmente e cujos esforços e trabalho sejam direcionados à coletividade, desde que

> esses serviços prestados sejam executados da mesma forma ou modo que o Poder Público os realizaria. (POZZER, 2008, p.34)

Sendo assim, as associações de moradores desempenham um papel fundamental para a garantia e promoção da cidadania, pois "A associação de moradores é uma ferramenta que o povo tem a seu favor. É um espaço de luta a serviço do bem comum do bairro e da cidade." (GUEDES, 2018).

Por fim, é de suma importância ressaltar que a Associação de Moradores é de grande valia para a democracia ser efetivada, porém ela deve nascer da vontade dos cidadãos em busca-la e cria-la, jamais devendo ser algo forçado ou imposto, pois "A associação de moradores é uma entidade voltada e direcionada para ações sociais e não se confunde com condomínio. Sua função é exclusivamente, pleitear perante os órgãos públicos, melhorias para a comunidade a qual diz representar." (MAFULDE, 2018).

2.3 Experiência prática no projeto aproxima

O Projeto Aproxima foi elaborado pelo Poder Executivo da Prefeitura Municipal de Santa Rosa, mais precisamente ligado à Secretaria de Superintendência Geral de Governança, coordenado pelo Vice-Prefeito Luis Antonio Benvegnú, através do responsável pela pasta de políticas comunitárias, Jose Luis Martins e tem por objetivo fomentar a participação social e a cidadania nos bairros.

A Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, neste ato coordenado pela Professora Fernanda Serrer e atuando como bolsista, a acadêmica do 7º semestre do Curso de Direito da UNIJUÍ – Campus Santa Rosa/RS, Jaqueline Beatriz Griebler, auxiliam neste Projeto, após solicitação do Poder Público Municipal, com todo o aparato técnico necessário para a formalização das Associações de Bairro e executando todas as atividades de apoio que se fizerem necessárias.

Este Projeto tem como objetivo principal a regularização das associações dos bairros do Município de Santa Rosa, para assim excitar a cidadania e a participação popular, onde, através da união dos moradores que anseiam pela resolução de pontos em comum e mediante a escolha de seus representantes, possam melhorar e fortalecer o contato do governo municipal com a população, por meio destas associações devidamente constituídas e registradas.

O apoio técnico, anteriormente mencionado, e que é prestado pela Universidade consiste no acolhimento das Associações em Constituição, ou seja, inicialmente é agendado um horário de atendimento dos representantes da Diretoria junto ao Núcleo de Prática Jurídica. Neste primeiro atendimento, que é realizado com o auxílio dos demais estudantes do curso de Direito e que fazem os atendimentos no Escritório Modelo para a população em geral, são coletadas as informações acerca da prévia organização dos membros que comporão a Diretoria e Conselho Fiscal da Associação, destacando a relevância da elaboração do Estatuto Social e da regularidade formal dos elementos que compõem o livro ata da associação. Neste momento, encontramos associações das mais variadas formas, algumas com diretoria e estatutos muito antigos, principalmente constituídos anteriormente ao Código Civil de 2002, onde então se encontram em situação de extrema desatualização, sendo necessário apenas fazer a atualização do Estatuto Social. Ainda, percebemos associações mais formalizadas, com Diretoria Executiva já formada e aprovada em Assembleia, atas já constituídas, restando apenas formular e aprovar o Estatuto Social. Este, por sua vez, pôde-se perceber ser o critério mais difícil a ser formulado pelas Associações, ora por falta de conhecimentos técnicos, ora por ser mais trabalhoso e faltar interesse dos associados. E, por fim, existe um grupo de pessoas interessadas, mas sem nenhuma caracterização ou composição de Associação, onde é necessário então, começar desde a prévia constituição de uma chapa para Diretoria Executiva e Conselho Fiscal, além de todas as

orientações em realizar uma Assembleia Geral e desenvolver uma ata de fundação e eleição.

Após o primeiro atendimento e verificadas as peculiaridades de cada Bairro, são marcadas reuniões nos bairros/vilas para apresentação aos membros da diretoria em formação de propostas de estatutos. Na ocasião, os presentes na reunião debatem, a partir das particularidades de cada localidade qual é o melhor formato e/ou conteúdo estatutário. Com a formatação dos estatutos pelas diretorias são marcadas as assembleias de apresentação, deliberação e aprovação dos estatutos, e posteriormente os documentos necessários ao registro, são encaminhados ao núcleo de prática jurídica, no qual a bolsista transcreve o conteúdo dos livros para o meio digital, e realiza todo o encaminhamento necessário junto ao Registro de Pessoas Jurídicas, tudo com a supervisão da Professora Fernanda, que coordena as atividades.

Nesse sentido, até o momento já encerraram o processo de formalização e registro junto ao Registro de Pessoas Jurídicas, as seguintes Associações: Associação de Moradores do Residencial Lorentz, Associação de Moradores do Loteamento Vargas e Associação de Moradores do Bairro Cruzeiro do Sul.

Paralelamente estão em processo de elaboração de estatutos as seguintes associações: Associação de Moradores More Bem, Associação de Moradores do Bairro São Francisco, Associação de Moradores da Vila Agrícola, Associação de Moradores Bom Retiro, Associação de Moradores da Vila Alvorada, Associação de Moradores da Valdemar Pisoni e Associação de Moradores Julio de Oliveira.

O início da execução do projeto deu-se no mês de Novembro de 2017 (dois mil e dezessete) e têm como data limite o mês de Maio de 2018 (dois mil e dezoito), tendo vigência pelo prazo de seis meses. Pretende-se nesse período, atender e formalizar em torno de 15 (quinze) associações, além de realizar, ao final de suas atividades, oficinas com Professores da própria Universidade para dar explicações e sanar dúvidas, de todas as associações a respeito de

temas relevantes à sua Constituição e agora, participação popular e societária.

Para que ocorra todo processo de regularização das associações, leva se um tempo que não é possível determinar, pois irá depender de cada associação, em sua organização e busca de documentos necessários. Algumas sentem uma maior dificuldade em encontrar todos os documentos indispensáveis, pelo fato de existirem a muitos anos, então muitos documentos são extraviados, perdidos e não são mais localizados, levando assim um tempo maior para ser feita toda a execução da regularização, já as associações que não possuem nenhum documento ainda ou possuem uma prévia constituição, se torna mais rápido todo o processo, pelo fato de termos modelos para fornecer, onde eles escolhem qual cabe mais à sua realidade, e conseguem sem necessidade de muito tempo, entregar toda a documentação solicitada para fazer o encaminhamento ao Registro.

A maior dificuldade para implementação do Projeto Aproxima, aos olhos de quem está fornecendo os aparatos técnicos para sua execução, está na pouca cultura de organização civil e participação popular para pensar os interesses comuns de um bairro/vila e o bem público. Assim, existe uma resistência muito grande por parte de alguns cidadãos, não obtendo êxito ao convidá-los para iniciar a criação e/ou regularização de uma Associação de Moradores. Outra dificuldade encontrada é a falta de tempo e disponibilidade de algumas pessoas, para se empenharem e tomarem o papel de liderança comunitária seja por questões de trabalho, de interesse ou até particulares. Por fim, é possível ressaltar que ao ter realizado todos os documentos e encaminhar até o Cartório para o Registro de Pessoa Jurídica, encontramos outra dificuldade, pois a demanda é grande, e o próprio cartório não pode dispor de todo seu tempo para realizar apenas estas atividades, tendo a necessidade de seguir uma ordem de atendimentos, então por muitas vezes, pode levar algumas semanas até que este se encontra solucionado e resolvido, levando assim, mais tempo para

conseguir proceder toda a regulamentação das Associações, e consequentemente, a efetivação do Projeto Aproxima.

3 Considerações finais

Com base nas informações citadas, é possível concluir que a participação social e as associações de moradores estão inteiramente interligadas e são de suma importância para garantir a cidadania e a participação popular perante os órgãos públicas. Elas garantem autonomia à população. Porém nem sempre foi assim. No início com a Ditadura Militar ninguém poderia se manifestar em relação à opinião e não possuía liberdade de expressão. Mais tarde, graças à movimentos sociais e a aliança feita a Igreja Católica, conseguiu-se uma "brecha" que possibilitasse a implantação de um pensamento democrático. Mas foi somente nos anos de 1988, através da criação da Constituição Federal, que a sociedade garantiu expressamente o direito de participação.

A partir de então, as decisões não foram mais todas tomadas estritamente pelo Poder Público, mas sim, com a possibilidade da intervenção da população, ou seja, tudo seria compartilhado com a sociedade civil. Esta Constituição foi verdadeiramente uma revolução institucional. Porém, ainda muitas conquistas estão por vir, para de fato aplicar estas garantias já alcançadas legalmente. De fato, agora elas necessitam "sair do papel" e ser colocadas em prática.

Atualmente, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988, possibilitou a criação de uma sociedade civil organizada, através de Associações Civis (moradores, bairros, etc.) fazendo com que estas tivessem estímulo e legalidade para se constituir e buscar pelos seus direitos e pelo bem coletivo. Estas associações surgem a partir de um interesse coletivo em comum a fim de media-los mediante o poder público com o objetivo de assim efetivá-los. Ou seja, estas se tornam um instrumento para buscar os fins comuns.

Pode-se concluir também, que os projetos de extensão relacionados ao incentivo da participação popular, são de grande

valia, pois estimulam a população a buscar líderes que procurem por seus direitos e obrigações.

O Projeto Aproxima é um exemplo claro e eficaz desta aplicação de cidadania e participação popular. Ele foi elaborado pelo Poder Executivo da Prefeitura Municipal de Santa Rosa, mais precisamente ligado à Secretaria de Superintendência Geral de Governança, contando com o auxílio técnico da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ e tem por objetivo principal fomentar a participação social e a cidadania nos bairros.

Nesse sentido, até o momento já foram regularizadas e registradas junto ao Registro de Pessoas Jurídicas, as seguintes Associações: Associação de Moradores do Residencial Lorentz, Associação de Moradores do Loteamento Vargas e Associação de Moradores do Bairro Cruzeiro do Sul.

Paralelamente estão em processo de elaboração de estatutos as seguintes associações: Associação de Moradores More Bem, Associação de Moradores do Bairro São Francisco, Associação de Moradores da Vila Agrícola, Associação de Moradores Bom Retiro, Associação de Moradores da Vila Alvorada, Associação de Moradores da Valdemar Pisoni e Associação de Moradores Julio de Oliveira.

Por fim, existem uma grande dificuldade encontrada, tanto teoricamente como na prática, em relação a efetiva participação popular. Deve-se criar, como forma de solução a este problema, uma conscientização e educação referente a importância da participação popular aos meios públicos, pois é direito garantido constitucionalmente, e muito se lutou para chegar a este patamar.

Referências

CICONELLO, Alexandre. **A participação Social como processo de consolidação da democracia no Brasil.** In: http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/03/A-Participacao-Social-como-processo-de-consolidacao-da-democracia-no-Brasil.pdf. Data de acesso: abril de 2018.

GUEDES, Ana Claudia. **CIDADANIA:** participação popular através das associações de bairros, melhorias para todos. In: http://blogdoaleciobrandao.com.br/cidadania-participacao-popular-atraves-das-associacoes-de-bairros-melhorias-para-todos/. Data de acesso: abril de 2018.

MAFULDE, Roberto. **Associação de Moradores.** Acessado em: https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2497223/associacao-de-moradores. Data de acesso: abril de 2018.

POZZER, Milene Ana dos Santos. **SOCIALIZAÇÃO POLÍTICA:** promoção da cidadania através das Associações de moradores. Anais do I Simpósio sobre Estudos de Gênero e Políticas Públicas, ISSN 2177-8248, 2008, p. 30 - 40.

SANTOS, Ednia Patricia Silvestre dos. RAMALHO, Rosângela Palhano. **A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE ARARUNA:** Exercício de Cidadania? In: http://biblioteca.virtual.ufpb.br/files/a_participaaao_da_sociedade_civil_nos_conselhos_municipais_de_araruna_exercacio_da_cidadania_1343925508.pdf. Data de acesso: abril de 2018.

15

Projeto de extensão universitária nas escolas: conflitos sociais e direitos humanos.

Júlia Gabriele Fester[1]
Francieli Formentini[2]
Fernanda Serrer[3]

Introdução

Nos espaços escolares tanto das redes públicas municipais quanto das redes públicas estaduais é frequente encontrar professores que buscam uma solução para o comportamento e a postura da criança ou do adolescente que é considerado "estranho", ou seja, aquele que não se encaixa nos padrões esperados para os bem educados. Estes alunos apresentam dificuldades para aprender os conteúdos programados, não conseguem se adaptar aos padrões comportamentais estabelecidos como adequados e desejados no âmbito escolar, acarretando assim dúvidas sobre a suas formações pessoais e profissionais.

Essas questões são reflexo do caráter multicultural das sociedades contemporâneas, marcado pela imposição de modelos de padronização sociocultural que têm resultado na dança descompassada das dinâmicas sociais e ideológicas que acabam por resultar em uma variedade de formas culturais de vida, diferentes imagens de mundo, as quais se não reconhecidas podem provocar reações violentas e excludentes das diferenças.

Diante do cenário exposto, o trabalho demonstra como o projeto de mediação escolar pode ser uma alternativa capaz de desenvolver competências e habilidades na comunicação, contribuindo assim para uma formação do ambiente escolar pacífico, de aceitação, compreensão e principalmente de valorização das diferenças sociais, sem descuidar dos sentimentos afetivos da essência e da legitimidade do outro.

O trabalho será desenvolvido a partir de um recorte teórico e do relato da experiência do projeto de extensão universitária "Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de resolução e tratamento" da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, campus Santa Rosa, junto a Escola Estadual Timbaúva da cidade de Santa Rosa, Rs, em execução desde o ano de 2016.

O problema com o trato das diferenças e a educação no contexto escolar

O debate sobre a diversidade se diferencia nacional e internacionalmente de acordo com o seu período de emergência.Imigração, gênero, sexualidade, raça, etnia, religião, língua, espaços/territórios são os principais fatores e temáticas que desencadearam um processo de mobilização e discussão sobre a diversidade, sendo que em vários contextos eles estão inter-relacionados ou interseccionados. Segundo Boaventura de Souza Santos (2006, p. 316): "Temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza".

Vale lembrar, neste sentido, que nos últimos anos, a relação entre desigualdades e diversidade tem ocupado um lugar de maior destaque no debate contemporâneo. No que se refere à diversidade, Abramowicz, Rodrigues e Cruz (2011) refletem que a sua discussão, com enfoque na heterogeneidade de culturas que marca a sociedade atual, é realizada em oposição ao modelo de Estado-nação moderno,

liberal e ocidental e se faz presente em grande parte dos países do mundo.

Esse movimento tem resultado na deferência aos grupos identitários de um tratamento estratificado, classificado, num claro processo de reconhecimento de suas especificidades e diferenças. Como destaca Sawaia (2008, p. 122) o problema da conflitividade social não está na luta pelo reconhecimento das diferenças, sejam raciais, de gênero ou étnicas, mas no fato de que estes fenômenos estão ligados a uma ideia de uma identidade usada a serviço da luta pelo poder, que transforma o direito a diferença em condenação ou obsessão pela diferença, tanto no grupo como individualmente. Prossegue o mesmo autor "nesta perspectiva, a relação com a alteridade e a defesa do direito a diferença transformam-se em luta contra o outro".

Desta forma, a manifestações identitárias declarando o orgulho de ser negro, de ser homossexual, de ser mulher, de ser indígena, como oposição ao sentimento de vergonha e do silêncio construído por sociabilidades negadas de alteridade, reverberam-se na formação de grupos defensivos e agressivos, na medida em que exercem, internamente ao grupo uma ditadura impondo pensamentos, sentimentos, comportamentos e, externamente ao grupo, transformam o outro em inimigo.

Tais questões refletem modos de ver a cultura, e colocam a escola no meio caminho entre o fortalecimento de lealdades entre semelhantes e o desvelamento de identidades em uma lógica cada vez mais hiperindividual. Segundo Moreira e Candau (2003, p. 156) este jogo de peças que encaixam-se e desencaixam-se em meio ao cenário social refletem modos de ver a cultura, a escola, o ensino e a aprendizagem e mais que isso jogam para dentro dos muros escolares "desafios encontrados em uma sala de aula 'invadida' por diferentes grupos sociais e culturais, antes ausentes desse espaço".

As contradições experimentadas no ambiente escolar estão invariavelmente ligadas ao caráter multicultural das sociedades contemporâneas que passam por um processo de ruptura marcado

pela dicotomia entre tendências de homogeneização, contributo da globalização, e o que Hall (2003, p. 60) chamou de "proliferação subalterna da diferença", ou seja, tendências emergentes que fogem ao hipercontrole. Segundo o autor

> trata-se de um paradoxo da globalização contemporânea o fato que de, culturalmente, as coisas parecem mais ou menos semelhantes entre si [...]. Entretanto, concomitantemente, há a proliferação das diferenças. O eixo vertical do poder cultural, econômico e tecnológico parece estar sempre marcado e compensado por conexões laterais, o que produz uma visão de mundo composto de muitas diferenças locais. (HALL, 2003, p. 60).

A cultura e a escola sempre estarão interligados, porque a escola foi concebida para desenvolver uma função social na qual transmite a cultura oferecendo aos indivíduos o que a humanidade produziu de mais significativo, a sua tradição. E é esta a utopia que prevalece no imaginário escolar. A transmissão da cultura tem sido o principal sentido da escola. Tal modelo tem as seguintes funções: selecionar saberes, valores, práticas e outros referentes que considera adequados ao seu desenvolvimento.

Nesse sentido a perspectiva escolar tradicional tem sido reduzida a um veículo condutor da visão homogênea, padronizada de conteúdos caracterizados como adequados e inadequados, estas questões são inspiradas no mal-estar denunciado por professores e experimentado pelos estudantes, convergindo em questionamento ao próprio horizonte utópico da escola, que mais do que transmissora da cultura passa a ser concebida como espaço conflitivo e dialogado de diversas expressões culturais (MOREIRA; CANDAU, 2003).

Mediação como a prática para o reconhecimento das diferenças

Uma destas possibilidades de encontro entre as diferenças no cenário escolar e de resgate da responsabilidade pela construção de

um espaço de pertencimento, passa pela capacidade de implicar-se com o outro, de deixar-se afetar pelo outro, de modo que cada um dos envolvidos no processo educacional receba o outro em si mesmo, numa relação que promova encontros entre "eus' diferentes que se reconhecem numa dimensão ética de responsabilidade de "um-para-o-outro" e não de um em direção ao outro (LÈVINAS, 2005).

Nessa linha que a mediação como "ética da alteridade" reivindica a responsabilidade e o reconhecimento do outro – professor, aluno, comunidade escolar - repelindo tendências dominadoras e revelando-se como um mecanismo adequado de gestão de conflitos próprios do ambiente escolar. Como refere Fabiana Spengler (2008, p. 321) "as divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagônicas como complementares [e] as velhas lentes que classificam e geram distanciamentos vão para a lixeira".

O espaço da mediação antes de tudo é o espaço entre o "isto" e o "aquilo" traduzido pelo direito fraterno de Resta (2004) como o "estar no meio", assumindo o problema, deixando de lado a neutralidade do sentir para alcançar um "lugar comum", participativo, no qual poderá ser promovido o encontro dos extremos, mesmo os mais antagônicos e conflitantes.

> Estamos pois, neste espaço real, entre dois extremos, dentro dos quais a *medietas* conquista a posição difícil, mas rica, do ficar no meio, do compartilhar, do pertencer comum; não é espaço de subtração [...] A virtude do mediador é aquela de estar no meio, de compartilhar, e até mesmo do "sujar as mãos". (RESTA, 2004, p. 125).

Assim, a mediação pode ser definida como forma de tratamento dos conflitos, visando o restabelecimento da comunicação dos conflitantes. Com o intuito de proporcionar o resgate do relacionamento entre os envolvidos, especialmente nas relações continuadas, a mediação objetiva evitar a ressignificação do

conflito aparente e permitir a participação efetiva dos sujeitos na busca de uma real e verdadeira postura democrática em suas relações intersubjetivas.

O diálogo entre mediação e educação relaciona-se com a construção de estratégias metodológicas que permitam atualizar a escola no contexto na proliferação das diferenças construindo subjetividades mais aptas a lidar com seus conflitos. Nesse sentido, "não há como separar ensino e alteridade, porque a separação deles conduz 'à incomensurabilidade e, em última instância, à indiferença." (SANTOS, 2005, p. 31).

Assim, a mediação no contexto escolar se apresenta como uma ação socioeducativa importante, formando sujeitos conscientes de suas realidades, e da dinâmica das interfaces com os demais, na medida em que o processo de mediação contribui para o desvelamento de realidades conflitivas, estimulando os atores escolares a assumirem seus papéis de modo responsável superando a discriminação, a opressão, a exclusão e outras manifestações de violência.

Em meio a mediação escolar: a experiência do projeto de extensão universitária"conflitos sociais e direitos humanos"

O projeto de extensão do Curso de Direito da Unijuí intitulado "Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução de conflitos", em busca de espaços adequados para disseminar as práticas de mediação e a ideia de que o diálogo é extremamente relevante para uma comunicação eficaz, ampliou a sua atuação no ano de 2016 passando a realizar atividades em escolas de ensino fundamental da cidade de Santa Rosa/RS.

Diante do pressuposto de que a escola é um espaço privilegiado para as práticas de mediação, foi elaborado um projeto, a partir das demandas escolares e da realidade local, buscando desenvolver um trabalho personalizado para cada turma participante do projeto.

Conseguinte, o projeto procura realizar um trabalho contínuo e específico, na medida em que a educação em massa não mais se adapta a realidade atual, pois é preciso levar em consideração os interesses do grupo de alunos e, a partir disso, abordar as temáticas que a eles interessam, de modo criativo e personalizado, a fim de despertar o interesse em participar ativamente do planejamento proposto.

Ainda, o projeto objetiva criar mecanismos para mostrar aos jovens que eles são capazes de exercer a sua cidadania, bem como realizar a gestão dos conflitos a partir do diálogo. Além disso, o projeto tem como objetivo a identificação das principais dificuldades dos jovens, a promoção da educação para os direitos e deveres e o estabelecimento e/ou restabelecimento do diálogo entre os estudantes e os estudantes e os professores, visando uma comunicação capaz de fomentar a geração de ações, prática e projetos comuns voltados a gestão dos conflitos que afloram da diversidade escolar.

Assim, a metodologia do projeto é dividida em duas principais etapas. A primeira voltada ao diagnóstico, identificação da turma, formatação das oficinas e de apresentação do planejamento ao conjunto de professores que ministram aulas para a turma, bem como para os demais professores que ministram aulas na escola.

A segunda etapa é a execução, com a realização das atividades programadas, ou seja, realização dos círculos de diálogo e oficinais, os quais são desenvolvidos pelas professoras extensionistas, aluna bolsista do projeto de extensão e voluntários vinculados ao curso de direito. Além disso, também atuam no projeto professores e alunos vinculados a outros cursos de graduação da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, campus Santa Rosa, como, dos cursos de educação física, engenharia elétrica e pedagogia.

Os encontros com os alunos são realizados quinzenalmente em um período de 05 meses. Portanto, são realizados 10 encontros com a mesma turma de alunos, o que possibilita um trabalho

contínuo e de resultados aferidos pelos estudantes, pelos professores e pela comunidade escolar.

O primeiro encontro com a turma de alunos é denominado "Conversando a gente se entende", pois tem como objetivo apresentar o projeto aos alunos, conhecê-los e dialogar acerca de temáticas que os interessam, a partir de perguntas orientadoras. Salienta-se que a atividade é desenvolvida em círculo possibilitando que todos tenham oportunidade de fala e também um espaço adequado para o exercício da escuta ativa, na medida que em círculo todos podem ver e ouvir uns aos outros.

Após o primeiro encontro são realizados os Círculos Temáticos, os quais são orientados a partir das temáticas indicadas pelos alunos no primeiro encontro, as quais estão relacionadas aos principais desafios e vantagens em ser adolescente e sobre o que gostariam que mudasse na sociedade. Salienta-se que embora cada grupo de alunos tenha identidade própria, delineada a partir de seus integrantes, há identificadores comuns quando os grupos de alunos são da mesma faixa etária, especialmente quanto as questões, interesses e sentimentos envolvidos. Nesse sentido, temáticas como o bullying, diferenças (quanto a aspectos físicos e comportamentais), reconhecimento e responsabilidade são temáticas que interessam alunos adolescentes.

Assim, nos círculos temáticos é oportunizado que todos os participantes possam expressar sua opinião, seus sentimentos e interesses acerca dos assuntos trabalhados. Nessa atividade, procura-se desenvolver o diálogo, o respeito à diferença e ao que o outro expressa, a escuta ativa, bem como a responsabilização pelas nossas escolhas e atitudes. O despertar do reconhecimento da alteridade e da empatia nem sempre acontece em um primeiro momento, porém ele é semeado em possibilitado nesses espaços de diálogo.

Após os círculos temáticos são realizadas as oficinas denominadas "Eu quero te explicar quê", as quais visam estimular o protagonismo dos alunos. Assim, os estudantes são estimulados a se

expressar por meio de diferentes formas (por vídeo, textos, teatro, dança, fotografias, música, desenho, dentre outros) o que pensam sobre temáticas discutidas nos círculos e como podem, por meio de suas ações influenciar outras pessoas positivamente, difundindo o produto dos diálogos antes realizados. Desse modo, os estudantes tornam-se protagonistas nos espaços em que circulam, seja na escola, na família e na comunidade local.

Como o projeto prevê a integração com outras áreas do conhecimento, são realizadas as oficinas de "Robótica Educacional" e de "Jogos Cooperativos". A oficina de robótica pode transformar e criar anseios, perspectivas, que estavam obscuras ou apagadas. Além disso, desperta o interesse nos jovens pelas ciências exatas, ao verificarem uma aplicação concreta da Matemática e de Ciências, não sendo possível ignorá-las no seu desenvolvimento. Por fim, apresenta os primeiros recursos básicos da lógica de programação, disciplina que vem tomando espaço na formação formal de vários países, pois agrega o raciocínio lógico na resolução dos problemas do cotidiano.

Já a oficina de jogos cooperativos incentiva a participação e a cooperação entre os integrantes de um grupo. Com isso, estimula o afeto, aproximação, a aceitação e o reconhecimento do outro como uma forma de relacionar-se diferente da competitiva. Essa atividade está intimamente relacionada com os ideias da mediação, a qual também tem como fundamentos, dentro outros, a participação e cooperação para alcançar o entendimento.

Por fim, o projeto encerra com a realização de um círculo de diálogo, intitulado "As experiências que vivi" para que os alunos possam relatar as experiências vivenciadas no projeto e a partir das atividades e oficinas nele realizadas. Ainda, os trabalhos elaborados pelos alunos serão compartilhados na escola, com os alunos de outras turmas, professores e pais, a fim, de disseminar a necessidade do diálogo e de assumirmos uma postura de protagonismo em todos os contextos, o que evitará a reprodução de ações e atitudes que incentivam o não reconhecimento das diferenças e a violência.

Importante destacar que todas as atividades desenvolvidas têm como princípios orientadores a voluntariedade, a liberdade, a cooperação, o comprometimento e o respeito, de modo, a responsabilizar os participantes por suas escolhas, pois se entende que dessa forma, a participação se dá de forma mais qualificada.

Por fim, a última atividade focou-se na reunião extraclasse dos alunos para uma apresentação de final de ano, na qual eles dividiram-se e elaboraram uma apresentação de música, de teatro e dança para divulgarem para os pais e comunidade no Natal da escola.

Considerações finais

A partir da aplicação das técnicas da mediação desenvolvidas no projeto de extensão universitária "Conflitos Sociais e Direitos Humanos" da Unijuí, RS, ao espaços escolares, junto com estudantes, professores e comunidade escolar, pode-se perceber que a mediação, embora não seja uma solução mágica e única para os conflitos naturais e os que aportam às escolas pode permitir a retomada do compromisso da educação de fazer a interface entre o passado e o que há por vir, trazendo sujeitos ao mundo a partir de práticas pedagógicas de construção de sentido no encontro com as diferenças.

A mediação pode ser tomada como um horizonte de sentido para a recuperação da responsabilidade pelo outro como outro, no exercício dos papeis constitutivos do fazer educativo, representando uma prática pacífica de resistência a totalitarismos e violações de direitos.

Nesse sentido, as implicações práticas da extensão universitária nos ambientes escolares têm difundido mecanismos de desenvolvimento de habilidades e competências em comunicação, contribuindo para a formação de um ambiente escolar pacífico, de compreensão, aceitação e valorização das diferenças favorecendo a

ampliação e a qualificação de antigas práticas pedagógicas para o aprimoramento do processo de ensino e de aprendizagem.

Estas atividades tiveram início no ano de 2016, nas escolas de ensino fundamental da cidade de Santa Rosa- RS, em especial na escola estadual de ensino fundamental Timbaúva, localizada nas proximidades do Campus Unijuí Santa Rosa.

A partir das demandas escolares e da realidade local, o projeto buscou desenvolver um trabalho personalizado, contínuo e específico, visando abordar as temáticas que a eles interessavam, de modo criativo e personalizado, a fim de despertar o interesse em participar ativamente do planejamento proposto.

Deste modo, vale ressaltar que a mediação no âmbito de projeto de extensão "conflitos sociais e direitos humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução" surge como um processo revolucionário, permitindo que os envolvidos consigam dialogar entre si, tentando resolver o conflito, a mediação por sua vez, não faz milagres mas instiga de maneira satisfatória e criativa habilidades e competências em comunicação, contribuindo para a formação de um ambiente escolar pacífico, de compreensão, aceitação e valorização das diferenças favorecendo a ampliação e a qualificação de antigas práticas pedagógicas para o aprimoramento do processo de ensino e de aprendizagem, possibilitando a retomada do compromisso e da educação trazendo sujeitos ao mundo a partir de práticas pedagógicas de construção de sentido no encontro com as diferenças.

Referências:

ABRAMOWICZ, A.; RODRIGUES, T.C.; CRUZ, A.C.J. A diferença e a diversidade na educação. **Contemporânea**, São Carlos, n. 2, p. 85-97, ago.-dez. 2011. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302012000300002. Acessado em:18/04/2018

HALL, Stuart. **Da diáspora**: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

LÈVINAS, Emmanuel. **Entre Nós**. Ensaios sobre a alteridade. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

MOREIRA, Antonio Flavio Barbosa; CADAU, Vera Maria. Educação escolar e cultura(s): construindo caminhos. **Revista Brasileira de Educação**. Maio/Jun/Jul/Ago, 2003, n.23, p.156-168.

RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SANTOS, B.S. A construção intercultural da igualdade e da diferença. In: SANTOS, B.S. *A gramática do tempo*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 279-316.

SAWAIA, Bader. Identidade – uma ideologia separatista? In: **As armadilhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social.** SAWAIA, Bader. (Org.). 8.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion. Conflito, jurisdição e crise. In: **Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social.** SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas César. (Orgs.). Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

16

A mediação pré-processual como ferramenta de resolução de conflitos familiares: a experiência do projeto de extensão universitária "conflitos sociais e direitos humanos: alternativas de tratamento e resolução"

Juliana Eduarda Hermann
Francieli Formentini
Fernanda Serrer

I - Introdução

O sistema judiciário brasileiro vive uma complexa crise estrutural e paradigmática, pois a linguagem técnico-jurídica e o formalismo dos rituais processuais, burocratizam e tornam lento o sistema jurisdicional. Isso se evidencia no número de processos que tramitam anualmente pelo Poder Judiciário, número que aumenta a cada ano, segundo o Relatório Justiça em Números publicado pelo Conselho Nacional de Justiça a cada ano. Nesse sentido, destaca-se que no ano de 2016 tramitaram pela Justiça, 109,1 milhões de processos, ou seja, 07% a mais do que no ano de 2015.

Nesse contexto, os meios autocompositivos de solução de conflitos, como a mediação, vem conquistando destaque no debate jurídico, especialmente após entrar em vigência o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e a

Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O Curso de Direito da Unijuí, por meio do projeto de extensão "Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução", disponibiliza à comunidade um espaço junto ao Escritório Modelo do Curso de Direito da Unijuí, no qual os mediandos podem optar pela utilização dos meios autocompositivos como forma de gestão do conflito.

O projeto tem por base a aplicação da mediação pré-processual, especialmente no âmbito dos conflitos familiares como divórcio, partilha de bens, dissolução de união estável, guarda, visitas e alimentos. Nas sessões de mediação, os envolvidos têm o poder de buscar soluções menos traumáticas, com o auxílio do mediador. Com isso, possibilita-se a criação de um espaço apropriado à formação do diálogo funcional, na medida em que, por meio das técnicas empregadas busca-se afastar o sentimento adversarial, rancoroso e irracional e identificar interesses comuns.

Nesse sentido, o presente trabalho objetivo abordar a experiência do projeto de extensão na aplicação da mediação pré-processual para resolução de controvérsias familiares.

II – A mediação como técnica de solução de conflitos

O conflito é inerente ao ser humano, tanto como indivíduo quanto como ser social, portanto, o conflito em si não pode ser evitado, sob pena de anulação de vontades e desejos. No entanto, as reações dos indivíduos ao vivenciarem situações conflitivas podem ser vinculadas ao conflito como algo negativo, inclusive com manifestações de violência ou, de forma positiva, como uma possibilidade de aprendizagem ou uma oportunidade de progresso.

A percepção dos aspectos positivos do conflito é estimulada pela mediação uma vez que, como lembra Lília Maia de Morais Sales (2004, p. 23):

> O termo mediação procede do latim *mediare,* que corresponde a mediar, colocar-se ao meio. Trata-se do emprego de procedimentos dialogais que, de forma colaborativa e amigável, incentivam a solução de controvérsias de forma que melhor atendam aos anseios das partes.

Portanto, de sua raiz etimológica extrai-se o conceito da mediação como ação de estar no meio. Compõe a ideia de um terceiro elemento que equilibra os envolvidos no conflito, e que, sobretudo, não está acima dos conflitantes, mas entre eles. Em razão disso, a mediação é tomada como uma metodologia de tratamento de conflitos em que um terceiro, chamado mediador, auxilia os envolvidos em uma situação conflitiva a tratá-la, traduzindo-se na composição de uma solução adequada e aceitável para as questões postas e que permita a continuidade das relações interpessoais. Nesse sentido, Sica (2007, p.50) adverte que:

> A mediação é um processo de resolução dos conflitos no qual é deixado às partes, por inteiro, o poder, e conseqüentemente a responsabilidade, de decidir se e como encontrar uma solução ao conflito, na presença de um ou mais mediadores, cuja tarefa exclusivamente é facilitar a comunicação.

Vezzulla (1999, p. 114) destaca que a mediação possibilita a análise do "passado para que fiquem esclarecidas as inter-relações e sejam trazidos à tona os desejos do presente e do futuro". Com a definição desses desejos e com a identificação dos interesses é possível que os sujeitos envolvidos no conflito possam construir alterativas de ganha-ganha, fugindo da lógica do processo judicial em que há um ganhador e um perdedor.

Não bastasse a possibilidade de serem elaboradas respostas ao conflito em que todos os conflitantes sintam seus interesses contemplados, Andrei Koerner (2002, p. 47) destaca que:

> (...) as principais vantagens da mediação resultam do princípio de que as pessoas são capazes de decidir sobre suas vidas. Por isso, as partes podem ficar satisfeitas com a justiça do acordo, o casal trabalha para benefícios mútuos, cresce sua auto-estima como resultado da sua habilidade de tomar decisões responsáveis, há menos possibilidades de conflitos futuros, os gastos são menores, os traumas das crianças são menores e as partes podem controlar melhor o tempo do processo.

Assim, a mediação é a maneira mais adequada para buscar a solução do conflito, pois se preocupa com a relação futura dos mediandos, e quer sempre reestabelecer a cooperação. Segundo Leite (2008, p.108) a mediação tem como objetivo "a responsabilização dos protagonistas, capazes de elaborar, eles mesmos, acordos duráveis. Um trunfo da mediação é a restauração do diálogo e da comunicação, alcançando sua pacificação duradoura". Ela não é um processo jurídico, mas sim uma técnica que visa encontrar a melhor forma para reestabelecer o diálogo, sem competição e desavenças, mas com a utilização de técnicas específicas do mediador para alcançar acordos com a aprovação de ambas as partes.

Mas se a mediação é um instrumento que permite o restabelecimento da comunicação entre os litigantes, por que suscita tanta resistência quando a sua utilização e se torna alvo de críticas dos operadores do Direito e da justiça? Pode- se responder a tal pergunta elencando alguns motivos dessa resistência: a) primeiramente, porque é um instrumento relativamente novo de tratamento de conflitos; b) em segundo lugar, porque se trata de uma técnica recentemente disciplinada legalmente no Brasil e, em alguns países ainda não é disciplinada; c) por último - e esse é o ponto de maior importância -, a perspectiva de uma verdade

consensual que se opõe à verdade processual, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade que não desemboco em uma sanção, mas na possibilidade de escolha das partes, na ausência da figura do juiz, na presença do mediador.

Nesse mesmo contexto, os métodos jurisdicionais são ligados à realidade inevitável da "solução", conforme afirma Eligio Resta (2005, p.64): "o processo termina com uma "solução" para o conflito, quando o juiz profere a última palavra, não importa se justa, se correta, se aplicável ao caso, mas a última". Já na mediação, o princípio da autonomia não vem substituído pela autoridade de um terceiro, ao contrário, as partes buscam o tratamento adequado de seu conflito. Assim, a mediação corresponde a um jogo sem arbítrio e sem pontuação, ou seja, são sempre os jogadores que controlam a partida e o seu desfecho.

Não obstante à complexidade e o vasto número de conflitos na atualidade, necessita-se uma formação mais ampla dos operadores do direito, tornando-os aptos a promoverem a interpretação da linguagem ternária da simbologia jurídica oferecida ao cidadão. Assim, a Mediação apresenta-se como a construção de uma mentalidade fundamentada na filosofia da comunicação para aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, que conduzirá à interpretação e à aplicação das normas de Direito de Família com apoio em estudos interdisciplinares.

O modelo de jurisdição moderna precisa aprender coisas novas para tratar dessa realidade social em construção. Precisa, essencialmente, aprender a ouvir, deixar falar, fomentar uma cultura de compreensão, de diálogo, capaz de dar visibilidade às diferenças sem sonegar as igualdades normativas que garantem a racionalidade democrática.

A mediação se difere das práticas tradicionais de tratamento dos conflitos justamente porque o seu local de atuação é a sociedade - e sua base de operações o pluralismo de valores - composta de sistemas de vida diversos e alternativos. Sua finalidade consiste em

reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos. O seu desafio mais importante é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal ambição não se resume a propor novos valores, mas restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo.

III – A mediação familiar

As relações familiares sempre foram pauta de estudo e discussão no âmbito jurídico e social, sendo que o papel da família, a sua constituição e organização sofreu inúmeras transformações nas últimas décadas, com o reconhecimento de direitos antes negados. Acerca das transformações da família destaca-se o disposto por Eliane Goulart Martins Carossi (2003, p.49):

> A família iniciou sua passagem para a contemporaneidade com o ingresso da mulher no mercado de trabalho por volta de 1950 e com a conquista da igualdade entre os cônjuges. A partir da descoberta da pílula anticoncepcional, em meados de 1967, a família deixou de ser uma entidade econômica e o casamento passou a ser alicerçado no amor e não mais em um contrato econômico.

Atualmente o casamento é regrado pelo livre arbítrio, não mais consistindo na ideia de indissolubilidade que continha anteriormente. Ademais, os conceitos de família, não atendem somente homem-mulher, mas sim possibilitam que pessoas do mesmo sexo, contraiam casamento e construam famílias. Nesse novo contexto familiar, formaram-se as famílias monoparentais, interraciais, homoafetivas, entre outras tantas classificações que podem ser encontradas.

Nesse contexto, marcado pela complexidade e pela diversidade de modelos familiares se faz imprescindível o diálogo com vistas a constantes reajustes, “negociações e acordos entre os membros da família” (MUSZKAT et. al, 2008, p. 35), possibilitando

o gerenciamento dos conflitos pelos próprios integrantes do núcleo familiar e evitando manifestações de violência.

A mediação familiar é uma prática social, materializada em três fundamentos: respeito à LEI; respeito ao OUTRO e respeito a SI PRÓPRIO. Baseando-se nestes fundamentos e nos princípios que a norteiam, ou seja, imparcialidade do julgador, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia de vontades, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé, a mediação busca não diminuir os números do Poder Judiciário, mas sim, promover aos indivíduos um meio no qual eles possam de forma autônoma realizar a gestão dos conflitos familiares, os quais não se esgotam com a prolatação de uma sentença, pelo contrário, tendem a surgir a partir de novos desafios vivenciados pela família.

Durante as sessões os conflitantes podem/devem ser encorajados a ouvir e a entender os pensamentos e sentimentos uns dos outros sobre a situação, a gerar opções múltiplas e a trabalharem juntos para chegar a uma resposta que seja boa para ambos. Para que possamos falar, então, do estabelecimento/restabelecimento da comunicação e de um diálogo transformador, é preciso começar dizendo não à culpa e buscando a responsabilidade relacional.

O espaço da mediação prioriza a liberdade para dialogar, de ajustar os termos de acordo da maneira que seja melhor para todos, sem dependerem da decisão judicial, pois o conflito de natureza familiar não é essencialmente jurídico e legal, mas principalmente, social, afetivo, psicológico e emocional. Segundo Warat (2004, p. 60) a mediação seria:

> Uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto

> de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.

Assim, a mediação familiar é um importante instrumento para os mediandos terem a oportunidade de reverem suas posições dentro do conflito, permitindo, inclusive que esclareçam ruídos de comunicação e, com isso, evitar que rupturas desnecessárias aconteçam. Ademais, possibilita que os mediandos unidos pelos vínculos familiares possam dialogar acerca de outras questões que surgirem ao longo da vida, encontrando as soluções adequadas e possíveis de forma conjunta.

III - A mediação na prática do projeto de extensão conflitos sociais e direitos humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução de conflitos:

Como Universidade Comunitária, a UNIJUÍ, desde o princípio, esteve muito próxima às comunidades que lhe deram origem, sendo a extensão, juntamente com o ensino e a pesquisa, um dos grandes pilares para sua constituição e sustentação enquanto instituição de ensino superior na região noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Nesta trajetória, durante o processo de implementação da Universidade, a extensão sempre se fez presente, sendo desenvolvida de forma sistemática, continuada e coletiva, a partir das necessidades locais e regionais, não somente com o objetivo de promover o aprimoramento de conhecimentos, métodos e técnicas destinadas ao projeto acadêmico, mas, especialmente, com a missão de contribuir com o desenvolvimento local e regional, na perspectiva do fortalecimento da cidadania, da emancipação e da inclusão.

Neste aspecto, salienta-se que as diretrizes que orientam a extensão na universidade a compreendem como espaço de interação acadêmica e dialógica com a sociedade, como prática de socialização, sistematização e produção de conhecimento e comprometida com o

desenvolvimento social dentro de uma perspectiva de inovação, sustentabilidade, qualificação tecnológica e inclusão social, além de ação não disciplinar, capaz de contribuir para a efetivação da democracia, a partir da problematização e da construção de alternativas para questões locais e regionais, fortalecendo a emancipação social dos grupos envolvidos.

Nesse sentido, o projeto de extensão Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas de tratamento e resolução de conflitos, em execução desde 2012, tem como objetivo possibilitar e estimular a resolução de conflitos pré-processualmente, por meio do emprego da mediação.

Em termos de sistemática o projeto, no âmbito da gestão de conflitos familiares, se desenvolve em cinco etapas, com a participação dos mediandos – sujeitos envolvidos no conflito - e o mediador.

Na primeira etapa é ocorre a triagem, na qual a aluna bolsista do projeto de extensão realiza atendimento ao usuário que procura o Escritório Modelo do Curso de Direito da Unijuí, campus Santa Rosa-RS, para resolver conflito familiar. Na oportunidade é explanado acerca da mediação, do procedimento adotado, bem como esclarecidas dúvidas do usuário. Em havendo concordância em dar continuidade ao procedimento parte-se para a segunda etapa, que consiste no imediato contato com o outro mediando, ocasião em que é feito o convite para participar da sessão de mediação. Em havendo a concordância, é agendando um horário para a respectiva sessão de mediação.

A terceira etapa consiste na realização da sessão de mediação, oportunidade em que a professora mediadora, acompanhada dos observadores, após recepcionar os mediandos, inicia a sessão de mediação com o termo de abertura, no qual são esclarecidos os objetivos, os princípios norteadores e o procedimento que será adotado. Com o aceite dos mediandos em dar continuidade ao procedimento é realizada a mediação, inicialmente com uma sessão conjunta e, posteriormente, sessões individuais. Durante a mediação

há possibilidade de até quatro sessões, conjuntas e individuais, pautadas no diálogo, no respeito, na escuta ativa e nos princípios da mediação.

Na quarta etapa, quando possível e desejado pelos mediandos, será elaborado e firmado o termo de entendimento que pode ou não ser encaminhado para homologação judicial. Caso a mediação não resulte em uma composição, em função dos impedimentos previstos na Lei de Mediação para a atuação do mediador como procurador judicial, os mediandos são encaminhados a Defensoria Pública da Comarca.

E por fim, na quinta e última etapa ocorre após o encerramento da sessão de mediação, com a coleta de informações sobre essa forma de resolução de conflitos. Vale ressaltar que o principal objetivo da mediação desenvolvida pelo projeto de extensão não é construir um acordo, mas sim proporcionar aos mediandos espaços de fala e de escuta ativa, com uma estrutura capaz de proporcionar aos envolvidos no conflito uma visão de seus problemas e possibilidades consensuais de convivência.

No ano de 2017 foram realizados um total de 46 (quarenta e seis) atendimentos no projeto de extensão, todos referentes a conflitos familiares, especialmente, dissolução de união estável, divórcio, partilha de bens, guarda, visitas e alimentos a filhos menores. Destes 46 (quarenta e seis) atendimentos, 22 (vinte e dois) aceitaram participar das sessões de mediação sendo que, ao final do procedimento, 07 (sete) resultados em termos de entendimento. Portanto, em 31,82% das sessões de mediação houve entendimento.

Assim, verifica-se pelos dados coletados no decorrer do ano de 2017 que significativa parcela dos usuários que passaram pela triagem do projeto de extensão, ou seja, 52,17%, não aceitou conduzir o conflito pela mediação preferindo a via tradicional do litígio.

Em contrapartida, 47,83% dos usuários, aceitou participar da sessão de mediação e, com isso, mostrou abertura ao diálogo na

tentativa de construir respostas ao conflito por meio da autocomposição.

Já em 2018, no período de fevereiro a maio, foram realizados 15 (quinze) triagens, sendo que 07 (sete) aceitaram participar das sessões de mediação, ou seja, 46,66% dos casos resultaram no agendamento e sessões de mediações, dos quais, até o momento 05 (cinco) já foram finalizadas com a formalização do termo de entendimento. Portanto, embora ainda os dados de 2018 não sejam conclusivos, pois referentes apenas a 04 meses, verifica-se um aumento significativo no percentual de usuários que após ter acesso a mediação como método autocompositivo, optaram voluntariamente em participar das sessões de mediação.

Cabe destacar que, mesmo não havendo acordo em muitos dos casos mediados, conseguiu-se proporcionar um espaço de diálogo respeitoso, o que se constitui em um resultado positivo, pois possibilitou-se o compartilhamento de questões, sentimentos e interesses, o que poderá resultar na construção de respostas para conflitos posteriores ao encerramento das sessões de mediação, de forma autônoma pelos envolvidos e, até mesmo, em uma melhor gestão de conflitos futuros.

Além disso, cabe destacar que em vários casos os mediandos retormam ao projeto buscando a mediação pré-processual para a resolução de novos conflitos a demonstrar que a partir de uma compreensão do que consiste a mediação e do quanto ela pode ser um instrumento de resolução dos conflitos há uma grande tendência outros conflitos, posteriores, entre os mesmos conflitos e/ou conflitantes diferentes serem encaminhados pela mediação, mudando a cultura do litígio como primeira opção.

IV – Conclusão:

A mediação como forma de resolução de conflitos é uma prática muito antiga, documentada por antropólogos como presente em todas as culturas e religiões, que a pouco vem se revelando como

um mecanismo capaz de no atual contexto promover uma cultura de pacificação social e de autogestão de conflitos, de modo satisfatório em tempo bem inferior a tramitação de um processo judicial.

No âmbito do projeto de extensão a mediação aplicada é pré-processual, como forma de estimular a gestão dos conflitos pelos próprios envolvidos, ou seja, pelos conflitantes. Assim, as sessões de mediação são pautadas pela observância dos princípios da mediação e pelo diálogo, oportunizando aos conflitantes um espaço de construção de respostas ao conflito em que sejam considerados os sentimentos e interesses individuais, mas, principalmente, os comuns.

Pela vivência na realização do projeto e pelos dados coletados percebe-se que embora os resultados ainda não representem altos percentuais há resultados bastante significados no sentido de que está se sendo disseminada a mediação como uma forma de resolução de conflitos que possibilita a valorização dos desejos daqueles que vivenciam o conflito e, que, consequentemente terão que conviver com os resultados produzidos por ele.

Assim, entende-se que a mediação desenvolvida no projeto, pode ser um primeiro passo na construção de um Direito mais humano, mais ético, voltado ao resgate pessoal e social e, uma vez implementada, pode se revelar um fator de promoção e disseminação de uma cultura de paz nas relações humanas em geral.

Referências

BRASIL, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 18 de outubro de 2015.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 18 de outubro de 2015.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é Mediação de Conflitos**. Coleção Primeiros Passos: 325. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. .**Mediação Familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

BUITONI, Ademir. **Mediar e conciliar**: as diferenças básicas (2007).http://jus.com.br/artigos/17963/mediar-e-conciliar-as-diferencas-basicas. Acesso em: 22.jul.2013.

LEITE, Manoella Fernandes (2008). **Direito de família e mediação**: a busca para resolução pacífica na disputa de guarda dos filhos. IBDFAM. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=436. Acesso em 21/07/2013.

LUCAS, Doglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: Morais, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELO, Zélia Maria de; CAMPOS, Zuleica Danta Pereira. Família na Contemporaneidade: Danos da Violência. In: AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida; LIMA, Albenise de Oliveira (org). **Família**: Diversos Dizeres. Recife: Bagaço, 2004, p. 59-70.

MORAIS, Jose Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem:** alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MUSZKAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta.; UNBEHAUM, Sandra; MUSZKAT, Susana**. Mediação Familiar transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero.** São Paulo: Summus, 2008.

OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação – Métodos de Resolução de Conflitos**, n. 1. São Paulo: LTr, 1999.

RESTA, Eligio. **Direito Fraterno.** Trad. Sandra Regina Matini Vidal. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

SPENGLER, Fabina Marion. O conflito, o monopólio da estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou os remédios sem importância? In: Spengler, Fabiana Marion; Lucas, Doglas Cesar. **Conflitos, Jurisdição e direitos humanos.** (Des)apontamentos sobre o cenário social. Ijuí: Unijui, 2008.

_____. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação – Métodos de Resolução de Conflitos**, n. 1. São Paulo: LTr, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, v.1, 2001.

17

Conteúdo jurídico da cidadania: o acesso à ordem jurídica justa[1]

Kassia da Silva Garcia[2]
Luana Maíra Moura de Almeida[3]

1 Introdução

Na atualidade percebe-se que a cidadania se faz extremamente importante para a concretização dos direitos fundamentais de cada ser humano, entretanto, isso nem sempre foi assim. Por trás da palavra e da construção da cidadania, como se concebe atualmente, existe uma história de batalhas, revoluções e conquistas até chegar ao entendimento moderno que vigora neste momento. Através dela é possível ter acesso aos direitos mais básicos do cidadão, dessa forma, atendendo a diversas necessidades da sociedade, entre elas o direito à uma ordem jurídica justa e

---

[1] Trabalho desenvolvido no decorrer do projeto de extensão 'Núcleo de Exercício da Cidadania: Acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa pelo implemento da dignidade da pessoa humana", coordenado pela Prof. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez e coorientado pela Prof. Me. Luana Maíra Moura de Almeida.

[2] Acadêmica do 5º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo-RS, bolsista no projeto "Núcleo de Exercício da Cidadania: Acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa pelo implemento da dignidade da pessoa humana".

[3] Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo-RS, coorientadora no projeto de extensão "Núcleo de Exercício da Cidadania: Acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa pelo implemento da dignidade da pessoa humana".

igualitária para todos. O acesso à uma ordem jurídica justa, contudo, diante da crise para sua efetivação, carece de meios alternativos e novas medidas para que a própria cidadania seja concretizada.

Diante disso, o presente trabalho discorre acerca da cidadania, analisada no seu conteúdo jurídico e como um direito fundamental primordial para a efetivação do acesso a uma ordem jurídica justa. Para tanto, se fez necessário a análise histórica, através da qual, se formou o conceito de cidadania que vigora nos dias atuais. Foram necessárias inúmeras lutas e transformações ao longo dos séculos para que se alcançasse a moderna definição de cidadão e cidadã.

Entende-se a cidadania como um direito fundamental, e dentro dela se encaixam muitos direitos individuais, sociais e difusos dos seres humanos. Um dos principais, sem dúvida, é o acesso à uma ordem jurídica justa que transmita equidade a todas as pessoas. Contudo, esse acesso tem enfrentado sérias dificuldades de efetivação, que serão abordadas no decorrer do estudo.

2 Contornos acerca da cidadania

É muito difícil saber a data exata do surgimento da palavra cidadania, entretanto sabe-se que o seu significado inicial estava associado à participação política. A palavra "política" carrega a ideia de "pólis" (Cidade Antiga), onde surgiram as bases do conceito tradicional de cidadania e de onde sobreveio grande parte do seu conceito atual. Ao longo dos anos ocorreram muitas mudanças na ordem jurídica, política e social, se comparado à Cidade Antiga, porém se permaneceu por muito tempo associando a cidadania à participação política, tão somente (CARDOSO, 1985, p.28-29).

Mais tarde, depois de muitas batalhas sociais no decorrer dos séculos, ocorreram a independência dos Estados Unidos, da América do Norte e a revolução francesa, que se tornaram eventos muito importantes para que fosse instituída a cidadania, pois romperam com o preceito que vigia até então, e passaram a percebê-la tendo como ponto de partida os direitos do cidadão. Após isso, ainda

ocorreram inúmeras outras lutas para que fosse ampliada a noção de cidadania, assim como também a sua prática (PINSKY; PINSKY, 2014, p. 10).

A Revolução Industrial também se fez muito importante na conquista de direitos, pois ela trouxe o proletariado à cena histórica. Dessa forma essa parcela da sociedade pôde conhecer a força revolucionária, buscando ampliar os direitos civis. Assim com a revolução francesa, foi sintetizada a natureza do novo cidadão, pela busca de liberdade, igualdade e fraternidade, que eram as palavras de ordem dos que se opunham as opressões vividas naquele século. Assim, abriu-se um leque de possibilidades para que as minorias pudessem alcançar os direitos civis (ODALIA *in* PINSKY; PINSKY [orgs.], 2014, p. 163).

Por conseguinte, a história da cidadania é também uma história de busca de direitos humanos e da luta pela conquista de valores sociais e éticos como a dignidade, a democracia e a justiça. Na medida em que a cidadania foi evoluindo, nela foram se fixando novos direitos, advindos das mais diversas necessidades. Um exemplo disso é que na Antiguidade não haviam leis que limitassem o poder do Estado perante os indivíduos. Os cidadãos ficavam a mercê das virtudes e da sabedoria dos governantes (ou da falta delas). Somente anos mais tarde, a legislação foi adaptando suas deficiências e se pôs como freio ao poder do governo protegendo a pessoa humana (HERKENHOFF, 2001, p. 33-35).

Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky constituem, ademais, o conceito de cidadão, trazendo três elementos muito importantes para a adequação de seus contornos. Segundo os autores

> Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania

> plena é ter direitos civis, políticos e sociais (PINSKY; PINSKY, 2014, p. 9).

João Baptista Herkenhoff destaca, na concepção de cidadão, que além de ser um indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado, este também tem deveres para com o Estado. E ainda, afirma que o conteúdo da cidadania cresceu muito ao longo da história, contendo hoje novas dimensões, tais como: dimensão econômica, educacional e existencial (HERKENHOFF, 2001, p. 17-21).

Dentre alguns fatores que motivam fortemente a coexistência entre maiorias e minorias e intensificam os benefícios de uma implementação formal da cidadania, estão: "as condições para os grupos socializarem entre si; a presença de valores compartilhados entre eles; e a implantação de mecanismos políticos de proteção comunitária" (PINSKY; PINSKY, 2014, p. 377).

O sociólogo Thomas Humphrey Marshall concorda que a cidadania é composta destes três elementos, os quais dependem uns dos outros reciprocamente. Entretanto observa-se que o elemento civil se faz um dos mais importantes por representar os direitos necessários para se ter um amplo acesso à justiça (CAVALCANTI, 1999, p.23).

Diante disso percebe-se a importância da cidadania como um direito fundamental, pois nela estão incluídas as garantias mais básicas do cidadão além de direitos sociais importantíssimos. Através dela é possível alcançar a igualdade entre maiorias e minorias e a proteção de cada cidadão individualmente.

3 Cidadania como um direito fundamental

No Brasil contemporâneo as dimensões da cidadania cresceram, trazendo novos direitos fundamentais e básicos ao ser humano e ampliando alguns deles, como por exemplo a dimensão civil da cidadania. Outra vantagem foi trazida pela Constituição

Federal de 1988, pela qual já não mais se admitem as discriminações contra a mulher, que sempre existiram nas leis brasileiras. Hoje homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Assim também, as liberdades de pensamento e crença foram proclamadas como direitos de todas as pessoas (HERKENHOFF, 2001, p. 201-204).

Nos termos do art. 1.º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, a cidadania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, o governo tem o dever de estabelecer mecanismos, que cumpram com o preceito de que todos são iguais perante a lei, dando maior atenção aos economicamente necessitados. Isso significa que a desproporção de poder econômico em relação à parte hipossuficiente há de ser igualizada, conforme indica o art. 5º, caput, da Carta Magna. Esta contém princípios que alicerçam o sistema jurídico brasileiro, e dentre os princípios fundamentais, destaca-se o da cidadania que pode ser visto como uma das principais garantias constitucionais, assim como a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Percebe-se, então, que a concretização dos direitos fundamentais se faz muito importante para que a cidadania seja efetivada no sentido mais amplo de seu conceito. Para Canotilho os Direitos Fundamentais se equiparam aos direitos humanos, com as diferenças de que os primeiros são universais, invioláveis e válidos para todos os povos em todos os tempos, e os segundos são vigentes em determinada ordem jurídica e são limitados ao espaço e ao tempo. Ele afirma, com isso, que os direitos humanos podem ser adotados por um ordenamento jurídico e considerados direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 394).

Ao longo dos anos as relações sociais tem se tornado bastante complexas, e isso tem causado um crescente aumento dos conflitos entre as pessoas. Muitos desses acabam sendo direcionados ao Poder Judiciário. Embora o acesso à justiça, como um direito fundamental, tenha sido contemplado com uma dimensão mais ampla últimos anos, ainda é considerável o número de pessoas que

nem sequer conhecem os seus direitos, e menos ainda os meios disponíveis para sua seguridade (MADERS *in* BEDIN [org.], 2012, p. 199).

Os direitos humanos em seu conceito mais moderno, consideram-se então, os direitos do cidadão, e essa compreensão também alcança os direitos fundamentais. Estes não são criação do Estado, mas surgem de exigências universais. Já o acesso à justiça, é visto como um direito natural, e aos poucos tem sido visto como um direito individual, social e de natureza fundamental, podendo até mesmo ser considerado um dos direitos mais básicos e essenciais dos seres humanos (LIMA FILHO, 2003, p 146-149).

É possível perceber que para que a cidadania seja efetivada em seu conceito mais amplo, sendo vista como um direito fundamental e consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana é essencial um acesso a uma ordem jurídica que garanta a toda a sociedade seu direito primordial de acesso à justiça.

4 O acesso á ordem jurídica justa como efetivação da cidadania

O acesso à uma ordem jurídica justa é algo estritamente ligado a justiça social e igualdade socioeconômica, pois através dela são equilibrados os conflitos que provém dessas relações. Não se pode alcançar a cidadania se apenas uma das partes em um processo tiver acesso à justiça. Em âmbito internacional o acesso à justiça é um direito humano, e em contexto interno é um direito fundamental (MADERS *in* BEDIN [org.], 2012, p. 207).

No plano internacional o acesso à justiça ganhou reconhecimento como direito humano em 1950, através da Convenção Europeia de Direitos Humanos, assim como também o Pacto de São José da Costa Rica os reconhece desde 1969. Apresenta-se previsto também no artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU dispondo que

> Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil (ONU, 1966).

É possível perceber que o aceso à uma ordem jurídica justa necessita de algumas medidas que o tornem possível, tais como: direito a informação; direito adequação à realidade socioeconômica do país; um Judiciário satisfatoriamente organizado, nos quais estejam juízes inseridos na prática social e comprometidos com a realização da ordem jurídica justa; remoção dos obstáculos que sejam contrários ao acesso efetivo a uma justiça com essas características (LIMA FILHO, 2003, p 96-97).

Mesmo que o acesso à justiça seja visto hoje como um direito social básico, existem inúmeras barreiras para que este seja atingido. Tais como as diferenças entre os recursos financeiro das partes. E isso se dá pelo fato de que algumas pessoas ou instituições possuem um capital mais amplo do que outras, deixando a relação jurídica desequilibrada, uma vez que a parte que detém maior valor aquisitivo pode assim apresentar seus argumentos de maneira avantajada (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 6-8).

Desse modo a justiça tem sido vista pelas classes inferiores como uma auxiliadora somente das pessoas que possuem condições de custear suas necessidades jurídicas. Nesse aspecto importa considerar a reflexão de que

> A “capacidade jurídica” pessoal, se se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem — ou, ao menos, não conseguem — superar

> essas barreiras na maioria dos tipos de processos (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p.8).

Outro grande obstáculo tem sido o difícil acesso à informação por parte dos por considerável parte da população brasileira que, em muitos casos, tem grande dificuldade de reconhecer lesões aos seus direitos e, em casos mais extremos, nem reconhece o próprio direito.

A complexidade do sistema faz com que até mesmo as pessoas de maior classe social tenham dificuldade de compreensão das garantias. Pode-se deduzir, portanto, que mais ainda as pessoas dotadas de menos recursos. Essa dificuldade de entendimento faz com que a realidade social se afaste drasticamente das normas (MARINONI, 1999, p. 65).

O problema da ausência de informação enseja um descrédito na própria edificação da democracia. Verifica-se que a maioria das pessoas pobres reconhece os seus direitos com relação à justiça penal, mas, a justiça civil é a que mais se distancia dessa realidade por exigir um maior valor econômico das pessoas em geral. Trata-se de uma "justiça" ainda mais cara para os economicamente débeis, o que se agrava com a lentidão processual e o desconhecimento de direitos (MADERS *in* BEDIN [org.], 2012, p. 208).

É fato também que somente a garantia de assistência judiciária gratuita não irá solucionar o problema do acesso à justiça como um todo. Se faz essencial um grande número de advogados disponíveis para atender aos que não podem pagar os seus serviços, de informação, assistência e reivindicações dos mais diversos direitos fundamentais. Para tanto, se faz necessário um grande orçamento, que acaba sendo novamente um dos maiores problemas da assistência judiciária (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 17-18).

Dessa forma, percebe-se também que o processo pode ser um meio necessário para a realização da justiça, porém são visíveis as imensas dificuldades processuais encontradas, entre elas percebe-se a demora na solução dos conflitos, o que causa um sério

enfraquecimento do sistema e os altos custos do mesmo. Diante dessas dificuldades, bem como em face de outras, se faz importante a busca por novos meios de solução de conflitos, tais como: a conciliação, a mediação e a arbitragem (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 46-48).

A conciliação é regulada por alguns dispositivos de legislação brasileira, como por exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código de Processo Civil, diplomas nos quais, em certos artigos, imputa ao juiz a tarefa de tentar conciliar as partes, em qualquer tempo. Assim como a lei dos juizados especiais que é sobretudo voltada a conciliação como modo de resolução de conflitos. A área criminal também tem aberto portas para esses métodos através de uma leitura das situações fáticas e jurídicas sob orientação da Constituição Federal (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 49).

A mediação tem sido cada vez mais valorizada, principalmente por centros de mediações independentes, dirigidos por profissionais autônomos. Ela se faz semelhante a conciliação, onde

> [...] os interessados utilizam a mediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação trabalha o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 50).

A arbitragem, que era inicialmente regida pela lei material e pelo Código de Processo Civil, estava em desuso no direito brasileiro, porém com o surgimento da Lei de Pequenas Causas e a Lei da Arbitragem ela ganhou uma grande força e atividade, passando também a ser utilizada como prática facultativa de pacificação de pessoas em conflito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 50-51).

O acesso à justiça é uma defesa de todos os direitos, não dependendo de sua natureza, ou instância jurídica, sendo uma maneira de todas as pessoas, sem distinções, de alcançarem as portas do Judiciário. Não somente isso, mas em sua noção mais ampla, ele gera "o acesso aos meios de desenvolvimento social, político, e econômico de um Estado, ou seja, a uma justiça social distributiva" (MADERS *in* BEDIN [org.], 2012, p. 204).

Isto posto, pode-se entender o acesso à uma ordem jurídica justa, como uma garantia para a proteção de direitos elementares dos seres humanos, que são imprescindíveis para que sejam concretizados os direitos fundamentais até a 4ª geração, assim fazendo com que seja real o conceito de cidadania. O acesso à justiça pode ser considerado uma garantia de primeira dimensão por ser positivado de forma detalhada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos da ONU, mas também de segunda geração por viabilizar a redução das desigualdades sociais (MADERS *in* BEDIN [org.], 2012, p. 204-205).

O acesso à uma ordem jurídica justa é mais do que tão somente à existência de leis e procedimentos, é primordial que aqueles que administram a justiça percebam a existência de uma grande complexidade das relações e governem as formalidades sem esquecer-se da realidade. Para que assim possa se construir uma sociedade de paz que seja verdadeiramente livre (MADERS *in* BEDIN [org.], 2012, p. 205).

A identificação das diferenças de cada ator social é indispensável à criação condições de participação social sem discriminações e desigualdades, assim também se faz necessária uma política que viabilize, desenvolva e promova a dignidade humana, respeitando as peculiaridades e as especificidades culturais e históricas de cada povo. O sistema judicial estatal deve assumir sua obrigação na solução das divergências fundamentais com seriedade perante aos direitos sociais e econômicos para assim fazer valer o acesso à justiça (MADERS *in* BEDIN [org.], 2012, p. 213).

Boff, traz uma grande reflexão se tratando de acesso à justiça como um direito humano e para todos, segundo ele

> [...] dentro de uma sociedade desigual, de colocar concretamente a universalidade dos direitos humanos. A justiça é somente universal para todos se começar por ser justiça dos últimos; o direito é direito de todos somente quando começar a ser respeitado a partir dos condenados da terra; a vida é garantida a todos, unicamente quando se inicia sua promoção e defesa a partir dos forçados a morrer antes do tempo. Se, de saída excluímos a todos estes e começamos a vivenciar os direitos humanos a partir de classes beneficiadas pelas ordem vigente, então, sim, parcializamos a questão universal dos direitos humanos. A forma de criarmos uma universalidade concreta é partirmos dos excluídos e marginalizados e a partir deles abrirmo-nos a todos os demais (1991, p. 94-95 *in* CORRÊA, 2000, p.201-202).

O artigo 134 da Constituição Federal de 1988 atribuiu a função de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados à Defensoria Pública, como uma das formas de tentar solucionar parte deste problema tão complexo. Contudo, ainda hoje "Vê-se que a evolução da vida e das relações parece desafiar o esquema jurídico e seus operadores" (MADERS *in* BEDIN [org.], 2012, p. 213).

O direito ao acesso à uma ordem jurídica justa está ligado a própria organização e administração do Estado, assim como os demais direitos. Dessa forma, deve-se aforar a adequação da atuação das políticas públicas à realidade social, cultural e econômica nos mais diversos sentidos para preservar e manter os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana (MADERS *in* BEDIN [org.], 2012, p. 222).

Portanto, é perceptível a importância de um Judiciário eficaz, de um acesso a informação de qualidade e da equidade entre todos os cidadãos na efetivação de uma ordem jurídica justa e eficaz. Necessita-se um olhar diferenciado focado nas práticas sociais atuais percebendo que cada pessoa tem necessidades diferentes.

5 Conclusão

Conforme consta na Constituição Federal, o acesso à justiça é um direito garantido a todos os cidadãos pelo Estado Democrático de Direito, como efetivação de direitos fundamentais, entretanto a prestação deste serviço não é realizada de forma eficaz pelo Poder Judiciário, pois o mesmo encontra-se imóvel diante de inúmeras barreiras e dificuldades. Desta forma, faz-se necessária a busca por alternativas que visem auxiliar o Poder Judiciário a realizar seus fins e promover os direitos humanos e a pacificação social, aliados à garantia do exercício da cidadania.

Algumas medidas precisam ser tomadas para que seja ampliado não somente o acesso à justiça, mas à uma ordem jurídica justa. Entre eles o direito à informação, para uma população que muitas vezes não reconhece os seus direitos e principalmente a adequação a realidade social do país, por parte de todos os Poderes do Estado.

A mediação, a conciliação e a arbitragem surgem como meios alternativos na busca pela justiça, as quais complementam a realização jurisdicional, e atuam na realização da autonomia, cidadania, direitos humanos e na concretização do Estado Democrático de Direito através do diálogo.

Acima das leis e das formalidades é necessário que se reconheçam as mazelas da sociedade e as complexidades de relações existentes. O Judiciário deve estar atento e olhar para cada cidadão individualmente com suas características e diferenças, dando voz também aos menos favorecidos economicamente e buscando sempre a equidade não somente entre partes de um processo, mas na coletividade como um todo.

Referências

BEDIN, Gilmar Antonio, [org.]. **Cidadania, direitos humanos e equidade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012. (Coleção Direito, política e cidadania).

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. 21. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **O Acesso à Justiça**. 1ª ed. Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1998.

CARDOSO, Ciro Flamarion. **A Cidade Estado Antiga**. São Paulo: Ática, 1985. (Série Princípios).

CAVALCANTI, Rosângela Batista. **Cidadania e acesso à justiça**. São Paulo: Idesp, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª ed. São Paulo: Mallheiros Editores, 2015.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania – reflexões histórico-políticas**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como funciona a cidadania**. 2ª ed. Manaus: Editora Valer, 2001.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 05/04/2018.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi, [orgs.]. **História da Cidadania**. 6. ed. 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2014.

18

Improbidade administrativa: uma breve reflexão e a posição dos tribunais superiores

Laís Bassani[1]
Tassiana Borcheidt[2]
Eloisa Nair de A. Argerich[3]

1 Introdução

Falar em improbidade administrativa não é um tema dos mais fáceis, uma vez que envolve questões éticas, políticas e legais que dizem respeito a atuação dos gestores públicos e também dos agentes públicos e políticos que atuam na Administração Pública.

Portanto, inicia-se mencionando as questões que se referem à improbidade, tendo como exemplo, um agente público ou político que recebeu dinheiro ou qualquer vantagem econômica para facilitar a aquisição, permuta ou locação de um bem móvel ou imóvel, a contratação de serviços pela administração pública.

---

[1] Acadêmica do curso de Graduação em Direito, campus Santa Rosa, 9º semestre. E-mail: lais_bassani@hotmail.com

[2] Acadêmica do curso de Graduação em Direito, campus Santa Rosa, 9º semestre. E-mail: tborcheidt@bol.com.br

[3] .Mestre em Desenvolvimento e atua na Universidade Regional do Estado do Rio Grande do Sul, ministrando Direito Constitucional e Administrativo. Extensionista do Projeto Cidadania Para Todos e Facilitadora dos Círculos da Paz e fortalecimento de vínculos da Jutiça Restaurativa 21- Projeto desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Ministério Público.

Nesse sentido, segundo a definição do art. 9º, da Lei nº 8429/92, *in verbis:*

> Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego [...] (BRASIL, 1992)

Observa-se que a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA, é um marco no combate à corrupção. Por isso, a expressão mais utilizada para entendimento do termo a que se refere a lei é corrupção, que se atribui ao ato de corromper, produzir adulteração, perversão e prevaricação.

É inegável que a corrupção se relaciona à promessa de uma recompensa ou benefício em troca de favores que interessem ao corruptor. É uma forma particular de se exercer influência. E, aqui, se verifica um dos problemas que existem e persistem na esfera pública.

Desta forma, percebe-se que "a corrupção não está atrelada somente a desvios de verbas, mas também a corromper alguém, tirando-se de suas origens partidárias por exemplo por meio de vantagens alheias a da coletividade", afirma João Paulo Kemp (2014, p.182).

A corrupção tem se constituído como um dos mais devastadores empecilhos para o desenvolvimento político-econômico no país, chegando ao ponto de a população sentir-se anestesiada e não reagir frente aos atos de desvios de finalidade, de verbas públicas, ou de troca de favores (KEMP, 2014).

Neste sentido, Eduardo Oliveira (apud Kelm, 2014, p. 182) assinala que:

> [...] a corrupção está atrelada a duas versões diferentes: perversão e suborno, na primeira a ideia é levar alguém a libertinagem, ou seja, é a liberdade em seu inverso, pois o sujeito consegue a liberdade de forma imoral, ilícita; já no suborno seria corromper,

> prometer pagar ou pagar alguém para realização de um ato e o corrompido é o sujeito passivo que aceita tal promessa. [...].

Na verdade, a corrupção sempre esteve presente no serviço público. Não é um fenômeno da atualidade, pois no entendimento da historiadora Adriana Romeiro, em sua obra - Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII- (2017, p. 21):

> A corrupção que assola a política nacional e indigna os brasileiros está atracada no país desde os tempos do Brasil colônia. E os mesmos estratagemas usados pela elite colonial persistem até hoje nas práticas ilícitas daqueles que se dizem representantes do povo.

Cabe ainda destacar que a corrupção, principalmente no Brasil, tem repercutido até mesmo no cenário internacional. Jornais importantíssimos retratam a situação do país.

Frederico Rocha Ferreira (2017, on-line) explana:

> Assim como o "The Guardian", o francês "Le Figaro" aponta para a cumplicidade que existe entre o executivo e o legislativo brasileiro, assinalando que apesar das denúncias que pesam contra o presidente Michel Temer, ele conta com significativo apoio de parte do parlamento, que também está envolvido em corrupção. Essa percepção de cumplicidade ficou explicita, dias depois, quando o executivo, às vésperas da votação da denúncia contra Temer na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), liberou milhões de emendas parlamentares.

Ademais, o que se percebe do atual cenário político do país é que a corrupção que assola a sociedade por meio de ações vergonhosas, vem se desvencilhando por meio de recentes investigações que tem levantado muitas informações a respeito de corruptos e corruptores que tem agido visando somente a satisfações de seus próprios interesses.

Mecanismo respeitável para concretização dos princípios que regem a Administração Pública, dentre eles a moralidade administrativa, é a Lei de Improbidade Administrativa. Afirma Paulo

Bonavides (2004, p.98) que a Lei nº 8.429/92, denominada de Lei de Improbidade Administrativa – LIA, é um instrumento legal que nasceu da necessidade de coibir que agentes públicos ou políticos, servidores ou não, pratiquem atos que atentem contra a administração direita, indireta, ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de territórios que configure enriquecimento ilícito, danos ao erário e/ou violação aos princípios da administração pública. Agindo dessa forma configura-se a improbidade administrativa.

Observa-se que com o interesse na satisfação pública, o agente administrativo deve praticar atos da administração Pública em consonância com a legislação, atendendo os princípios constitucionais para assegurar, caso contrário, estará cometendo ato de Improbidade Administrativa.

Denota-se que é de responsabilidade do Estado o controle dos atos arbitrários dos governantes, pois a corrupção acarreta prejuízo moral para o Estado, mas, ainda se tem agentes políticos que visam o seu próprio interesse.

Deve-se referir que a improbidade administrativa está interconectada com a moralidade no serviço, princípio expresso no texto constitucional e com a probidade administrativa, pois os cidadãos esperam que os governantes atuem com boa fé, e honestidade.

A Constituição Federal reforça e valoriza o princípio da moralidade administrativa, sendo assim, a população tem direito a uma Administração honesta, transparente e justa.

No que tange ao princípio da moralidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, este justifica-se pelo fato de coibir a imoralidade no âmbito da administração pública uma vez que a sociedade desde então assiste o declínio da administração por meio de maus administradores que buscam apenas interesses próprios ou arbitrários aos preceitos morais.

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 49) discorre sobre o princípio da moralidade:

> O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administradores em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

Na visão de Matheus Carvalho (2017, p. 73):

> Trata-se de princípio que exige a honestidade, lealdade, boa-fé de conduta no exercício da função administrativa – ou seja, a atuação não corrupta dos gestores públicos, ao tratar com a coisa de titularidade do Estado. Esta norma estabelece a obrigatoriedade de observância a padrões éticos de conduta, para que se assegure o exercício da função pública de forma a atender as necessidades coletivas.

Nos dizeres de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2016, p. 218):

> O princípio da moralidade torna jurídica a exigência da atuação ética dos agentes da administração pública. A denominada moral administrativa difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância desse princípio.

Observa-se na conceituação do princípio da moralidade pelos autores supra mencionados que, tanto quanto qualquer um dos princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal no que tange à Administração Pública, o princípio da moralidade é de suma importância uma vez que está intimamente ligado ao princípio da legalidade, ou seja, na atuação tangente com a moral, o agente deve cumprir a lei atentando-se à sua letra. O princípio da moralidade complementa, desta forma, o princípio da legalidade.

A inobservância do princípio da moralidade acomete inúmeros fatores funcionais da Administração pública. Umas das especificidades da inobservância deste princípio é a consumação de atos de improbidade. Mas o que vem a ser a improbidade?

Para Wallace Paiva Martins Júnior (2002, p. 113):

> [...] Improbidade em linhas gerais significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial.

De acordo com o art. 10 da Lei n 8.429/92, a Lei da improbidade administrativa, "constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades previstas no art. 1º desta Lei [...]" (BRASIL, 1992).

Diogo De Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 778):

> São considerados atos de improbidade os praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ficando a eles equiparados, para efeitos legais, os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio ao erário haja concorrido ou concorram com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 1º e parágrafo único).

O artigo 11 da mencionada Lei ainda traz em seu bojo:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]. (BRASIL, 1992)

Nesta esteira, *mister* se faz demonstrar o entendimento dos Tribunais Superiores no que tange à caracterização dos elementos do ato de improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública conforme dispõe o art. 11.

Veja-se:

> (...) 'a questão controvertida, se a atuação dolosa do agente é imprescindível, ou não, para consubstanciar ofensa aos princípios da Administração, encontra-se pacificada no âmbito da Primeira Seção do STJ, justamente no sentido (...) de ser necessária a presença do dolo no elemento subjetivo do tipo, para caracterizar ato ímprobo.' (...) é necessário apenas o dolo genérico, sendo dispensável o dolo específico. (...) (In: STJ; Processo: AgRg nos EREsp 1312945-MG; Relator: Ministro Benedito Gonçalves; Órgão Julgador: Primeira Seção; Julgamento: 12/12/2012; Publicação: DJe, 01/02/2013)

> (...) De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o enquadramento das condutas previstas no art. 11 da Lei 8.429/92, não é necessária a demonstração de danos ao erário ou enriquecimento ilícito do agente. (...) (In: STJ; Processo: AgRg nos EREsp 1119657-MG; Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima; Órgão Julgador: Primeira Seção; Julgamento: 12/09/2012; Publicação: DJe, 25/09/2012)

Observando-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, depreende-se que, para configuração da lesão aos princípios contida no artigo 11, basta apenas a ilicitude e a imoralidade administrativa para concepção do ato de improbidade.

Para melhor compreensão do assunto em comento, é imprescindível destacar um dos atos que causam prejuízo ao erário

de acordo com o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, qual seja, "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente" (BRASIL, 1992).

Sobre o conceito de licitação Hely Lopes Meirelles (2016, p. 25) esclarece:

> Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa proporcionar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Aponta ainda, Matheus Carvalho (2017, p. 441):

> A Administração Pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública, composta por seus órgãos e agentes. Por essa razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo. A exigência de um procedimento licitatório busca contornar esses riscos, por se um procedimento que antecede o próprio contrato, por meio do qual várias pessoas podem concorrer em igualdade de condições e a Administração Pública pode escolher a proposta mais vantajosa, além de atuar na busca do Desenvolvimento Nacional. Dessa forma, a licitação é um procedimento administrativo prévio as contratações públicas, realizado em uma série concatenada de atos, legalmente distribuídos, culminando com a celebração do contrato.

Considerando que as licitações são de suma importância na Administração Pública em razão das grandes movimentações de dinheiro público, por meio delas, muitos agentes públicos e políticos aproveitam-se para agir com desonestidade no trato com a coisa pública.

Neste diapasão, Waldo Fazzio Júnior (2008, p. 140, 141, sic) explana:

> [...] o universo das licitações é, precisamente, o sítio onde vicejam as mais lesivas praticas ímprobas e se nega, rotineiramente, os princípios constitucionais da Administração. [...] Frustrando ou fraudando licitação, o agente público também pratica crimes licitatórios, sujeitando-se ao respectivo processo penal, independentemente de responder pelo ato de improbidade, em ação civil. Os procedimentos licitatórios são promovidos e fiscalizados por comissão constituída para esse fim, de sorte que os delitos em tela ou são atribuíveis aos membros daquele colegiado ou a competidor. Contudo, não há qualquer estorvo a que outros agentes públicos, notadamente de hierarquia superior, influenciam o procedimento e, como co-autor direto ou autor mediato, comete alguns desses crimes. De tal arte que, ao fraudar a licitação ou, simplesmente, dispensá-la indevidamente, o agente público, além de incorrer no ato de improbidade administrativa, também realiza tipo penal especifico. Faz jus à dupla sanção.

Mesmo sabendo da necessidade de fazer a licitação, muitos governantes não a fazem, ou se fazem, o realizam de maneira contraditória aos padrões regidos pela legislação, de uma maneira que burle as leis, para que a empresa que mais lhe favorece vença.

Neste ponto, relevante ainda mencionar que as licitações são regidas pela Lei nº 8.666/93, legislação esta que alberga as normas gerais das licitações e contratações públicas.

De fato, depreende-se que a inobservância dos procedimentos adequados no trato com a coisa pública, enseja danos ao erário e enriquecimento ilícito como no caso das fraudes à licitação.

Segundo Eurico Bitencourt Neto (2005, p.112)

> [...] O enriquecimento ilícito é a forma mais grave de improbidade administrativa, em especial quando se trata de atentado praticado contra a Administração Pública mergulhada em caldo de profundas desigualdades sociais, em que cada porção do patrimônio público desviado de suas finalidades, a par de contribuir para a manutenção da crise social, ao incorporar-se ao

> patrimônio do ímprobo, constitui verdadeiro escárnio à miséria que nos cerca.

Para que ocorra este ato de enriquecimento ilícito deve haver vantagem patrimonial economicamente perceptível. Deve haver ocorrência de dano ou prejuízo a fazenda, para configurar o enriquecimento ilícito.

A prática de improbidade administrativa que desencadeia no enriquecimento ilícito, fere o princípio da moralidade administrativa e pode causar dano à Administração Pública.

Ressalta Alexandre Morais da Rosa e Affonso Ghizzo Neto (2001, p.66) que:

> Logicamente, será oportunizado ao agente público justificar a origem do patrimônio estranho, comprovando a procedência lícita de seus bens ou outra causa que justifique a incompatibilidade entre seu patrimônio e suas rendas. Se não há inversão do ônus da prova, esta será presumida, cabendo ao agente público informar a correção dos fatos (ROSA e GUIZZO NETO, 2001).

São delimitados pelo Estado, alguns princípios que regem a Administração Pública, delimitando o poder por meio de uma lei superior.

A Administração Pública deve seguir os princípios da Constituição Federal, que são os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e o da eficiência. Existe também o principio da Probidade Administrativa, que se baseia na honestidade do servidor para cumprir suas atribuições dentro da Lei, e esta ligado com o principio da moralidade.

A diferença que norteia estes dois princípios, é que a moralidade é a união entre costumes, deveres e modo de proceder dos homens para com seus semelhantes. Já a probidade, consiste em honradez, integridade de caráter e honestidade.

O bem jurídico protegido nesta situação de improbidade é a administração pública, sendo protegida a probidade da função, sua respeitabilidade bem como a integridade de seus funcionários.

Assim como na lei civil aquele que causa dano a outrem deve ser responsabilizado, no caso da administração pública não seria diferente. Destaca Maria Silvya Di Pietro (2009, p. 806) que as sanções aplicadas em decorrência da improbidade administrativa, tem natureza jurídica civil, e que a Lei n.º 8.429/92 inseriu, também como sanções (art. 12): a) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) a multa civil; e c) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Vale mencionar que, no que tange o ressarcimento doa valores auferidos ilicitamente por meio de atos de improbidade administrativa, entende o Superior Tribunal de Justiça que tal medida não pode ser considerada apenas uma sanção mas deve estar atrelada de alguma das sanções legais dispostas no artigo 12 com vistas a reprimir a conduta do agente público e coibir novos atos lesivos ao patrimônio público. (STJ. REsp 1.184.897/PE. Rel. Ministro Herman Benjamim. 2ª Turma. Dje de 27/04/2011) (2ª Turma. Ag.Rg. no Agravo em Recurso Especial 606.352-SP. Relatora: Ministra Assussete Magalhães. Julgamento: 15/12/2015)

Continua a referida autora, explicando que algumas sanções apresentam caráter político como por exemplo, a suspensão do direito político.

A suspensão dos direitos políticos, decorrente de ato de improbidade administrativa, é autônoma, e imposta no juízo cível na sentença que julgar procedente a ação civil de improbidade administrativa. A imposição decorre do juízo cível e é executada pela Justiça eleitoral, depois da ciência do trânsito em julgado da decisão (DI PIETRO, 2009).

Alexandrino e Paulo (2016, p. 996), sobre as sanções mencionadas, comenta:

> Quanto às penalidades, a Lei 8.492/1992 estabelece sanções de natureza administrativa (perda da função pública, proibição de

> contratar com o Poder Público, proibição de receber do Poder Público benefícios fiscais ou creditícios), civil (ressarcimento ao erário, perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil) e política (suspensão dos direitos políticos). Percebe-se que há sanções previstas na lei que não constam do §4º do art. 37 da Constituição. Essa previsão legal de outras sanções, como a multa e a proibição de contratar com o Poder Público, não é de forma nenhuma ilegítima. Leis podem perfeitamente estabelecer sanções pela prática dos atos ilícitos em geral. Ademais, a enumeração do §4º do art. 37 da Constituição não é taxativa; consiste ela, isso sim, num rol de consequências mínimas atribuídas à pratica de atos de improbidade administrativa. A rigor, nem todas as consequências estabelecidas na Lei 8.429/1992 para os atos de improbidade administrativa são penalidade. A indisponibilidade dos bens, por exemplo, é uma medida de natureza cautelar, que tem a finalidade, não de sancionar alguém, e sim de assegurar que a pessoa sob investigação não venha, eventualmente, a frustrar uma futura execução, por exemplo, transferindo fraudulentamente seus bens a terceiros.

Interessante apresentar algumas decisões dos Tribunais Superiores quanto à prática de atos ímprobos por agente públicos, e agentes políticos, sejam estes, servidores públicos, ordenadores de despesas, prefeitos ou exercentes de mandato eletivo para que se entenda como os atos de improbidade são tratados no âmbito judicial.

> Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Improbidade administrativa. Procedimento licitatório. Dispensa indevida. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não se presta o recurso extraordinário à análise da legislação infraconstitucional e ao reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido. (ARE 757844 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 10-12-2013 PUBLIC 11-12-2013)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE REVISTA ESPECIALIZADA EM SEGURO RURAL SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. SERVIÇO EFETIVAMENTE PRESTADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. A orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não ser possível determinar a devolução de todos os valores pagos na execução do objeto do contrato anulado na hipótese em que foi constatada a efetiva prestação dos serviços contratados.
> Precedentes.
> 2. No caso em concreto, consignou o acórdão recorrido que houve parcial contraprestação do serviço, razão pela qual os valores correspondentes a estas parcelas não devem ser ressarcidos ao erário.
> 3. Agravo interno não provido.
> (AgInt no REsp 1705432/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018)

Como se sabe, nos últimos tempos tem ocorrido no Brasil diversas operações como a Lava-Jato que tem por escopo apurar atos de corrupção, tais como as fraudes em processos licitatórios. Essas operações, em parte, já conseguiram devolver aos cofres públicos parte do que vem sendo desviado por particulares bem como por agentes públicos. Assim, colaciona-se a seguir casos que envolvem fraudes em licitação, pois são mais comuns do que se pensa.

> Agravo regimental. Inquérito. Diligências. Afastamento de sigilo bancário. Deferimento pelo relator. Motivação *per relationem*. Admissibilidade. Precedentes. Existência de indícios da existência de uma organização criminosa voltada à prática de crimes contra a administração pública, de fraudes a licitações e de desvio de recursos públicos, bem como da possível participação, em tese, da investigada nesses ilícitos. Imprescindibilidade da diligência para as investigações. Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida. Recurso não provido. 1. O Supremo Tribunal Federal admite a motivação *per relationem*, vale dizer,

> que a decisão judicial faça referência ou remissão aos fundamentos da manifestação do Ministério Público. Precedentes. 2. Diante de indícios da existência de uma organização criminosa voltada à prática de crimes contra a administração pública, de fraudes a licitações e de desvio de recursos públicos, bem como da possível participação da investigada nesses ilícitos, é legítimo o afastamento de seu sigilo bancário. 3. Essa restrição ao direito de intimidade se afigura: i) apta a atingir o resultado proposto, qual seja, demonstração dos ilícitos penais e sua autoria (adequação ou idoneidade); ii) necessária, uma vez que inexiste outro meio alternativo, menos gravoso e igualmente eficaz, para rastreamento do real destino dos recursos supostamente desviados e dos valores eventual e ilicitamente auferidos pela investigada; e iii) proporcional em sentido estrito, uma vez que as vantagens, para a presente investigação, decorrentes do afastamento de seu sigilo bancário, compensam o sacrifício, o ônus imposto a seu direito à intimidade. 4. Agravo regimental não provido. (STF, 2015).

No caso supramencionado, a deputada Maria Goreti Pereira era suspeita de envolvimento com organizações criminosas que atentavam contra a Administração Pública por meio de fraudes em licitações e desvio de recursos públicos.

> Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. 2. Decisão monocrática. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Art. 90 da Lei 8.666/93 (fraude à licitação). Condenação. 4. Violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Ausência de repercussão geral da matéria (Tema 660). 5. O Ministério Público tem poder de promover a investigação criminal, observados direitos e garantias constitucionalmente assegurados às pessoas submetidas à investigação pelo Estado (tema 184). 6. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes (tema 129). Agravo em recurso extraordinário parcialmente provido. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 2015).

Aqui, na situação da jurisprudência acima mencionada, com base legal no art. 90 da Lei nº 8.666 de 1993 (frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto de licitação) o agente público quedou-se em condenação.

Ante o exposto percebe-se como constantemente o Estado sofre com as mencionadas fraudes, decorrente de atos de improbidade dos próprios agentes públicos que na qualidade de "servidores" deveriam preocupar-se com o investimento do erário desviado, em áreas importantes como saúde e educação.

3 Considerações finais

Conclui-se que a Lei nº 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, é o principal instrumento processual de busca da moralidade administrativa e de combate à corrupção.

É de suma importância a participação popular, para que se descubram os casos de corrupção e que eles sejam investigados e punidos com os rigores das leis. A falta de democracia acaba facilitando a disseminação da corrupção. Uma solução para resolver parte do problema da improbidade administrativa é a participação popular, sempre cobrando e de "olho" na administração de seus governantes, ou seja, a fiscalização pelo procedimento é imprescindível para o combate da corrupção.

O excesso de dinheiro público em poder dos governos federal, estadual e municipal, é um dos fatores da corrupção, pois eles têm poderes e domínio desses valores, e existe pouca fiscalização, e isso gera nos agentes políticos a possibilidade de locupletar-se dos bens públicos.

Ademais, conclui-se que mesmo com a existência de leis coibindo à prática de atos lesivos ao patrimônio público, há entre os agentes públicos e autoridades que atuam na administração pública um sentimento de descaso com a res pública e de impunidade, em

face da morosidade do Poder judiciário em julgar os casos de improbidade administrativa que chegam aos Tribunais.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado** *I* Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. - 24. ed. rev. e atual. - Rio de Janiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2016.

BRASIL, (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.** Brasília – DF, jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Brasília – DF, jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm. Acesso em: 05 abr. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, 2004, Malheiros Editores, 14ª Edição.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 18 ed. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo/** Matheus Carvalho - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal.** São Paulo: Atlas: 2001

_____. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Frederico Rocha. **Corrupção no Brasil repercute no mundo**. Jornal Carta da Capital. Publicado em 11 dez. 2017. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-socio/corrupcao-no-brasil-repercute-no-mundo. Acesso em: 13 abr. 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 4 ed. Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Ampl, Lumen Juris, 2008.

KEMP, João Paulo. **A improbidade administrativa frente os princípios constitucionais da administração pública e sua efetividade perante a esfera eleitoral.** Revista do Direito Público. Londrina, v.9, n.3, p.179-196, set./dez.2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016

ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII.** Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

19

A elevação da participação política a direito humano[1]

Luciano Augusto de Oliveira Paz[2]

1 Introdução

Este artigo tem como tema a concretização dos direitos humanos na democracia. A sua delimitação temática, por usa vez, visa a analisar as inter-relações entre os direitos humanos e a democracia, para compreender como o direito à participação política tornou-se direito humano e questionar a universalização dos direitos humanos. Para tanto, indaga-se: em que medida o direito à diferença opõe-se à pretensão de universalização dos direitos humanos?

Assim, estabelece-se como objetivo geral deste artigo o estudo das inter-relações entre os direitos humanos e a democracia. Para esse fim, traçaram-se alguns objetivos específicos, sendo eles: a) investigar a afirmação de direitos fundamentais/direitos humanos

---

[1] Artigo apresentado para avaliação final na disciplina "Estado, Constituição e Diferença", no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (PPGD-URI), *Campus* de Santo Ângelo (RS).

[2] Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (PPGD-URI), *Campus* de Santo Ângelo (RS), sendo bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA), de Santa Rosa (RS), havendo sido bolsista de iniciação científica daquela instituição. Advogado, inscrito sob a OAB/RS n. 103.642. E-mail: lucianoaop@hotmail.com.

nos contextos estatais; b) investigar a internacionalização dos direitos humanos e as suas consequências para os Estados; e c) investigar a elevação da participação política a direito humano, traçando alguns dos seus novos desafios.

O estudo que se estabelece tem em vista que, contemporaneamente, o Estado está situado em um cenário de diversidade. Por um lado, fala-se em diversidade jurídica. Afinal, constata-se hoje diversidade de textos normativos, sejam nacionais ou internacionais, elaborados para afirmação e concretização de direitos fundamentais ou direitos humanos. Qualquer que seja o trato dispensado a estes direitos, aquelas normativas tem por objeto a proteção da dignidade da pessoa.

Por outro lado, fala-se também em diversidade cultural ou mesmo em multiculturalismo, isto é, na diversidade de valores que os indivíduos utilizam para afirmarem a sua identidade. Em decorrência disso, têm-se, então, movimentos sociais que atuam na defesa do reconhecimento da diferença, visando a impedir a marginalização ou a exclusão de culturas da participação política. Revela-se, desse modo, um terreno explícito de lutas políticas, o que coloca a universalidade dos direitos humanos em xeque.

Neste contexto, sugere-se a hipótese de que a diversidade cultural pode indicar a participação de movimentos sociais na democracia. Aqueles movimentos, utilizando-se de discursos culturais que lhes são particulares, podem *em nome dos direitos humanos*, visar à normatização de pessoas, para encaixa-las em formas pré-moldadas. Isso é incoerente à construção dos direitos humanos entabulada neste artigo. Afinal, se se quer compreender a participação política, isto é, a democracia, como direito humano – para além de declarações de direitos –, deve-se respeitar a diferença, pensando-se a igualdade tão somente como condições iguais de acesso à participação política.

Quanto à sua metodologia, a pesquisa que permite a elaboração deste artigo, relativamente à sua natureza, caracteriza-se como pesquisa teórica, atendo-se à revisão bibliográfico-

doutrinária. Relativamente ao tratamento dos dados, este é qualitativo, visando a explicar as inter-relações entre os direitos humanos e à democracia. Para a coleta de dados, a pesquisa adota a técnica da documentação indireta, abrangendo pesquisa documental e doutrinária, analisando declarações de direitos e autores como Fábio Konder Comparato, Costas Douzinas, Norberto Bobbio, Celso Lafer, Flávia Piovesan, Heiner Bielefeldt, Jack Donnelly e André-Jean Arnaud, entre outros.

Para análise e interpretação dos dados pesquisa segue o método hipotético-dedutivo, sugerindo-se a hipótese de que a diversidade cultural pode indicar a participação de movimentos sociais na democracia, a utilizarem-se de discursos culturais que lhes são particulares, para *em nome dos direitos humanos*, visar à normatização de pessoas, para encaixa-las em formas pré-moldadas, em consonância a seus interesses, o que é incoerente à construção dos direitos humanos.

Desse modo, o artigo é dividido em três partes. Na primeira, visa-se a estudar a *Era das Declarações*, o surgimento do Estado moderno, dos primeiros direitos do indivíduo em face do Estado e do *Leviatã* legislativo. Na segunda, visa-se a estudar os caminhos de afirmação dos direitos humanos, isto é, a sua internacionalização a partir depois de 1948. Por fim, na terceira parte, visa-se a estudar a elevação da participação política a direito humano.

2 A era das declarações: do estado moderno ao *leviatã* legislativo

Neste artigo, quer-se sim falar-se em direitos fundamentais. No entanto, a abordagem que se faz a estes direitos confunde-os com direitos humanos.[3] Faz-se essa opção porque direitos fundamentais

[3] Saneando discussões, cita-se Valério de Oliveira Mazzuoli desde já. Para o autor, direitos fundamentais traduzem-se em direitos positivados, escritos nas constituições, com o objetivo de proteger os cidadãos do Estado contra eventuais arbitrariedades deste. Já os direitos humanos traduzem-se em direitos positivados, escritos em declarações internacionais, elevados, então, a costume internacional (MAZZUOLI, 2015). Prefere-se, assim, o uso da expressão *direitos humanos*

visam a proteger os cidadãos do Estado contra eventuais arbitrariedades deste (MAZZUOLI, 2015) e os direitos humanos não se distanciam disso. O próprio conceito do que sejam direitos humanos, ou esforço para conceituá-los, indica as suas similitudes aos direitos fundamentais.

Neste sentido, lecionam Alfredo Culleton, Fernanda Frizzo Bragato e Sinara Porto Fajardo que os direitos humanos revelam-se como "[...] exigências que brotam da própria condição natural da pessoa humana e que, por isso, exigem o seu reconhecimento, seu respeito e ainda a sua tutela e promoção por parte de todos, mas especialmente daqueles que estejam instituídos em autoridade." (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 13).

No entanto, os autores asseveram que, quando se quer conceituar direitos humanos, deparamo-nos com o *problema da fundamentação*, no que toca ao reconhecimento, respeito, tutela e promoção daqueles direitos. Assim, questiona-se: *quê reconhecimento?*, *que respeito?*, *que tutela?*, *que promoção?*.[4] Trata-se de questionamento que faz com que os direitos humanos surjam como exigência dos indivíduos em face do Estado, para que este se

---

para todos os direitos que visem a proteger a dignidade da(s) pessoa(s), seja em face ao Estado, seja em face de outra(s) pessoa(s), utilizando-se a expressão para abranger direitos previstos desde as primeiras declarações de direito, que forjaram o Estado moderno; até mesmo os direitos hoje constitucionalmente previstos, uma vez que o rol de direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira não exclui direitos humanos decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, conforme o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ainda, é interessante observar que Mazzuoli traça duas observações na redação do dispositivo retrolançado: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [direitos fundamentais], ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [direitos humanos." (MAZZUOLI, 2015, p. 897). Feitas estas considerações, entende-se que a compreensão do leitor fica *pareada* à compreensão do escritor, dizendo-se: *confundem-se propositalmente* direitos fundamentais e direitos humanos.

[4] Para os autores, *reconhecer* os direitos humanos implica (ao Estado e aos cidadãos) aceitá-los, vinculando-se (em suas ações) a eles, quando Estado e cidadãos submetem-se a um rol de direitos; do que decorre a sua *tutela*. Com relação ao *respeito*, espera-se que o Estado e os cidadãos em sua atuação, seja ela positiva ou negativa, não revelem práticas contrárias aos direitos reconhecidos e tutelados. Relativamente à *promoção*, esta impõe atuação(ões) positiva(s) ao Estado e aos cidadãos, para que direitos sejam acessíveis a todos (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

veja compelido a respeitá-los (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

Diversas são as fundamentações para os direitos humanos, dentre elas a religiosa, a natural, a positivista, a marxista e a sociológica.[5] Contudo, é a fundamentação positivista dos direitos humanos que possibilita que as exigências dos indivíduos em face do Estado sejam escritas em textos normativos que passam a proteger aos indivíduos contra ações ou omissões Estatais, enfim, arbitrariedades (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009).

Este contexto é denominado por Costas Douzinas denomina de *Era das Declarações*, quando, no século XVIII, são redigidas a Declaração Americana e a Declaração Francesa. Objetivava-se, naquela *Era*, "[...] reconstruir radicalmente a relação entre a sociedade e o Estado conforme princípios dos direitos naturais." (DOUZINAS, 2010, p. 103).[6] A partir daí verificam-se as primeiras limitações ao poder do Estado, que até então era considerado *absoluto*, ensejo em que os direitos naturais passavam a ser positivados. Sem outra fonte, coube às declarações do século XVIII o nascimento dos direitos humanos (DOUZINAS, 2010).[7]

Culleton, Bragato e Fajardo admitem: o indivíduo foi retirado de uma situação em que era considerado um objeto de direito, passando a ser sujeito de direitos. Desse modo, para os autores,

> [...] os direitos do ser humano surgiram e afirmaram-se como direitos negativos do indivíduo em face do Estado e, por isso,

---

[5] Não sendo objeto deste artigo esgotar o tema, sugere-se a leitura da obra "Curso de Direitos Humanos", de Alfredo Culleton, Fernanda Frizzo Bragato e Sinara Porto Fajardo, que detalham cada uma das fundamentações em comento.

[6] Comparato assinala que "As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações." (COMPARATO, 2013, p. 65).

[7] Neste sentido, Fábio Konder Comparato sugere que "As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações." (COMPARATO, 2013, p. 65).

> representaram a emancipação do poder político, agora fundamentado na vontade da Nação, no pacto firmado entre os homens e não mais no comando de Deus e dos costumes. A proclamação dos direitos e sua positivação surgiram como uma forma de proteção racional, que tinha por objetivo conferir-lhes um caráter permanente e seguro. (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 33-34).

Ou, ainda, como diz Norberto Bobbio, "[...] os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais [...]" (BOBBIO, 1992, p. 1) Todavia, não se ignora a construção normativa até aqui vislumbrada estabelecia apenas alguns direitos civis e políticos ou direitos civis e políticos para apenas alguns.[8] Neste ponto, isso é destacado. Afinal, embora a construção normativa desde a *Era das Declarações* até 1948 depusesse o *antigo regime*[9], o Estado absoluto; e emancipasse o indivíduo, tornando-o cidadão; a(s) desigualdade(s) deram origem a novas *situações de direito*.

A isso o autor chama a atenção, uma vez que "[...] os direitos proclamados [na *Era das Declarações*] não eram um fim em si mesmos, mas os meios usados [...] para reconstruir o Estado." (DOUZINAS, 2010, p. 103). É que "Os direitos humanos são prospectivos e indeterminados; eles se tornam reais quando o ato de enunciação performa seus efeitos em vários cenários, os quais, legitimados pela declaração, põem em prática suas especificidades." (DOUZINAS, 2010, p. 108). Portanto, a atuação do *Leviatã* legislativo, deve ser vista com cuidado.

---

[8] Conquanto Bobbio utilize-se do termo *democracia*, para falar em cidadãos, quando da *Era das Declarações*, não se vislumbrava um expediente de *participação política democrática*. Estabelecia-se o reconhecimento e o respeito a direitos de modo limitado, a pessoas delimitadas – o *homem abstrato*. Para Douzinas, o *homem abstrato* era o *homem*. Não se veiculava nas normativas da *Era* das Declarações o reconhecimento dos direitos das mulheres. Relativamente a negros ou homossexuais, "Quaisquer divergências biológicas, psicológicas ou sociais do modelo masculino eram interpretadas como deficiências e sinais de inferioridade [...]" (DOUZINAS, 2010, p. 110-111).

[9] O termo é utilizado pela doutrina para referência à monarquia francesa deposta durante a Revolução Francesa. Ainda, é termo reiterado para se falar no monarca absoluto ou na metrópole exploradora, quando se tratando da relação entre os Estados Unidos a Inglaterra (DOUZINAS, 2010).

Por isso, Douzinas aduz que

> [...] a consequência política mais importante da positivação dos direitos naturais foi o surgimento do *Leviatã* legislativo. O poder do livre-arbítrio de moldar o mundo de acordo com suas preferências foi obscurecido pela ilimitada força do Estado de moldar os indivíduos de acordo com os ditames da *raison d'état* e do expediente político, e a liberdade individual estava refletida na capacidade legislativa e administrativa do Estado de interferir e regular todos os aspectos da vida social. (DOUZINAS, 2010, p. 122).

É deposto o antigo regime, o Estado absoluto; mas estabelece-se o Estado soberano. Este passa a modelar os indivíduos às razões do Estado, ao que Douzinas denomina de *expediente político*. O Estado passa a ser a fonte do(s) direito(s), bem como das violações à dignidade da(s) pessoa(s). Se a norma redigida pelo Estado era conforme à Constituição que lhe instituía, não interessavam os efeitos daquela norma (DOUZINAS, 2010).

O estabelecimento do Estado moderno, então, suscita questões relativas às suas práticas político-legislativas[10], muito mais do que demonstra o reconhecimento, o respeito, a tutela e a promoção de direitos voltados à proteção da dignidade da(s) pessoa(s). Celso Lafer argumenta que "[...] num Estado totalitário fundado em princípios criminosos, a lei é instrumento de uma dominação [...] que não se encontra nas pessoas que agem em conjunto ou individualmente, mas sim na dinâmica corruptora do totalitarismo." (LAFER, 1988, p. 178).

Essa realidade foi experimentada com as práticas genocidas do nazismo, que eram consideradas legítimas. E daí o falar-se em Estado soberano, como faz Lafer: "O genocídio é um crime estruturalmente ligado à gestão totalitária [...] Os argumentos de defesa [...] basearam-se, fundamentalmente: (I) na noção de ato

---

[10] Políticas, porque os direitos políticos eram para alguns; legislativas, porque, o *Leviatã* legislativo passa a *dominar* a vida dos cidadãos (DOUZINAS, 2010).

soberano, ou seja, na alegação de que a razão de um Estado não pode ser julgada por outro Estado [...]" (LAFER, 1988, p. 177).

Desse modo, conquanto direitos tenham sido reconhecidos com o advento Estado moderno, tem-se cristalino que as suas práticas político-legislativas utilizaram-nos retoricamente[11], para satisfazer às razões do Estado, do expediente político. É que o Estado tornou-se soberano e, por isso, não era responsabilizado por suas atuações. Por meio de Lafer, pode-se dizer que as atuações do Estado tornaram-se legitimadas pela fundamentação positivista do(s) direito(s) (LAFFER, 1988). Coube à internacionalização dos direitos humanos o retorno à compreensão de que o indivíduo é sujeito de direitos, não objeto (PIOVESAN, 2010).

3 Os Caminhos de Afirmação dos Direitos Humanos: a internacionalização dos direitos humanos depois de 1948

Flávia Piovesan afirma que os direitos humanos têm como fundamento a dignidade da pessoa, sendo construção histórica, derivando de lutas. Por estas, deu-se a internacionalização dos direitos humanos e foi provocada a redefinição do conceito de soberania estatal, que passou a ser relativa, isto é, limitada. A relativização da soberania do Estado levou também à redefinição do *status* do indivíduo em face do Estado, tornando-se destinatário de um enredo de normas protetivas de sua dignidade (PIOVESAN, 2010).

Essas normas protetivas de sua dignidade, em um primeiro momento, foram veiculadas pelo Direito Humanitário, pela Liga das Nações e pela Organização Internacional do Trabalho. Se na *Era das Declarações* houve a emancipação do indivíduo em face do Estado, foi com aqueles marcos/institutos que os direitos humanos

[11] Para Douzinas, a *retórica do direito*, implica utilizar-se de um discurso para, *sob o manto de um direito*, legislar conforme o expediente político (DOUZINAS, 2010). A isso, Jack Donnelly denomina de *marketing eleitoral* (DONNELLY, s.d.) e Vicente de Paulo Barreto de *guarda-chuva ideológico*, debaixo do qual se colocam pleitos referentes a direitos humanos (BARRETO, 2010).

projetaram-se na seara internacional, estabelecendo padrões internacionais para o seu respeito (PIOVESAN, 2010).

O Estado passou a estar em uma posição em que as suas atuações devem observar às obrigações internacionais, garantindo-se ou implementando-se medidas protetivas aos direitos humanos em seu território. Além disso, o Direito Internacional deixa de dizer respeito apenas ao Estado, dizendo respeito também ao indivíduo, que passa a ser sujeito dos direitos internacionais que visem à sua proteção (PIOVESAN, 2010).

Isso foi provocado pela Segunda Guerra Mundial. Piovesan argumenta que a internacionalização dos direitos humanos traduz uma resposta às violações de direitos praticadas pelo Estado nazista, que não compreendia a dignidade da pessoa como fonte do Direito (PIOVESAN, 2010). No mesmo sentido, segundo Douzinas, no pós-guerra

> [...] a lei internacional dos direitos humanos foi uma resposta [...] às atrocidades e barbarismos da Guerra e ao Holocausto [quando as] [...] instituições internacionais e elaboradores de leis substituíram o legislador divino ou o contrato social, e convenções e tratados internacionais tornaram-se a Constituição acima das constituições e o Direito por trás das leis. (DOUZINAS, 2010, p. 128).

No pós-guerra, com a criação das Nações Unidas (1945), passou a sustentar-se uma nova ordem mundial, visando à cooperação internacional para a proteção dos direitos humanos. A Carta das Nações Unidas (1945) eleva os direitos humanos a *propósito* e *finalidade* da instituição. No entanto, a Carta nada trouxe relativamente aos conceitos dos direitos humanos. Isso coube à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, que fixou o *código* dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010).

Adotada[12] a Declaração Universal, o seu *ethos* manifesta uma ética universal, estabelecendo o respeito à dignidade humana como fundamento dos direitos humanos. Além disso, ao contrário das declarações de direitos modernas, como a americana e a francesa, que pensavam direitos do homem branco e burguês, a Declaração *Universal* evidencia pretensões de *universalidade*. A redação da declaração afasta *qualidades subjetivas* atinentes a gênero, raça ou classe, atribuindo como requisito único para possuírem-se direitos a qualidade e ser humano (PIOVESAN, 2010).

Entretanto, Piovesan ressalva: a Declaração Universal não possui *força coercitiva*, para que seja *imposta* aos Estados. Adotada e proclamada pela resolução 217 A, da III Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal, não é documento impositivo, traçando os parâmetros internacionais para a observância dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010).

Diante disso, articularam-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996). Estes documentos, somados à Declaração Universal, inauguram o sistema denominado *International Bill of Rights* [13] e, argumenta Heiner Bielefeldt,

---

[12] A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), foi adotada por voto, havendo abstenções, em foro constituído por 56 países (PIOVESAN, 2010).

[13] Observa-se que o *International Bill of Rights* trata do sistema geral de proteção aos direitos humanos. Tendo em vista a diversidade de direitos humanos, redigiram-se normativas especiais ou específicas para a proteção dos direitos humanos. Trata-se da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Crueis, Desumanas ou Degradantes (1984), do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências (2006) e da Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) (PIOVESAN, 2010, p. 383-385 *passim*). Além disso, entre o *International Bill of Rights* e o sistema geral de proteção aos direitos humanos, há a Declaração Universal dos Direitos Coletivos dos Povos (1976), também denominada de *Carta de Argel*, trazendo em seu bojo o direito à existência, à autodeterminação e aos direitos econômicos dos povos (HERKENHOFF, 2002).

atribuindo efeitos *erga omnes*[14], cogentes, à observância dos direitos veiculados pelo sistema, independentemente da ratificação a convenções por parte dos Estados (BIELEFELDT, 2000).

Essa historicização dos direitos humanos permite ver, primeiro, a sua pretensão de universalidade (1948); segundo, a sua pretensão de cogência (1966). No entanto, Gabriela Maciel Lamounier e José Luiz Quadros Magalhães entendem que, entre 1948 e a década de 1990, os direitos humanos, além de universais, passam a ser caracterizados como indivisíveis e interdependentes, conforme (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.).

Trata-se de entendimento esposado na Declaração e Programa de Ação de Viena (1993). Esta, no seu artigo 5, dispõe que

> Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e eqüitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais. (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, s.d.)

Para Lamounier e Magalhães, "Os direitos civis e políticos formam com os direitos econômicos, sociais e culturais uma unidade indivisível e interdependente. A sociedade internacional deve tratar os direitos humanos como um todo, de forma eqüitativa." (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.). Enquanto os direitos civis e políticos baseiam-se em normas autoaplicáveis, os direitos econômicos, sociais e culturais baseiam-se em normas programáticas.

---

[14] Observa-se que o Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966) dispõe, em seu artigo 49, § 2º, que "[...] os Estados que vierem a ratificar o presente Pacto ou a ele aderir após o depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão, o presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito, pelo Estado em questão, de seu instrumento de ratificação ou adesão." (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1966). No mesmo sentido, o Pacto de Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) apresenta a mesma disposição normativa em seu artigo 27, § 2.º.

Com isso, para que um rol de direitos seja concretizado, o outro também o deverá ser (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.).

Evidencia-se, assim, uma pluralidade jurídica. A Declaração Universal e os Pactos de 1966, internacionalizando direitos humanos, incidindo no ordenamento jurídico dos Estados, fazem do discurso dos direitos humanos o legitimador dos governos. Além disso, apontam à democracia como o ambiente fértil para que direitos humanos, o que é corroborado pela Declaração de Viena. Neste ponto, Jack Donnelly sugere que a participação política eleva-se ao *status* de direito humano (DONNELLY, s.d.), fazendo-se necessário discutirem-se as inter-relações entre direitos humanos e participação política, isto é, democracia.

4 A vocação contemporânea dos direitos humanos: a elevação da participação política a direito humano

Para que se discutam as inter-relações entre os direitos humanos e a democracia, parte-se de uma exposição conceitual do que são direitos humanos e do que é democracia. Utiliza-se, assim, do que se expôs neste artigo até este ponto: os direitos humanos são construção histórica, emancipam o indivíduo em face dos Estados, estando postos para além da criatividade legislativa destes[15]. Trata-se dos "[...] direitos que se têm simplesmente como ser humano." (DONNELLY, s.d., p. 7).

A democracia, por sua vez, tem o seu conceito estabelecido na Convenção de Viena. Segundo o artigo 8º, do diploma, "A democracia assenta no desejo livremente expresso dos povos em determinar os seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e a sua participação plena em todos os aspectos das suas vidas." (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1993).

---

[15] Os "[...] direitos humanos [...] não podem ser considerados assunto interno exclusivo de cada nação. Esses direitos [...] não integram apenas a soberania de uma nação, que os reconhece ou garante [...] mas sim, ultrapassam as fronteiras da soberania de cada Estado [...]" (BIELEFELDT, 2000, p. 12).

Entretanto, a participação política eleva-se ao *status* de direito humano na Declaração Universal, em seus artigos 21 e 27. De acordo com a redação do dispositivo, "Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país [...] A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal [...]" (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 1948, p. 11). O artigo 27, por sua vez, acrescenta que "Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade [...]" (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 1948, p. 14-15).

A Declaração Universal e os Pactos de 1966 estabelecem direitos baseados na "[...] idéia de que a legitimidade de um governo é baseada na extensão do respeito e defesa aos direitos humanos dos seus cidadãos." (DONNELLY, s.d., p. 2). Se na *Era das Declarações* a legitimidade política baseava-se em dádiva divina, ordem natural ou tradição legitimadora do poder, contemporaneamente, com a participação política, isto é, a democracia, elevada ao *status* de direito humano, os governos tem a sua legitimidade baseada no respeito à participação política do povo, isto é, à democracia (DONNELLY, s.d.).

De qualquer modo, retoma-se a lição de Donnelly: a participação política, isto é, a democracia é o ambiente fértil para que direitos humanos sejam concretizados (DONNELLY, s.d.). E elevada ao *status* de direito humano – sendo todos os direitos humanos universais, interdependentes e indivisíveis –, sem ela outros direitos, relativos a "[...] um conjunto inalienável de bens, serviços e oportunidades individuais que o estado e a sociedade são [...] chamados a respeitar ou prover." (DONNELLY, s.d., p. 8), não se concretizarão.

Contudo, o inter-relacionamento entre os direitos humanos e a democracia causa controvérsia. Afinal, os direitos humanos são proteção a direitos individuais e pré-políticos ou somente por meio da participação política são concretizados. Bielefeldt argumenta que

> A relação entre direitos humanos e democracia também causa controvérsia na filosofia política: são os direitos humanos, fundamentalmente, uma barreira externa da democracia, por abranger direitos individuais e pré-políticos, que deveriam ser protegidos da interferência política? Ou é assim, que somente através da política democrática os direitos humanos ganham sua forma concreta na história? (BIELEFELDT, 2000, p. 18).

Para Douzinas, a controvérsia tem origem na *retórica dos direitos humanos*. Nesta, verificam-se duas conclusões: se, na (a) legalidade, a humanidade abstrata alcança "[...] a uma esfera pública de direitos, limitações e direitos legais, com base na premissa da essência compartilhada, abstrata e igual e de uma existência calculada, antagônica e temerosa." (DOUZINAS, 2010, p. 109); na (b) realidade,

> Os direitos devem sem apresentados como constativos (como declarações de fato) a fim de estabelecer sua (falsa) obviedade e legitimar seus legisladores: "estamos apenas declarando o que sempre foi sua condição natural e direitos". A declaração é falsa, mas a distância entre sua realidade inexistente e sua futura aplicação é o espaço onde os direitos humanos se desenvolvem. Nesse sentido, direitos humanos são uma mentira que pode ser parcialmente verificada no futuro. (DOUZINAS, 2010, p. 110).

Isso é assim, argumenta Douzinas, porque "[...] assim que passamos de declarações a pessoas corporificadas concretas, com gênero, raça, classe e idade, a natureza humana com sua igualdade e dignidade sai de cena rapidamente." (DOUZINAS, 2010, p. 110). Para Bielefeldt, trata-se da "[...] incapacidade de se conseguir impor a universalização dos direitos humanos por falta de instrumentação adequada e acrescida compreensão cada vez mais difusa do seu significado." (BIELEFELDT, 2000, p. 16). Bielefeldt refere que

> [...] o relevante papel que os direitos humanos exercem como conceito-chave [...] na ordem política e jurídica contribuiu para seu desdobramento em dialética própria, uma vez que o conceito passa a ter definições cada vez mais complexas e multiformes. A

> agregação de valor aos direitos humanos a ponto de integrarem efetivamente o direito dos povos [...] levam a [...] formulações diferenciadas [...] O discurso especializa-se em jurídico, político, ético e teológico, ficando cada vez mais difícil a harmonização de todos eles, a ponto de corrermos o risco de perder a unidade na referência aos direitos humanos. Freqüentemente, essa tendência se agrava pelo fato de haver choques conceituais e de interesses dentro de cada especialidade. Na medida em que perdemos a unidade da base normativa dos direitos humanos, corremos o risco de desvanecerem-se os limites de seu uso consciente: irrefletido e inflacionado emprego para fins ético-políticos de toda sorte ou estilizada como promessa pseudo-religiosa transcendem sua validade política e jurídica. (BIELEFEDLT, 2000, p. 17).

Aborda-se a controvérsia que o inter-relacionamento entre os direitos humanos e a democracia causa porque, como visto, vive-se uma diversidade jurídica. No entanto, vive-se também uma diversidade cultural. Bernardo Sorj indica que a participação política é influenciada por diversos atores sociais, alinhados às questões de "[...] gênero, opção sexual, características físicas, grupos étnicos, religiões, regionalismos e a própria natureza [...]" (SORJ, 2004, p. 52-53).

E se se quer compreender a participação política, isto é, a democracia, como direito humano – para além de declarações de direitos –, não se pode ignorar a incapacidade prática de uma *equalização cultural*, isto é, de fazerem-se dos direitos humanos universais, quando culturas [16] são diferentes. Quanto a isso, Bielefeldt argumenta que,

> Quando os direitos humanos pareciam ter trazido a libertação do indivíduo 'às custas de sua cultura' [...] o pluralismo cultural pós-moderno visa encaixar as pessoas em formas pré-moldadas e,

[16] Para Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes "[...] a cultura, neste sentido, é baseada em critérios de valor, estéticos, morais ou cognitivos que, definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos que classificam." (SANTOS; NUNES, 2003, p. 17). Assim, compreende-se por cultura o conjunto de valores que permeiam a identidade de um indivíduo.

> consequentemente a escravizá-las [...] 'ou os direitos humanos ou as pessoas são normatizados'. (BIELEFELDT, 2000, p. 25).[17]

É dizer: a diversidade cultural também gera direitos, suplantando o Estado na produção de direitos. Para André-Jean Arnaud,

> Ao lado das normas de direito propriamente ditas, aquelas que se impõem em virtude de pactos e de textos, existe toda uma normatividade que emana das concepções e das vivências dos sujeitos [...] O direito estatal também é substituído, cada vez mais, por instancias que se situam, conforme a hierarquia tradicional, abaixo dele. Podemos assinalar, com exemplos, o deslocamento da produção jurídica em direção aos poderes privados [...] (ARNAUD, 1999, p. 27).

Diante disso, de novo, se se quer compreender a participação política, isto é, a democracia, como direito humano – para além de declarações de direitos –, deve-se respeitar a diferença, pensando-se a igualdade tão somente como condições iguais de acesso à participação política[18]. Nesse sentido, Arnaud menciona o clamor de movimentos sociais por diferença:

> Moradia, saúde, educação, direitos dos agricultores sem terra, defesa do meio ambiente, preocupações ecológicas, igualdade de raças e de sexos, livre utilização do corpo e liberação dos comportamentos

---

[17] Para que o contexto isso seja compreendido não apenas teoricamente, cita-se Tatiane dos Santos Duarte, quando analisa as atuações políticas de movimentos sociais religiosos no Brasil contemporâneo. Para a autora, "[...] valores religiosos são travestidos em projetos políticos intencionando moralizar costumes e garantir que o Estado legisle em prol dos cidadãos retos." (DUARTE, 2011, p. 192). No Brasil, movimentos sociais religiosos redigiram o Projeto de Lei n.º 6.583/2013, também denominado *Estatuto da Família*. Segundo o projeto, "[...] define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher [...]" (BRASIL, 2013) e, com isso, despreza-se à laicidade estatal, à liberdade religiosa e desrespeita-se à diferença cultural, quando a união entre pessoas do mesmo sexo já é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que o seu não reconhecimento contraria a direitos fundamentais (BRASIL, 2011).

[18] Michelangelo Bovero argumenta que igualdade pode ser compreendida como fundamento da participação política, isto é, da democracia, por meio do qual "[...] todos os destinatários das leis participam igualmente (em princípio) de sua produção" (BOVERO, 2002, p. 26).

> ligados à sexualidade motivam o aparecimento de grupos pela luta de igualdade de direitos e a instalação de democracias efetivas. As pessoas, a partir da base, reclamam o direito à diferença, de tal forma que a diferença não seja mais uma fonte de desigualdade, e que um Estado não tenha mais qualquer direito a rechaçá-la sob o pretexto de estabelecer uma igualdade como base de um regime democrático. A cidadania é então entendida como um estatuto, mas também substancialmente como um conjunto de atitudes, de papéis e de espectativas, que não obedecem necessariamente a delimitações territoriais. (ARNAUD, 1999, p. 36).

Entre 1948 e a década de 1990, com a Declaração Universal, com os Pactos de 1966 e com a Declaração de Viena experimenta-se a vocação contemporânea dos direitos humanos, que visa a conjugá-los à participação política, isto é à democracia. No entanto, baseada que é no conceito de *igualdade*, a participação política deixa de abranger às questões relativas aos movimentos sociais que clamam por respeito às suas diferenças culturais. Tratando-se, ainda, de uma realidade experimentada pela sociedade contemporânea, necessita-se de atuações estatais que se façam atentas à vocação contemporânea dos direitos humanos, para que a participação de uns não implique exclusão de outros.

5 Considerações finais

Quando se fala em direitos humanos e democracia tem-se uma redundância. É que a democracia, a partir da Declaração Universal e dos Pactos de 1966, isto é, do *International Bill of Rights*, tem o seu *status* elevado, tornando-se, então, direito humano. Logo, falar-se em democracia é falar-se em direito humano. Além disso, com a Declaração de Viena, a democracia é eleita como o ambiente fértil para a concretização dos direitos humanos.

O *International Bill of Rights*, como sistema normativo, além de reconhecer direitos aos indivíduos, clama pela participação política destes. Com isso a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos passam a envolver também

a democracia ou o direito à participação política. É dizer: sem participação política, não se tem outros direitos humanos, como direitos civis, econômicos, sociais, culturais, etc.

Tratou-se, assim, de evidenciar as inter-relações entre os direitos humanos e a democracia. Para tanto, traçaram-se alguns objetivos específicos, sendo eles: a) investigar a afirmação de direitos fundamentais/direitos humanos nos contextos estatais; b) investigar a internacionalização dos direitos humanos e as suas consequências para os Estados; e c) investigar a elevação da participação política a direito humano, traçando alguns dos seus novos desafios.

Em relação à análise da afirmação de direitos fundamentais/direitos humanos nos contextos estatais, pode-se concluir que, tomado o conceito de direitos humanos como o reconhecimento de que os indivíduos portam direitos que devem ser observados e respeitados, tendo em vista unicamente a sua própria condição de ser humano, verifica-se que o momento no qual despontam está atrelado ao positivismo. No positivismo, com o advento das Declarações Americana e Francesa, a reportar à Era das Declarações, surgem os primeiros elementos a sustentar a inviolabilidade do indivíduo pelo Estado.

Tratavam-se das liberdades individuais, facetas do liberalismo e primeiros elementos da limitação do poder soberano do Estado. Identificavam o reconhecimento de direitos fundamentais ao indivíduo e a transformação deste de súdito em cidadão. No entanto, a doutrina, acertadamente, demonstra que, apesar da Era das Declarações reconhecer direitos, estes passaram a ser utilizados para o fim do Estado, não necessariamente atentando aos indivíduos.

Assim, em relação à análise da internacionalização dos direitos humanos e as suas consequências para os Estados, tem-se que, em contraponto a uma afirmação discursiva dos direitos reconhecidos, utilizados para o fim do Estado, ergue-se a internacionalização dos direitos humanos, redefinindo o conceito de soberania, relativizando-a; e o *status* do indivíduo, vinculando o Estado ao respeito de seus

direitos; após a Segunda Guerra Mundial, como resposta às violações nela explícitas, adotou-se, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, firmando uma nova ordem mundial e um novo paradigma que amadureceu posteriormente.

Apesar da Declaração de 1948 moralizar as atuações dos Estados, sem deter caráter impositivo, coube aos Pactos de 1966, de Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais, que compõem o *International Bill of Rights*, atribuir efeitos *erga omnes* à observância, à tutela e à promoção dos direitos humanos. No entanto, só em 1993, com a Declaração de Viena, a democracia passa a ser envolvida pela universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, quando democracia e direitos humanos são somados para concretizarem-se.

Relativamente à análise da elevação da participação política a direito humano, compreende-se que neste ponto o problema da pesquisa é suscitado. Afinal, em que medida o direito à diferença opõe-se à pretensão de universalização dos direitos humanos? É que além de uma diversidade jurídica, experimenta-se também uma diversidade cultural, que se traduz na diversidade de valores que os indivíduos utilizam para afirmarem a sua identidade. Em decorrência disso, têm-se, então, movimentos sociais que atuam na defesa do reconhecimento da diferença, visando a impedir a marginalização ou a exclusão de culturas da participação política. Revela-se, desse modo, um terreno explícito de lutas políticas, o que coloca a universalidade dos direitos humanos em xeque.

Aqueles movimentos, utilizando-se de discursos culturais que lhes são particulares, podem *em nome dos direitos humanos*, visar à normatização de pessoas, para encaixa-las em formas pré-moldadas, como justificação para o exercício do poder político. Isso é incoerente à construção dos direitos humanos entabulada neste artigo. Afinal, se se quer compreender a participação política, isto é, a democracia, como direito humano – para além de declarações de direitos –, deve-se respeitar a diferença, pensando-se a igualdade tão somente como condições iguais de acesso à participação política.

Desse modo, a hipótese assumida de que hipótese de que a diversidade cultural pode indicar a participação de movimentos sociais na democracia é confirmada. Como indica a doutrina autorizada, gênero, opção sexual, características físicas, grupos étnicos, religiões, regionalismos e a própria natureza, moradia, saúde, educação, direitos dos agricultores sem terra, defesa do meio ambiente, preocupações ecológicas, igualdade de raças e de sexos, livre utilização do corpo e liberação dos comportamentos ligados à sexualidade motivam o aparecimento de movimentos sociais.

Ocorrendo isso, a regulação do Estado é substituída pela regulação do mundo da vida por meio de movimentos sociais, quando estes participam da política Afinal, se se ignora a incapacidade do Estado de equalizar culturas, isto é, de fazer dos direitos humanos universais, quando culturas são diferentes, a diversidade cultural tende a encaixar as pessoas em formas pré-moldadas e, consequentemente a escravizá-las. Isso é incoerente à construção dos direitos humanos, necessitando-se, assim, de atuações estatais que se façam atentas à vocação contemporânea dos direitos humanos, para que a participação de uns não implique exclusão de outros.

Referências

ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário Direito e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**: uma gramática democrática. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277**, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Britto, Julgado em: 05/05/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132**, Tribunal Pleno. Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Brito, Julgado em 05/05/2011. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 6.583**, de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CULLETON, Fernando; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO; Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DONNELLY, Jack. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26194-26196-1-PB.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2014.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

DUARTE, Tatiane dos Santos. **"A casa dos ímpios se desfará, mas a tenda dos retos florescerá"**: a participação da Frente Parlamentar Evangélica no legislativo brasileiro. 2011. 229f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9803/1/2011_TatianeSantosDuarte.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2015.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos**: a construção universal de uma utopia. 3. ed. Aparecida: Santuário, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. A internacionalização dos direitos humanos. **Jurisway**, [s.l.], mar. 2008. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=572>. Acesso em: 01 abr. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2015.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%AAncia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade.** In: BALDI, C. A. (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

20

Auxílio-reclusão: mitos e verdades

Maicon Osório Prestes[1]
Minéia Barcellos Farias[2]
Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi

Introdução

O presente artigo busca analisar o verdadeiro significado de auxílio-reclusão, conceituando-o e averiguando em quais situações cabem o benefício. Com isso, conceitua-se os regimes prisionais e esclarece em quais são cabíveis.

Busca esclarecer os mitos que surgem no cotidiano da população, principalmente quem são os recebedores desse benefício. Dessa forma, explica quais são os motivos, os quais o benefício não pode ser concedido, bem como seja cancelado ou suspenso.

1 Auxílio-reclusão, conceito e requisitos para obtenção do benefício

É importante referir que o auxílio-reclusão tem se mostrado um tema polêmico trazendo consigo diversas dúvidas decorrentes do

---

[1] Acadêmico do Curso de Direito da Unijuí Santa Rosa -RS.

[2] Acadêmica do Curso de Direito da Unijuí Santa Rosa -RS.

desentendimento no tocante as regras para obtenção do benefício, as quais se ligam diretamente a sociedade. Por isso, faz-se necessário, primeiramente, esclarecer o que é, realmente, o auxílio-reclusão.

O auxílio-reclusão, conforme explica Fábio Zambitte Ibrahim (2015), autor de obras de Direito Previdenciário, é muito parecido com a pensão por morte, ou seja, ele não auxilia diretamente o cidadão que encontra-se recluso, mas sim a seus dependentes. O preso em si não recebe auxílio-reclusão, quem recebe essa ajuda são seus dependentes, ou seja, sua família.

O auxílio-reclusão é o benefício destinado exclusivamente aos dependentes do segurado, que está preso. Sua família que deverá receber o auxílio-reclusão. O tema é tratado na Lei 8.213/91, no seu art. 80, com particularidades na Lei 10.666/2003, e no Regulamento da Previdência Social- RPS, arts. 116 a 119.

Nesse contexto, explica Ibrahim (2015) que esse tema é tratado principalmente no artigo 201, IV, da Constituição federal de 1988, na Lei nº 8.213/91, art. 80, também na Lei nº 10.666/2003, e no Regulamento da Previdência Social, arts. 116 a 119. Apenas para ilustrar, apresenta-se o artigo 80 da Lei nº 8.213/91, *in verbis:*

> Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.
> Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.

Conforme defeso em Lei, o auxílio-reclusão é extremamente necessário, como a pensão por morte, pois auxilia a família do preso, a qual necessita de tal ajuda para seu sustento, possibilitando uma vida mais digna e decente.

Para Miguel Horvath Júnior (2011, p.109) o auxílio-reclusão é:

> a prestação previdenciária, na modalidade benefício previdenciário, paga exclusivamente aos dependentes do segurado de baixa renda que esteja preso em regime fechado ou semiaberto.

Diante desses conceitos, resta esclarecido, diferentemente do entendimento da sociedade, que o auxílio-reclusão não é um direito de todas as famílias daquele que é privado de sua liberdade, uma vez que para a obtenção do benefício é necessário que aconteça uma filtragem, e preencha alguns requisitos.

Haja vista, que para a família do recluso auferir este auxílio deverá o preso atender alguns requisitos, quais sejam: Possuir qualidade de segurado na data da prisão (ou seja, estar trabalhando e contribuindo regularmente); Estar recluso em regime fechado ou semiaberto (desde que a execução da pena seja em colônia agrícola, industrial ou similar); Possuir o último salário de contribuição abaixo do valor previsto na legislação, conforme a época da prisão e deve ser consultado o valor limite para direito ao auxílio-reclusão. (INSS, 2017)

Vale ressaltar que, o auxílio-reclusão é exclusivo dos segurados de baixa renda, ou seja, somente cidadão com renda igual ou inferior ao salário mínimo estipulado se enquadram na obtenção do benefício.

Nesse sentido, Ibraim (2015, p. 682) esclarece como é percebida a situação de baixa renda familiar, ressaltando que:

> Assim como o salário-família, o auxílio-reclusão é exclusivo dos segurados de baixa renda. Portanto, somente o segurado que se enquadre como de baixa renda dará direito à sua família de obter o benefício. Como o conceito legal de baixa renda ainda não foi definido, prevalece o valor de R$ 1.089, 72, o qual é atualizado anualmente. Assim, cabe a verificação do último salário-de-contribuição do segurado antes da prisão - este será o parâmetro de averiguação.

Observa-se, assim que, o auxílio reclusão será devido aos dependentes do preso, porém somente quando há salário de

contribuição na data do recolhimento a prisão os familiares fazem jus ao benefício (IBRAHIM, 2015).

2 Alguns aspectos sobre o regime prisional necessário para obtenção do benefício

Como visto anteriormente, o auxílio-reclusão está descrito como modalidade de benefício previdenciário, paga exclusivamente aos dependentes do segurado de baixa renda que esteja preso em regime fechado ou semiaberto. Sendo assim, é necessário o esclarecimento das diferenças destes regimes prisionais. O Código Penal em seu art.33, § 1º "a" e "b" dispõe:

> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
> § 1º - Considera-se:
> a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
> b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (sic)

Para usar-se de critérios para obtenção de auxílio-reclusão é imprescindível que o segurado esteja sob privação da liberdade. Esta privação por ser caracterizada com regime fechado ou semiaberto, pois são considerados como requisitos para o recebimento do benefício de auxílio-reclusão, cumprir a pena em um dos referidos regimes (IBRAHIM, 2015).

Parece um tanto controvertido o auxílio-reclusão para regime semiaberto, uma vez que nessa situação há a possibilidade de o preso trabalhar e auferir renda, no entanto, para sanar as dúvidas explica Ibrahim (2015, p. 684), que:

> No regime semiaberto, mesmo que o segurado venha a exercer atividade remunerada, permanecerá o pagamento do auxílio-

> reclusão a seus dependentes. Do contrário, não haveria estímulo ao preso na sua reabilitação para o convívio em sociedade.

Assim sendo, haverá contribuição por parte do segurado e, o regime semiaberto não acarreta perda do auxílio reclusão, uma vez que se justifica em virtude ao estímulo para a reabilitação, nos termos legais.

2.1 Circunstâncias que impedem a concessão do benefício e efetivação da concessão

Existem algumas circunstâncias em que o preso não poderá ser beneficiado, conforme é verificado na situação do preso já receber outros benefícios. Caso isso aconteça, o auxílio-reclusão não é concedido, em vista de que o preso já recebe outros benefícios. Mesmo estando recluso, continuará recebendo, dessa forma, continuará ajudando sua família. (IBRAHIM, 2015)

Assinala-se que a tipicidade do crime não altera o benefício, nem a gravidade do delito faz com que se perca o benefício. No entanto, existem algumas exceções, como por exemplo: é evidentemente que se o delito tenha sido praticado contra a previdência social, justamente para a obtenção fraudulenta do auxílio, este não será concedido. Da mesma forma, em casos de prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia (IBRAHIM, 2015).

A obtenção do auxílio-reclusão, ele se efetiva com a certidão de recolhimento do beneficiário a prisão, conforme explica IBRAHIM (2015, p. 683):

> O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente. Não é necessário sentença transitada em julgado. Qualquer decisão judicial que determine a prisão do segurado, ainda que temporária, dará direito ao benefício.

O benefício será instituído na data do efetivo recolhimento do segurado a prisão se este for requerido até 30 dias depois do recolhimento, caso ultrapasse este período, contará da data do requerimento (IBRAHIM, 2015).

O auxílio vigorará em todo tempo que o segurado estiver detido. Em caso de fuga do segurado, este benefício será suspenso, até que o mesmo volte para a prisão. Por isso, é obrigatório que se faça uma atualização trimestral, a qual confirma que o segurado continua detido/recluso e este deve ser firmado por autoridade competente. (IBRAHIM, 2015)

2.1.1 Hipóteses de suspensão do benefício, cancelamento ou transferência para pensão por morte

Existem também hipóteses em que o segurado pode ter o auxílio suspenso, entre elas estão; fuga (se, quando da recaptura, ainda tiver a qualidade de segurado, o benefício será restaurado), recebimento de auxílio-doença no período de privação de liberdade (cessado o auxílio-doença, retoma-se o auxílio-reclusão), não apresentação do atestado de prisão firmado por autoridade competente trimestralmente, livramento condicional, cumprimento de pena em regime aberro ou prisão albergue (HORVATH, 2011).

Por ouro lado, no caso de soltura do preso, não será admitida auxílio-reclusão, por óbvio este benefício trata-se apenas de beneficiários reclusos, por isso é vedada a concessão desse benefício após a soltura do cidadão. Em caso de falecimento do segurado preso, este auxílio será convertido automaticamente em pensão por morte, sem qualquer prejuízo aos dependentes (IBRAHIM, 2015).

3 Valoração pecuniária do auxìlio-reclusão: mitos e verdades

Um dos maiores mitos que ronda a sociedade está na valoração pecuniária do auxílio-reclusão, portanto, para melhor

esclarecer o assunto, referente a quantificação do benefício, explica Horvath Júnior (2011, p. 111), que:

> O valor da renda mensal corresponde a 100% do salário de benefício que o segurado recebia ou Teria direito a receber se estivesse aposentado por invalidez na data da prisão. Para o segurado especial, o valor será de um salário-mínimo, a menos que contribua também como facultativo.

Portanto, não cabem aqui valores exorbitantes, em vista que o valor do auxílio, como o nome já contempla, existe apenas para auxiliar os dependentes em sustento próprio, tendo em vista que se aquele que os sustenta estiver recluso, não tem mais a fonte de subsistência advinda do responsável preso.

Conforme acima expresso, os valores são calculados de acordo com o salário recebido antes de efetuada a prisão, não havendo salário o cálculo será feito como se houvesse sido aposentado por invalidez.

A esse respeito, explica Hugo Goes (2016), que quando houver mais de um dependente do preso com direito a auxílio-reclusão, o valor será dividido entre eles, em partes iguais. Caso venha cessar a dependência e a necessidade de auxílio-reclusão de qualquer um dos dependentes, a quantia aos outros será revertida. Essa é a verdade que não é dita para a sociedade que acredita que todo o preso, independentemente de ter contribuído para o INSS, receberá auxílio-reclusão.

Outro aspecto relevante que precisa ser desmitificado, diz respeito a configuração da dependência do auxílio-reclusão. Ressalta-se que são necessários alguns requisitos, os quais, Matheus Alves Ferreira (2012), os divide em classes. Assim, são considerados dependentes, conforme explica o autor supracitado:

> Os dependentes de primeira classe são reconhecidos pela legislação previdenciária como dependentes do segurado independentemente de comprovação de dependência econômica, são estes o cônjuge ou o(a) companheiro(a) e os filhos não

> emancipados, menores de 21 (vinte e um) anos ou de qualquer idade quando inválidos ou portadores de deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, desde que declarada esta condição judicialmente.

Os considerados enquadrados na segunda classe são os pais, os quais deverão comprovar a dependência econômica. Já os de terceira classe, como entende Ferreira (2012) são: "os irmãos não emancipados e menores de 21 anos do segurado ou, de qualquer idade quando inválidos ou portadores de doença mental ou intelectual que os tornem absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente." Para ambos é necessária a comprovação de dependência.

Sobre a "*ratio legis*" deste benefício, leciona Mozart Victor. Russomano (1997, p.214):

> O criminoso recolhido à prisão, por mais deprimente e dolorosa que seja sua posição, fica sob a responsabilidade do Estado. Mas, seus familiares perdem o apoio econômico que o segurado lhes dava e, muitas vezes, como se fossem os verdadeiros culpados, sofrem a condenação injusta de gravíssimas dificuldades.
> Inspirado por essas ideias, desde o início da década de 1930, isto é, no dealbar da fase de criação, no Brasil, dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, nosso legislador teve o cuidado de enfrentar o problema e atribuir ao sistema de Previdência Social o ônus de amparar, naquela contingência, os dependentes do segurado detento ou recluso.

Nesse sentido entende-se o porquê de a Previdência Social ser um sistema que garante assistência não apenas ao segurado, mas também aos seus dependentes. Neste caso, tal auxílio visa garantir a subsistência daqueles que dependiam do recluso e assim, evitar que também sejam penalizados pelo mesmo delito e passem a sofrer as consequências do ato daquele que cometeu o delito.

Um aspecto muito significativo que merece destaque diz respeito ao limite constitucional de baixa renda. Constata-se que o Superior Tribunal de Justiça- STJ- já flexibilizou esse limite,

conforme o julgamento do Recurso Especial 1479564 pela 1ª Turma, julgado em 06/11/2014. No caso concreto, a segurada reclusa teve como último salário de contribuição uma remuneração de R$ 10,82 acima do limite da baixa renda.

A argumentação do STJ foi no sentido de que a semelhança do caso com a jurisprudência firmada pelo STJ em relação ao Benefício de Prestação Continuada permite ao julgador flexibilizar também o critério econômico para deferimento do auxílio-reclusão, ainda que o salário de contribuição do segurado supere o valor legalmente fixado para configurar baixa renda.

Há que se considerar ainda, que diante da hipótese de inexistir salário de contribuição na data do recolhimento à prisão, será considerado o último salário de contribuição do segurado conforme prevê o Regulamento da Previdência Social.

Assim, em se tratando de caso em que o recluso atenda os requisitos, o STJ já firmou entendimento no sentido de garantir o auxílio àqueles que estariam vulneráveis na ausência de quem lhes provia o sustento. Tal afirmação vem demonstrada no Recurso Especial nº 1.393.771- PE (20130225154-6) colacionado abaixo.

> EMENTA
> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DEPENDENTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. MENOR IMPÚBERE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO: DATA DA RECLUSÃO. O PRAZO PRESCRICIONAL NÃO CORRE CONTRA O INCAPAZ. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 198, I, DO CÓDIGO CIVIL C/C OS ARTS. 79 E 103, PARÁG. ÚNICO DA LEI 8.213/1991. RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR PROVIDO.
> 1.O termo inicial do benefício de auxílio-reclusão, quando devido a dependente absolutamente incapaz, é a data da prisão do segurado.
> 2.É firme o entendimento desta Corte de que os prazos decadenciais e prescricionais não correm em desfavor do absolutamente incapaz. Ademais, não se poderia admitir que o direito do menor fosse prejudicado pela inércia de seu representante legal.
> 3.Recurso Especial do particular provido.
> ACÓRDÃO

> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.
> Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (Presidente) e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.
> Brasília/DF, 30 de novembro de 2017 (Data do Julgamento).
> NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
> MINISTRO RELATOR

Denota-se, assim sobre a concessão do benefício, que apesar de não estar previsto na forma regulamentar, também será cabível pleitear o benefício nos casos de prisão cautelar, bem como nos casos de prisão temporária, em flagrante e preventiva, pois considera que nessas circunstâncias o segurado de baixa renda não poderá exercer atividade laborativa para prover o sustento os seus dependentes.

Quanto à hipótese de medida socioeducativa de internação do adolescente enquadrado como segurado de baixa renda, de acordo com o entendimento administrativo do INSS, previsto no artigo 112, inciso VI, da Lei 8.069/90, o beneficio é devido, visto que trata-se de situação similar a de recolhimento à prisão.

Já no tocante à hipótese de prisão civil por dívida decorrente de prestação alimentícia, não será caso de pagamento do auxílio-reclusão. O entendimento majoritário nesse caso, é de que tal medida seria um meio de coerção para o pagamento dos alimentos, não sendo punitiva, embora a normatização do INSS seja omissa a respeito e exista certa controvérsia doutrinária.

Por fim e, talvez umas das situações mais polêmicas dentre as que são passíveis de serem amparadas por este benefício, está cumprimento de pena em prisão domiciliar. Tal medida punitiva não configura impedimento para o recebimento do auxílio-reclusão pelos dependentes, desde que o regime especificado for o fechado ou semiaberto. Assim como a monitoração eletrônica do instituidor do benefício de auxílio-reclusão não interfere no direito do dependente

ao recebimento do benefício, uma vez que tem a função de fiscalizar o preso, desde que mantido o regime semiaberto ou a prisão domiciliar (IN INSS 86/2016). (Amado, 2017)

Cumpre deixar bem claro que mitos permeiam o imaginário da população com relação ao auxílio-reclusão, apresentando-se muitas inverdades sobre o assunto, mas esse artigo tem o intuito de possibilitar que os leitores façam uma leitura baseada na legislação pertinente ao tema para compreender o que é verdade e o que é mito.

Considerações finais

Ante ao exposto, em decorrência do tema abordado que relaciona-se com o auxílio-reclusão, percebe-se nitidamente que o olhar a ser voltado para tal temática, necessita ser extremamente técnico. Assim sendo, constata-se que a concessão de tal benefício está baseado na legislação penal e previdenciária e existe para amparar os dependentes do recluso que cometeu um delito, limitando ao infrator o cumprimento da pena e não causando reflexos de tal ato à sua família ou seus dependentes no tocante à subsistência destes.

Conclui-se, ainda que assim como o salário-família, o auxílio-reclusão é exclusivo dos segurados de baixa renda – limitação dada pela EC nº 20/98 e que se preso se enquadra neste requisito dá o direito à sua família de obter o benefício. Constatou-se que não há uma definição legal para o conceito de baixa renda, contudo a doutrina entende que é o valor de R$ 1.212,64, (mil duzentos e doze reais e sessenta e quatro centavos), o qual é atualizado anualmente. Conclui-se que o parâmetro da averiguação será a verificação do último salário-de-contribuição do segurado antes da prisão e que o segurado também deve comprovar, pelo menos, dezoito contribuições no período de dois anos antes do recolhimento ao presídio.

Outrossim, importante ressaltar, a necessidade de o recluso estar segurado para auferir o benefício. Plausível essa afirmação, no sentido de desmistificar que esses valores seriam custeados pela

sociedade. Haja vista que uma vez tendo contribuído para o sistema de previdência pátrio, trata-se de direito adquirido, já que há previsão legal para concessão de tal benefício assim como em outros casos, portanto, uma vez preenchidos os requisitos, significa concluir que o segurado contribuiu financeiramente para o sistema e seus dependentes fazem jus ao benefício.

Referências

AMADO. Frederico, **Direito Previdenciario,** coleção Sinopses, Editora Juspodivm, 8ª edição, 2017.

BRASIL, **Lei 2.848 de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 abr. 2018

FERREIRA, Matheus Alves. **Auxílio-reclusão: Inclusão e exclusão social de dependentes.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br> Acesso em: 27 mar.2018.

GOES, Hugo. **Manual De Direito Previdenciário**. Editora Ferreira, 11ª edição. Rio de Janeiro, 2016.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. Editora Mallole Ltda., Barueri, São Paulo, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso De Direito Previdenciario**. Editora Impetus, 20ª edição, Niterói, Rio de Janeiro, 2015.

INSS, Instituto Nacional do Seguro Social. SITE OFICIAL. Disponível em: https://www.inss.gov.br. Acesso em 03 abr. 2018.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1479564 06/11/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em 10 abr. 2018

_____, **Recurso Especial nº 1.393.771**- PE (20130225154-6). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 10 abr. 2018

21

Ato infracional: a orientação jurídica acerca do ato infracional como uma maneira de afirmar a proteção integral da criança e do adolescente

Raquel Botezini Quoos[1]
Patricia Luzia Stieven[2]
Tiago Galli[3]

1 Introdução

Anteriormente ao Estatuto da Criança e do Adolescente promulgado em 1990, crianças e adolescentes que vinham a realizar uma conduta prevista como ilícita, não eram considerados pelo Estado como menores infratores, mas sim menores em situação irregular com o Estado, que constava no Código de Menores, lei que regulava os atos em torno da criança e do adolescente. E, por conseguinte, era inexistente a figura da Proteção Integral, a qual somente passou a ser

---

[1] Bolsista do Projeto de Extensão Ato infracional: a necessidade de orientação jurídica do adolescente na apuração da infração na fase de remissão. Acadêmica do V semestre do curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus de Frederico Westphalen/RS.

[2] Orientadora. Professora do Curso de Direito da URI/FW, Mestra em Direitos Fundamentais – UNOESC, Especialista em Função Social do Direito - UNISUL/LFG.

[3] Co-orientador. Professor do Curso de Direito da URI/FW, Especialista em Direito Público – FESMP/RS.

disposta e discutida após a Constituição Federal de 1988, e em seguida na instituição do Estatuto da criança e do adolescente.

Nesse sentido, todo o menor de idade que vem a infringir a lei através da prática de uma conduta prevista pela legislação penal como crime, este será denominado ato infracional, que se refere ao ato praticado por menor de idade. Sendo assim, a configuração de menor infrator se dá pela idade, ou seja, todo aquele com idade inferior a dezoito anos que cometer um ilícito se torna um, podendo ele ser criança com até doze anos de idade, e adolescente dentre doze e dezoito anos.

Por conseguinte a criança e o adolescente são considerados indivíduos em fase de desenvolvimento, por encontrarem-se em progressão sócio cognitiva e deste modo a legislação discorre sobre a proteção integral destes, para que sejam referidos com equidade perante à sociedade e à justiça.

Contudo, esta não se posiciona diante da inexistência de defesa postulatória na fase de apuração da infração realizada pelo Ministério Público, situação que resulta em uma lacuna do Estado para com a criança e o adolescente. E deste modo o adolescente permanece sem informação alguma acerca do trâmite recorrente da apuração do fato.

No entanto, trata-se de uma oportunidade única para o infrator, pois pode ser ofertada pelo Promotor de Justiça uma remissão em troca de uma medida sócio educativa e consequentemente encerrando o conflito judicial entre o Estado e o infrator nesta circunstância.

E é baseando-se nessa situação irregular que é desenvolvido um projeto pelo Escritório de práticas jurídicas do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Frederico Westphalen, que promove orientação jurídica na audiência de apuração do ato infracional aos menores e seus responsáveis na audiência de apuração da conduta, a fim que de se promova a proteção integral prevista pelo ECA, a isonomia de direitos, e o uso de princípios constitucionais do contraditório e

ampla defesa, no intuito de atribuir um desfecho benéfico para o infrator, e ao Estado, o que gera consequências positivas a ambos.

2 Desenvolvimento

Via de regra quando um imputável comete um ilícito este tem todos seus direitos resguardados por lei desde a fase policial, onde é previsto que este apresente-se acompanhado de um advogado, com o intuito de que nenhuma garantia inerente a ele seja despercebida, e seja assegurado a ampla defesa e o contraditório. (ECA. 1990)

Entretanto quando um indivíduo com idade inferior a dezoito anos vem a realizar também uma conduta reprovável pelo ordenamento jurídico, previsto como um crime, verifica-se que ele comete um ato infracional, como refere o art. 103 do ECA: "Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal." E deste modo o menor também será responsabilizado pelo ato, porém o método não é o mesmo por tratar-se de um menor de idade, de acordo com o art 104 do ECA: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nessa lei."

Muitas vezes, a sociedade questiona-se se o menor infrator responde por suas condutas reprováveis penalmente, até por isso, muito se discute sobre a alteração da maioridade penal para menos de 18 anos de idade.

Nesse sentido, resta claro que o menor terá consequências sim pela sua conduta, mas segundo o Estatuto da criança e do adolescente, e não o Código Penal. Assim, a legislação prevê um procedimento legal distinto, o qual garante que nenhum menor será privado de sua liberdade sem a decorrência do processo legal, conforme a Lei nº 8.069/1990 prevê em seu artigo 111:

> São assegurados aos adolescentes, entre outras as seguintes garantias:
> I- pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

> II-igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias a sua defesa;
> III-defesa técnica por advogado;
> IV-assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
> V-direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
> VI-direito de solicitar a presença de seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento.

Contudo nos interessa somente o procedimento previsto pelo inciso primeiro, que é a fase de apresentação em decorrência do trâmite do processo legal, pois é o momento em que é informado ao menor a acusação, e é oportunizado a ele o esclarecimento dos fatos, se o que lhe foi imposto tem veracidade ou não. (ECA. 1990)

Porém a assistência jurídica prestada por um advogado, só está prevista nas fases posteriores à apresentação, ficando assim sob a escolha e condição de cada indivíduo contratar os serviços de um advogado. Sendo assim, é existente um lapso no Estatuto da criança e do adolescente, pois a não previsão de defesa postulatória importa que muitos menores apresentem-se ao Ministério Público sem ter o menor conhecimento das motivações pelo qual ele está sendo mencionado, e demais informações acerca do procedimento jurídico, o que gera desigualdade a este perante ao ordenamento jurídico. (ECA. 1990)

E é neste sentido que deve ser levado em conta o princípio basilar norteador do Estatuto da criança e do adolescente que, é a proteção integral, já prevista por seu artigo 1º: "Esta lei dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente." Bem como no artigo 98 que referencia a proteção integral na ocorrência de ato infracional, afinal este é ocasionado pela conduta do menor:

> Art. 98. As medida de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
> I- por ação, omissão da sociedade ou do Estado;

> II- por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
> **III- em razão de sua conduta;**

Desta maneira entende-se que o Estado deve ofertar alternativas que sejam protetivas a criança e ao adolescente nessa circunstância, para que este permaneça em pés de igualdade diante da justiça e da sociedade, e não sofra maiores consequências em razão dessa circunstância.

É importante ainda ressaltar que a criança e o adolescente são considerados pelo Estatuto como indivíduos em fase de desenvolvimento bem como discorre em seu artigo 6º: "Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento". De maneira que a parte final do artigo refere-se inteiramente à prática de atos infracionais, circunstâncias que podem estar fortemente ligadas ao amadurecimento do indivíduo, contexto social no qual está inserido, dentre outras agravantes. (ECA. 1990)

Isso porque o menor encontra-se em uma fase que começa a reconhecer os moldes da sociedade, de modo que crianças e adolescentes ainda não têm conhecimento suficiente para defender-se sozinhos e fazer valer de modo pleno seus direitos, pois não o conhecem inteiramente. Afinal encontram-se em uma posição pela qual ainda não gozam de capacidade suficiente, de suprir por si mesmas, as suas necessidades básicas, segundo o pedagogo Antonio Carlos Gomes da Costa (2013). E que ainda dispõe que cada fase do desenvolvimento do indivíduo é singular:

> A afirmação da criança e do adolescente como "pessoas em condição peculiar de desenvolvimento" não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada da idade adulta, enquanto portadora de

> responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado. (COSTA apud CURY 2013)

E nesse viés é possível perceber que se trata de uma desigualdade para com as crianças e adolescentes, afinal eles sendo detentores de legislação de proteção integral e encontrarem-se em situação peculiar, logo devem gozar de direitos análogos e ou superiores, observado pelo contexto em discussão. Tangente a isso, deve-se reconhecer que eles também são detentores de direitos, e devem ser aplicados a eles a Lei sim, porém da maneira equivalente ao agente, além de seus direitos especiais. (COSTA apud CURY 2013)

Entende-se, então, que quando crianças e adolescentes devem ser envolvidos em meio aos adultos, eles devem ter direitos especiais, para que assim eles tenham prioridade diante de determinadas situações, que possam vir a contrariar suas prerrogativas. (ROSSATO, 2012)

Além de que sempre deve ser levado em conta qual a melhor decisão de acordo com a realidade e as necessidades que traz consigo a criança e o adolescente, de modo que somente assim é avaliada de maneira correta a condição peculiar da criança e do adolescente.

Deste modo, hoje no meio jurídico, o Estatuto da criança e do Adolescente é uma legislação especial pela coerência e a propriedade com que se direciona aos seus protegidos, mencionado como um avanço no meio jurídico pela particularidade de encarar a condição peculiar da criança e do adolescente, porém, agora, norteado pelo princípio Constitucional de Proteção integral à criança e ao adolescente, que era inexistente anteriormente.

Verifica-se, nesse sentido, a grande importância na conquista dos direitos das crianças e adolescentes com o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que somente em 1990, dois anos após a promulgação da Constituição Federal, é que a proteção integral e a prioridade absoluta dos direitos dos menores passaram a integrar o

nosso ordenamento jurídico como base de garantia dos direitos dessa minoria.

Na ideia de Olympio Sotto Maior (2013) sobre a maneira que o Código de menores se direcionava aos infratores, considerando eles inteiramente responsáveis pela sua conduta, sem analisar fatores externos e levar em conta a circunstância social do menor, situação esta que hoje não é mais reconhecida pelo ECA.

> É que, embora apresentando-se com a roupagem de tutelar, instrumento de proteção e assistência, o Código de Menores, na realidade, em nada contribuía para alterar na essência a condição indigna vivida pelas crianças e adolescentes brasileiros, vez que se quer os reconhecia como sujeitos dos mais elementares do direito. A justiça de menores, por seu turno, colaborava para fomentar a ideia falsa (e extremamente perversa) de serem carimbados com o signo da situação irregular responsáveis pela própria marginalidade . Partindo-se do pressuposto irreal de que a todos são oferecidas iguais oportunidades de ascensão social, acabava permitindo difundir ideologicamente o raciocínio de ter havido opção pela vida marginal e delinquencial. (MAIOR apud CURY, 2013)

E é desta maneira que se identifica a importância se ater ao método utilizado para a apuração do ato infracional, onde se verifica no art. 126 do Eca, que antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Importante destacar o parágrafo único do art. 126 do Código Menorista, que “iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo”. Todavia, caso o Ministério Público não conceda a remissão, consoante prevê o art. 182 do ECA:

> Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá

> representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada. (ECA. 1990)

E seguindo esse método, após analisadas as circunstâncias como falta de agilidade, e a inexistência de defesa postulatória no momento da apresentação, que foi elaborado um projeto intitulado "orientação jurídica acerca do ato infracional", que tem por objetivo ofertar a defesa postulatória ao menor, o qual é desenvolvido da seguinte maneira: um advogado e professor do escritório de práticas jurídicas do Curso de Direito da URI presta assistência jurídica a esses infratores, no momento da audiência de apresentação, prestando todas as informações que se entendem oportunas ao menor e seu responsável se for o caso, para que seja desenvolvido um procedimento eficaz, e principalmente sem ferir a proteção integral dos menores.

Contudo o seguimento trazido pelo projeto se difere do sistema previsto pelo ECA, e citado anteriormente pois também realizada uma parceria entre o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Escritório de Práticas Jurídicas, que ocorre da seguinte maneira: o Ministério Público faz uma citação para o menor comparecer em uma audiência de apresentação, na sede do Poder Judiciário, que tem por intuito esclarecer os fatos que constam no boletim de ocorrência e consequentemente oferece a representação, e o advogado se faz presente para prestar instrução sobre o procedimento que está sendo realizado, e explanando as possibilidades que poderão ser ofertadas pelo promotor de justiça, verificando a possibilidade de aceitar ou não a remissão.

Em seguida é elucidado sobre o que se refere a audiência, a possibilidade da justiça instantânea e da orientação jurídica. E por conseguinte é questionado ao menor sobre a acusação, este que também nesta situação pode preferir permanecer em silêncio, bem como justificar a ocorrência e assumir a autoria. E assim o advogado presente tem a oportunidade de instrui-lo, e mostrar as

consequências que podem ser geradas através do desenlace desse procedimento. Afinal existe a possibilidade do procedimento ser encerrado nessa circunstância sem que haja maiores embaraços, e daí a necessidade de ter alguém com capacidade postulatória contribuindo para que a justiça seja eficaz.

Além de que na situação de hoje, crianças e adolescentes ainda não gozam das mesmas oportunidades diante da sociedade, desde a educação e a assistência médica, o que nos leva mais uma vez a refletir sobre as desvantagens que alguns menores acabam enfrentando frente ao judiciário, sem condições de se ater a assistência jurídica e o desconhecimento das peculiaridades inerentes as suas prerrogativas.

É nesse sentido, que se traz a importância de explicar que o objetivo da orientação jurídica não é livrar o menor a qualquer custo das imputações que lhe são feitas através da representação, mas sim que este menor entenda o que está se passando naquela solenidade, e escolha o que achar melhor para si, seja a aceitação da remissão ou não:

> Há que se partir da premissa básica de que defender o menor não signifique, necessariamente, defender a não aplicação de uma medida prevista na lei menorista. Muito pelo contrário, é técnica a defesa embasada em melhores argumentos científicos que justifiquem a aplicação da medida mais adequada, dentre as disponíveis no elenco do atendimento judiciário. (PRADE apud CURY, 2013)

Assim pode ser oportunizada uma medida equivalente ao menor, sem gerar desigualdade entre o menor e a jurisdição. E deste modo quando um adolescente assume a autoria e demonstra arrependimento do ato cometido, será analisado o fato em concreto, a gravidade dele e o posicionamento do jovem perante a conduta, assim o procedimento pode ser encerrado e não toma maiores proporções. Caso contrário ele terá sequência gerando uma nova audiência para que seja solucionado o conflito, e ao final atribuir ou não uma medida sócio-educativa ao menor infrator.

Entretanto, o procedimento somente pode ser encerrado através da oferta de remissão pelo promotor, mas para que assim ocorra devem ser preenchidos os requisitos, quais sejam, a inexistência de violência e ou grave ameaça, assumir a autoria do fato que está sendo mencionado, e demonstrar arrependimento por tê-lo cometido. Preenchidos essas exigências é oferecida uma medida sócio-educativa elencada no art. 112 do ECA ao adolescente em troca da extinção do processo, senão vejamos:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
> I- advertência;
> II- obrigação de reparar o dano;
> III-prestação de serviços a comunidade;
> IV-liberdade assistida;
> V-inserção em regime de semiliberdade;
> VI- internação em estabelecimento educacional;
> VII-qualquer uma das previstas no art.101, I a V.

Contudo não são utilizadas todas as medidas do referido artigo, pois aquelas dispostas nos incisos V, VI, VII podem ser determinadas somente após a decorrência do devido processo legal, mas como somente o que se discute é o conhecimento da atribuição do ato infracional, ficam restritas somente aquelas dos incisos I, II, III.

Dessa forma, o adolescente aceitando a proposta feita pelo representante do Ministério Público, o juiz homologará o acordo com a extinção do processo e a impossibilidade de gerar reincidência, encerrando o procedimento nessa mesma ocasião.

Portando a medida sócio-educativa além de encerrar o processo, será a forma de tentar corrigir o jovem pela má conduta, a fim de que não volte a desrespeitar nenhuma norma. Portanto, essas medidas têm caráter pedagógico, com objetivo de melhorar a relação do menor com a sociedade e até oportunizar uma convivência melhor com a família, a partir do aspecto de que são indivíduos em fase de formação cognitiva, e desta maneira encontram-se em situação peculiar perante a sociedade. Pois,

segundo Lucia Maria Xavier de Castro (2013), as medidas são instrumento de garantia do direito daquele que está sem o pleno exercício de sua cidadania, e sendo assim não é aceito alguma diligência punitiva ou castigo.

Afinal ter o jovem cometido uma conduta ilícita não quer dizer que este tem menos direito que os demais, pois a lei é clara e dispõe sobre direitos específicos para esses casos. E oferecer maneiras mais pacíficas de solução de um ato infracional trata-se de uma conciliação pedagógica do Estado para com a Criança e o Adolescente como ocorre com esses projetos, pois permitem que estes tenham conhecimentos de direitos e deveres inerentes a eles, que consequentemente é uma chance de tornarem-se adultos mais consciente de seus atos. Nesse sentido:

> Ao tempo em que absorveu os princípios da doutrina da proteção integral, o legislador do Estatuto fez por reconhecer, automática e acertadamente, que a maneira mais eficaz (e justa) de se prevenir a criminalidade em questão consiste no superar a situação de marginalidade experimentada hoje pela maioria das crianças e adolescentes brasileiros. (MAIOR apud CURY. 2013)

Por isso salienta-se a importância da capacidade da defesa postulatória, pois qualquer método realizado pelas vias judiciais requer conhecimento específico e que fogem do entendimento de pessoas leigas, quanto mais crianças e adolescentes que nem tem como suprir por capacidade própria.

Além de estar afirmando um direito inerente a ele e evitando que a este jovem sejam imputadas medidas mais complexas, as quais por vezes agravam a situação de vulnerabilidade e violência já existente na vivência deste, resultando em um problema mais grave, afinal cumprir medida sócio-educativa em um estabelecimento educacional, com a presença das realidades mais distintas e a violência consumada, não conclui no mesmo desfecho que uma medida sócio-educativa de prestação de serviços comunitários, por exemplo, que permite continuar sua práticas cotidianas juntamente

com a família, responsáveis, etc. Bem como afirma Olympio Sotto Maior (2013):

> A prevenção da criminalidade e a recuperação do delinquente se darão, como quer o Estatuto, com a efetivação das políticas sociais básicas, das políticas sociais assistenciais (em caráter supletivos) e dos programas de proteção especial (destinados a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e/ou social) vale dizer, com o Estatuto vindo a cumprir seu papel institucional e indelegável de atuar concretamente na área da promoção social. (MAIOR apud CURY. 2013)

Além do mais, na audiência de apresentação há a presença de uma assistente social, que no momento também contribui para o andamento do procedimento, e ao final instrui o menor sobre a medida sócio-educativa e as especificidades do cumprimento dela, para que assim o infrator receba um atendimento completo, sem que nenhuma prerrogativa inerente a ele seja suprimida, e consequentemente fazendo jus à proteção integral.

Nessa circunstância, alunos do Curso de direito da URI também acompanham a audiência, e elaboram relatórios sobre ela, no intuito de buscar a efetividade do programa, e agregar conhecimentos para serem prestados aos infratores.

Entende-se também que o referido procedimento proposto na situação é mais ágil e eficaz, afinal ocorre tudo em um mesmo dia e local, resultando em uma decisão satisfatória, que de acordo com o que procede o Estatuto da Criança e do Adolescente, é levado dias para que o jovem se apresente ao promotor no Ministério Público para prestar esclarecimentos, e após mais um prazo para que o caso volte ao Poder Judiciário e ao conhecimento do juiz para dar prosseguimento ao trâmite. Sendo assim ao contrário do trâmite previsto pelo ECA, é notório os benefícios que resultam pela prática do projeto, o qual resulta em satisfação não somente para o menor e o Estado, bem como à sociedade também.

Considerações finais

Levando-se em consideração todas as questões até então apresentadas, pode-se concluir que é de grande relevância toda a iniciativa que promova a proteção integral da criança e do adolescente, observando o fato de serem indivíduos em processo de formação e se encontrarem em situação de vulnerabilidade. Isso porque, toda a disposição em prol do humano, será em benefício dele e da sociedade como um todo, e é necessário mostrar desde cedo, o Estado e a Justiça como instrumento de paz e que busca igualdade, dando a esses menores todas as condições proporcionais e garantias inerente a eles, que é o grande objetivo do projeto, prestar a defesa postulatória, a fim de promover a paridade entre os indivíduos, e sempre levando em conta a proteção integral.

Além de que na própria sociedade ainda é existente muita desigualdade entre as crianças e adolescentes, pois estes não dispõem de condições iguais uns perante aos outros, e assim somos responsáveis pela promoção da isonomia entre eles, com o intuito de cada vez gerar condições melhores, por meio de estímulos positivos seja na sociedade como um todo, bem como na realização das atribuições judiciárias.

Ademais, a falta de informação, diversas vezes encontradas nos juizados, através de pessoas sem condições de buscar informações com profissionais da área, ocasiona a falta de contraditório e ampla defesa desses menores, que não sabem que tem direito a um advogado para acompanha-los nessa situação. Nesse sentido, percebe-se que a correção dos erros cometidos pelos menores se dá através da aplicação das medidas sócio educativas, que oportunizam a harmonização do menor para com o Estado, a sociedade e até mesmo aproximação com a família.

Tangente a isso, importante destacar que aquele jovem que teve como medida a restrição de liberdade, ainda que garantidos os seus direitos à educação, saúde e cultura, não tem a mesma chance de repensar seus atos junto ao meio que vive, mas sim em um

ambiente agressivo, convivendo com realidades divergentes da sua, e muitas vezes sendo influenciado por essas, até mesmo com o uso de substâncias ilícitas, acarretando em mais violência e reincidência.

E desta maneira constata-se que propiciando acompanhamento ao infrator desde a apresentação, explanando a ele todas as implicações que uma conduta incorreta gera, é possível evitar a propagação da violência, com medidas brandas, e obter resultados mais prósperos, sempre prezando pela proteção integral de um indivíduo que ainda não tem a mesma capacidade intelectual de um cidadão imputável.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgada em 13 de julho de1990. 23 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.** 12 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente:** Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990: Artigo por artigo**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARAIVA, Joao Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei:** a indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

22

O diálogo como categoria indispensável à tolerância como reconhecimento[1]

Roberta Herter da Silva[2]
Francieli Borchartt da Cruz[3]
Gustavo Wohlfahrt Bohnenberger[4]

1 Introdução

Vive-se uma época de imensas e constantes transformações, uma época de agonia das grandes utopias. A pluralidade religiosa vem, gradualmente, merecendo a atenção de muitos estudiosos e ampliando sua visibilidade na sociedade. Com a globalização, as interações culturais transitam em diferentes espaços e conduzem a um intenso e instigante debate relacionado ao reconhecimento do outro e de suas diferenças, inclusive no que tange à liberdade religiosa.

---

[1] Artigo submetido ao eixo temático Fundamentos e Concretização dos Direitos Humanos.

[2] Doutoranda em Diversidade Cultural e Inclusão Social – Universidade Feevale. Mestra em Direitos Humanos – UNIJUÍ. Especialista em Direito Penal – UNIASSELVI e em Educação Ambiental – UFSM. Bolsista integral CAPES. Advogada. Contato: roberta.h.s_@hotmail.com

[3] Mestra em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela FEMA. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria. Docente do curso de Graduação em Direito da CEULJI – Jí-Paraná. Contato: francieli.borchartt1@gmail.com

[4] Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Docente do curso de Graduação em Direito da CEULJI – Jí-Paraná. Advogado. Contato: gwb.dir@hotmail.com

É possível perceber que as maiores atrocidades e violações aos direitos humanos ocorridos na história, entre eles as referentes a liberdade religiosa, foram fruto da intolerância para com o outro. A tolerância pode, portanto, ser o fundamento entre a liberdade religiosa e o respeito aos demais direitos humanos, ao implicar também no dever de reconhecimento do outro. Tolerância assume um caráter ativo ao reconhecer como essencial a proteção a diversidade e à dignidade da pessoa humana, pressupõe uma relação de alteridade que resulta na compreensão, diálogo e predisposição ao entendimento.

2 A violência simbólica e a hermenêutica

Alberto Antoniazzi (2006, p. 67) destaca que o censo de 2000 realizado pelo IBGE trouxe em seus resultados o aumento das opções religiosas no Brasil. Essa afirmação do autor não só se confirma, como se acentua nos dados do censo de 2010. Em um país que ao longo da história foi essencialmente católico, como registrado em censos anteriores, é possível vislumbrar um aumento considerável de outras religiões e de número de adeptos.

Segundo Montero (1994, p. 34) as tradições religiosas estão em constante processo de reestruturação, reinvenção e rearticulação, transitando livremente em diversos cultos, articulando crenças e buscando adesões dentro de um vasto campo religioso. Parker (1996, p. 27) alude que um traço característico da modernidade religiosa é a pluralidade, na qual a desinstitucionalização de alternativas religiosas e a desregulação do campo religioso causa vários fatores, alguns de aspectos positivos e outros de aspectos negativos, como é o caso da violência.

Para Héritier, a violência pode ser definida como “qualquer ameaça de natureza física ou psíquica susceptível de gerar o temor, o deslocamento, a infelicidade, o sofrimento ou a morte de um ser animado” (1996, p. 17). Murad define a violência como “um elemento constitutivo do ser humano e, em consequência, de todas

as suas construções culturais e redes de relacionamento" (2006, p. 131). Segundo o autor, a violência é "opressão, imposição de alguma coisa a outra pessoa ou a outras pessoas, por intermédio do emprego da força, qualquer que seja o seu tipo, a sua substância, forma ou sentido: força das armas, força física, força simbólica ou de qualquer outra natureza que se queira" (MURAD, 2006, p. 131).

A violência simbólica ou psicológica está bastante presente nas instituições e se dá de forma voluntária e perceptível, é a violência que implica na prática de atos que depreciem, humilhem, desrespeitem e agridam verbalmente o indivíduo. Monteiro a define como "o conjunto ideológico de símbolos e ideias a serviço da dominação e da repressão" (2007, p. 107).

Toda dominação se dá pela força, e nesse caso, essa força se manifesta como poder simbólico. Para Bourdieu e Passeron, "todo poder de violência simbólica, isto é, todo poder que chega a impor significações e a impô-las como legítimas, dissimulando as relações de força que estão na base de sua força, acrescenta sua própria força, isto é, propriamente simbólica, a essas relações de força" (1992, p. 21).

Segundo Bourdieu (2010, p. 42), a dominação simbólica é uma forma de violência que se dá nas relações de etnia, de gênero, de cultura, de língua, de religião, dentre outras. Para o autor é "uma forma de poder que se exerce sobre os corpos, diretamente, e como que por magia, sem qualquer coação física, mas essa magia só atua com apoio de predisposições colocadas como molas propulsoras, na zona mais profunda dos corpos" (BOURDIEU, 2010, p. 50).

Conforme Bourdieu (2010, p. 35-52), essa violência é invisível, interna, implícita e bastante empregada nas doutrinas religiosas, capaz de controlar e dominar sua prática, tendo como finalidade a manutenção de sua doutrina e a afirmação da sua crença. Mas aí reside um desafiador paradoxo. Segundo Girard (1998), a violência é anterior à religião e essa surge com a finalidade de libertar os indivíduos e grupos humanos da violência.

Desse modo, ao mesmo tempo em que a religião tenta combater a violência, ela igualmente pode ser geradora da mesma.

A religião é, segundo Parker (1996, p. 25), um componente primordial do campo simbólico-cultural de um grupo ou sociedade que remete, de uma forma explícita, a uma realidade extraordinária, ao sagrado e ao transcendente.

Assim, há um grande paradoxo no que se refere à violência religiosa, pois a religião é produtora e reprodutora de sentido para o indivíduo e a violência não é elemento constitutivo da essência da religião, pois o principal papel da religião é a construção da paz, da harmonia, da fraternidade entre os seres humanos.

Faustino Teixeira (2003, p. 49), ao comentar sobre o diálogo inter-religioso num contexto de violências praticadas pela religião, diz tratar-se de "uma realidade que tem levado alguns intelectuais a sinalizar a impossibilidade de uma aproximação ou congraçamento dos seres humanos através das religiões e a proclamar a vinculação entre religião e violência" (2003, p. 52). Conforme Teixeira, as violências que ocorrem "em nome de Deus", acabam "abrindo corações e mentes para as intolerâncias mais sórdidas" (2003, p. 52).

Desse modo, quando o discurso teológico se refere à ética das religiões, conforme Teixeira "esbarra muitas vezes na dinâmica concreta e histórica das agressões, fanatismos, ódios e hostilidades inter-religiosas" (2003, p. 54) e na maioria das vezes "as posturas de intransigência e exclusão apóiam-se em sentimentos arraigados de superioridade, arrogância identitária e pretensão exclusiva de verdade, que impossibilitam qualquer exercício de fraternidade recíproca" (TEIXEIRA, 2003, p. 54).

Em Paris, em 1997, no "Foro Internacional sobre a Intolerância" Elie Wiesel, filósofo romeno Prêmio Nobel da Paz (1986), no prefácio da coletânea registra que a intolerância é a,

> ausência de linguagem, a intolerância não é apenas o instrumento fácil do inimigo; ela é o inimigo. Ela nega toda riqueza veiculada pela linguagem. Quando a linguagem fracassa, é a violência que a substitui. A violência é a linguagem daquele que não se exprime mais pela palavra. A violência é também a linguagem da intolerância, que gera o ódio (2000, p. 8).

Assim, diante da natureza dialógica das identidades, um dos fenômenos mais inquietantes da contemporaneidade é o fundamentalismo religioso. O fundamentalismo, segundo Bauman, recusa o diálogo com os dissidentes (2005, p. 42). Num mundo globalizante em que uns estão regularmente em contato com outros que pensam e vivem de maneira diferente de si, os fundamentalistas vêem essa complexidade cultural como perturbadora e perigosa, seja nos campos da religião, da identidade, da nacionalidade, por isso, se refugiam numa tradição renovada, purificada e, com frequência, na violência (GIDDENS, 2007, p. 49).

Diferente do fundamentalista, o hermeneuta tenta dialogar com outras formas de conhecimento, deixando-se penetrar por elas e tem na tolerância um valor muito caro e necessário, ao incentivar o diálogo epistemológico travado no respeito pelo outro e pela sua diferença. Segundo Champlin, a "hermenêutica deriva-se do nome de *Hermes*, que era tido como o mensageiro divino e intérprete dos deuses, e que também era o deus da eloquência, que os romanos chamavam Mercúrio" (2001, p. 95). Hermenêutica nas palavras de Gadamer é "a doutrina da arte da compreensão e da interpretação" (2008, p. 273).

A hermenêutica como ciência ou arte da interpretação se constitui no instrumento essencial que abre as portas do universo do incompreensível, e proporciona as condições de outras leituras de mundo, diferente das do grupo humano em que se está inserido. Dessa maneira, a hermenêutica propicia a condução do hermeneuta a uma compreensão de si, por meio do outro, da alteridade. Para Gadamer (2008, p. 571) a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao ser humano que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os mesmos tenham mundo. O mundo é constituído pela linguagem.

A hermenêutica seria o sistema pelo qual o significado se revelaria, para além do escrito ou dito. O desafio hermenêutico se consubstancia em interpretar a realidade que está por detrás da

linguagem humana. Desse modo, a hermenêutica é um trabalho de compreensão dos seres humanos e do mundo em que se vive.

Desta forma, a linguagem se mostra como suporte para a fala dos direitos humanos e como um elo que aproxima os seres humanos, posto que em todos, respeitando as diferenças, existe a necessidade de algumas condições mínimas de sobrevivência (ENGELMANN, 2008, p. 8-9), ocorre que, "somente através de um intercâmbio fluido teremos a possibilidade de encontrar novas soluções para nossas diferenças culturais" (MONTIEL, 2003, p. 43).

É bem verdade que a comunicação e a interação trazem a ideia de se expor a uma cultura diversa o que por si só é um processo complexo. O "outro" o qual é considerado como "estranho", desconhecido, se afigura como gerador de medos e de desconfianças. Então, as culturas acabam por agir numa atitude defensiva, agressiva e desconfiada face ao que é diverso, por isso, ao que parece, a "cada dia dialogamos menos" (SIDEKUM, 2003, p. 236).

Para Morin e Kern (2002) o fato das sociedades se verem como espécies rivais, demarcadas por diferenças que se convertem num abismo entre as culturas diversas, deve ser superado em nome do reencontro e da realização da unidade do ser humano, já que por mais separados que os homens estejam pela língua, pelo tempo ou pela cultura, a comunicação é possível e a unidade da identidade humana é, na verdade, formada por uma imensa diversidade. A diversidade sempre presente e infinita revela-se ao mesmo tempo uma fonte de conflitos e outra de enriquecimento, assim se dá uma civilização da diversidade, tolerante e respeitosa do homem em sua universalidade e em suas singularidades locais (ZAOUL, 2003).

De acordo com Gadamer (2002, p. 214), a hermenêutica é a arte de entender. Segundo o autor, "o reconhecimento é a tarefa que consiste em aprender a ouvir aquilo que lá quer falar, e temos que admitir que aprender a ouvir significa, acima de tudo, elevar-se desse processo que tudo nivela e pelo qual não se ouve mais e tudo é ignorado" (1996, p. 94).

Cada uma das religiões é a expressão da maneira daquela cultura de pensar e se relacionar com o mundo. Todo discurso, todo texto, envia o ouvinte ou leitor a um ato contínuo de interpretar. Ao fazê-lo, o hermeneuta é enviado a compreender o texto ou o discurso e a fazer uma constante ponderação do mundo, da cultura, da religião e a se relacionar de forma sempre diferenciada com a humanidade do outro.

3 A tolerância como reconhecimento

A religião pode ser considerada como um conjunto de sistemas culturais, de crenças, de visões de mundo, que estabelece os símbolos que relacionam a humanidade com a espiritualidade e seus próprios valores morais. É possível referir que no atual estágio civilizatório seria bastante difícil encontrar uma base conceitual em comum com os direitos humanos nas diversas manifestações religiosas. Mas, num olhar mais atento, se desperta a necessidade de busca de tolerância nos casos de manifestações na seara religiosa. A tolerância é um valor necessário ao incentivo do diálogo travado no respeito pelo outro e pela diferença.

A tolerância pode ser utilizada como uma orientação para a tentativa de resolução dos conflitos religiosos. Mas é preciso supor que os sujeitos dos direitos em conflitos possuem convicção, fé, escolha e ética, dessa forma, segundo Morin, a tolerância supõe alguma forma de sofrimento na medida em que se suporta a expressão de ideias negativas do outro (2000, p. 101-102).

De acordo com Morin (2000, p. 101-102) há quatro graus de tolerância. O primeiro grau obriga o indivíduo a respeitar o direito de outrem proferir um propósito que lhe pareça ignóbil, trata-se de evitar que se imponha a concepção do indivíduo sobre o que parece ignóbil a fim de coibir uma fala. O segundo grau é inseparável da democracia, já que a essência da democracia é se alimentar de opiniões diversas e antagônicas, desse modo, o princípio democrático conclama o respeito à expressão de ideias antagônicas.

O terceiro grau, segundo o autor, é o fato de que o contrário de uma ideia profunda é uma outra ideia profunda; ou seja, há sempre uma verdade na ideia antagônica, e é esta que se tem o dever de respeitar. O quarto grau vem da consciência das possessões humanas pelos mitos, ideologias, ideias ou deuses. Dessa forma, para Morin,"a tolerância vale, com certeza, para as ideias, não para os insultos, agressões ou atos homicidas" (MORIN, 2000, p. 101-102).

Essa pesquisa visa aproximar a doutrina da tolerância às teorias do reconhecimento para contribuir à discussão de um novo sentido político de tolerância: tolerância como reconhecimento. Tolerar, desse modo, passa a ser a ação em que um sujeito reconhece o outro não só como um indivíduo portador de crenças e direitos, mas igualmente como um indivíduo cuja diversidade é essencial para a formação da sua própria identidade, a partir da alteridade.

O conceito de reconhecimento advém da concepção filosófica de Hegel (1992, p. 102-144). Desde sua criação como conceito filosófico, o reconhecimento se diferencia da tolerância ao conferir um caráter positivo à diferença. De acordo com Hegel (1992, p. 142) o conceito de reconhecimento é articulado em vista da essência da subjetividade humana, uma vez que a formação da autoconsciência depende do reconhecimento.

Hegel (1992, p. 142-145) vincula a experiência do reconhecimento ao progresso ético, que, segundo o autor, somente ocorre ao longo de uma série de etapas com padrões de reconhecimento cada vez mais exigentes, os quais são mediados por lutas intersubjetivas nas quais os sujeitos tentam ganhar aceitação para reivindicações a respeito de sua própria identidade.

Embora Charles Taylor (1994) e Axel Honneth (2009) representem a retomada contemporânea da noção de reconhecimento tal como foi formulada por Hegel, é possível visualizar discursos muito originais em cada um desses dois autores, trilhando caminhos distintos. Taylor (1994), ao que parece, não teve a intenção de desenvolver, propriamente, uma teoria do reconhecimento "preservando" a herança hegeliana, mas utilizando

a ideia embrionária e lhe agregando novos arranjos conceituais e uma moldura argumentativa própria.

Honneth (2009) empenhou-se numa revitalização do discurso de Hegel acerca do reconhecimento, buscando novas abordagens, bem como novas perspectivas acerca da noção de reconhecimento. Influenciados pela doutrina hegeliana do reconhecimento, tanto Charles Taylor, quanto Axel Honneth voltam seus estudos para o desenvolvimento de uma teoria que seja capaz de considerar o ser humano em todos os seus aspectos vitais. Taylor (1994) faz isso criando "a política de reconhecimento", enquanto Axel Honneth (2009) criou uma teoria moral dos conflitos sociais, esclarecida por meio da "luta por reconhecimento".

A política de reconhecimento, defendida por Taylor (1994) se consubstancia numa teoria que tem por finalidade a promoção do reconhecimento público das diferenças, pelas instituições democráticas. Taylor (1994) pode ser considerado um filósofo comunitarista, por acreditar que as instituições públicas têm um papel relevante no desenvolvimento da identidade individual e, portanto, devem abrir espaço para a aceitação e tutela da cultura, que é um interesse básico do indivíduo.

A teoria do reconhecimento de Taylor (1994), baseada em uma política da diferença, objetiva a defesa das especificidades culturais, seja a partir do argumento ético de compreensão substantiva da diversidade, seja por meio de ferramentas políticas que proporcionam tanto a garantia dos direitos fundamentais, quanto dos direitos coletivos, que levam em consideração as particularidades culturais dos grupos.

Para Taylor (1994, p. 50-76) parte da identidade do indivíduo é moldada a partir do reconhecimento, isso quer dizer que o fato da valorização ou desvalorização de certas características de um indivíduo ou grupo humano pela sociedade pode implicar diretamente na própria compreensão que esse indivíduo possui de si mesmo, modificando e ressignificando o que esse percebe como sua identidade. Segundo o autor,

> nossa identidade é parcialmente moldada pelo reconhecimento ou sua ausência, geralmente pelo desreconhecimento do outro, e assim a pessoa ou o grupo de pessoas podem sofrer danos reais, distorções reais, se as pessoas ou sociedade ao redor deles espelha neles uma imagem limitada, humilhante e desprezível deles mesmos (TAYLOR; 1994; p. 25)

Sendo assim, o "não-reconhecimento" deixa de ser simplesmente falta de respeito, podendo causar graves danos e, por esse motivo, Taylor (1994, p. 50-76) conclui que a ausência de reconhecimento pode ser utilizado como uma forma de opressão, que aprisiona os grupos e indivíduos em uma forma distorcida de ser. Desse modo, o reconhecimento é uma necessidade humana (TAYLOR, 1994, p. 26). A negação do reconhecimento ao indivíduo é privá-lo de um elemento fundamental para o pleno desenvolvimento humano.

Honneth (2009) tem como tese a "luta por reconhecimento", que busca demonstrar a importância e o valor das relações intersubjetivas de reconhecimento para a compreensão das relações sociais. Assim, o reconhecimento compreende um conjunto de expectativas morais que direcionam a autopercepção do indivíduo.

E, segundo o autor, a ausência de reconhecimento origina esferas de desrespeito, as quais podem ser compreendidas como a base dos conflitos sociais e interpessoais. Honneth (2009) trata acerca do reconhecimento à luz da ética, na qual se põe em realce as condições qualitativas do bem estar humano. Da mesma forma que Charles Taylor, Axel Honneth desenvolveu a sua teoria em vista do legado hegeliano ao vincular reconhecimento e identidade.

O reconhecimento, segundo Honneth (2009), é possível de ser compreendido a partir das relações entre os indivíduos em três esferas de reprodução da vida social, as relações afetivas, as relações jurídicas e as relações de estima. As três esferas do reconhecimento do indivíduo se constituem em domínios nos quais o indivíduo é

tratado como "pessoa" em cada um desses âmbitos, os quais, em sua totalidade, remetem ao fomento da autorrealização desse indivíduo.

As três etapas do reconhecimento em Honneth (2007) não se constituem em um arranjo teórico simples, inclusive, Honneth (2007) afirma que essas esferas de reconhecimento perfazem os princípios da justiça social tal como ele a compreende. O autor afirma que a justiça social compreende as esferas do amor, do direito e da estima, e que os indivíduos são dependentes dessas três formas de reconhecimento para a formação da sua identidade, daí a compreensão do autor da relação do reconhecimento e identidade fruto da tradição hegeliana.

Desse modo, o modelo identitário do reconhecimento, segundo o autor, reflete a necessidade do reconhecimento nessas três esferas distintas a partir das quais o indivíduo se desenvolve de maneira plena, por um lado, porque essas esferas se constituem em elementos básicos na formação da identidade dos sujeitos e, por outro, porque a sua carência é nociva e desestruturante.

Honneth (2007, p. 12-21), em sua teoria da luta por reconhecimento, trata acerca da questão do reconhecimento partindo da concepção de que a constituição do indivíduo se dá enquanto sujeito e objeto de reconhecimento. A partir da tradição hegeliana, Honneth apoia sua tese de que o indivíduo opera dialogicamente, de modo que as relações intersubjetivas se constituem em condição de possibilidade para a formação da identidade.

De acordo com Honneth, "o reconhecimento deve ser entendido como um gênero que compreende várias formas de atitudes práticas, cuja intenção primária consiste em um ato especial de afirmação de um outro pessoa ou grupo" (2007, p. 330), sendo assim, segundo o autor, a forma como o indivíduo se relaciona consigo mesmo está intimamente vinculado às relações de reconhecimento.

Outro importante expoente da teoria do reconhecimento é Nancy Fraser, uma filósofa americana que conquistou seu espaço

junto à teoria do reconhecimento devido a sua tentativa de criação de uma teoria que rompesse com o padrão clássico originado de Hegel, especialmente, no que tange ao seu uso na teoria de Axel Honneth e Charles Taylor.

Fraser propõe, a partir do pressuposto kantiano, um modelo de reconhecimento vinculado à concepção de justiça universal, por meio do qual todos os seres humanos possuem igual valor e devem ser tomados como um fim em si mesmos. Fraser trata da noção de reconhecimento sob o aporte da moral, em que se põe em questão a noção de certo e errado, sendo assim, para a autora, o reconhecimento remete noção de justiça.

Segundo Fraser, a "luta por reconhecimento" está rapidamente se tornando a forma paradigmática de conflito político no final do século XX" (2007, p. 1). E desse modo, as demandas por "reconhecimento da diferença" podem ser consideradas como combustível para as lutas de grupos mobilizados em prol de direito relativos a nacionalidade, a etnicidade, a gênero, a sexualidade e a religião.

No modelo de reconhecimento proposto pela autora, o que exige reconhecimento é a identidade cultural específica de um grupo, sendo assim, o não reconhecimento incide na depreciação dessa identidade pela cultura dominante, o que consequentemente gerará danos à subjetividade dos membros desse grupo social. A reparação desse dano, segundo a autora, é o que significa a reivindicação do "reconhecimento".

Para o modelo de reconhecimento da identidade, a política de reconhecimento significa "política de identidade" (FRASER, 2007, p. 106). Desse modo, segundo a autora, o não reconhecimento não significa simplesmente a depreciação e deformação da identidade de grupo, muito pelo contrário, o não reconhecimento significa subordinação social no sentido de ser privado de participar com igualdade de condição na vida social (FRASER, 2007, p. 109-116).

Segundo a autora, reparar a injustiça certamente requer uma política de reconhecimento, mas isso não significa mais uma política

de identidade. Neste sentido, para Fraser, não ser reconhecido não é simplesmente ser dotado de juízo negativo, desvalorizado nas crenças e práticas culturais, é antes, ter negado o estatuto de parceiro na interação social, devido a padrões institucionalizados que constituem um indivíduo ou grupo como indigno de respeito e estima (FRASER, 2007, p. 109-116).

Esses autores depositaram suas reflexões, sobretudo, na estrutura do reconhecimento denegado para a manutenção da tese de que a experiência do desrespeito resulta numa luta por reconhecimento. Na luta por reconhecimento, a reflexão que envolva os desafios das relações entre as diversas manifestações religiosas certamente tocará no tema da violência. Isso porque, com motivações religiosas são realizados ataques terroristas, atentados suicidas, explosões de estabelecimentos públicos, confrontos sangrentos. Diante disso, é possível propor a tolerância religiosa como pressuposto para o reconhecimento do outro, com a finalidade de combate a todas as formas de discriminação e preconceito.

4 A indispensabilidade do diálogo frente às diferenças

É necessário a reafirmação da tolerância, repensando os modos de sua efetivação, pois somente por meio dela é que se conceberá uma convivência pacífica e harmônica entre as diferentes manifestações religiosas. A tolerância como reconhecimento pode ser considerada como o pilar de sustentação dos direitos humanos, cuja consubstanciação se dá com base em um sentimento de alteridade, de respeito ao outro, ao diferente.

A tolerância como reconhecimento pode, portanto, ser o fundamento do balanço entre a liberdade religiosa e o respeito aos demais direitos humanos, ao implicar no dever de respeito e consideração para com o outro e suas escolhas. A tolerância, desse modo, adota um caráter ativo, ao reconhecer como essencial a proteção do pluralismo religioso e à dignidade da pessoa humana. A mesma pressupõe uma relação de alteridade que resulta na

compreensão dos demais indivíduos, na abertura ao diálogo e na predisposição ao entendimento.

Não somente nas questões ligadas a religião, "outro" ou o diferente sempre causou estranheza e incomodo ao longo da história, inclusive ainda tem gerado esse mesmo sentimento na contemporaneidade. Nos termos, de Souza o "outro" é,

> presente ao nosso encontro, ou seja, aquele que inelutavelmente rompe meu solipsismo, na medida em que chega de fora, fora do âmbito dilatado do meu poder intelectual e de sua tendência de considerá-lo nada mais do que uma representação lógica do meu intelecto.[...] O que o outro representa originalmente frente a mim é um problema não apenas filosófico, mas um acontecimento incisivamente traumático; eu não posso de forma nenhuma, determinar aquilo que o outro é enquanto tal; o único enunciado que posso ousar é determinado justamente pelo Outro; que ele é de outro modo-outramente-que eu, ou seja, que entre nós uma verdadeira e irredutível diferença tem lugar (1994, p. 120-121).

Segundo Bobbio (2004, p. 209). a discussão acerca da tolerância trata-se de um conflito entre dois princípios morais, o primeiro, a moral da coerência, que induz o indivíduo a por a sua verdade acima de tudo, e o segundo, a moral do respeito ou da benevolência em face do outro. Torna-se oportuno o reconhecimento de que nas fronteiras do relacionamento com o outro se pode ser instaurado um processo imperativo da norma moral, por meio de uma nova ética de valorização que respeita as diferenças. O outro, como pertencente à espécie humana, passa a ser o limite da não violência e sujeito ao diálogo para que a convivência humana seja possível (FERREIRA, 2002, p. 36).

Mas para que isso seja possível Morin (2000, p. 61) assevera que a compreensão do outro requer a consciência da complexidade humana. Nesse contexto, Ciáurriz (2001, p. 144) sustenta que a condição primeira do diálogo é o conhecimento do outro, o qual evita que o diálogo se converta em um conjunto de monólogos. De acordo com Ciáurriz (2001), é necessário buscar conhecimentos

acerca das demais religiões, de modo que se reprima a propagação de juízos sem fundamentação, devendo-se considerar substancialmente a possibilidade de entendimento e diálogo, como um enfrentamento num campo ético de encontro comum (CIÁURRIZ, 2001, p. 133-134).

A referida autora alude, ainda, que na contemporaneidade se tem aberto um espaço amplo para discussões no qual não é aceitável a prevalência do ódio ou do fanatismo. O respeito nasce da segurança dos indivíduos das suas próprias convicções e as legitima, dessa maneira, por mais que o outro esteja equivocado, ele tem direito a liberdade de para entender a divindade e exercer sua consciência pessoal sobre ele. Esse é o princípio fundamental para o respeito que seja capaz de permitir a convivência (CIÁURRIZ, 2001, p. 134).

Para que isso se efetive destaca-se como fundamental a reformulação da definição de tolerância, acrescentando a ela o paradigma conceitual do reconhecimento, na busca de uma noção positiva de tolerância, que envolva um relacionamento entre o eu e o outro.

De acordo com Elshtain (2008, p. 52-74), a noção de tolerância é insuficiente. Na sua obra o autor chama a atenção para a questão da importância do reconhecimento e não da tolerância como um fim. O reconhecimento exige que sejam evitadas as distinções normativas como entre crenças e modos de ser no mundo. Para que possa haver tolerância os indivíduos necessitam estar capacitados para conviverem com as diferenças em torno de si mesmas, mesmo que aconteça um desagrado a respeito das atitudes e comportamentos das pessoas de outras culturas ou crenças. É preciso reconhecer o valor do outro, a fim de ser motivado a aprofundar a consciência de semelhanças humanas.

Uma alternativa que se apresenta como possibilidade para tanto é a proposição de uma noção de tolerância religiosa como reconhecimento do outro. Nessa proposição, reconhecer para tolerar passa a se constituir numa ação positiva de entendimento reflexivo entre indivíduos ou grupos com concepções religiosas

divergentes e conflitantes, que passam a se autoperceberem como sujeito de direitos recíprocos e dessa forma, compreendem a necessidade do reconhecimento do outro.

A tolerância religiosa por meio do reconhecimento do outro como sujeito de direitos visa garantir o status político das minorias culturais e religiosas, tornando-as aptas para demandar pelos seus direitos específicos e de representação na esfera pública. Em nenhum momento se constitui como uma mera liberalidade do tolerante, pois o indivíduo interpreta que não está sendo indulgente, piedoso ou solidário, mas compreende que os direitos devam ser iguais para todos, logo tem o dever de garantia da efetividade desse direito para todos os indivíduos, inclusive para aqueles indivíduos cujas crenças e práticas religiosas não lhes são agradáveis.

No conceito de tolerância religiosa como reconhecimento é imprescindível que haja, entre os indivíduos ou grupos, a vontade ou a necessidade do relacionamento humano, ou seja, a vontade ou a necessidade de construção de um convívio social harmônico e, principalmente, a abertura ao diálogo. Definitivamente, a tolerância religiosa como reconhecimento do outro exige um caminho paciente de compreensão profunda do outro, o que inevitavelmente acaba por gerar uma nova compreensão de si próprio e do mundo.

5 Considerações finais

A tolerância como reconhecimento pode ser o fundamento do equilíbrio entre a liberdade religiosa e o respeito aos demais direitos humanos, ao implicar o dever de consideração para com o outro. Tolerância, assim, assume um caráter ativo, de reconhecimento à dignidade da pessoa humana e pressupõe uma relação de alteridade, que resulta na compreensão acerca das escolhas de vida dos demais indivíduos, no diálogo e na predisposição ao entendimento.

É possível acreditar que um elo de compreensão entre os indivíduos pode ser estabelecido por meio da tolerância como reconhecimento. Para que isso seja possível é necessário que haja,

em primeiro lugar, uma comunicação estabelecida entre as diferentes crenças religiosas, baseada no respeito e na abertura para o outro. A atitude de reconhecer para tolerar se solidifica na atribuição ao outro do mesmo status social, político e jurídico que é atribuído para si mesmo, e, assim, reconhece-se o princípio da igualdade por meio da manutenção da diferença.

A partir dessas constatações, a presente pesquisa concluiu com êxito a tentativa de aproximação a doutrina da tolerância às teorias do reconhecimento do outro para fazer surgir um novo sentido político de tolerância, intitulado de tolerância como reconhecimento. Nesse sentido político, tolerar é a ação em que um sujeito ou grupo reconhece o outro em suas crenças e direitos, mas também como alguém para o qual a diversidade é fundamental para a formação da sua própria identidade.

Referências

ANTONIAZZI, A. **Por que o panorama religioso no Brasil mudou tanto?** 3. ed. São Paulo: Paulus, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Tradução Maria Helena Kunhner. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

_____; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**. 3.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.

CHAMPLIN, R. N. **Enciclopédia de Bíblia teologia e filosofia**. v.3. Trad. João Marques Bentes. São Paulo: Hagnos, 2001.

CIÁURRIZ, Maria José. **El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ENGELMANN, W. A tradição e a linguagem como condição de possibilidade à perspectiva universal e multicultural dos direitos humanos. **Revista do Direito**, nº 30, julho/dezembro de 2008. Disponível em: http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/587, Acesso em 26 de maio de 2017.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? Tradução: Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis. **Lua Nova**, São Paulo, 70: 101-138, 2007. Disponível em: http://gajop.org.br/justicacidada/wp-content/uploads/Reconhecimento-sem-Etica.pdf Acesso em 4 de jul. de 2017.

GADAMER, H. G. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9ª. edição. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2008.

_____. El arte y los medios de comunicación. In: GADAMER, H. G. **Acotaciones hermenéuticas**. Madrid: Trotta, 2002.

_____ **Estética y hermenéutica.** Madrid: Tecnos, 1996.

GIDDENS, Antony. **Mundo em descontrole.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GIRARD, R. ***A violência e o sagrado.*** São Paulo: Paz e Terra, 1998.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito.** Volume II. Petrópolis: Vozes, 1992.

HÉRITIER, F. **De La violence.** Seminário de F. Héritier. Paris: Odile Jacob, 1996.

HONNETH, A. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. 2.ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

_____. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, J.; MATTOS, P. (Orgs.). **Teoria Crítica no século XXI**. Annablume, 2007, pp. 79-94.

MONTEIRO, M. **Um jumentinho na avenida: a missão da Igreja e as cidades.** Viçosa: Ultimato, 2007.

MONTERO, P. **Magia, racionalidade e sujeitos políticos**. 1994. Disponível em: htttp://www.anpocs.org.br/portal/publicações/rbcs0026/rbcs2606.htm. Acesso em: 28 de junho de 2017.

MONTIEL, E. A nova ordem simbólica: a diversidade na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio (org.). **Alteridade e Multiculturalismo.** Ijuí: Unijuí, 2003.

MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes necessários à educação do Futuro**. 2ª ed. São Paulo, Cortez, 2000.

_____. KERN, A. B. **Terra – Pátria.** Tradução de Paulo Azevedo Neves. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002.

MURAD, M. Da violência e de seus contextos: notas preliminares em teoria e história. In: LEMOS, Maria Teresa Toiríbio. (Org). **Religião, violência e exclusão.** Rio de Janeiro: 7 Letras, 2006.

PARKER, C. **Religião popular e modernização capitalista: outra lógica na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 1996.

SIDEKUM, A. Alteridade e Interculturalidade. In: SIDEKUM, Antônio (org.). **Alteridade e Multiculturalismo.** Ijuí: Unijuí, 2003.

SOUZA, R. T. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável: reflexões sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica o fenômeno da "corrupção". In: GAUER, Ruth M. (Org.). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

TAYLOR, C. **Multiculturalismo.** Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TEIXEIRA, F. Diálogo inter-religioso: o desafio da acolhida da diferença. In: BINGEMER, M. C.; ANDRADE, Paulo Fernando C. (Org). **O mistério e a história: ensaios de teologia em homenagem ao Pe. Félix Pastor por ocasião dos seus 70 anos.** São Paulo: Loyola, 2003.

ZAOUL, H. **Globalização e diversidade cultural.** Tradução de Michel Thiollent. São Paulo: Cortez, 2003.

WIESEL, E. Prefácio. **Foro Internacional sobre intolerância** (1997: Paris, França). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

23

Meretrício legal: uma abordagem acerca da legalização do trabalho sexual

Rodrigo Tonel[1]
Maurício Fontana Filho[2]
Aldemir Berwig[3]

1 Introdução

A prostituição não é nada mais que um tipo de prática que toma a forma de atividade sexual em troca especialmente de dinheiro. Ela é frequentemente vista como a profissão mais antiga na história do mundo, existindo desde a antiguidade e com a evolução dos povos, foi se expandindo e sendo admitida em determinadas ocasiões assim como repelida em outras, isso de acordo com os costumes presos às raízes da terra. Sempre foi repleta de prejuízos e encarada como uma afronta a moralidade e praticada às escondidas (EASTMAN, 2004).

---

[1] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Mestrado de Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do sul – UNIJUÍ, Bolsista CAPES. E-mail: tonelr@yahoo.com

[2] Graduando em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. E-mail: mauricio442008@hotmail.com

[3] Doutor e Mestre em Educação nas Ciências - área Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professor da graduação em Direito na UNIJUÍ. E-mail: berwig@unijui.edu.br

Trata-se de uma profissão que tem acompanhado o homem desde há muito, mais recentemente tomando diferentes formas e contextos. A prostituição, neste curso histórico, era tomada de diferentes maneiras, algumas vezes como pagamento, outras como meio de agradar visitas, ainda outras vezes como uma necessidade sagrada. A preocupação sobre esse assunto é fortemente motivada pelos expressivos números que circundam as mulheres envoltas em tais práticas, estas motivadas pelos fins mais variados, sendo o mais comum a satisfação de suas necessidades básicas, tais como alimentação, saúde e educação, as quais quando não saciadas por meios próprios, outros, alternativos, emergem (EASTMAN, 2004).

Nas sociedades contemporâneas, a prostituição tem se mostrado um fenômeno que se manifesta em todos os lugares no mundo. Basta que andemos e, mesmo indiretamente, teremos interações com essas práticas assim como as pessoas que nesse meio vivem e seus ídolos cultuam. Realmente, muitos estudiosos, os quais terão suas visões, em seguida, expostas, acreditam que a influência da prostituição não deriva da esfera pública, mas, pelo contrário, da ausência de meios mínimos de subsistência, isto é, fatores econômicos, os quais suscitam transformações sociais (WAGENAAR; ALTINK; AMESBERGER, 2013).

2 Conceitos necessários para a compreensão do trabalho sexual

Quando vamos falar sobre sexo muitos pensamentos emergem de nossas mentes. Primeiro, o sexo pode ser visto como algo que, em alguns casos, representa prazer, felicidade, saúde, enquanto que em outros aspectos toma a forma de submissão, taboo, perversidade, pecado, violência e, algumas vezes, até mesmo trabalho remunerado. Assim, o sexo pode ser visto por uma ampla variedade de formas, incluindo biológicas, psicológicas, culturais, religiosas e históricas (DA SILVA, 2008).

Uma vida sexual implica muitas dimensões da vida humana, isso no sentido de ser marcada por três principais concepções: a lei,

a prática médica e a perspectiva religiosa. Primeiramente, muitos juristas e legisladores vêm condenando e punindo, em diferentes períodos históricos, diferentes relações sexuais entre pessoas, as rotulando como crimes. Segundo a comunidade médica vê nas questões de saúde uma expressiva preocupação no que concerne a contaminação da população através de doenças sexualmente transmissíveis. Terceiro, existem muitas religiões e igrejas que consideram as atividades sexuais como pecaminosas e afirmam que aqueles que as praticam terão suas almas eternamente condenadas (FOUCAULT, 1988).

Numa tentativa de encontrar a definição e diferenciação entre sexo e gênero, nós podemos adotar um meio simples, porém eficaz para tanto, este apontado pela *World Health Organization* (2016), a qual aponta que *sexo* se refere a características biológicas e fisiológicas atreladas a uma definição de homem e mulher, enquanto que *gênero* abarca uma construção de papéis sociais, comportamentos e atributos que nos são dados quando em sociedade. Em outras palavras, o segundo nos é dado de maneira a satisfazer os interesses da sociedade por serem tidos como apropriados para homens e mulheres. Assim, *homens e mulheres* são categorias, enquanto que *masculino e feminino* são subcategorias de gênero.

Por outro lado, o termo sexualidade aparece como uma categoria que se refere às características humanas e não apenas acerca de órgãos sexuais, mas também inclui todas as dimensões de uma pessoa, sejam biológicas, psicológicas, emocionais, culturais e espirituais. Desta maneira, a sexualidade transcende o fator biológico, adentrando uma série de outras questões que vão além dele: algumas subjetivas e outras presas aos costumes (SILVA, 2013).

De acordo com Diamond (2014) a sexualidade é uma parte do que nos faz humanos, assim, naturalmente se mostra fundamental a função de propagar a espécie, porém, claramente o sexo se encontra além do poderoso instinto evolucionário de meramente

procriar. O sexo também toma contornos de prazer sensual, gozo, excitação: uma gama de emoções. A tensão de tocar e ser tocado evoca o êxtase sexual, um êxtase que não toma formas apenas sexuais, mas psicológicas e espirituais. A partir de agora, nossas premissas estão erigidas; os conceitos, estipulados. A compreensão dos três elementos é importante porque abre margem para a discussão que irá se seguir.

2.1 Diferenciação entre sexo e trabalho sexual

Quando perguntamos a uma pessoa jovem se sexo é prazer ou trabalho, o que muito provavelmente a resposta o será é uma narrativa acerca do prazer derivado. Por outro lado, se perguntarmos a uma pessoa de idade avançada, a resposta tende a divergir, isso no sentido de que se trata de um trabalho, um dever para com a humanidade ou para com Deus: *que os filhos do Senhor encham a terra, nossa sobrevivência assim o requer* (AGUSTÍN, 2016).

Segundo a UNAIDS (2014) o trabalho sexual se refere ao consenso entre atos executados por indivíduos adultos, jamais envoltos em coerção. O trabalho sexual toma a forma de uma violação de direitos humanos, quando, adiciona o caráter da coerção na relação sexual, rompendo com o pré-requisito da voluntariedade. Quando necessidades básicas não satisfeitas impelem um indivíduo a se sexualizar, há que se falar em coerção, mesmo que nenhuma arma seja apontada e, quando isso ocorre, trata-se de tutela do Estado e das agências internacionais a proteção.

Os trabalhadores sexuais recebem pagamento pelas suas funções sexuais, sendo representados por mulheres, homens e transgêneros. O trabalho sexual tende a variar, de nação para nação, no que toca o nível de consensualidade, a quantidade de pagamento recebido, assim como a abrangência de formalidade, burocracia e regulação do Estado onde envolve a relação. A prática de prostituição é ilegal em muitos países, mas não em todos eles, sendo

regulada e utilizada como meio de arrecadar tributos em muitos deles. Na Internet é muito fácil de adentrar o mundo da prostituição, bastam alguns cliques e se está a interagir com a venda de sexo (UNAIDS, 2014).

O principal argumento utilizado no que concerne a questão de venda do trabalho sexual toma a forma da venda do tempo de um indivíduo, e isso não deve ser considerado crime. Por outro lado, a venda do tempo atrelado ao sexo é algo de tal nível vicioso que torna a prática ilegal. Assim, os trabalhadores sexuais tendem a propor que vendem seu tempo, e que o sexo vem como mera consequência, a questão de seu corpo ser alugado tende a ser tomada como superficial (UNAIDS, 2014).

Muitas pessoas se posicionam em favor da legalização da prostituição com o objetivo de proteger as mulheres vítimas das violências costumeiras e abusos que circundam as práticas e relações de comércio sexual. Propõem, assim, que a regulação diminuiria o tráfico e os abusos que se encontram, muitas vezes, atrelados às práticas, isso sob a premissa de que quando a sociedade avança, cabe ao Estado avançar e tornar-se mais abrangente, protegendo as novas demandas suscitadas (LEWIS; LARSON, 2015).

Michael Sandel (2015, p.79) apresenta o que uma moralidade libertária tange no tocante à prostituição dizendo que:

> Nenhuma legislação sobre a moral. Os libertários são contra o uso da força coerciva da lei para promover noções de virtude ou para expressar as convicções morais da maioria. A prostituição pode ser moralmente contestável para muitas pessoas, mas não justifica leis que proíbam adultos conscientes de praticá-la. Em determinadas comunidades, a maioria pode desaprovar a homossexualidade, mas isso não justifica leis que privem gays e lésbicas do direito de escolher livremente os parceiros sexuais.

Por outro lado também atesta Sandel (2015) que ao vincular o dinheiro com o sexo se está a degradar o indivíduo, corrompendo sua essência e padronizando-o, isso sob a mensagem de que tudo

está à venda, basta que paguem e paguem bem. O autor propõe que essa mensagem não é a mais saudável para se conduzir uma sociedade e menos ainda para se viver dentro. Se tudo está à venda, não há que se falar em indivíduos singulares providos de individualidades que os diferenciam de tantos outros, mas meros produtos com pernas e uma capacidade para o drama díspar entre todos os outros animais.

No outro lado da cerca estão as pessoas que defendem a ilegalidade da questão do mercado sexual sob o fundamento do aspecto moral. Acreditam que a legalização de tal questão enfraqueceria a instituição do casamento. Não encaramos esse argumento como legítimo, afinal, os interesses individuais devem se encontrar em posição propícia a prevalecer a meras instituições costumeiras (LEWIS; LARSON, 2015).

A lógica apresentada se fundamenta na premissa de que se o sexo decorre da ausência de uma troca de trabalho por dinheiro, há que se falar em algo razoável e não ávido de repreensão. Assim, a sociedade, em sua maioria, tende a ver como aceitável algumas relações sexuais, enquanto que repreende o usufruto de outras, afinal, ferem determinados princípios tidos como inflexivelmente basilares (AGUSTÍN, 2016).

Muitas religiões criticam o trabalho sexual por representar a decadência das relações familiares e interações sexuais entre marido e mulher em sentido moral determinado: procriação. Em tempos contemporâneos, as relações sexuais evoluíram muito desde os tempos em que a instituição do matrimônio possuía alguma legitimidade sobre as pessoas e seus modos de agir e pensar. Mais recentemente o sexo toma a forma de muito mais do que mera reprodução, fazendo desse argumento religioso, ilegítimo (AGUSTÍN, 2016).

Por outro lado, essas preocupações religiosas acerca da instituição do matrimônio estar em xeque, possuem fundamento, isso porque a maioria dos clientes masculinos, de acordo com Agustín (2016), são casados e pagam pelo sexo de bom grado,

mesmo em prejuízo daqueles com os quais vivem diariamente e se relacionam na constância da vida familiar.

A história do mundo nos abre toda uma abrangente margem de discussão acerca da legitimidade ou ilegalidade do trabalho sexual. Caráteres morais, legais, religiosos e fundados nas leis da terra – costumes – são a raiz da discussão e evocam diferentes pontos de vista, isso tomando, cada ponto de argumentação, suas premissas próprias e qualificando cada fator como lhes parece justo (AGUSTÍN, 2016).

De acordo com o *Bureau of Labour Statistics* (2014), o trabalho mais perigoso nos Estados Unidos é a pesca. Mas qual é a questão moral aqui? Trata-se de impedir que os pescadores tenham de se submeter a tal atividade, isto é, regulando o seu meio de trabalho e oferecendo condições justas e fundamentais para a execução de suas funções. De forma análoga, a prostituição pode ser tomada como uma função qualquer que depende de suporte e proteção, para se garantir um mínimo de tutela e abrigo dos males que envolvem o exercício dos atos que circundam a profissão. A compra de sexo não irá acabar, assim, o Estado deve regulá-la e oferecer garantias aos trabalhadores do sexo.

Diz-nos as *Open Society Foundations* (2016, p.2, tradução nossa, grifo do autor):

> *Existem muitas razões pelas quais adultos entram no trabalho sexual, incluindo a principal fonte de renda ou sua sobrevivência temporária*. Independente de suas razões para entrar no ramo do trabalho sexual e a natureza de seu trabalho, todas as pessoas deveriam ser tratadas com respeito e dignidade. O trabalho sexual deve ser reconhecido como um trabalho e os trabalhadores sexuais devem ser sujeitos ao direito fundamental de trabalhar e apoiar suas famílias. Trabalhadores sexuais em muitos lugares do mundo têm se organizado para lutar por seus direitos humanos. Esses direitos não podem surtir efeitos de maneira integral enquanto legislações ameaçam o acesso à justiça, à saúde e aos serviços sociais dos trabalhadores sexuais, eles predam sobre seu direito ao

> local de trabalho e proteções laborativas, e os expõem a prisões arbitrárias.

Outro fator toma a forma dos recorrentes estupros que envolvem o mundo das relações sexuais comercializadas, muitas vezes sob a premissa de que se está à venda, existe uma margem para a diminuição dos sujeitos passivos que na relação se encontram prestando um serviço. Então, mesmo agredidos, como poderiam buscar justiça se a prática utilizada por si é considerada ilegal? Neste contexto, a descriminalização do trabalho sexual teria um efeito positivo, removendo barreiras que impedem o acesso à justiça (OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 2016).

Desta forma, nós basicamente podemos identificar dois mundos diferentes: em um, as prostitutas são trabalhadoras e possuem acesso à justiça, enquanto em outro, elas são encaradas como não merecedoras de garantias e proteção, são cativas de suas escolhas e escravas daquilo que a sociedade julga para si como sendo moral. Podemos inquirir que as condições que motivam uma pessoa a adentrar no trabalho sexual não sejam precisamente livres materialmente, mas sob um contexto formal o são e, portanto, se mostram suficientes (OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 2016).

Diz-nos as Open Society Foundations (2016, p.7, tradução nossa) que:

> Leis criminais contribuem para a marginalização social não apenas através da imposição de penas legais sobre os trabalhadores sexuais processados por ações específicas, mas também através da concessão de um status criminal a todos os trabalhadores sexuais, independente da prisão, indiciamento ou condenação. Essa varredura de condenação leva a uma discriminação generalizada, estigmatização, e mau tratamento nas instituições sociais e serviços, pelos provedores de saúde, polícia, e pública em geral. A descriminalização remove uma ferramenta de estigma, o rótulo criminal que serve para validar o mal tratamento ou exclusão social.

Outra questão que muitas vezes é evocada é referente ao controle do Estado sobre a sexualidade do indivíduo, isso porque na medida em que não há proteção da liberdade de se expressar sexualmente, não há que se falar em soberania individual do próprio corpo. Assim, se o Estado controla o corpo do indivíduo, o Estado é o verdadeiro soberano. Um todo que controla suas partes, as modelando conforme lhe apraz (OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 2016). Isso se baseia na visão de que algumas pessoas adentram o ramo do trabalho sexual por prazer e, portanto, devem ser protegidas. Garantir a proteção destas significa garantir direitos de expressão sexual, privacidade e liberdade.

2.2 A discussão ao redor do mundo

A busca por reconhecimento, legitimação e formalização do trabalho sexual vêm ocorrendo por todo o mundo. De acordo com a *Red de Trabajadoras Sexuales de Latinoamerica y el Caribe* (2016), as mulheres nessa posição de desproteção, à mercê dos males da ignorância e do abuso também merecem uma voz que evoca suas reivindicações, afinal, humanas também são.

Em 2003, a Nova Zelândia reconheceu os males gerados pela criminalização nos trabalhadores sexuais, então, passaram a descriminalizar essa forma de trabalho através da legislação. Desta maneira, o que ocorreu foi uma etapa de dois estágios: primeiro se assegurou a proteção ao indivíduo e, em seguida, sua forma de trabalho foi regulada e a proteção que lhe faz jus, garantida (ABEL; FITZGERALD; BRUTON, 2007).

A descriminalização na Nova Zelândia trouxe uma série de benefícios em termos de saúde e aumento da segurança dos trabalhadores. A tendência de ataques, tentativas de estupro, abusos de todos os tipos, foi consideravelmente reduzida, isso porque passaram a existir formas e regulamentos que ameaçavam e puniam possíveis agressores. Se antes estes se sentiam em posição propícia

a lesar interesses, com a nova legislação essas tendências foram atenuadas (ABEL; FITZGERALD; BRUTON, 2007).

Na Austrália, em 1992, a capital do território descriminalizou a prostituição, designando regras com o objetivo de proteger os trabalhadores sexuais. Os resultados foram surpreendentes no sentido de as ilegalidades que se davam nos bordéis clandestinos terem quase cessado; os resultados no tocante à redução da venda de sexo nas ruas foram ainda mais amplos, se tornando algo bastante raro de se encontrar nas ruas. Já no estado federado de Victoria – ainda na Austrália -, a situação foi diferente no sentido de os indivíduos terem de obter uma licença antes de começarem desenvolver suas atividades: em outras palavras, a regulação do Estado passou a proteger os indivíduos que assim necessitavam de proteção (BARNETT; CASAVANT, 2011).

Na Holanda, a prostituição é legalizada. O Código Penal Holandês, o chamado *Wetboek van Strafrecht*, em seu artigo 237f, parágrafos 3°, 5°, 6°, 8° e 9°, abre uma série de prerrogativas para a proteção dos trabalhadores sexuais, tornando a legislação explícita no que concerne aqueles que lidam com a função, sejam eles consumidores ou prestadores do serviço.

Já no Brasil, a situação se manifesta de maneira muito diferente, isso porque a regulação não se dá por parte do Estado e por meio de normas fixas. A abrangência do serviço, os custos e a disponibilidade da prestadora, todas essas questões são dirigidas nas ruas e sem quaisquer documentos formais atestando quanto ao que se está a contratar ou fornecer (FREITAS, 1985).

Até mesmo o termo informal *programa*, nos leva a entender a atividade como sendo algo inferior e digno de desprezo; como se fosse algo fácil ou que qualquer indivíduo possa fazer, um hobby, algo a ser menosprezado e olhado de cima (OLTRAMARI; CAMARGO, 2004).

No Canadá, em 2013, a Suprema Corte aprovou leis acerca da prostituição e seus afins, pondo um fim aos anos em que as pessoas

tinham de se esconder nas ruas escuras para poder exercitar suas sexualidades como lhes parecia aprazível (CBC NEWS, 2013).

Os trabalhadores sexuais são muitas vezes estigmatizados não apenas pela sociedade, mas também pela legislação. Em muitos países os trabalhadores sexuais recebem tratamentos ruins pela lei em razão de sua reputação, ou seja, de serem consideradas pessoas socialmente inferiores (OGDEN; WARNER; GUPTA, 2009). Isso fomenta o entendimento de que essas pessoas não devem buscar ajuda quando necessitarem em razão de não merecerem. Esses grupos de trabalhadores vulneráveis precisam de ajuda, e se não conseguirem por meios legais, certamente continuarão suas atividades nas sombras da ilegalidade. Portanto, cabe ao Estado se adaptar e satisfazer as necessidades que surgem conforme as sociedades dos homens avançam ou, então, sofrer as consequências de sua estagnação.

3 Considerações finais

É possível concluir através de tudo o que foi exposto e detalhado que uma sociedade mais igualitária e justa não pode ser fundada sob os pilares da ignorância e descaso do poder superior de Estado. Na medida em que o Estado estagna na sua tutela acerca das demandas evocadas por seus cidadãos, esse será o momento em que o povo sofrerá, afinal, não terá seu baluarte mais poderoso e necessário. Os aspectos religiosos e morais devem sim serem levados em consideração, mas apenas na medida em que são tomados como inclusivos, jamais exclusivos dos polos mais fracos e vulneráveis.

A descriminalização e legalização dos trabalhos que envolvem profissionais sexuais é uma demanda urgente. Os direitos devem ser garantidos e os interesses satisfeitos. A dignidade humana não pode esperar.

Não esquecemos o valor social que a moral e a religião tem na sociedade no sentido de controlar comportamentos sociais, mas sua

aceitação arbitrária não pode ser invocada para segregar determinados indivíduos simplesmente porque acreditam ser a instituição do matrimônio e da família anteriores às vidas que estão em jogo. Quando a moralidade e os bons costumes são usados para semear justificativas fundadas na desigualdade entre indivíduos se mostra claro o sinal inequívoco de que o que se está a prostituir é o caráter egoísta das pessoas que se elencam em prejuízo à igualdade e dignidade humana: valores supremos e que demandam satisfação imediata.

Referências

ABEL, Gillian; FITZGERALD, Lisa; BRUTON, Cheryl. **The impact of prostitution reform act on the health and safety practices of sex workers.** (2007). Disponível em:<http://www.otago.ac.nz/christchurch/otago018607.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2016.

AGUSTÍN, Laura. **Sex as work & sex work.** Disponível em:<http://www.commoner.org.uk/wp-content/uploads/2012/02/11-agustin.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.

BARNETT, Laura; CASAVANT, Lyne. **Prostitution:** *A review of legislation in selected countries.* (2011). Disponível em:<http://www.lop.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/2011-115-e.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BUREAU OF LABOR STATISTICS. **National census of fatal occupational injuries in 2014.** Disponível em:< http://www.bls.gov/news.release/pdf/cfoi.pdf>. Acesso in: 01 nov. 2016.

CBC NEWS. **Supreme Court strikes down Canda´s prostitution laws:** *Parliament has 1 year to bring in new law as Criminal Code provisions remain in place.* (2013). Disponível em:<http://www.cbc.ca/news/politics/supreme-court-strikes-down-canada-s-prostitution-laws-1.2471572>. Acesso em: 28 nov. 2016.

DA SILVA, Sandro Xavier. **As vozes de mulheres profissionais do sexo sobre a legislação do seu trabalho:** *Discurso e gênero.* Brasília: Dissertação, 2008.

DIAMOND, Stephen A. **The phycology of sexuality:** *Why sex is still such a central concern in psychotherapy.* (2014). Disponível em:<https://www.psychologytoday.com/blog/evil-deeds/201405/the-psychology-sexuality>. Acesso em: 28 nov. 2016.

EASTMAN, Kate. **Sex discrimination in the legal profession.** Disponível em:<http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/48_eastman_2004.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2016.

FOUCAULT, Michael. **História da sexualidade I:** a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FREITAS, Renan Springer De. **Bordel, bordéis:** *negociando identidades*. Petrópolis: Vozes, 1985.

LEWIS, Victor; LARSON, James. **Sex slavery:** *a new look at the world's oldest profession.* Journal of International Business and Cultural Studies, vol. 9, 2015.

OGDEN, Jessica; WARNER, Ann; GUPTA, Geeta Rao. **Sex, rights and the law in a world with AIDS.** Meeting Report and Recommendations, 2009.

OLTRAMARI, Leandro Castro; CAMARGO, Brigido Vizeu. **Representações sociais de mulheres profissionais do sexo sobre a AIDS.** Santa Catarina: Estudos de Psicologia, 2004.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. **10 Reasons to decriminalize sex work.** Disponível em:<https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/decriminalize-sex-work-20120713.pdf>. Acesso em: 27 out. 2016.

RED DE TRABAJADORAS SEXUALES DE LATINOAMERICA Y EL CARIBE. **Carta de presentación.** Disponível em:< http://www.portalsida.org/repos/Brochure-brasil.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 19.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SILVA. Késia Aparecida Teixeira. **A "luz vermelha" no fim do tunel:** *sentidos subjetivos do trabalho na prostituição.* Lavras – Minas Gerais: Dissertação, 2013.

UNAIDS. **The legal status of sex work:** Key human rights and public health considerations. Briefing note provided by UNAIDS February 2014. Disponível em:<http://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/sexwork_brief-21feb2014.pdf>. Acesso em: 21 may 2017.

WAGENAAR, Hendrik; ALTINK, Sietske; AMESBERGER, Helga. **Final report of the international comparative study of prostitution policy:** *Austria and the Netherlands.* 2013. Disponível em:<http://www.ikf.ac.at/pdf/130709_P31_prostitution_policy_report-DEF.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

24

Mediação como ferramenta de aplicação dos princípios da therapeutic jurisprudence

Silvana Colombo[1]
Patrícia Stieven[2]

1 Introdução

De acordo com a Constituição Federal, é tarefa do Poder Judiciário estabelecer mecanismos de tratamento adequado às demandas que lhe são apresentadas, seja por meio dos serviços prestados nos processos judiciais, seja por meio de mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Além da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu e rege a política nacional dos meios adequados à solução de conflitos, os novos dispositivos do Código de Processo Civil (CPC – Lei nº 13.105, de 16

---

[1] Doutoranda em Direito pela PUC/PR, Mestre em Direito pela UCS, Graduada em Direito pela UNIJUI, Professora do Curso de Direito da URI/FW, Advogada.

[2] Pesquisadora em Direitos Fundamentais Civis, Biodireito e Mediação. Mestra em Direito, com área de concentração em Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc/Chapecó-SC (2016). Especialista em Função Social do Direito: Processo, Constituição e Novos Direitos, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2009). Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI/FW (2005). Professora universitária na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI/FW. Advogada desde 2006, com atuação, principalmente, na área de Direito Civil. Membro da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas do Advogado, Subseção de Frederico Westphalen,RS; e Presidente da Comissão da Mulher, Subseção de Frederico Westphalen,RS.

de março de 2015) e da Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) corroboram a política judiciária de incentivo à solução consensual dos conflitos, antes ou durante o processo.

O Poder Judiciário está investindo na mediação, por meio da oferta de cursos de formação a magistrados e funcionários do Tribunal e da divulgação da mediação, bem como está incentivando projetos que resultem em uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e que priorize a restauração do diálogo entre as partes como forma de garantir o acesso qualificado à justiça, ou seja, atingir a satisfação do jurisdicionado com o resultado final do processo de resolução de conflito.

Desta forma, nas páginas que seguem, procede-se um estudo dos métodos consensuais de resolução de conflitos, dentre estes se destaca a mediação como um instrumento que vem ao encontro da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses.

Inicialmente, aborda-se o princípio[3] do acesso à justiça, entendida como o acesso qualificado ao Poder Judiciário do ponto de vista econômico, temporal e de resultados (artigo 5°, XXXV da CF/88) como fundamento jurídico-constitucional para aplicação da mediação. A partir disso, chega-se ao segundo ponto, que trata do conceito da mediação e também suas vantagens.

Explanado os principais aspectos conceituais acerca da mediação, o último ponto versa sobre a origem e conceito da Therapeutic Jurisprudence, visto que esta corrente filosófica e jurídica que vê a lei como um agente terapêutico ainda carece de estudos aprofundados no Brasil, apesar de e haver pesquisas acadêmicas que têm se dedicado a este tema.

---

[3] Para Alexy (2014, pp. 117 e 118): "Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas." (...) "A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de serem os princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas".

Por fim, o artigo aborda a Therapeutic Jurisprudence associada à mediação, com a finalidade de demonstrar que esta é uma ferramenta adequada para aplicação dos princípios daquela, em consonância com os princípios e regras referentes ao tema.

2 Acesso à justiça

Inicialmente,é necessário esclarecer o conceito de acesso à justiça que irá nortear o estudo da mediação neste artigo, seja em função das várias acepções que foram atribuídas à expressão, seja com a finalidade de que o acesso à justiça não se restrinja à oferta do serviço judiciário estatal (MANCUSO, 2009).

O princípio constitucional previsto do artigo 5°, XXXV da Constituição Federal, não pode ser analisado apenas como um direito meramente formal, ou seja, como a possibilidade que o titular de direito tem de ingressar em juízo para buscar a realização do direito ameaçado ou violado.

Coaduna com este entendimento Watanabe (1998, p.58) ao dizer que "a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa".

É importante registrar, nesse sentido, que, além da possibilidade de reclamar pela violação de um direito (sentido formal), o acesso à justiça deve possibilitar que a resolução do conflito seja realizada de forma célere, justa e em consonância com o princípio do contraditório. Este é o sentido material de acesso à justiça, sintetizada na ideia de "acesso à um processo e a uma decisão justas," conforme Souza (2015, p.43).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) entendem que o acesso à justiça é "o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo,

ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos".

Para fins de efetivação do acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) apontam, basicamente, três obstáculos que dificultam o acesso efetivo à justiça, quais sejam: i) Obstáculos de ordem financeira, consistentes nos custos elevados dos procedimentos judiciais necessários à solução dos conflitos, além dos honorários advocatícios; ii) Obstáculo de ordem temporal, traduzido na morosidade do Poder Judiciário, seja pela possibilidade de infindáveis recursos que o sistema processual permite, seja pela má administração, ausência de modernidade tecnológica e/ou falta de juízes e servidores (SOUZA, 2012); iii) Obstáculo de ordem cultural, traduzido na falta de confiança que a população tem no Judiciário e em advogados, bem como pela intimidação que as pessoas sentem em razão do formalismo do Judiciário e advogados.

Nota-se, neste sentido, que os obstáculos de ordem financeira e cultural impedem o acesso formal ao Poder Judiciário, enquanto os obstáculos de ordem temporal impedem que a população obtenha a prestação de um serviço jurisdicional de qualidade (SOUZA, 2012).

Na obra *Acesso à justiça*, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) apresentam tentativas de soluções para se garantir a efetividade do acesso à justiça, e cada movimento foi denominado por eles de "onda". A primeira onda refere-se à assistência judiciária aos hipossuficientes, e, assim, está relacionada ao obstáculo de ordem financeira ao acesso à justiça. Já a segunda onda visava a superar os obstáculos de acesso à justiça em relação à representação dos direitos difusos e coletivos em juízo, tais como o direito ambiental e o direito do consumidor, uma vez que o processo civil estava preparado para a tutela apenas dos direitos individuais. E, finalmente, a terceira onda, denominada de "novo enfoque de acesso à justiça", é aquela apontada no sentido de tornar a justiça mais acessível por meio da simplificação dos procedimentos e da criação de alternativas de justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

No contexto da terceira onda de acesso à justiça, que é o do acesso a uma solução efetiva para o conflito, a implementação de meios alternativos de resolução de conflitos pode contribuir para a celeridade da prestação jurisdicional, além de melhorar a qualidade das decisões.

Estabelecido o conceito de acesso à justiça, no próximo item será abordada a mediação, e, em especial, o seu conceito e as vantagens deste método consensual de resolução de conflitos.

3 Definição de mediação

As sociedades, organizações ou relacionamentos interpessoais experimentam o conflito em suas interações diárias, ou seja, "qualquer grupo social, qualquer sociedade histórica pode ser definida em qualquer momento de acordo com as formas de conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem" (BOBBIO, 1998).

Em outras palavras, as interações sociais podem ocorrer por meio da cooperação ou do conflito[4]. A primeira consiste no cumprimento espontâneo das obrigações, o que significa que neste modelo de interação não há resistências aos direitos de determinadas pessoas. Já o conflito "é um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis" (YARN, 1999, p.113).

O conflito é um fato da vida, não é necessariamente ruim, mas há diferença na forma de encará-lo (PINHO, 2009, p. 242):

> Quando os mecanismos para resolução utilizados são inadequados, o conflito torna-se prejudicial. Por outro lado, os mecanismos naturais de negociação retiram do conflito o que ele tem de melhor, sua

[4] Yarn (ano, p.153) menciona a diferença entre conflito e disputa. Um conflito se mostra necessário para a articulação de uma demanda. Um conflito, todavia, pode existir sem que uma demanda seja proposta. Assim, apesar de uma disputa não poder existir sem um conflito, um conflito pode existir sem uma.

> capacidade de gerar satisfação de interesses e resoluções construtivas. Quando esses mecanismos são descartados, a função do conflito é a produção da violência, desajustes ou outros conflitos.

Entretanto, "o conflito pode ir além do comportamento competitivo e adquirir o propósito adicional de infligir dano físico ou psicológico a um oponente, até mesmo a ponto de destruí-lo. É aí que a dinâmica negativa e prejudicial do conflito atinge seu custo máximo" (MOORE, 1998, p.5).

Como resposta à exigência da celeridade processual e concretização dos direitos constitucionalmente assegurados, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Resolução nº 125/2010, que consolida a política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos métodos consensuais de conflitos.

Assim, sob a influência da Resolução nº 125 do CNJ, que consolida uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígio, da inserção de dispositivos sobre mediação no novo Código de Processo Civil, e a regulamentação da lei da mediação judicial e extrajudicial (Lei nº 13.140/2015), a mediação tem sido utilizada de forma intensa no direito de família, no contexto empresarial, no direito penal e nas relações de trabalho.

Dentre os meios alternativos de solução de conflitos, destacam-se a negociação, conciliação, mediação e a arbitragem. A negociação é uma técnica de resolução de conflitos por meio da qual as partes em litígio buscam a autocomposição, em regra, sem a intermediação de terceiros. Apesar da sua informalidade, pode ser considerada como técnica de resolução de conflitos, porque estabelece um processo de comunicação entre as partes envolvidas no conflito com a finalidade de construção de um consenso acerca da disputa estabelecida (TARTUCCE, 2008).

Diferentemente da negociação, a conciliação é uma técnica de resolução de conflitos na qual uma terceira pessoa, denominada de conciliador, auxilia as partes na construção de um acordo para pôr

fim ao conflito, sendo-lhe permitido manifestar sua opinião sobre a solução mais justa para o conflito.

A arbitragem pode ser conceituada como um método alternativo ao Poder Judiciário, na qual as partes escolhem livremente o árbitro que terá o poder de decidir a controvérsia, conforme as regras convencionadas pelas mesmas.

Conforme Carmona (1993, p.19), a arbitragem "é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial".

Já a mediação é uma técnica de resolução de conflitos por meio do qual o mediador, sem impor uma decisão ou expor a sua opinião, facilita a comunicação e o diálogo entre as partes envolvidas, responsáveis pela construção do consenso. Dito de outra forma, "é um diálogo assistido por um mediador, tendente a propiciar um acordo satisfatório para os interessados e por eles desejado, preservando-lhes o bom relacionamento" (BACELLAR, 2016, p.128).

Também Yarn (1999, p.87) elucida o conceito de mediação:

> Um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição. Trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por um ou mais terceiros na qual se desenvolve processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial (is) facilita(m) a negociação entre pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

Cabe destacar que a mediação é uma técnica de solução de conflitos distinta da conciliação, porque nesta o conciliador tem a possibilidade de interferir de forma mais ativa na obtenção do acordo (propondo e sugerindo soluções), enquanto que naquela o papel do

mediador é restaurar o diálogo entre as partes para que estas possam construir o consenso acerca do conflito (SOUZA, 2012).

Sobre este tema, Mancuso (2009, p.12) menciona que "a solução adjudicada vem impregnada do peso da intervenção estatal, que, a par de acarretar uma duração excessiva do processo, resulta em acirrar os ânimos já antes inflamados pela judicialização", o que contribui para provocar a contenciosidade.

A mediação, assim, distingue-se do processo judicial, justamente porque nesta a decisão é construída pelas partes, ou seja, a decisão não é imposta. Além da celeridade, na mediação não existem recursos, uma vez que o "acordo pressupõe o fim da divergência, pois as partes sentem, em certa medida, contentadas" (RUIZ, 2016, p.80).

Por fim, conforme o artigo 2º da Lei nº 13140/2015, a mediação é pautada pelos seguintes princípios: i) autonomia da vontade das partes, ou seja, a mediação é realizada somente mediante o consentimento livre das partes, assim como estas têm liberdade para fazer suas escolhas; ii) o dever de imparcialidade do mediador, isto é, este deve manter-se equidistante em relação as partes; iii) a confidencialidade, por sua vez, significa que o mediador tem o dever de manter sigilo sobre as informações obtidas na sessão; iv) informalidade, uma vez que não há regras rígidas a serem observadas no processo de mediação; v)a dialética da mediação é pautada pela oralidade da linguagem comum, pois as partes são os protagonistas do procedimento; vi) isonomia das partes, ou seja, as partes envolvidas precisam ter a mesma capacidade de negociar e acesso a dados e informações; vii) busca do consenso, este construído de forma livre pelas partes e mediante o diálogo.

Discorrido acerca do conceito da mediação e seus princípios, o próximo item será dedicado às vantagens da mediação assim como os atores envolvidos nesta.

3.1 As vantagens da mediação

As principais vantagens de se optar pela mediação de conflitos é a redução do tempo médio de resolução de conflitos, além do fato de os atores envolvidos terem maior controle sobre processo, visto que, na mediação, as partes têm autonomia para construir o consenso acerca do objeto do conflito.

Além disso, a informalidade, a relação de confiança estabelecida entre as partes, o respeito ao diálogo e cooperação e a responsabilidade das partes envolvidas em relação aos direitos e deveres também podem ser apontadas como vantagens da mediação na área ambiental.

Corrobora com esse posicionamento, Soares (2010, p.36) ao estabelecer as seguintes vantagens da mediação:

> A mediação mostra-se vantajosa por permitir um grau maior de satisfação dos participantes, que mantêm certo grau de controle; por ter maior flexibilidade para analisar opções mais criativas que os tribunais e o mais importante é que promove a cooperação, elemento que falta normalmente na solução da maioria dos problemas ambientais. Por não ter uma postura adversarial, a mediação consegue tratar de um campo maior de dados técnicos e não favorece a obstrução de informações. Ainda, por ser voluntária, consegue chegar a soluções mais duradouras e a uma melhor implementação dessas.

Outra vantagem que merece destaque é a possibilidade de escolha pelas partes de um mediador com conhecimentos técnicos sobre o objeto do conflito, o que pode conceder maior celeridade à resolução dos conflitos, pelo fato de ter sido submetido à apreciação de um expert.

Apesar de Souza (2014) reconhecer que a mediação é método adequado para lidar com conflitos complexos, multifacetados e com a participação de vários atores[5], ela objeta que a mediação não se

[5] A autora entende a mediação como método adequado "dado seu potencial de lidar com as camadas a eles subjacentes e de trabalhar com múltiplos interesses e necessidades, harmonizando-os e buscando compensações e soluções criativas que maximizem a proteção do conjunto, tanto do ponto de vista objetivo (dos diversos interesses em jogo) quanto sob o prisma subjetivo (dos diferentes sujeitos

mostra um método consensual adequado quando forem constatadas diferenças significativas nas relações de poder entre as partes envolvidas ou quando o histórico do conflito inviabiliza o diálogo, diante da impossibilidade de se trabalhar.

Hemmati (2002, p.22) pondera que, naqueles conflitos envolvendo um elevado número de atores, há o risco de o conflito estar escalonado "a ponto de inviabilizar o diálogo, ou quando as questões estão ainda muito dispersas e intangíveis para a consideração de resultados concretos", a mediação poderia não ser considerada a opção mais adequada.

Entretanto, mesmo diante de conflitos escalonados, a opção pelo uso da mediação "pode proporcionar saídas produtivas e transformativas" (BARROS, SPÍNOLA, 2016, p.767), em razão da abertura do espaço do diálogo, o que possibilita ao menos a possibilidade de os atores envolvidos entenderem as posições e os pontos de vistas uns dos outros.

Feita esta breve explanação sobre os aspectos conceituais da mediação, no próximo item será discorrido sobre a origem e conceito da *Therapeutic Jurisprudence, além da sua aplicação no campo da mediação*.

3 O conceito e aplicação de therapeutic jurisprudence à mediação

A Therapeutic Jurisprudence surge com os professores David Wexler e Bruce Winick, nos Estados Unidos no final da década de 80, como uma corrente filosófica e jurídica que estuda a lei como um agente terapêutico, a partir de uma perspectiva multidiscplinar, a partir de uma abordagem intelectual interdisciplinar entre as áreas da saúde mental e o direito (WINICK, s/a;WEXLER,2008).

Além dos Estados Unidos, a aplicação dos princípios da Therapeutic Jurisprudence encontra espaço no Canadá, Austrália e

---

afetados pelo conflito)" (SOUZA, 2014, p.27).

México e Brasil. Existe também uma rede internacional com a finalidade de divulgar esta temática por meio de publicações cientificas e realização de eventos acadêmicos (WINICK, s/a).

Embora a Therapeutic Jurisprudence tenha origem na área da saúde mental, esta pode ser aplicada no âmbito do direito, em especial, no direito penal, direito de família, direito da criança e adolescente, além de áreas diversas como a saúde, educação e psicologia e na mediação (FARIÑA, LÓPEZ, REDONDO, 2016).

Esta surge com a finalidade de humanizar a lei utilizando-se dos conhecimentos da psicologia, psiquiatria, criminologia, além das ciências do comportamento e do direito. Conforme Wexler (1999, p.5) "una de las cosas que la Justicia Terapéutica trata de hacer, es observar con cuidado la literatura prometedora de la psicología, la psiquiatría, las ciencias (clínicas) del comportamiento, la criminología y el trabajo social para ver si estos conocimientos pueden incorporarse o introducirse en el sistema legal"[6].

Dito de outra forma, o objeto central de análise e intervenção da Therapeutic Jurisprudence é o campo jurídico, designadamente em questões relativas ao direito penal, menores, família ou consumo; mas o seu potencial se espalhou para outras áreas tão diversas como a saúde, educação ou acadêmica.

A Therapeutic Jurisprudence é definida como o "estudo do papel da lei como um agente terapêutico" (WEXLER, 2014, p.65), visto que enquanto força social esta produz consequências que podem se inseridas no campo denominado terapêutico ou antiterapêutico (WEXLER, 2014).

Ou seja, uma teoria que estuda o impacto dos processos legais sobre a vida emocional e o bem estar dos participantes, assim como a forma de condução dos processos pelos atores envolvidos na aplicação da lei, numa perspectiva humanizada, por exemplo, o

[6] Um dos aspectos que a Therapeutic Jurisprudence considera relevante é voltar-se para a literatura da psicologia, psiquiatria, das ciências do comportamento e da criminologia com a finalidade de verificar se estes conhecimentos podem ser incorporados ao sistema legal (tradução nossa).

método de diálogo dos juízes com as partes (WINICK, s/a;WEXLER,2008).

Além disso, estas consequências terapêuticas e antiterapêuticas podem ser analisadas a partir das normas legais, dos procedimentos legais, tais como audiências, e também sobre os papéis dos juízes, advogados e demais profissionais envolvidos na área jurídica (WEXLER, 2014).

Isto porque o modo como os atores legais conduzem o processo e os procedimentos afeta a vida dos indivíduos de forma positiva ou negativa. Como exemplo, cita-se a linguagem inacessível para os atores, réus e terceiros interessados no processo (WEXLER, s/a).

Os processos utilizados pelos magistrados, advogados, nos tribunais, e demais profissionais do sistema de justiça também produzem consequências no que se refere ao bem estar dos participantes. A tomada de consciência destas consequências por partes destes atores legais possibilita que seja admitida a ideia de que a lei possa ser feita e aplicada de forma mais terapêutica, sem que isso represente violação aos valores do devido processo legal e a justiça (WEXLER, 2014).

Neste sentido, mencionar Wexler (1999, p.2):

> Mucho de lo que los actores legales hacen, influye en el bienestar psicológico y el espectro emocional de lãs personas afectadas por la ley. Con esto me refiero, por ejemplo, a los asuntos tales como el diálogo que los jueces tienen con los imputados o que los abogados tienen con los clientes[7].

Acerca dos efeitos psicológicos benéficos resultantes da aplicação dos princípios da Therapeutic Jusripudence, Brookbanks (2015, p.) diz que esta “litigation can be very destructive or corrosive in terms of people’s relationships and even their mental health, but

[7] As condutas dos atores legais influenciam o bem- estar psicológico e também emocional das pessoas que são afetadas pela lei. Por exemplo, os diálogos estabelecidos entre os juízes e os réus e àqueles entre os advogados e seus clientes (tradução nossa).

therapeutic jurisprudence argues that it does not need to be – it can be about producing helpful outcomes" [8].

Neste sentido, para que sejam alcançados os objetivos da Therapeutic Jurisprudence é necessário que os procedimentos e regulamentos legais sejam revistos à luz dos princípios daquela. (FARIÑA, LÓPEZ, REDONDO, 2016).

Como a Therapeutic Jusripudence tem como finalidade aplicar a lei sob o aspecto terapêutico, destaca-se a mediação como mecanismo de resolução de conflitos, visto que um dos seus pilares são a autonomia e a responsabilidade das partes para resolver o conflito.

Se a resolução dos conflitos entre as partes pelo juiz está restrita ao objeto deste, a mediação concede às partes o tempo necessário e o espaço adequado para que estas possam alcançar a solução de seus problemas cuja solução, em algumas situações, está além da capacidade da decisão do juiz (YARN, 1999).

Com isso, a mediação cumpre com um dos princípios da Therapeutic Jurisprudence que é a humanização da lei, ou seja, os aspectos psicológicos e emocionais subjacentes ao problema que se pretende realizar são considerados pelos atores envolvidos no processo (WINICK, s/a).

Além disso, a mediação procura romper o caráter triádico da jurisdição tradicional (terceiro impõe a solução do conflito para as partes) para assumir uma postura na qual a resposta aos conflitos seja construída pelas próprias partes (autonomia).

Desta forma, a mediação se apresenta como uma ferramenta de aplicação dos princípios da Therapeutic Jurisprudence, seja pelo fato daquela estar pautada pela voluntariedade e autonomia das partes, seja pela busca de um fim restaurativo (FARIÑA, LÓPEZ, REDONDO, 2016).

---

[8] O litígio pode ser muito destrutivo ou corrosivo em termos de relacionamentos pessoais e até mesmo para a saúde mental, entretanto, a Therapeutic Jurisprudence entende que esse pode produzir resultados uteis (tradução nossa).

Cabe dizer, assim, que para a implementação da Therapeutic Jurisprudence é necessário ressaltar "la importancia de la especialización y de la formación reglada de sus agentes, y su actuación multidisciplinar, jurídica y psicosocial. necessário especialización y de la formación reglada de sus agentes, y su actuación multidisciplinar, jurídica y psicosocia" (FARIÑA, LÓPEZ, REDONDO,2016p.12).[9]

Quanto à necessidade de formação multidisciplinar, psicossocial e jurídica das pessoas envolvidas na aplicação dos princípios da Therapeutic Jurisprudence, convém mencionar que o Poder Judiciário brasileiro está investindo na mediação, por meio da oferta de cursos de formação a magistrados e funcionários do Tribunal e da divulgação da mediação, bem como está incentivando projetos que resultem em uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e que priorize a restauração do diálogo entre as partes como forma de garantir o acesso qualificado à justiça (SOUZA, 2012).

As questões técnicas, legais e científicas relacionadas ao conflito devem fazer parte da mediação e devem ser de conhecimento das partes envolvidas como forma de assegurar a credibilidade do consenso alcançado entre elas. Desta forma, entende-se como necessária a participação nas mediações de profissionais técnicos ligados ao tema em conflito, seja, fazendo parte de comissões, seja auxiliando o juiz no papel de mediador.

Este entendimento vai ao encontro das conclusões do III Congresso Ibero-americano de Therapeutic Jurisprudence, qual seja: "para fortalecer o crescimento da Therapeutic Jurisprudence necessita-se de um trabalho pedagógico muito grande e constante, de caráter holístico, baseado em conhecimentos técnicos e acadêmicos reconhecidos e cientificamente" (FARIÑA, LÓPEZ, REDONDO, 2016).

---

[9] Para o bom desenvolvimento e implementação da Therapeutic Jurisprudence, é importante a especialização e treinamento formal de seus agentes, além da sua ação multidisciplinar, psicossocial e jurídica.

E, conforme já mencionado, um dos pilares da Therapeutic Jurisprudence é humanizar as normas jurídicas e o processo, observando o devido processo legal. Isto significa que a lei e a sua aplicação devem proporcionar o bem-estar físico e psicológico das pessoas envolvidas no conflito, ou seja, o efeito terapêutico (FARIÑA, LÓPEZ, REDONDO, 2016).

Assim, conclui-se que a mediação pode ser compreendida como uma ferramenta da aplicação dos princípios da Therapeutic Jurisprudence, uma vez que essa promove uma escuta qualificada, resgata a comunicação perdida entre as partes, além de alcançar a celeridade processual, a informalidade e a diminuição de custos. A diminuição da litigiosidade e a redução do número de processos são consequências da mediação, mas não seu objetivo principal, que é o de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

4 Considerações finais

O direito precisa gerar soluções mais eficientes, céleres, transparentes e participativas do que aquelas disponibilizadas pelo Poder Judiciário. Neste sentido, a mediação aparece como instrumento que vem contribuir para a solução dos conflitos em função da celeridade, custos reduzidos, diálogo possibilitado entre as partes envolvidas autonomia da escolha do mediador, e alto índice de cumprimento espontâneo do acordo firmado pelas partes em relação à judicial.

Como visto anteriormente, esta pode ser compreendida como um meio autocompositivo de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, imparcial e sem poder decisório, escolhida ou aceita pelas partes, facilita o diálogo entre estas para que elas construam a melhor solução para o problema.

Verifica-se, então, que apesar de a mediação ser um mecanismo autocompositivo baseado na autonomia das partes, as suas bases constitutivas estão estabelecidas tanto em relação à institucionalização desta quanto em relação ao procedimento, e,

dentre a institucionalização podem ser apontados como exemplos à capacidade, os princípios, o código de ética e o papel do mediador.

Em vista do exposto, vale, também, atentar que a mediação como método de solução de conflitos estimula a construção da democracia, ou seja, acesso à informação, à participação, e à justiça, pelo fato de a solução consensual do conflito ser construída por meio da participação ativa das partes. Além disso, ela apresenta um caráter preventivo, pois evita o surgimento de novos conflitos, e um caráter pedagógico, uma vez que as partes aprendem a se comunicar e a lidar com situações de conflito.

Sob esta ótica, a mediação pode ser vista como uma ferramenta da Therapeutic Jurisprudence, visto que é pautada pelo bem estar emocional e psicológico daqueles que sofrem o impacto da lei, das técnicas e dos procedimentos legais, além da sua finalidade restaurativa.

Do exposto até aqui, deve-se fazer referência à necessidade de ser consolidada a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos em todas as áreas, como forma de restabelecer as relações de maneira positiva às relações, o que está em consonância com os princípios da Therapeutic Jurisprudence.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARROS, Luís Fernando Bravo de; SPÍNOLA, Ana Luíza Silva. Conflitos socioambientais no Brasil: uma reflexão sobre a possibilidade transformativa dos procedimentos multiatores. In: PHILIPPI JR, Arlindo; SPÍNOLA, Ana Luíza Silva; FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito ambiental e sustentabilidade**. São Paulo: Manole, 2016 (coleção ambiental, volume 18). p.749-781.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1998

BROOKBANKS, Warren J. **Therapeutic jurisprudence – not just for specialist courts**?New Zealand, Thomson Reuters, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

FARIÑA, Francisca; LÓPEZ, Joaquín; REDONDO,Laura. **Conclusiones del III Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica.** Santiago de Compostela, 20 - 21 de junho de 2016.Tradutores: FENSTERSEIFER, Daniel Pulcherio e CAMPLÁ, Joaquin A. Lopez. Disponível em:http://justiciaterapeutica.webs.uvigo.es/images/Pdfs/Conclusiones3 TJ-p.pdf.Acesso em:22 de junho de 2017.

HEMMATI, M. ***Multistakeholder processes for governance and sustainability beyond deadlock and conflict.*** Nova York: Earthscan, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação:** Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos. Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *Teoria Geral da Mediação* – à luz do projeto de lei e do direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de conflitos ambientais:** um novo caminho para governança da água no Brasil? Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA, Luciane Moessa de. Luciane de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:** negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

WATANABE, Kazuo Acesso à justiça sociedade moderna**. In:** GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.). Participação e Processo. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1998.

WEXLER, David. (1999). **Justicia Terapéutica**: Una Visión General. Disponível em: http://www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/pdf/TouroLawReview.pdf.Acesso em: 20 de junho de 2017.

WEXLER, David B. **Jurisprudência Terapêutica**: as leis e suas consequências na vida emocional e bem-estar psicológico. Disponível em: http://www.abjt.org. br/index.php?id=99&n=157 Acesso em 23 de junho de 2017.

WEXLER, David B. **Rehabilitanting lawyers: principles of therapeutic jurisprudence for criminal law practice.** Durham: Carolina Academic Press, 2008.

WINICK, Bruce J**. Justicia Terapéutica y los juzgados de resolución de problemas**. Disponível em: http://www.scrye.com/~jessica/wexler/intj/JTylosJRP-BruceWinick.PDF.Acesso em: 20 de junho de 2017.

YARN, Douglas. ***Dictionary of Conflict Resolution***. São Francisco: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999.

25

O Big Brother das sociedades atuais

Thaís Maciel de Oliveira[1]

Introdução

A pós-modernidade é contextualizada pela fragmentação do indivíduo. Nesse aspecto, a visão dualista e estereotipada das identidades é desafiada pela fragmentação e hibridização de identidades e culturas. Entretanto, apesar dessa mundialização cultural, certas culturas reificam verdadeiras ilhas de segurança em um determinado local, para reaquecer o sentimento de pertença, reminiscência da Idade Média.

Esse sentimento de pertença é paradoxal a hibridização e miscigenação de culturas e identidades que embasam o multiculturalismo da contemporaneidade. Essa face do multiculturalismo, com características medievais, apresenta simbologias de organizações e vinculações de uma comunidade monocrática e preservada.

Por conseguinte, este estamento societário conceptualista ideologias em bases homogeneizantes e de segregação. Portanto, o esfacelamento democrático representa uma contradição da sociedade pós-moderna. O processo dinâmico e variável caracteriza as identidades do século XXI. Logo, a reminiscência de ideologias

[1]Mestranda bolsista CAPES/TAXA do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGDireito) Stricto Sensu - Mestrado em Direito da URI/SAN. Bacharela em Direito pela Instituição de Ensino Superior de Santo Ângelo – CNEC/IESA. E-mail: adv.thaismaciel@gmail.com.

retrógradas, provocam a continuação de estereótipos dualistas, que especificam e determinam o contexto social conforme as relações de poder.

Desse modo, a compreensão das relações de poder possibilita o entendimento da fundamentação dos discursos e dos valores pragmáticos. Ou seja, compreender os proselitismos do sectarismo é uma ferramenta basilar que deflagra a discrepância dos discursos conservadores e fundamentalistas. Portanto, os preceitos subversivos apresentam suas características assimétricas e obsoletas quando conceptualizados diante da etimologia dos seus significados.

A partir do exposto, dialogar sobre espaço público e sobre o processo de edificação das identidades são primordiais para fomentar um ambiente democrático. A consciência cidadã, nesse sentido, requer uma efetivação dos direitos humanos. A universalização dos direitos humanos pressupõem que toda pluralidade, diversidade são elementares para condição humana. Logo, a restruturação de princípios democráticos constitui um direito básico às manifestações de identidades.

Desenvolvimento

Concepções da pós-modernidade

Com o advento da modernidade, o indivíduo passa a ser o centro em contraposição à comunidade, que deixa de ser o único modo de constituição do sujeito. Bedin salienta sobre esse processo de centralização:

> O processo de centralização e concentração política que deu origem ao Estado moderno esteve também sempre referindo a um grupo humano específico (um povo uma nação em termos atuais). É que sem esse elemento não é possível falar em Estado, pois Estado é, para lembrar Max Weber, uma comunidade humana. Essa comunidade humana pode ser homogênea ou heterogênea.

> Quando esta comunidade humana for homogênea, pode-se afirmar que o Estado moderno configura, em sentido estrito, um Estado-nação (BEDIN, 2017, p. 87).

Sob esse aspecto, o indivíduo constituindo o centro do seu universo, passa a ser sujeito de direitos e gestor da construção de sua identidade. Nesse sentido, a comunidade com suas verdades inquestionáveis deixa a ser a única opção de reconhecimento do indivíduo. Dessa forma, a modernidade se caracteriza pelo processo de individualização do sujeito.

Essa concepção individualista do sujeito, entretanto, se fragmenta com o aparecimento de novas identidades. Nesse sentido, as múltiplas identidades fragmentam o sujeito moderno. Assim, surge o sujeito pós-moderno. Stuart Hall conceitua suas características:

> Argumenta-se, entretanto, que são exatamente essas coisas que agora estão mudando. O sujeito, previamente vivido como tendo uma identidade unificada e estável, está se tornando fragmentado; composto não de uma única, mas de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não-resolvidas. Correspondentemente, as identidades, que compunham as paisagens sociais lá fora e que asseguravam nossa conformidade subjetiva com as necessidades objetivas da cultura, estão entrando em colapso, como resultado de mudanças estruturais e institucionais. O próprio processo de identificação, através do qual nos projetamos em nossas identidades culturais, tornou-se mais provisório, variável e problemático (HALL, 2006, p. 12).

Nesse segmento, a sociedade pós-moderna é caracterizada pelo seu processo dinâmico e infindável de relações de construção, bem como reconstrução, de novas identidades. Ou seja, o indivíduo está em constante interação com o diferente, portanto, pode-se reconhecer de várias formas, em diversas identidades.

Hall salienta sobre a fantasia do que significa uma identidade única, completa e segura. Conforme o autor:

> As sociedades da modernidade tardia, argumenta ele, são caracterizadas pela diferença; elas são atravessadas por diferentes divisões e antagonismos sociais que produzem uma variedade de diferentes posições de sujeito – isto é, identidades para os indivíduos. Se tais sociedades não se desintegram totalmente não é porque elas são unificadas, mas porque sob certas circunstancias, ser conjuntamente articulados. Mas essa articulação é sempre parcial: a estrutura da identidade permanece aberta. Sem isso, argumenta Laclau, não haveria nenhuma história (HALL, 2006, p. 15)

Doravante ao exposto, no mundo pós-moderno a identidade é caracterizada pela fragmentação. A globalização influência diretamente esse dinamismo das identidades e seu caráter variável. Logo, o sentimento de pertença, de nacionalidade é afetado pelo processo de globalização.

Nesse ponto, Jaqueline Almeida e Doglas Lucas referem que a globalização possibilita "novas formas de ligação, comunicação e estruturação da sociedade. É um fenômeno capaz de questionar e deslocar as identidades, principalmente aquelas fechadas às mudanças do mundo pós-moderno" (ALMEIDA, LUCAS, 2016, p. 130).

Doglas Lucas também argumenta sobre a globalização, na sua tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção parcial do título de Doutor em Direito. Conforme o autor:

> As aproximações permitidas pelo tempo global aumentam a possibilidade de as culturas se entrecruzarem com maior periodicidade, de concorrerem pelos mesmos espaços, de refutarem-se mutuamente como forma de estabelecer sua retórica de exclusão e inclusão a partir da afirmação de sua identidade (LUCAS, 2008, p. 150).

A partir desse segmento, a globalização também ocasiona um fortalecimento das identidades locais e a produção de novas identidades. O fortalecimento das identidades locais é consequência

do hibridismo que a globalização resulta. Por conseguinte, na tentativa de preservar a identidade local, diversas comunidades apregoam a eliminação de pluralidades, visando a constituição da identidade única e igual (HALL, 2006).

Esse paradoxo da globalização e da busca em pertencer a alguma comunidade faz parte da visão multicultural da contemporaneidade. Doglas Lucas argumenta que:

> Nessa direção, a luta pela sobrevivência e pela afirmação de traços culturais particulares, fruto de uma reação contra a homogeneização da cultura, contribui para a formação de um cenário de exigências multiculturais, no qual as diferenças irredutíveis de cada cultura exigem o reconhecimento, político e jurídico, por parte das comunidades onde estão inseridas (LUCAS, 2008, p. 151).

Importante salientar, que essa cultura nacional também é moldada por uma estrutura de poder. Essa estrutura de poder edifica a sociedade conforme suas vontades e condiciona o indivíduo ao pertencimento dessa "família nação". Entretanto, conforme Hall apregoa "hoje as nações modernas são, todas, híbridos culturais" (HALL, 2006, p. 62). Portanto, o sentimento de pertencer a alguma localidade, de constituir uma nação é enfraquecido diante da miscigenação de culturas e identidades.

Dessa forma, esse sentimento de pertença também constitui uma face da globalização. Nesse perspectiva, o indivíduo busca os antigos atributos da comunidade como provedora de segurança. Logo, esse fenômeno da pós-modernidade caracteriza uma crise de identidade em razão da diversidade cultural e globalização existentes hodiernamente.

De acordo com Lucas, essas características constituem novas modalidades de identidade da pós-modernidade. Nas palavras do autor:

> Justamente quando a identidade perde as balizas sociais que a faziam parecer um fenômeno natural, o sentimento de pertença a

> algum lugar ou determinada cultura se torna ainda mais importante para aqueles que buscam uma vinculação com o nós a quem se pode solicitar um acesso de pertença. Em outras palavras, a identidade se torna um problema a ser considerado quando ela mesmo entra em crise, quando a estabilidade de suas premissas começa a ser erodida dela dúvida e pelo questionamento, quando as identidades tradicionais se reorganizam, se fundem entre si, ou quando são desafiadas por novas modalidades identitárias, sustentadas em projetos específicos e em demandas particulares que fazem colidir os interesses e os valores das diferentes manifestações culturais que coabitam um mesmo cenário social (LUCAS, 2008, p. 146)

Indubitavelmente, essa crise de identidade também está presente nas identidades nacionais. A globalização, nesse sentido, enfraquece a continuidade e simbologia dos Estados nacionais. Nesse aspecto, o nacionalismo centralizado passa por processos destruturais. Roger Scruton (1986, p. 156) argumenta sobre o conceito de nação:

> Nação não é apenas uma entidade política mas algo que produz sentidos um sistema de representação cultural. As pessoas não são apenas cidadãos/ãs legais de uma nação; elas participam da ideia da nação tal como representada em sua cultura nacional. Uma nação é uma comunidade simbólica e é isso que explica seu poder para gerar um sentimento de identidade e lealdade (HALL, 2006, p. 49).

Stuart Hall também dialoga sobre a crise de identidade do mundo pós-moderno. O autor refere que a identidade estabilizada, unificada das nações, estão em declínio. Nesse aspecto, o mundo social passa por diversas mutações estruturais (HALL, 2006).

Essa Mudança estrutural da sociedade se caracteriza pela fragmentação de identidades. Dessa forma, a ideologia de indivíduos integrados é enfraquecida diante da alta descentralização de identidades e de culturas.

Doravante ao exposto, Axel Honnet no seu livro Luta por Reconhecimento (2009), refere o indivíduo é necessariamente um ser que precisa de reconhecimento. Dessa forma, ele tanto é reconhecente, como reconhecedor. Ou seja, seu convívio em sociedade pressupõe um reconhecimento como uma perspectiva de sua interação humana.

Nesse aspecto, o sujeito possui uma necessidade humana de vínculos inter-relacionais. Referente aos vínculos David Zimerman (2009) descreve que todos os indivíduos são constituídos de amor, ódio, conhecimento e reconhecimento. Portanto, o indivíduo é edificado por suas relações familiares e instituições sociais. De acordo com Honnet é na relação pessoal e amorosa que:

> Amadurece uma primeira relação de reconhecimento recíproco, constituindo um pressuposto necessário para todo o desenvolvimento posterior da identidade, uma vez que confirma o indivíduo em sua natureza instintiva particular, propiciando-lhe com isso uma medida indispensável de autoconfiança; mas por outro lado, em um quadro de interação estreitamente limitado como o da família, nada está preparado a instruir o sujeito acerca das funções que os direitos intersubjetivamente garantidos devem assumir no contexto da vida social (HONNET, 2009, p. 81).

Desse modo, o indivíduo é produto da relação especial reflexiva entre seu eu e os outros. Logo, o indivíduo é produto dessa relação reflexiva, dos conceitos e conjuntos de valores que ele absorve.

Simone de Beauvoir já possuía semelhante compreensão ao afirmar no seu livro O segundo sexo: fatos e mitos (2006), que ninguém nasce homem ou mulher, torna-se assim. Portanto, o sistema sociocultural é o responsável pela determinação do reconhecimento do indivíduo e pelos valores e práticas sociais internalizados por este.

Por conseguinte, Suart Hall ainda destaca “em vez de falar da identidade como uma coisa acabada, deveríamos falar de

identificação, e vê-la como um processo em andamento" (2006, p. 74).

Hall ainda conclui:

> A identidade surge não tanto da plenitude que já está dentro de nós como indivíduos, mas de uma falta de inteireza que é preenchida a partir de nosso exterior, pelas formas através das quais nós imaginamos ser vistos por outros. Psicanaliticamente, nós continuamos buscando a identidade e construindo biografias que tecem as diferentes partes de nossos eus divididos numa unidade porque procuramos recapturar esse prazer fantasiado da plenitude (HALL, 2006, p. 39).

Nesse aspecto, o processo de formação da identidade está em constante mutação e continuação. A certeza e incerteza são reiteradamente preenchidas e revistas através da interação do indivíduo com o outro. Portanto, o meio social que contempla indivíduo interage e reflete na suas escolhas e no seu reconhecimento.

A partir do exposto, constituindo o meio social um importante fator no reconhecimento no indivíduo, as relações de poder desse âmbito cultural são de extrema relevância. Dessa forma, o estudo das relações de poder possibilita o entendimento do padrão hegemônico de muitas sociedades.

Relações de poder

As instituições sociais através de suas formas de poder, buscam padronizar os modelos de pensamento. Essa característica constituí uma verdadeira aniquilação do pensar individual. Ou seja, reprime a individualidade em virtude do pensamento coletivo ou da comunidade.

Uma cultura que inibe as formas de pensar e expressar ideias, reproduz indivíduos modelos, como uma máquina. Nesse sentido, a sociedade prisioneira do discurso de poder se fragmenta diante do

multiculturalismo da atualidade (WARAT, 2004, p. 322). Ou seja, a sociedade de hodiernamente é extremamente plural, dessa forma, o discurso de poder hegemônico se choca com a ascensão das sociedades multiplurais.

Referente a essa difusão das pluralidade Doglas salienta:

> As consequências dessa dialética global-local são especialmente visíveis no campo da cultura. Verifica-se facilmente o aumento do número de símbolos, imagens e representações que, são necessariamente numa ordem de continuidade, conformam o mapa das novas identitárias, cenário que, consequentemente, colabora para o reaparecimento do pluralismo cultural – sob a forma de fundamentalismos religioso, nacionalismos culturais, comunas territoriais e para a afirmação das identidades locais contra a uniformização patrocinada pela globalização (LUCAS, 2008, p. 149).

Esse aparecimento de comunidades demarcadas e rivalidades entre culturas distintas é produto do mundo globalizado e suas interconexões. Lucas descreve que:

> Ao serem apresentadas para o mundo como particularidades, outras identidades ecoam como demarcação de sua própria particularidade, como apontamento das diferenças que envolvem cada experiência singular. A rivalidade entre as culturas, nesse sentido, é sintomática do aumento de suas interconexões no mundo globalizado, já que não podem concorrer entre si culturas que não se relacionam, que não expõem suas diferenças umas às outras como condição de possibilidade da própria diversidade cultural manifestada nas diferenças em conflito (LUCAS , 2008, p. 150).

Nesse aspecto, o conflito é resultado de um convívio social. Principalmente em um ambiente heterogêneo e de múltiplas identidades, o conflito faz parte da democracia. Logo, o consenso não é democrático, já que o conflito torna conspícuo as discriminações das relações de poder que disseminam discriminações. Portanto, o confronto das minorias discriminadas

representa um símbolo democrático de alteridade (HONNET, 2009).

Conforme Warat (2004, p. 324) para a edificação de uma ordem simbólica democrática "o saber e a personalidade não podem estar vinculados aos outros elementos. Eles devem relacionar-se com os desejos. Eles precisam estar determinados por relações de afeto".

A política, nesse sentido, está interligada com as relações de poder. O espaço público como lugar da construção das singularidades tem relevante influencia na determinação da constituição do indivíduo. Ou seja, suas subjetividades, suas especificidades, são edificadas e influenciadas pelas relações de poder dominantes.

Doravante ao aspecto da política democrática, Warat, já salientava sobre a articulação simbólica do poder como edificador de identidades:

> Tento sugerir um conceito de política diferente do proposto pela ciência política: esta está preocupada com a possibilidade de pensar cientificamente o poder e o Estado, isto é, de ver a política como metadiscurso epistêmico das relações de poder: um recorte objetivo das instâncias sociais de onde se manifesta o poder. Minha proposta faz referência a todos os mecanismos simbólicos que possibilitam a própria existência da sociedade, a instância na qual se geram os mecanismos de identificação das relações dos homens entre si e sua localização no mundo. Nesse sentido, a política faria referência genericamente a todas as dimensões simbólicas da instituição imaginária da sociedade. Este conceito estaria mais vinculado aos movimentos de aparição e ocultação das significações que vão produzindo a subjetividade. É a política como instância de uma sociedade autônoma (WARAT, 2004, p. 324-325).

Nesse aspecto, a política e o poder possuem influência na democratização da cultura. A cultura como meio que produz identidades, constitui-se no espaço público. Dessa forma, o espaço público está interligado na construção da identidade do indivíduo.

Conceituando a democracia como um espaço público, lugar de se expressar as diferenças, Warat refere que as políticas deveriam estimular uma cultura que torne conspícuo o indivíduo. Nesse sentido, o autor apregoa uma pragmática da individualidade, que consubstanciaria em uma visão democrática que estimule e propicie às diferenças (WARAT, 2004).

Segundo essa hermenêutica da pluralidade cultural, o conceito multiculturalismo deve ser lido sob um viés democrático do reconhecimento com a diversidade cultural. Por conseguinte, deve-se reconhecer o diferente com suas especificidades, não almejando sua assimilação. Conforme Bauman o reconhecimento com a pluralidade cultural "é o começo, e não o fim da questão; não passa de um ponto de partida de um longo e talvez tortuoso processo político, mas no limite benéfico" (BAUMAN, 2003, p. 123).

Doravante ao exposto, pensar na dimensão simbólica da democracia significa englobar suas formas de poder como edificadoras de identidades padronizadas. Dessa forma, a ideia de autonomia que Warat defende significaria à necessidade "de que o homem não aceite ser condicionado por regras que ele mesmo não possa determinar sua função dos fins que próprio se propõe ou dos fins que institui em uma comunicação não alienada com os outros" (WARAT, 2004, p. 328).

Por consequência, as diversas reivindicações das identidades plurais marcam o multiculturalismo na sociedade do século XXI. A postulação de reconhecimento como sujeito de direitos constitui base primordial para uma Estado Democrático de Direito. Logo, não existe democracia sem o devido respeito com o multiculturalismo (HALL, 2006).

Nesse sentido, o espaço público tem profundas significações para ordem democrática. As instituições sociais estabelecem como padrão no indivíduo, uma visão de mundo estereotipada, que cria verdadeiras ilhas de isolamento social. Portanto, quem não se enquadra nesse padrão proposto é excluído e segregado da ilha social (WARAT, 2004)

Sobretudo, na questão do reconhecimento, o futuro da democracia em uma cultura política pós-moderna depende de uma cultura de respeito, e de dialética com as diferenças. Nesses termos, uma ordem social democrática precisa contemplar os direitos humanos "sem sonegar os traços próprios das identidades culturais que manifestam a humanidade particular presente em cada projeto histórico individual ou coletivo" (LUCAS, 2008, p. 155).

Direitos Humanos e Multiculturalismo

A sociedade pós-moderna é caracterizada pela diversidade e pluralidade, dessa forma a política dos direito humanos significa simbolicamente fornecer reconhecimento no espaço público para "uma ação que ultrapasse, a um só tempo, as rigorosas fronteiras jurídicas firmadas pelo paradigma nacionalista de pertença e pelos comunitarismos que isolam e impedem a formação de diálogos entre as diferentes culturas" (LUCAS, 2008, p. 228).

Nessa perspectiva, a dialética é fonte de democracia, já que fornece subsídio para o reconhecimento da diversidade cultural. Mesmo diante das comunidades de pertença e dos comunitarismos, os direitos humanos ultrapassam a simbologia da cultura em virtude de serem universais, ou seja, integram toda humanidade.

Ademais, os ideais democráticos e a pragmática de individualidade estimulam uma democracia participativa, bem como de diálogos interculturas. A convivência com as mais variadas culturas reforçam essa percepção democrática do diálogo. Dessa forma, o reconhecimento com o outro possibilita a compreensão da alteridade.

O conselho da Europa, nesse sentido, fundamenta pela necessidade do diálogo intercultural como processo de integração e coesão de diversas culturas:

> O diálogo intercultural designa um processo de troca de ideias aberto e respeitador entre indivíduos e grupos com origens e

> tradições étnicas, culturais, religiosos e linguísticas diferentes, num espírito de compreensão e de respeito mútuo. A liberdade e a capacidade de expressão, assim como a vontade e a capacidade de ouvir o que os outros têm a dizer, são elementos indispensáveis do diálogo intercultural (EUROPA, 2008, p. 21).

Desse modo, o diálogo intercultural é indispensável frente a um cenário democrático. Principalmente, em uma sociedade altamente plural, é necessário ultrapassar as barreiras da discriminação. Nesse aspecto, em vista das múltiplas culturas e identidades que mesclam o Brasil, reconhece-las como indivíduos nas suas especificidades é fundamental para uma efetiva política de direitos humanos.

Nesses termos, fomentar uma cultura do diálogo é primordial para possibilitar o reconhecimento pelo outro. A compreensão da diversidade e reconhecimento diferenças significam a base para uma sociedade democrática. O entendimento que "o indivíduo não é um ator social homogêneo" (EUROPA, 2008, p. 22), mas altamente diverso nas suas individualidades, possibilita evitar os obstáculos de políticas identitárias hegemônicas.

A partir desse panorama, é imprescindível para construção de um ambiente multicultural democrático, o reconhecimento com a diversidade cultural. A formação de diálogos constitui base para alcançar a complexidade das demandas atuais, e construir uma forma de sociabilidade, frente o multiculturalismo em expansão. Portanto, para edificar um paradigma intercultural é necessário proteger e fomentar a universalidade dos direitos humanos.

Lucas argumenta que o desafio dos direitos humanos está em:

> construir, numa sociedade multicultural, um debate capaz de prover uma aproximação e um discurso intercultural que respeite as diferenças, sem, contudo, negar aquilo que constitui o homem em sua universalidade, em sua necessária condição comum para a própria formação das identidades e da percepção de pertença (LUCAS, 2008, p. 233).

Por este motivo, é impossível pensar em democracia na sociedade contemporânea sem levar em consideração os conceitos de direitos humanos. Logo, a compreensão do indivíduo como sujeito de direitos humanos, em sua dimensão universal, é primordial para uma visão democrática de cidadania.

Conforme O Conselho da Europa (2008, p. 24) o diálogo intercultural não é possível:

> Sem respeito pela igual dignidade de todos os indivíduos, pelos direitos humanos, pelo Estado de Direito e pelos princípios democráticos. Estes valores, em particular o respeito pela liberdade de expressão e pelas outras liberdades fundamentais, são os garantes de um diálogo isento de dominação, regido pela força dos argumentos e não pelo argumento da força.

A democracia, nesse sentido, é fundamental para um sistema político embasado na dignidade da pessoa humana. A igualdade e dignidade pressupõem um reconhecimento pelo outro. Esse reconhecimento recíproco é elementar para edificação de um diálogo intercultural em uma sociedade multicultural.

Portanto, o consenso não é democrático. Seguindo os ideais democráticos o conflito faz parte da participação política. Nesse aspecto, o conflito como resultado do não reconhecimento embasa movimentos sociais, que lutam pelo respeito com suas culturas.

Seguindo essa perspectiva, pensar em multiculturalismo significa pensar em reconhecer o diferente como sujeito de direitos. Nesse sentido, o reconhecer não tenta estabelecer uma nova identidade. Dessa forma, a edificação de uma consciência cidadã não busca a construção de uma monocultura.

Por conseguinte, o multiculturalismo e o reconhecimento com as diversas identidades não promovem um discurso de integração homogeneizador. Logo, a igualdade almejada não sufoca o diferente. Os direitos humanos em sua visão universal legitimam a cidadania e promovem uma igualdade de reconhecimento pelo outro. Dessa forma, apenas com uma efetividade democrática e reconhecimento

identitário será possível viver em uma sociedade contemporânea, não representada por suas falácias.

Considerações finais

A proteção das diferenças identitárias significa reconhecer, mas não integrar o divergente. Diante das mudanças no paradigma social, a democracia precisa fornecer e fomentar a dialética intercultural para efetivamente cingir a cultura da pós-modernidade. Nesse aspecto, a crise da cultura pós-moderna conceitua-se pela falácia da democracia em adequar suas concepções de ordem social para a contemporaneidade multiplural.

Dessa forma, é imprescindível compreender a democracia como espaço público de diálogo e interliga-lo aos conceitos de direitos humanos. Principalmente na era multicultural, as pluralidades se intensificam e embasam as reinvindicações. Portanto o reconhecimento como forma de alteridade é fundamental para uma política de direito humanos democrática.

Sob esse aspecto, o conflito faz parte de um ambiente democrático e heterogêneo. Logo, a tolerância convive com o diferente, mas não o reconhece como sujeito de direitos. Portanto, apenas com o devido reconhecimento, é possível concretizar uma consciência cidadã em um ambiente multicultural. Por conseguinte, unicamente com um efetivo reconhecimento com as pluralidades e diante de uma dialética intercultural, pode-se compreender a quintessência de um Estado Democrático de Direito, não representado por suas falácias.

Referências

ALMEIDA, Jaqueline Reginaldo; LUCAS, Doglas Cesar**. O reconhecimento das Diferenças Identitárias como Elemento Emancipatório: Perspectivas da Conjuntura Brasileira**. v. 6, n. 11 (2016). Disponível em: <http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito/articl e/view /296>. Acesso em: 02 abr. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade. A busca por segurança no mundo atual.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos.** 3ª edição – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BERTASO, João Martins; ROCHA, Leonel Severo. **Olhar Sistêmico sobre Cidadania e Diversidade Cultural**. Direito Público, [S.l.], v. 13, n. 75, jun. 2017. ISSN 2236-1766. Disponível em:<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/ 2840>. Acesso em: 06 abr. 2018.

BUTLER, Judith**. Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. – 13ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DA EUROPA, Conselho. **Livro Branco sobre o Diálogo Intercultural. Viver Juntos em Igual Dignidade.** Estrasburgo: Conselho da Europa, 2008.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro – 11º ed. - Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HONNETH, Axel, **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. – 2º ed. - São Paulo: Editora 34, 2009.

LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença.** 2008. Disponivel em: < http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2481/direitos%20humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 02 abr. 2018.

ZIMERMAN, David. **Os Quatro Vínculos. Amor, Ódio, Conhecimento e Reconhecimento na Psicanálise e em Nossas Vidas**. – 1º ed. – Editora Artmed, 2009.

26

Direito humano à segurança: o papel da mídia na formação do medo e do direito penal do terror

André Giovane de Castro[1]

1 Introdução

Os homens viviam em um estado de natureza sem uma organização central com capacidade de promover a harmonia e a pacificação sociais. O desejo por segurança, enquanto direito humano, levou os indivíduos a firmarem o contrato social de formação do Estado. A instituição estatal tem a atribuição de regular as condutas e disciplinar as sanções àqueles que infringirem os mandamentos legais inerentes ao Direito Penal.

A formação do Estado, a construção do Direito Penal, a função da mídia e o sentimento de medo entre os seres humanos são objetos de análise deste trabalho. O intuito é verificar a forma pela qual o Estado é incumbido do *jus puniendi* e a contribuição dos veículos de comunicação, por meio do sensacionalismo jornalístico, para o sentimento de excessiva criminalidade e impunidade no corpo social.

---

[1] Aluno do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Curso de Mestrado em Direitos Humanos – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), bolsista da CAPES e bacharel em Direito pela UNIJUÍ. E-mail: andre_castro500@hotmail.com

A partir do método de abordagem hipotético-dedutivo, com base em pesquisa exploratória e qualitativa, mediante o uso de fontes doutrinárias e legais de materiais físico e digital, pressupõe-se que a mídia, enquanto fomentadora de opinião, tem papel relevante na promoção do medo e, consequentemente, na edificação de um Direito Penal maximizado de enfrentamento aos inimigos sociais.

À vista disso, o trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro discorre acerca da formação do Estado no modelo contratualista e o direito de punir em prol do direito humano à segurança. O segundo apresenta o papel dos veículos de comunicação e as interferências do jornalismo sensacionalista criminal na vida social. O terceiro, por fim, estuda as consequências do sentimento de medo na formação do Direito Penal do Terror.

2 Contrato social, estado e direito de punir

A organização da sociedade exige certas normas para possibilitar a garantia de ordem entre os indivíduos. A efetivação da harmonia com o corpo social resulta, há milênios, da imposição de sanções àqueles que infringem os mandamentos da boa conduta. Um determinado poder existe sobre os homens para que estes conduzam as suas atitudes de acordo com uma pretendida sociedade pacífica.

As Leis Eshnunna e o Código de Hamurabi, datados, respectivamente, dos séculos XIX e XVIII antes de Cristo, de acordo com Gilmar Antônio Bedin (2002), já contemplavam algumas ações consideradas inapropriadas e, via de consequência, tipificadas com sanções aos seus praticantes. O furto e o falso testemunho são alguns exemplos de delitos existentes na Antiguidade e que demonstram uma imposição legal face aos delinquentes.

A demonstração de delitos tipificados já na Antiguidade, em que pese de uma forma bem diversa da atual, comprova o direito de punir como uma prática tradicional e milenar, bem como que a

busca por segurança, justamente pela regulação de certos crimes, integrou os anseios dos homens desde os mais remotos tempos da história da humanidade, antes mesmo da configuração de Estado nos moldes modernos, haja vista ser um direito humano.

Aliás, na Antiguidade e, inclusive, na Idade Média, havia a compreensão de que o Estado precedia o homem, logo, o indivíduo teria nascido já com uma conformação estatal, à qual estaria vinculado. Isso é perceptível nos ensinamentos de Aristóteles (2011), para quem o homem é, naturalmente, um ser político, uma vez que tal característica lhe é nata e integra a sua relação de sociabilidade com os seus pares.

Posteriormente, no entanto, a concepção de Estado foi modificada, vindo a ser modernamente considerado como fruto da ambição dos seres humanos por segurança. Segundo Thomas Hobbes (2003), os indivíduos, que são maus por sua própria essência, viviam em um estado de natureza com constante guerra de todos contra todos, sem qualquer garantia de paz e harmonia sociais.

O cenário de luta de todos contra todos desencadeou a formação de um contrato social para a edificação de um poder central que viesse a ordenar e promover a harmonia entre os homens. O contrato social é que constitui, então, o Estado e provoca a civilidade aos homens, pois, diversamente da visão aristotélica, Hobbes (2003) considera o homem anterior ao Estado e a civilidade não como fruto natural, mas, sim, como criação artificial.

Ao analisar as concepções aristotélica e hobbesiana, Bedin (2013, p. 123) reflete que a ideia do Estado como construção artificial do homem demonstra que os indivíduos "[...] não são naturalmente bons e justos e que, sem a presença do poder político centralizado, eles se encontram absolutamente livres para realizar todas as paixões e para satisfazer plenamente os seus instintos, mesmo os mais egoístas e violentos possíveis".

Logo, com o objetivo de acabar ou, minimamente, reduzir a situação de constante insegurança vivenciada no estado de natureza,

os seres humanos celebraram o contrato social. Os homens, conforme Jean-Jacques Rousseau (2006), verificando a impossibilidade de viverem em harmonia sem uma instituição organizada, entregaram parcela de suas liberdades para a composição do Estado, que vem a se tornar o ente regular do convívio em sociedade.

A constituição do Estado, dessa forma, exigiu parte da liberdade dos seres humanos, uma vez que, no momento em que ao Estado foi atribuído o dever de zelar pela harmonia e pacificação sociais, a instituição organizada, responsabilizando-se pela segurança, exteriorizou o seu dever por meio de diversos mecanismos, entre eles, a punição daqueles que violam os mandamentos legais.

Nessa discussão, inclusive, Cesare Beccaria (2012, p. 17) contribui:

> Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-lo tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.

As partes de liberdade de cada indivíduo formaram, então, o soberano do povo, que é, simples e poderosamente, aquele que domina e administra o Estado. A este ser, os homens confiaram o dever de garantir segurança por meio da legitimação de definir as condutas incondizentes com a almejada ordem e, via de consequência, de punir aqueles que contrariem os mandamentos da harmoniosa e pacífica vida social.

A par dessas circunstâncias, surge o Direito Penal.

A bem da verdade, o Direito Penal, embora constituído diversamente do modelo atual, integra a vida em sociedade desde as

épocas primitivas. Os primeiros grupos civilizados, há cerca de dez mil anos, de acordo com Eduardo Ribeiro Moreira e Margarida Lacombe Camargo (2016), já possuíam o elemento punitivo, mas, diferentemente de hoje, o direito de decidir e punir era atribuído, dentro das tribos ou clãs, geralmente, a uma só pessoa, que não o Estado.

Um aspecto, porém, é, em tese, constatado em todos os períodos históricos: o corpo social define previamente as ações e omissões consideradas contrárias ao bom convívio em sociedade, sendo apenas estas, quando efetivadas, que oportunizam a punição, justamente porque, consoante Isaac Sabbá Guimarães (2002), o Direito Penal, junto a uma sociedade pluralista, elege apenas os valores mais representativos para a manutenção da paz pública.

Não obstante, a forma com a qual o Estado exerce o seu poder punitivo já percorreu um extenso caminho, até porque, segundo Francisco Ubirajara Camargo Fadel (2012), seguindo a concepção hobbesiana de ser o homem violento por sua natureza, o Direito Penal pode ser concebido como o primeiro ramo jurídico instalado, uma vez que, antes mesmo da organização estatal, já se pretendeu estabelecer as condutas consideradas proibidas e suas respectivas sanções.

Até o século XVIII e XIX, por exemplo, o direito de punir, já em uma conformação moderna do Estado, era efetivado sobre o corpo do delinquente. O suplício do corpo, exteriorizado, entre outros, pelo pelourinho e pelo chicote, representava a força estatal e, consequentemente, a resposta da instituição em prol de segurança, isto é, a perfectibilização da maior atribuição do Estado contida no contrato social.

O Direito Penal, posteriormente, muito em razão do movimento iluminista, no século XVIII, e a percepção social de arbitrariedade do soberano ao utilizar a força exacerbada sobre os súditos, alterou a sua máxima punitiva. A sanção sobre o corpo deu lugar, então, para a sanção sobre a liberdade de ir e vir, constituindo-se a segregação social dos culpados no sistema

carcerário, isto é, a privação do maior direito humano exercido durante o estado natural: a liberdade.

A partir do exposto, verifica-se que o Direito Penal, em que pese constituído de modo diverso no decorrer da história, está presente na sociedade desde os mais remotos tempos da Antiguidade. O contrato social, formado pela vontade dos homens, no entanto, atribuiu ao Estado, nos moldes atuais, o direito de punir e, portanto, de garantir a pretendida harmonia e pacificação sociais.

3 Mídia, sensacionalismo e medo

A liberdade de informação é uma conquista recente das sociedades preponderantemente democráticas. A possibilidade de tomar conhecimento dos assuntos relacionados à política, à economia e à segurança é inerente à democracia e oportuniza, em regra, a difusão de informação sem prévia censura. A liberdade dos veículos de comunicação, porém, não é ilimitada e, por vezes, desencadeia consequências além da mera absorção da notícia.

Todos os cidadãos têm direito de receber informações verdadeiras, pois, conforme Alexandre de Moraes (2007, p. 252), independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, o objetivo é o de fornecer "[...] subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos". Logo, a liberdade de informação constitui-se como um serviço a favor do desenvolvimento da cidadania e dos ideais democráticos.

O Estado, pois, assegura a liberdade de informação, considerando-se, aliás, não somente o poder dos veículos de comunicação de noticiar, mas também, consoante Luís Roberto Barroso (2004), o direito difuso dos cidadãos receberem informações de caráter público, isto é, de interesse da coletividade. Há, dessa forma, dois polos envolvidos: de um lado, o de informar; de outro, o de ser informado dos acontecimentos sociais.

A mídia, sob essa perspectiva, desempenha uma função social de desenvolver o conhecimento dos seres humanos. Para Manoel da

Costa Andrade (1996) e Jonatas Machado (2002), a liberdade de informação tem o condão de oportunizar o exercício crítico com autonomia dos sujeitos, haja vista o substancial número de informações veiculadas à disposição da sociedade.

Ao mesmo tempo em que desenvolve o senso argumentativo dos indivíduos, o jornalismo crítico tem o viés de formar concepções de mundo bastante influenciadoras e preocupantes. A segurança pública, os índices de violência, a ocorrência de delitos e a resposta do Estado-juiz são elementos corriqueiramente em pauta nos veículos de comunicação e que, em regra, suscitam expressivos debates.

O uso da comunicação sem limites e, principalmente, no intento de angariar leitores, ouvintes ou telespectadores promove o que se denomina de jornalismo sensacionalista, com a exacerbação da crítica. Jornais, revistas, rádios, televisões e sites, como um vasto campo midiático, difundem instantaneamente notícias e comentários que, a depender dos destinatários, causam sentimentos diversos, como é o caso do medo.

A informação é, pois, uma das maiores e mais relevantes características do atual mundo globalizado em virtude da proximidade de se conhecer pessoas, locais e coisas, mesmo à distância. A mercantilização do direito de informar e de ser informado, no entanto, sob o prisma da audiência e do lucro, pode provocar reflexos substanciais na vida em sociedade – a segurança é um deles.

A imprensa possui um expressivo poder de influência social por meio de sua produção textual ou audiovisual. No âmbito do Direito Penal, isto é, de acontecimentos com feições tipificadas pelo ordenamento jurídico, a veiculação de informações, muitas vezes, com o fim de obter audiência, é envolvida pelo sensacionalismo, mediante análises fervorosas e dramáticas em torno do caso específico e da violência em geral.

A partir disso, com a ambição de agradar ao público, consoante Edgar Morin (2002), o veículo de comunicação busca

exibir aquilo que desperta a atenção da massa popular, fazendo do informativo um espetáculo, divertimento e mercadoria. Frustra-se, assim, o objetivo do jornalismo de atender ao interesse social, pois se fundamenta no interesse do público, com característica sensacionalista.

O sensacionalismo, conforme Gustavo Barbosa e Carlos Alberto Rabaça (2002), constitui-se no uso de um acontecimento de modo exagerado, explorando o fato com o objetivo de criar emoções no público. A supramencionada característica concretiza-se por meio da escrita ou da visibilidade, por exemplo, de forma a atrair a atenção da sociedade sobre o fato em questão.

Diante disso, o jornalismo com foco na área criminal, ou policial, encontra-se em um ambiente de interesse do público. Os atos de violência, costumeiramente verificados nos delitos de grande repercussão, apresentam-se, segundo Yves Michaud (1989, p. 49), como "[...] um alimento privilegiado para a mídia, com vantagem para as violências espetaculares, sangrentas ou atrozes sobre as violências comuns, banais e instaladas."

O apelo de criar sensações nos leitores, ouvintes ou telespectadores torna-se um instrumento de criação de uma mobilização popular em defesa da máxima punição. Isso é fruto do sentimento de medo causado pela percepção de impunidade e constante violência externada, real ou ilusoriamente, pela mídia, formando-se a ideia de que apenas o excesso punitivo é capaz de garantir tranquilidade, harmonia e pacificação sociais.

A atuação jornalística sem limites apresenta-se, dessa forma, como um instrumento formador da opinião pública no que tange à criminalidade. No entanto, segundo Jesús-María Silva Sánchez (2002), a mídia não é responsável pela criação do medo da violência social, mas, sim, o que se percebe é que os veículos de comunicação agem como reforço ou estabilização de medos pré-existentes na sociedade.

Os profissionais do jornalismo, assim, ao praticarem o sensacionalismo, ao externarem informações dramáticas, ao

criarem o sentimento de constante criminalidade, conforme Pierre Bourdieu (1997, p. 65), constituem-se em "pequenos diretores de consciência que se fazem, sem ter de forçar muito, os porta-vozes de uma moral tipicamente pequeno-burguesa, que dizem 'o que se deve pensar' sobre o que chama de 'os problemas da sociedade'".

O resultado do interesse mercadológico da mídia com a utilização do crime como um produto rentável, na concepção de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2011, p. 143, grifos do autor), é a transformação de "[...] casos absolutamente *sui generis* em paradigmas, aumentando, assim, o catálogo dos medos, e consequentemente e de forma simplista como convém a um discurso *vendável*, o clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva".

Os veículos de comunicação, portanto, ao fazerem uso de notícias de cunho criminal, por vezes, ultrapassam a liberdade de informar e se abraçam ao jornalismo sensacionalista, de forma a criar o sentimento de medo, pela ideia de aumento da criminalidade e de excessiva impunidade, assim como, consequentemente, formando uma concepção de necessidade de mais punição com tipificação de novos crimes e elevação das penas.

4 Direito penal do terror ou do inimigo

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) garante a todos os indivíduos, em seu artigo 3º, o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. A instituição estatal, assim como os demais órgãos relacionados, tem a incumbência de proteger a vida dos seres humanos, de garantir a liberdade e de promover a segurança como fruto da entrega de parcela das liberdades para a formação do contrato social.

Logo, concebe-se a segurança pública como um direito humano a ser garantido pelo Estado. Todos os indivíduos, no momento em que abriram mão de parcela de suas liberdades para a formação de uma instituição central reguladora da vida em

sociedade, demonstraram diretamente as suas intenções de receber segurança, que é minimamente necessário para o desenvolvido pleno da vida.

O *jus puniendi* é atribuição do Estado e, logo, o Direito Penal é um campo jurídico destinado, embora como *ultima ratio*, para a efetivação da harmonia e pacificação sociais. A partir do momento em que se verificar a infringência de determinado dispositivo legal considerado atentatório à segurança, o Estado é convocado para proceder à apuração do fato e da autoria e, posteriormente, comprovadas, determinar a sanção.

As prisões arbitrárias, os tribunais parciais, a presunção de culpabilidade e a afronta à legalidade são situações elencadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) como contrárias aos direitos humanos e que, inseridas em diversos tratados, convenções e constituições, são, em suma, proibidas no exercício da persecução criminal e, na sequência, na execução da pena.

Todavia, o sentimento de medo, de insegurança, de violência e de impunidade, significativa e corriqueiramente alimentado pela mídia, tem suscitado a discussão em torno da necessidade de um Direito Penal que deixe de ser a *ultima ratio* para tornar-se, então, a razão primeira da organização social. A tipificação de novos crimes e o aumento das penas são algumas das medidas consideradas.

A utilização do Direito Penal como um instrumento *prima ratio* para a solução dos conflitos sociais é uma irracionalidade decorrente do sentimento de impunidade e insegurança veiculado pela mídia, pois, distante da pretensão de se ter uma sociedade segura, harmônica e pacífica, a legislação penal aplicada, muitas vezes, senão sempre, apenas cria uma tranquilidade simbólica no corpo social.

Nesse sentido, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2005, p. 01) contribui:

> O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais.

> A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado em face de demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente e não em instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos.

Muito disso está relacionado, inclusive, com a política legislativa de utópica garantia da segurança pela máxima punibilidade, o que corrobora o populismo penal. Luíz Wanderley Gazoto (2010) assevera que esse populismo é fruto do sensacionalismo jornalístico, que, com acesso direto a ocorrências policiais, torna o fato um espetáculo protagonizado por alguém que se encontra à mercê da sociedade.

O discurso da máxima punibilidade é consequência da institucionalização do medo, cujo sentimento, nos ensinamentos de Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya (2007), fundamenta a organização político-criminal e provoca a formação do que se denomina de Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal do Terror, no qual o eixo central é a identificação do criminoso como inimigo.

O Direito Penal do Inimigo – expressão cunhada por Günther Jakobs (2003) – é caracterizado, entre outras feições, pela progressão dos limites da punibilidade; pelo aumento das penas de modo desproporcional à gravidade do delito; pela abolição ou minimização das garantias processuais do acusado; e pela passagem da legislação penal tradicional para a legislação de combate à criminalidade.

O Estado, na visão de Jakobs (2007), deve exercer o *jus puniendi* de duas formas: contra o cidadão e contra o inimigo. A primeira é integrada por aqueles que, embora tenham cometido um crime, não pretendiam atingir o núcleo estrutural do Estado, enquanto a segunda diz respeito aos indivíduos que, agindo em desconformidade com a lei, perturbaram sobremaneira a ordem

social e causaram, pois, perigo potencial à coletividade e à estrutura estatal.

Há, assim, uma distinção clarividente entre os seres humanos. O Estado, na busca pela segurança, deveria, pelo Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal do Terror, agir de modo diferente a depender da conduta perpetrada pelo criminoso. O que se tem, a bem da verdade, é o Direito Penal como instrumento máximo de regulação da vida em sociedade, banindo do corpo social certos indivíduos causadores de excessiva violência.

A ideia de igualdade entre os seres humanos, firmada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e inserida nos textos constitucionais, é, nesse ponto, rechaçada, haja vista que a legislação penal, no momento em que diferencia o cidadão e o inimigo, cria um duplo mecanismo de punição: de um lado, aqueles que podem ser recuperados; de outro, aqueles que afrontaram substancialmente o próprio Estado.

O Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal do Terror pode, então, ser concebido como o resultado de uma política criminal destinada a fazer do Direito Penal o instrumento basilar da estrutural social. O Estado, incumbido de zelar pela segurança dos cidadãos, expande, legislativamente, a incidência das leis penais e, consequentemente, aumenta o campo de punição, o que cria uma espécie de sensação simbólica de segurança.

Dessa forma, diversamente da lógica de utilização do Direito Penal como *ultima ratio*, tem-se o fomento da legislação penal. Tal situação, inflada por uma política legislativa populista, tem estreita relação com a sensação de criminalidade e impunidade transmitida pelos veículos de comunicação, assim como pelo sentimento de medo e insegurança impregnado nos discursos da população contra os “inimigos”.

O discurso do medo, portanto, substancialmente difundido pela mídia, infla o Direito Penal e cria uma sensação de insegurança. A instituição estatal, à vista disso, na pretensão de garantir a segurança almejada com o contrato social e afastar o “inimigo” do

corpo social, associa-se à máxima punição sob o pretexto, ilusório ou não, de promover a tranquilidade, a harmonia e a pacificação da sociedade.

5 Considerações finais

Os seres humanos, verificando a impossibilidade de viverem em um estado de natureza sem qualquer ordem central que lhes oportunizasse segurança, resolveram entregar parcelas de suas liberdades para a formação do Estado. A garantia de harmonia e pacificação sociais tornou-se incumbência da instituição estatal que recebeu o direito de punir aqueles que atentem os mandamentos da boa conduta social.

O Direito Penal, com resquícios conhecidos nos tempos mais remotos da Antiguidade, a exemplo das Leis Eshnunna e do Código de Hamurabi, surge como ramo jurídico destinado a ordenar a sociedade, definir as ações e omissões consideradas inapropriadas para a vida em coletividade e, em caso de violação dos preceitos legais, disciplinar as sanções, a fim de se garantir a almejada segurança, enquanto direito humano firmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O sentimento de criminalidade constante e de medo nos indivíduos, porém, é alimentado diariamente pela mídia. Os veículos de comunicação, ao divulgarem notícias de cunho criminal, mediante o uso do sensacionalismo jornalístico, ultrapassam o direito de informar e criam uma sensação de impunidade e violência na sociedade. O resultado disso é a formação de um Direito Penal contra os inimigos sociais.

O Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal do Terror é fruto da cultura de maximização do Direito Penal a partir da busca pela constituição de novos tipos criminais, da elevação das penas e da redução das garantias processuais contra os indivíduos considerados inimigos da sociedade e que, portanto, agiram em

desconformidade com os preceitos de um corpo social pretensamente harmônico e pacífico.

Os veículos de comunicação, à vista disso, tem o condão de promover um sentimento de medo nos seres humanos, o que faz emergir no Estado a necessidade de se proceder a alterações legislativas e enrijecer o ordenamento jurídico penal, sob a ilusória, ou não, pretensão de minimizar a violência e causar uma sensação de segurança à sociedade a partir do seu direito e dever de punir quem contrariar o Direito Penal.

Referências

ANDRADE, Manoel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal:** uma perspectiva jurídico-criminal. Portugal: Coimbra, 1996.

ARISTÓTELES. **A política**. Coleção Saraiva de Bolso. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. **Sociologias 13**, ano 7. Porto Alegre, jan.-jun., 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23562.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

BARBOSA, Gustavo; RABAÇA, Carlos Alberto. **Dicionário de comunicação**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BEDIN, Gilmar Antônio. **A Idade Média e o nascimento do Estado Moderno:** aspectos históricos e teóricos. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2013.

_____. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Unijuí, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal:** fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. [S.l.: s.n.], 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve história do direito penal e da evolução da pena. **Revista Eletrônica Jurídica da Faculdade Cenecista de Campo Largo**, n. 1, jan./jun. de 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/breve_historia_do_direito_penal_e_da_evolucao_da_pena.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

GAZOTO, Luís Wanderley. **Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo**: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. A intervenção penal para a proteção dos direitos e liberdade fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira. **Revista dos Tribunais**, v. 797/2002. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000162ad4463377ae57121&docguid=If5672f90f25011dfab6f010000000000&hitguid=If5672f90f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=25&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 09 abr. 2018.

HOBBES, Thomas. **Leviatã:** ou matéria, forma e poder de um estado de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo:** noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MACHADO, Jonatas. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Portugal: Coimbra, 2002.

MICHAUD, Yves. **A violência**. São Paulo; Ática, 1989.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas processuais penais à luz da Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 97/2016. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000162ad4240b939bad342&docguid=I6e5619b08b8011e6b143010000000000&hitguid=I6e5619b08b8011e6b143010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 09 abr. 2018.

MORIN, Edgar. **Culturas de massa no século XX**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 39, 2011. Disponível em: <www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18376/9842>. Acesso em: 09 abr. 2018.

Linha B

Direitos humanos, relações internacionais e equidade

27

O caso Maria da Penha Fernandes x Estado Brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos e suas repercussões no direito brasileiro[1]

Aline Marceli Schwaikardt[2]

1 Introdução

Nicolau Maquiavel tinha como um de seus pensamentos: *"Estou convencido de que é melhor ser impetuoso do que circunspecto, porque a sorte é como a mulher; e, para dominá-la, é necessário bater nela e contrariá-la."*. A mulher sempre foi submissa ao homem, tendo por função básica a procriação, manutenção do lar e educação dos filhos. A mulher foi criada e estava ali para unicamente servir aos homens para o que fosse necessário, este era o pensamento dominante a dois séculos atrás. Porém a sociedade ainda hoje cultiva os resquícios desse pensamento retrógrado. Ao longo do tempo, elas começaram a dar seus primeiros passos em direção à independência.

Foi e ainda é um processo muito complicado para as mulheres se livrarem dessas "algemas" nas quais foram criadas. Tanto é que

---

[1] Artigo apresentado à disciplina de Direito Internacional ministrada por Joice Graciele Nielsson.

[2] Acadêmica do 7º semestre do curso de Direito da UNIJUÍ (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul); aline-marceli@hotmail.com

por volta da década de 40, o feminismo começa a dar os primeiros passos. Essa é uma batalha bastante árdua, porque de um lado há o que historicamente ficou cravado como destino da mulher: ser mãe, esposa e "dona do lar" e de outro a possibilidade de ser independente, de construir um futuro no qual pode estar igualmente ao lado do sexo masculino ou até mesmo à frente.

Apesar da grande evolução de conquistas das mulheres, um grande número delas é submetida a alguma forma de violência física, sexual, moral ou psicológica. Pois, além de ser um crime, é uma violação grave dos direitos humanos. A violência contra a mulher é uma manifestação das desigualdades que foram sendo produzidas ao longo do tempo e da história pela sociedade, inclusive no âmbito do trabalho ainda hoje há certa discriminação quanto à diferença salarial entre o sexo feminino e o masculino. A maioria das mulheres que são submetidas à alguma forma de violência, sofrem em silêncio, e fazem isso por medo da reação do seu meio social, pelos filhos e até por medo de que seja gerada mais violência diante de uma denúncia. Elas não expressam, mas sentem medo da morte sempre que são violentadas.

Segundo a página Retrato da violência contra a mulher no RS (2016), o lugar com mais número de ocorrências registradas é na microrregião de Soledade, onde todos os dias, mulheres de idade entre 18 e 32 anos sofrem algum tipo de violência no Rio Grande do Sul. 53% das violências ocorrem durante o dia e 47% à noite.

A Lei número 11.340 de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, surgiu com o intuito de erradicar ou senão pelo menos prevenir e encorajar as mulheres, além de fazer com que os dados de violência doméstica diminuíssem, perpetrando com que as mulheres não tenham medo de denunciar seus agressores, e principalmente fazendo que esses não saiam em pune.

2 Evolução histórica da mulher na sociedade

Foram e continuam sendo conquistadas muitas coisas importantíssimas para as mulheres, tanto que tem um dia em que celebram o "ser mulher": o dia internacional da mulher, que é celebrado no mundo todo no dia 8 de março. A escolha dessa data tem grande importância histórica: A história do dia internacional da mulher é muito significante para a luta dos direitos, pois enquanto várias mulheres em 1911 lutavam por maior segurança no trabalho em uma indústria têxtil, foram queimadas. A partir daí que foi escolhido o dia 8, mas também por uma série de lutas nos EUA por direitos trabalhistas e políticos. Na Rússia as comemorações do dia internacional da mulher foram o estopim para a revolução russa de 1917.

A ideia de instituir o Dia Internacional da Mulher surge na virada do século XX, no contexto da Segunda Revolução Industrial e da Primeira Guerra Mundial, quando ocorre a incorporação da mão-de-obra feminina, em massa, na indústria.

2.1 Constituição de 1988 e o marco na proteção as mulheres

No processo de luta pela restauração da democracia, o movimento de mulheres teve uma participação marcante, ao viabilizar um conjunto de reivindicações relativas ao seu processo de exclusão, assim como ao lutar pela inclusão dos direitos humanos para as mulheres. Seu marco foi à apresentação da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes (1988), que indicava as demandas do movimento feminista e de mulheres.

A Carta Magna de 1988 incorporou no Artigo 5°, I: "Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". E no Artigo 226, Parágrafo 5°: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher". Esses dois artigos garantiram a condição de equidade de gênero, bem como a proteção dos direitos humanos das mulheres

pela primeira vez na República Brasileira. Esse processo, protagonizado pelo chamado lobby do batom, formado pelo CNDM (Conselho Nacional dos Direitos da Mulher), pelas feministas e pelas 26 deputadas federais constituintes, obteve importantes avanços na nova Constituição Federal, ao garantir igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres perante a lei.

2.2 Algumas conquistas femininas na história brasileira

A evolução histórica dos direitos das mulheres é muito interessante e complexa e tem início em 1822 e se expande até os dias atuais.

> Em 1822 Maria Leopoldina Josefa Carolina, arquiduquesa da Áustria e imperatriz do Brasil, exerce a regência, em 1822, na ausência de D. Pedro I, que se encontrava em São Paulo. A imperatriz envia-lhe uma carta, juntamente com outra de José Bonifácio, além de comentários a Portugal criticando a atuação do marido e de dom João VI. Ela exige que D. Pedro proclame a independência do Brasil e, na carta, adverte: "O pomo está maduro, colhe-o já, senão apodrece". (GOULART, 2012).

Em 1827 surge a primeira lei sobre educação das mulheres, permitindo que frequentassem as escolas elementares; as instituições de ensino mais adiantadas eram proibidas a elas. Em 1879 as mulheres têm autorização do governo para estudar em instituições de ensino superior; mas as que seguiam este caminho eram criticadas pela sociedade.

Ainda segundo o autor já citado, em 1885 a compositora e pianista Chiquinha Gonzaga estreia como maestrina, ao reger a opereta "A Corte na Roça". É a primeira mulher no Brasil a estar à frente de uma orquestra. Precursora do chorinho, Chiquinha compôs mais de duas mil canções populares, entre elas, a primeira marcha carnavalesca do país: "Ô Abre Alas". Escreveu ainda 77 peças teatrais. Em 1887 formou-se a primeira médica no Brasil: Rita

Lobato Velho. As pioneiras tiveram muitas dificuldades em se afirmar profissionalmente e algumas foram ridicularizadas.

Em 1917 a professora Deolinda Daltro, fundadora do Partido Republicano Feminino em 1910, em plena República Oligárquica, lidera uma passeata exigindo a extensão do voto às mulheres. Em 1927 o Governador do Rio Grande do Norte, Juvenal Lamartine, consegue uma alteração da lei eleitoral dando o direito de voto às mulheres. O primeiro voto feminino no Brasil – e na América Latina! – foi em 25 de novembro, no Rio Grande do Norte. Quinze mulheres votaram, mas seus votos foram anulados no ano seguinte. No entanto, foi eleita a primeira prefeita da História do Brasil: Alzira Soriano de Souza, no município de Lages – RN. Em 1932: Getúlio Vargas, no início da Era Vargas, promulga o novo Código Eleitoral, garantindo finalmente o direito de voto às mulheres brasileiras. Em 1933: Nas eleições para a Assembleia Constituinte, são eleitos 214 deputados e uma única mulher: a paulista Carlota Pereira de Queiroz. (GOULART, 2012).

Em 1937/1945: O Estado Novo criou o Decreto 3199 que proibia às mulheres a prática dos esportes que considerava incompatíveis com as condições femininas tais como: "luta de qualquer natureza, futebol de salão, futebol de praia, pólo, pólo aquático, halterofilismo e beisebol". O Decreto só foi regulamentado em 1965. Em 1948: Depois de 12 anos sem a presença feminina, a delegação brasileira olímpica segue para Londres com 11 mulheres e 68 homens. Em 1960 durante o Período Democrático, a grande tenista brasileira, a paulista Maria Esther Andion Bueno torna-se a primeira mulher a vencer os quatros torneios do Grand Slam (Australian Open, Wimbledon, Roland Garros e US Open). Conquistou, no total, 589 títulos em sua carreira.

Michel Goulart (2012) em seu parecer elabora que em 1979 Eunice Michilles, então representante do PSD/AM, torna-se a primeira mulher a ocupar o cargo de Senadora, por falecimento do titular da vaga. A equipe feminina de judô inscreve-se com nomes de homens no campeonato sul-americano da Argentina. Esse fato

motivaria a revogação do Decreto 3.199. Em 1980 recomendada a criação de centros de autodefesa, para coibir a violência contra a mulher. Surge o lema: "Quem ama não mata".

Em 1983 surgem os primeiros conselhos estaduais da condição feminina (MG e SP), para traçar políticas públicas para as mulheres. O Ministério da Saúde cria o PAISM – Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher, em resposta à forte mobilização dos movimentos feministas, baseando sua assistência nos princípios da integralidade do corpo, da mente e da sexualidade de cada mulher. Em 1985 surge a primeira Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher – DEAM (SP) e muitas são implantadas em outros estados brasileiros. Ainda neste ano, com a Nova República, a Câmara dos Deputados aprova o Projeto de Lei que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. É criado o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (Unifem), em lugar do antigo Fundo de Contribuições Voluntárias das Nações Unidas para a Década da Mulher. (GOULART, 2012).

Em 1988 através do lobby do batom, liderado por feministas e pelas 26 deputadas federais constituintes, as mulheres obtêm importantes avanços na Constituição Federal, garantindo igualdade a direitos e obrigações entre homens e mulheres perante a lei. Em 1990 eleita a primeira mulher para o cargo de senadora: Júnia Marise, do PDT/MG. Zélia Cardoso de Mello é a primeira ministra do Brasil. Ela assume a pasta da Economia no governo de Fernando Collor (1990-92). O autor já citado, em seu artigo ainda menciona que em 1993 assassinada Edméia da Silva Euzébia, líder das Mães de Acari, o grupo de nove mães que ainda hoje procuram seus filhos, 11 jovens da Favela de Acari (RJ), sequestrados e desaparecidos em 1990. Ocorre, em Viena, a Conferência Mundial de Direitos Humanos. Os direitos das mulheres e a questão da violência contra o gênero recebem destaque, gerando assim a Declaração sobre a eliminação da violência contra a mulher.

Em 1994 Roseana Sarney é a primeira mulher eleita governadora de um estado brasileiro: o Maranhão. Foi reeleita em

1998. Em 1996 o Congresso Nacional inclui o sistema de cotas, na Legislação Eleitoral, obrigando os partidos a inscreverem, no mínimo, 20% de mulheres nas chapas proporcionais. Em 1996 a escritora Nélida Piñon é a primeira mulher a ocupar a presidência da Academia Brasileira de Letras. Exerce o cargo até 1997 e é membro da ABL desde 1990.

Em 1997 as mulheres já ocupam 7% das cadeiras da Câmara dos Deputados; 7,4% do Senado Federal; 6% das prefeituras brasileiras (302). O índice de vereadoras eleitas aumentou de 5,5%, em 92, para 12%, em 96. Em 1998 a senadora Benedita da Silva é a primeira mulher a presidir a sessão do Congresso Nacional. Em 2003 no Brasil do século XXI, Marina Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT) do Acre, reeleita senadora com o triplo dos votos do mandato anterior, assume o Ministério do Meio Ambiente do governo Lula. Em 2010 Dilma Rousseff, é eleita a primeira presidente mulher do Brasil. (REDE JORNAL CONTÁBIL, 2016)

3 Maria da Penha Maia Fernandes

Maria da Penha Maia Fernandes nasceu em Fortaleza, Ceará no ano de 1945. Maria se tornou uma farmacêutica que lutou para que seu agressor viesse a ser condenado. Hoje, com 71 anos e três filhas, ela é líder dos movimentos de defesa dos direitos das mulheres, uma grande vítima de violência doméstica.

Maria da Penha foi casada por 23 anos com Marco Antonio Heredia Viveiros. Foi um matrimônio regado por muitas violências, até que o seu cônjuge tentou matá-la duas vezes. A primeira vez foi em um assalto forjado por ele mesmo, no qual disparou um tiro em suas costas e a deixou paraplégica. O segundo atentado foi no banheiro, onde ele tentou eletrocutá-la, mas graças a babá das crianças, não conseguiu consumar o crime. Depois de uma batalha intensa para que seu agressor fosse punido, 19 anos depois o agressor foi condenado à 8 anos de prisão, o qual cumpriu somente 2 e foi solto em 2004. Hoje, ele ainda está livre. (MAIA FERNANDES, 2012).

Maria da Penha Maia Fernandes deu nome à Lei 11.340, Lei Maria da Penha, que foi sancionada em 7 de agosto de 2006 pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que visa desde então proteger as mulheres de violência doméstica.

3.1 Criação da Lei Maria da Penha através da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O caso número 12.051 da Organização dos Estados Americanos, foi um caso em que um agressor foi julgado pelo crime de violência contra a mulher. Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de violência no seio familiar durante seus 23 anos de matrimônio com Marco Antônio Heredia Viveiros.

A denúncia foi formalizada perante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA pelo Centro pela Justiça pelo Direito e o Comitê Latino – Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), juntamente com a vítima.

Através de um longo processo judicial instaurado pela vítima do presente feito, Maria da Penha Maia Fernandes, o Brasil foi condenado por não dispor de mecanismos que fossem suficientes e eficientes para refrear a prática da violência contra a mulher.

O artigo 129, no seu parágrafo 9º do Código Penal foi alterado, viabilizando que os agressores possam ser presos em flagrante ou tenham como possibilidade a prisão preventiva decretada, além de que esse crime não permite com que a punição seja com penas alternativas. A lei visa medidas que permitem a remoção do agressor do domicílio, bem como a proibição de aproximar-se da vítima.

> Expressamente em lei: "*Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006). Pena - detenção, de 3 (três)*

> *meses a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)"* (DECRETO LEI Nº 2.848 DE 07 D DEZEMBRO DE 1940).

3.2 Lei 11.340 na atualidade: 10 anos da Lei Maria da Penha

"*Quero andar livre, sem uma sombra sempre me seguindo.". (VÍTIMA, 2016).*

"Tenho sido espancada, roubada e agredida verbalmente. Só quero chegar em casa depois de um dia de trabalho e poder ficar em paz, sem ter que ficar trancada.". (VÍTIMA, 2016).

"*Eu e minha mãe sofremos por longos 40 anos um sofrimento doméstico com meu pai. Tínhamos uma vida de total isolamento, tínhamos medo de tudo.". (VÍTIMA, 2016)*. Essas frases, são frases ouvidas pelo Poder Judiciário diariamente. São frases que vítimas relatam quando comparecem diante de um magistrado.

> Tramitam na Justiça gaúcha, atualmente, 66 mil processos que apuram crimes de violência doméstica e familiar - 15 mil a mais do que no ano anterior. Porto Alegre ainda segue sendo a Comarca que concentra, isolada, o maior número de ações, 7,7 mil. Em segundo lugar está Gravataí, com 2,3 mil processos em tramitação. A Comarca da Região Metropolitana da Capital fica à frente até mesmo de maiores como Caxias do Sul (2.193), Pelotas (2.180) e Santa Maria (2.125). A magistrada que atua na matéria na Comarca, Maria da Graça Fernandes Fraga, destaca o êxito na parceria entre o Judiciário e os demais órgãos que atuam na rede de atendimento e proteção às vítimas de violência doméstica e familiar. (SOUZA, 2016).

Um texto publicado para o site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por Janine de Souza em 15/08/2016[3], traz além de informações importantes referente aos processos decorrentes de medidas protetivas (desistências, audiências e projetos de acolhimento), traz também dados das ações criminais por comarcas e número de feminicídios ocorridos até aquela a data, que

[3] Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=335582>

indubitavelmente chocam os olhos dos leitores pelo grande número de ações:

Ações criminais por Comarcas	
Porto Alegre	7719
Gravataí	2392
Caxias	2193
Pelotas	2180
Santa Maria	2125
Viamão	2115
Canoas	1936
Uruguaiana	1601
São Gabriel	1570
Novo Hamburgo	1566
Bento Gonçalves	1539
Erechim	1221
São Leopoldo	1112
Santo Ângelo	1110
Cachoeirinha	1096
Bagé	1050
Santa Cruz do Sul	1021
Total de ações em todo o Estado	**66.464**

Feminicídios em tramitação	
Caxias do Sul	34
Porto Alegre	33
Pelotas	22
São Leopoldo	22
Viamão	21

Gravataí	19
Novo Hamburgo	19
Rio Grande	18
Passo Fundo	17
Alvorada	**15**
Canoas	14
Cachoeirinha	13
Santa Maria	11
Uruguaiana	11
Total no Estado	**565**

Medidas Protetivas por Comarcas	
Caxias do Sul	4.413
Canoas	3.604
Santa Cruz do Sul	3.407
Gravataí	2.903
Porto Alegre	2.743
São Leopoldo	1.820
São Gabriel	1.607
Viamão	1.526
Santo Ângelo	1.308
Bento Gonçalves	**1.276**
Pelotas	1.116
Cruz Alta	1.022
Total de MP em todo o Estado	**60.548**

Ao longo do caminho, apesar das denúncias, muitas mulheres desistem de representar contra os seus agressores. "*Mas nos casos de lesões corporais, não há escolha. Costumo explicar que o processo*

terá que prosseguir e que, no futuro, haverá nova audiência e a mulher poderá decidir se quer ou não processar o seu agressor. É uma forma de empoderá-las", afirma a Juíza Michele Scherer Becker. De acordo com a magistrada, o que ocorre também é que o agressor, após ser denunciado uma vez, acaba mudando de comportamento.

> Após o registro da ocorrência, ele muda o comportamento e a companheira desiste de levar a queixa adiante. Muitos homens entendem que hoje há punição para as agressões", avalia a Juíza. A magistrada aposta na educação para quebrar esse paradigma: "É necessário que essa desconstrução da desigualdade comece em casa e na escola, inclusive com a inclusão da temática nos currículos escolares. Educação é transformação. (SOUZA, 2016).

Os 10 anos que contemplam a lei vem seguidos da publicidade interposta pelo Tribunal de Justiça: “Lei Maria da Penha: 10 anos e ainda dói.”. O que significa que apesar da lei, muitas marcas ficam expostas ao longo dos anos.

4 Repercussões da Lei 11.340 no Direito Brasileiro

O Direito Brasileiro tem entre seus princípios básicos, o princípio da celeridade processual, ou seja, significa dar ao processo o tempo necessário para a solução do litígio, garantindo os princípios da ampla defesa e do segundo grau de jurisdição, dando solução ao caso concreto *sem que este tempo comprometa o próprio direito tutelado da vítima, que anseia pela paz.* Esse princípio foi violado inúmeras vezes de forma que enquanto as vítimas de violência doméstica tinham que efetuar denúncia e só então um inquérito policial era instaurado, comprometendo dessa maneira sua integridade física e psicológica.

Hoje, com a LMP (Lei Maria da Penha) a situação muda de figura, pois a proteção da mulher é garantida em primeiro lugar.

> Dentre suas principais características destacam-se a perspectiva da complexidade da violência doméstica e familiar visualizada pelo

> tratamento integral, multidisciplinar e em rede; a tutela penal exclusiva para as mulheres e a criação da categoria normativa de violência de gênero; as definições de violência para além dos tipos penais tradicionais (violência física e ameaça); a unificação dos procedimentos judiciais cíveis e criminais em um mesmo juizado em virtude de um único fato gerador – a violência – evitando-se que a mulher tenha de percorrer duas instâncias judiciais; as medidas protetivas de urgência que objetivam oferecer um mecanismo rápido de contenção da violência sem necessariamente instaurar um inquérito policial; as medidas extrapenais, de natureza preventiva, que pretendem intervir no contexto cultural para mudar as noções estereotipadas de gênero; a redefinição da expressão "vítima" (HEIN DE CAMPOS, 2015).

Nesse sentido e para o caso concreto de violência doméstica, o princípio da celeridade está muito bem posto. Destarte, há que se falar se de fato a lei tem a devida eficiência. A resposta se dá de pronto na prática vivenciada pelo dia a dia forense, onde inúmeras mulheres anseiam por medidas protetivas e logo após pedem desistência, ou porque voltaram a se relacionar com o agressor, ou porque foram ameaçadas novamente devido estarem resguardadas pelas medidas, ou porque tem filhos na relação, e enfim, são inúmeras explicações que se pode dar para justificar os casos.

No Mapa da Violência de 2015, elaborado por Julio Jacobo Waiselfisz, há um alerta sobre a ausência de informações confiáveis de inquéritos policiais relacionados a feminicídios. Por esse motivo, o levantamento realiza uma estimativa dessa nova categoria de crimes, baseada em fontes confiáveis como o Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e as estimativas do Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (DATASUS). Trata-se de um sistema que registra todos os óbitos em nosso país e que contém dados importantes para a contabilização de feminicídios, pois leva em conta o sexo das vítimas, a causa da morte e o local do óbito.

Algumas das constatações do Mapa da Violência são as seguintes:

- Entre 1980 e 2013, 106.093 mulheres foram mortas no Brasil;
- Foram 13 homicídios de mulheres por dia em 2013;
- Entre 2003 e 2013, a taxa nacional de homicídios de mulheres cresceu de 4,4 para 4,8 (8,8% na década);
- Embora a maior parte desse aumento tenha sido verificado após a vigência da Lei Maria da Penha, a partir de 2010 arrefece o ímpeto do crescimento da taxa;
- As mulheres negras são alvos prioritários da violência homicida: enquanto as taxas de mortalidade das mulheres brancas tendem a cair, as das mulheres negras tendem a aumentar;
- Quanto ao local da agressão, enquanto metade dos homicídios masculinos acontece na rua, com pouco peso do domicílio nas estatísticas, essa proporção é bem menor quando se trata dos homicídios femininos: 31,2% na rua e 27,1% nos domicílios, o que indica a alta domesticidade dos feminicídios11 (tal fato corrobora a tese de que a maior parte das mulheres é morta em contexto de violência doméstica e familiar e não como consequência da violência urbana indiscriminada);
- Importância de uma leitura regionalizada dos dados: ao analisar os dados por estados, o mapa percebeu que as taxas estão em declínio em locais que antes eram o destaque negativo em se tratando de violência contra as mulheres (caso do ES), sobretudo após a LMP, ao contrário de outras unidades da federação como Roraima, Rio Grande do Norte, Ceará, Paraíba e Acre, em que essas taxas têm sofrido uma escalada expressiva. O Nordeste é o destaque negativo atual;
- A interiorização da violência: se diminuiu nas capitais, cresceu nos municípios de porte médio. Há pulverização dos casos de violência fatal por todo o território nacional. (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2015).

> Por causa da Lei Maria da Penha, mais mulheres passaram a denunciar as próprias histórias de abusos sofridos, as quais provavelmente teriam um epílogo trágico não fosse a coragem de expor a público as suas dores. Hoje, a violência doméstica e familiar contra as mulheres é um assunto discutido abertamente pelas pessoas, nos seus círculos íntimos e nas mídias sociais. Igualmente positiva foi a capacidade da Lei Maria da Penha de evitar as mortes de inúmeras mulheres, o que traduzimos por efetividade. Os números de feminicídios ainda assustam e geram indignação, mas certamente o cenário seria mais brutal se a lei não existisse. (DUMARESQ, M. L., 2016).

Nesse sentido e com base na Lei 11.340 de 2006, o Código Penal Brasileiro teve uma mudança, onde o artigo 121 teve adicionado mais um inciso ao parágrafo segundo, sendo ele o inciso VI, que trata do feminicídio: "§ 2º Se o homicídio é cometido: VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.". A LMP não tratava desse aspecto e essa mudança foi de grande importância, pois além de ter LMP que confere proteção a violência, tem garantido em texto de lei do CP a punição por homicídio se for contra pessoa do sexo feminino em razão deste.

Por conseguinte, e em razão da LMP e de diversos movimentos feministas e da força que a mulher vem conquistando em sociedade, e não só em sociedade, mas dentro dela mesma, aos poucos o meio político social vai se adaptando a nova situação posta, criando leis, mecanismos de proteção e cada vez mais seguridade, engendrando mais eficácia destes meios.

5 Considerações finais

Conforma acima posto, pode-se concluir que o Estado Brasileiro foi negligente durante muito tempo com relação à Maria da Penha Maia Fernandes, a qual sofreu durante muitos anos em seu seio familiar violência doméstica, e o mais obscuro, porém importante, quase foi mais uma vítima de homicídio em decorrência das violências.

Maria da Penha poderia ter se tornado mais um índice de homicídio no país, mas não se calou e impetrou uma ação na qual o Estado Brasileiro foi condenado. A partir daí surgiu a Lei Maria da Penha, cujo nome foi em homenagem àquela que não se calou diante das ameaças, violência e tortura psicológica no seio familiar.

Guilherme Pompeo de Mattos (QUESTIONÁRIO MARIA DA PENHA, 2016), advogado criminalista diz que:

> Portanto, acerca da Lei Maria da Penha, trata-se de uma resposta estatal à violência perpetrada em face de um grupo de risco, resposta está aos órgãos de justiça internacional e também resposta às demandas individuais da própria Maria da Penha, visto que por omissão estatal quase teve sua vida ceifada por abusos domésticos perpetrados por seu próprio companheiro. Em uma análise liberal, a distinção de grupos frente ao indivíduo sempre causará desigualdades, entretanto, se buscarmos Aristóteles em carta escrita ao seu filho Nicômaco, lá vislumbraremos as espécies de justiça, em especial Justiça Retributiva, de forma que deve-se assegurar, nos dizeres de Ulpiano, "à cada um o que é seu". Dessa forma, a única possibilidade visualizada pelo legislador foi erigir uma forma especial de proteção a um grupo específico de pessoas. Infelizmente, no decorrer de uma década de vigência desta lei, a principal conclusão possível nos remete à resposta da primeira questão, uma vez que a alteração legislativa não proporcionou os fins almejados, demonstrando a necessidade de uma alteração tanto social, como individual para que seja possível a proteção deste grupo de risco.

A referência já citada ainda constata que a melhor solução para os casos de violência contra a mulher primeiramente deve ser superada no imaginário social. Doutor Guilherme (QUESTIONÁRIO MARIA DA PENHA, 2016) assim relata:

> As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade.

No mesmo sentido, as ilustres palavras do Dr. Alexandre Morais da Rosa, Juiz de Direito:

> A modernidade nos legou um enorme conjunto de utopias. Dentre elas, de particular relevância é a promessa de realização acabada de um paraíso terreno, com a eliminação da criminalidade e consolidação última de segurança absoluta da vida, da propriedade e de infinitos outros bens. Nesse sentido, um dos maiores mitos contemporâneos é sem dúvida a metafísica função de proteção de bens jurídicos que é atribuída ao Direito Penal, enquanto obra do Legislador, pai da mulher honesta (revogada na lei e presente na cabeça de muitos) e objeto de adoração do homem médio, que acredita piamente na sua capacidade de promover direitos humanos para humanos direitos. Tudo isso soa como caricatura para pessoas razoavelmente esclarecidas, que atentam para a complexidade das coisas. Mas não é apenas uma fábula. É um conto em que se acredita e que é relatado continuamente pelos professores a seus pupilos, que irão reproduzir ideologicamente o mito de forma espiral, sem jamais cessar.

Assim, hoje, temos um direito penal que busca dar respostas aos problemas sociais que não lhe competem, inclusive, atuando de forma inversa. A Lei Maria da Penha, infelizmente, atuou como catalisador neste sentido, pois em decorrência de sua quase "inversão" do sistema acusatório, houve um aumento significativo de prisões precárias, isto é, em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, isso não é exclusividade da própria lei maria da penha, visto que ainda não se observou atentamente que o direito penal representa última ratio, portanto, a última escolha possível a ser aplicada, pois notadamente não apresenta bons resultados em sua aplicação. Não se olvida a necessidade de proteção deste grupo de risco, de forma que a jurisdição penal deve fazer-se valer no caso de perpetradores de crimes, entretanto, a emancipação pessoal do indivíduo vitima destes abusos deve preceder à aplicação da reprimenda. Ademais, trata-se de problema complexo em que soluções simplistas não se prestam ao seu escopo, de forma que as respostas para o complexo

problema da violência de gênero contra a mulher ainda necessitem ser estudadas e implementadas. (MATTOS, 2016).

Referências

BRASIL, **DECRETO LEI Nº 2.848 DE 07 D DEZEMBRO DE 1940, CÓDIGO PENAL.**

DA ROSA MORAIS, Alexandre. **O mito do Legislador: louvai o Papai da mulher honesta e o céu será sua recompensa, oh homem médio!**, 2014. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/09/30/o-mito-legislador-louvai-o-papai-da-mulher-honesta-e-o-ceu-sera-sua-recompensa-oh-homem-medio/>. Acesso em 07/04/2018.

Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>, 04 de abril de 2001.

DE MATTOS POMPEO, Guilherme, **Questionário Maria da Penha**, 2016.

Rede Jornal Contábil. **Homenagem a Mulher – Um pouco da história feminina no Brasil e no mundo.** Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/homenagem-mulher-um-pouco-da-historia-feminina-no-brasil-e-no-mundo/>. Acesso em 07/04/2018.

DUMARESQ, M. L. **Os Dez Anos da Lei Maria da Penha**: **uma visão prospectiva**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2016 (Texto para Discussão nº 203). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos> Acesso em 07/04/2018.

GOULART, Michel. **Conquistas históricas das mulheres no Brasil**. Disponível em: <http://www.historiadigital.org/curiosidades/25-conquistas-historicas-das-mulheres-no-brasil/>. Acesso em 17/03/2012.

HEIN DE CAMPOS, Carmen. **Desafios na Implementação Maria da Penha**, 2015.

Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Maria_da_Penha>. Acesso em 2016.

MAIA FERNANDES, Maria da Penha. **Sobrevivi Posso Contar**, 2012.

Mapa da Violência. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em 07/04/2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**, 1532.

NUCCI DE SOUZA, Guilherme. **Violência Doméstica**, 2016.

Retrato da violência contra a mulher no RS. Disponível em: <http://retratodaviolencia.org/RS/#soledade>. Acesso em: 2016.

Sua Pesquisa.com. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/dia_internacional_da_mulher.htm>. Acesso em: 2016.

SOUZA, Janine. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=335582>. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

28

O parecer consultivo OC- 18/03 da corte interamericana de direitos humanos frente a condição jurídica dos migrantes indocumentados.

Andressa Fernanda Deppner[1]
Vanessa Caroline Cardoso[2]

A História é tão pródiga, tão generosa, que não só nos dá excelentes lições sobre a actualidade de certos acontecidos outrora como também nos lega, para governo nosso, umas quantas palavras, umas quantas frases que, por esta ou aquela razão, viriam a ganhar raízes na memória dos povos. Até Quando. Outros Cadernos de Saramago.

1 Introdução

Foi a partir da construção de tratados, sejam escritos ou não, que foi possível fortalecer as relações externas com outros países ao ponto de contarmos hoje com Tribunais Internacionais, que discutem temas relacionados aos Direitos Humanos e sua efetivação nos países pertencentes a esses tribunais.

Diante do crescente número de pessoas migrando, pelas mais diversas razões, faz-se importante discutir a necessidade de

[1] Acadêmica do Curso de Direito da Unijuí.andressadeppner6@gmail.com

[2] Acadêmica do Curso de Direito da Unijuí.vavacocarol@hotmail.com

proteção e amparo aos migrantes e refugiados na atualidade. Os migrantes muitas vezes não possuem direitos trabalhistas garantidos no país que escolhem para viver, não são considerados sujeitos de direitos. Conforme o Juiz Sergio García Ramírez fundamenta em seu voto concordante ao parecer em questão, "os migrantes indocumentados em geral, isto é, das pessoas que deixam um Estado com o propósito de se transferir a outro e se estabelecer nele, mas não contam com a autorização para isso do Estado no que pretendem residir".

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo verificar como o Parecer Consultivo OC-18\03 solicitado pelo México pode ser importante para criar condições de alterar a vulnerabilidade que se encontram os migrantes, respondendo a seguinte instigação: Por que os países devem se preocupar com os direitos fundamentais dos migrantes se eles não são seus nacionais e estão vivendo de forma irregular no Estado para o qual emigraram?

Para que seja possível chegar a um entendimento sobre o tema, exporemos em um primeiro momento o que é e como funciona o procedimento do Parecer Consultivo, os argumentos do México e dos Estados Unidos e como o Brasil se insere nesse contexto e como tratam seus migrantes.

2 Apresentação da consulta e procedimentos perante a corte

Com fundamento no art. 64 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, os Estados Unidos Mexicanos solicitaram em 2002, uma consulta sobre a privação do desfrute e exercício de certos direitos trabalhistas enfrentados pelos migrantes e a obrigação dos Estados americanos de garantir a igualdade jurídica, a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

"O México expôs que os trabalhadores migrantes, bem como o restante das pessoas, devem ter garantido o desfrute e exercício

dos direitos humanos nos Estados onde residem" Pág. 2 Parecer Consultivo OC 18\03, sendo essa a causa que originou a manifestação do seu interesse pela consulta.

Para ter seu pedido observado, o México solicitou que fossem utilizadas as regras da Carta da Organização dos Estados Americanos e o artigo II da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e fundamentou perguntas que versam sobre os seguintes assuntos: se é cabível que um Estado estabeleça tratamento prejudicial para os migrantes quanto ao desfrute de seus direitos trabalhistas, se a permanência legal de pessoas no território de um Estado é condição necessária para que se respeite e garanta os direitos e liberdades reconhecidos na Declaração Universal e no artigo 24 do Pacto. Se a privação e discriminação é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei. Ainda, qual seria a validade da interpretação por parte de um Estado no sentido de subordinar ou condicionar a observância dos direitos fundamentais ao regramento interno do país.

Após a apresentação do pedido, a Secretaria da Corte em conformidade com o seu regulamento, transmite o pedido de Parecer Consultivo a todos os Estados membros, ao Secretário e ao Presidente da OEA e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para que estes se manifestem e apresentem seus comentários escritos ou documentados dentro de determinado prazo estabelecido. O fluxo de recebimento desses documentos e comentários é descrito nas páginas iniciais do Parecer, narrando todas as etapas que possibilitaram a sua composição.

O Estado solicitante manifestou ainda que a Corte teria grande relevância para o efetivo cumprimento das obrigações internacionais por parte dos Estados receptores de migrantes, ao tratar de forma precisa às obrigações e o respeito e proteção dos direitos trabalhistas independente da nacionalidade das pessoas. O México pretende com a consulta ter uma posição concreta, visto que

apresentou sua preocupação com os mais de cinco milhões de mexicanos fora do território nacional.

O parecer traz em seguida a manifestação dos Estados membros, sendo que o presente trabalho não pretende esgotar seus comentários, apenas apresentaremos os argumentos do México, dos Estados Unidos que recebem a maioria dos migrantes mexicanos e a posição do Brasil.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos ressaltou a partir da página 22 da Consulta, que o Princípio de não discriminação do Direito Internacional é que consagra as pessoas como iguais e impõe aos Estados determinadas proibições. Os instrumentos internacionais não podem fazer distinções de raça, cor, sexo que prejudiquem determinado grupo de pessoas, proibindo práticas discriminatórias. Trata ainda de mencionar o *status migratório*, em que os Estados podem determinar quais estrangeiros podem ingressar em seu território e as condições para isso, mas deixa claro que devem sempre ser observado se essa imposição de adentrar em outro território não tem caráter taxativo ao princípio da igualdade.

O parecer discutido foi submetido à competência da Corte Interamericana, respeitando os requisitos estabelecidos pelo seu regulamento, como a formulação de perguntas consistentes e que se pretende obter o parecer da Corte, indicação das disposições legais em que tem seu embasamento, indicação do nome e endereço do Agente e indicação das regras internacionais. O preenchimento de todos os requisitos acima mencionados, não obriga a Corte a conceder uma resposta ao pedido.

A estrutura do Parecer Consultivo é disposta de forma que possibilite o melhor entendimento dos futuros leitores e a relevância dos temas descritos. Esse parecer se seguiu da seguinte maneira: primeiramente apresenta um glossário com as variações de o termo migrar, depois apresenta a ordem de apresentação dos temas, dispondo sobre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e caráter fundamental do princípio de igualdade, aplicação

do princípio de igualdade e não discriminação, direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados e as obrigações dos Estados nas políticas migratórias em face aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

A corte apresenta ainda definição dos princípios internacionais que respeitará para definir um posicionamento, tendo definido no item "Direitos dos Trabalhadores Migrantes Indocumentados", VIII, pág. 109 do Parecer OC18\03, trabalhador migrante como toda pessoa que irá realizar, realize ou tenha realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual não é nacional. Os trabalhadores indocumentados em situação irregular são os que não cumprem as condições dos trabalhadores documentados, não contam com autorização para ingressar, permanecer e exercer uma atividade em um Estado de que não fazem parte.

A Corte afirma que a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O migrante, ao assumir uma relação, adquire direitos, por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação estar regularizada. Não estão obrigados a contratar migrantes indocumentados, mas a partir do momento que figure uma relação de trabalho devem garantir o cumprimento dos direitos deles como trabalhadores. Frequentemente vem a público casos de direitos dos migrantes violados como o trabalho forçado ou obrigatório, o trabalho infantil, a não concessão de aposentadoria a migrantes, salários inferiores aos nacionais.

É nesse sentido que a Corte proferiu por unanimidade o parecer, para que figure como um dispositivo possível de consulta diante de um caso que prejudique aquele que não tem poder sozinho para se defender, para que o migrante mesmo que ainda num plano teórico tenha seus direitos garantidos.

3 A posição do México quanto as dedutíveis violações

Adentrar o questionamento acerca do tema de direitos humanos torna-se complexo e se encontrando inúmeras dificuldades. Os tratados celebrados que elencam o tema, pelo menos aqueles que vieram em um período após o término da Grande Guerra, exemplificam a importância crucial dada quanto à questão correspondente à preservação da dignidade humana. Os direitos humanos representam, tal qual como apresentados sob as óticas modernas dos Tratados Internacionais, a intervenção nos Estados no sentido de determinar que façam e executem leis seguindo um espelho, uma determinação mínima, respeitando a dignidade humana e ancorando a proteção dos direitos fundamentais e sociais daqueles que se encontram em um patamar desigual de poder na era capitalista de direitos humanos.

Para tanto, o que assume elevado grau de importância e que se encontra em questionamento seria a violação dos direitos a um trabalho digno, além da quebra dos princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. De acordo com o princípio de igualdade jurídica consagrado no artigo II da Declaração Americana, no artigo 24 da Convenção Americana, no artigo 7 da Declaração Universal e no artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, toda medida que propicie um tratamento prejudicial diferenciado a pessoas ou grupos de pessoas que se encontrem no território de um Estado americano e sujeitas à sua jurisdição, é contrária ao reconhecimento de igualdade perante a lei, que proíbe todo tratamento discriminatório com apoio na lei.

É inegável que um trabalhador, em razão de sua nacionalidade não deva sofrer preconceitos e discriminações por parte daqueles considerados detentores do poder do lucro, para que esses obtenham vantagens econômicas. As necessidades daqueles em situação de desvantagem não devem ser usadas como

instrumento produtor de violações que proporcionem vantagens voluptuosas para aqueles usurpadores de capital. Tais seriam os argumentos do México previstos no próprio pedido de Parecer Consultivo em análise:

> É "inaceitável" que um Estado americano subordine ou condicione, de qualquer forma, a observância dos direitos humanos fundamentais à consecução de objetivos de política migratória contidos em suas leis, ignorando obrigações internacionais derivadas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e outras obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos oponíveis erga omnes. Isso é assim, apesar de que para justificar tal comportamento sejam invocados objetivos de política interna previstos na legislação doméstica e considerados, sob o ponto de vista governamental, como legítimos para a consecução de certos fins, "incluindo, por exemplo, a aplicação de uma política de controle migratório baseada na luta contra o emprego de estrangeiros indocumentados". (México, 2002, pg. 13)

Ainda, nessa mesma página, o México salienta que:

> Nem sequer quando se trata da ordem pública, que é o fim último de qualquer Estado de direito, é aceitável restringir o desfrute e exercício de um direito. Muito menos aceitável seria pretender fazê-lo invocando objetivos de política interna contrários ao bem comum. O bem maior à coletividade deve ser o princípio primordial presente em todos os ordenamentos, mesmo que seja do interesse de um Estado colocar-se acima de uma destas determinações presentes nos tratados, o bem da coletividade se encontra em nível hierárquico superior quando em conflitividade com qualquer norma nacional de qualquer Estado. (México, 2002, pg. 13)

Vale destacar que, segundo a Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, confirma-se a responsabilidade assumida pela entidade em promover políticas sociais. Dessa maneira, esses princípios e direitos básicos cobrem quatro áreas essenciais, quais sejam: liberdade sindical e direito à

negociação coletiva; erradicação do trabalho infantil; eliminação do trabalho forçado; não discriminação no emprego ou ocupação.

Para os fins da presente convenção:

a) O termo "remuneração" compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou no mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou in natura pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último;
b) “A expressão “igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor” se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.

Destaca-se, também, a questão da discriminação no emprego e na profissão por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional e origem social. Fomenta-se promover a igualdade de oportunidades e de tratamento além de formular um plano político de cunho nacional que elimine toda e qualquer discriminação no emprego e que objetive cativar a igualdade de oportunidades e de tratamento.

Nesse estudo, sobre discriminação convém o pensamento de Carlos Augusto Britto:

> Discriminar é distinguir negativamente, negativando o outro. É isolar, separar alguém para impor a esse alguém um conceito, uma opinião desfavorável por motivos puramente histórico-culturais, jamais lógicos, jamais racionais, por defecção, por distorção, por disfunção de mentalidade ao longo de um processo histórico cultural. E isso implica humilhação: humilhar o outro. E o humilhado se sente como que padecente de um déficit de cidadania, de dignidade, acuado pelo preconceito. O discriminado se sente como sub-raça ou subpovo ou subgente, falemos assim, sentindo-se desfalcado não do que ele tem, mas do que ele é. E a sua autoestima fica ao rés do chão [...].” (BRITTO, 2004).

A convenção n.º 111 foi baseada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 afirma: “todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais”. A convenção, assim, estipula:

> Artigo 1.º §1.º Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" compreende:
> a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.
> b) Qualquer outra distinção; exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
> (...)
> §3.º Para os fins da presente Convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.
> Artigo 2.º: Qualquer Membro para o qual a presente Convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.”

Deste modo, “O que se busca é resgatar a função teleológica trabalhista, pautada na melhoria das condições de trabalho em favor do empregado, a fim de que o ramo justrabalhista não perca sua essência em face das inovações paradoxais criadas pelo mundo moderno.” (DELGADO,2003)

A partir do que se pode constatar das relações trabalhistas corriqueiras nos Estados Unidos, de forma a contrariar o dispositivo, o homem se encontra considerado como um elemento meramente residual enquanto que o lucro passa a reger as relações na sociedade contemporânea. Porém, ninguém é livre se não asseguradas condições materiais mínimas de subsistência, em um sistema político que privilegia apenas as determinações do mercado econômico e, por consequência, as desigualdades sociais, já que sem dignidade não existe cidadania.

A cidadania é o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos, o primeiro direito humano do qual derivam todos os demais, direitos que a experiência autoritária mostrou que só podem ser exigidos a partir da igual inserção e superação da discriminação.

Neste sentido, pode-se afirmar que "A igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos". (ARENDT, Hannah, 1932 apud LAFER, Celso, 1991)

Portanto, o maior desafio presente na situação dos trabalhadores indocumentados consiste em recriar o Direito do Trabalho por meio da prevalência dos Diretos Humanos no universo trabalhista. A saída para a questão encontra importância na sua regulamentação e na construção de um Estado voltado para o bem-estar de seu povo e para a integração do indivíduo no mercado de trabalho. Assim assegura Márcio Vianna, "agora, mais do que nunca, não devemos ter medo de pensar, de mudar, de ousar. Só assim estaremos usando o Direito para transformar realidade". (VIANNA, 1996)

4 Argumentos dos Estados Unidos quanto às acusações

Os Estados Unidos da América, diante das acusações de possíveis violações de direitos fundamentais dos trabalhadores encontrados em situação irregular no território seria de que, basicamente, a OIT, assim como outros tratados convencionados a nível internacional e de caráter de normas de Jus Cogens, não assumiriam posição hierárquica superior em relação à legislação interna adotada. Segundo o posicionamento, os Estados não seriam obrigados a respeitar as convenções e resoluções asseguradas pelas entidades, visto que estas não teriam o condão de interferir, no caso de conflito entre normas, na legislação de um Estado signatário de um Sistema Monista com prevalência de normas de direito interno.

O escrito foi formulado em representação de 50 organizações de direitos civis, trabalhistas e migratórios nos Estados Unidos da América:

> Nos Estados Unidos da América não são efetivas as sanções para o empregador que contrata trabalhadores "não autorizados". O Immigration Reform and Control Act (IRCA), de 1986 estabelece que o empregador deve verificar a identidade e elegibilidade do pessoal que contrata. No entanto, a lei permite que os empregadores revisem os documentos de uma maneira superficial. Os empregadores têm poucos motivos para temer que o Immigration and Naturalization Service os sancione por contratar migrantes indocumentados; veem isso, ao contrário, como uma decisão legítima que lhes poupa custos. Mesmo quando os empregadores violam a lei, as sanções e multas que recebem são baixas e pouco frequentes. Portanto, de acordo com a legislação atual, os empregadores podem contratar trabalhadores "não autorizados", beneficiar-se deles e ameaçar denunciá-los ao Immigration and Naturalization Service, sem temor de possíveis ações do governo. (Parecer da Corte, pág. 50)

A grande dificuldade se encontra na tentativa de conciliação entre o sistema econômico norte americano e sua política privativa da livre circulação de pessoas, que pretende barrar a todos aqueles

identificados como migrantes. A entrada cada vez mais restrita aliada a ilusão de se obter melhores condições de vida proporcionadas pelas maiores oportunidades de emprego estimulam a entrada ilegal desses migrantes mexicanos. E, dessa forma, essa migração ilegal, em que pessoas desesperadas em busca de um teto e de comida acabam enfrentando qualquer tipo de situação, além de qualquer futuro trabalho, para que garantam para si e para seus familiares condições mínimas de sustento, ainda que desumanas. Portanto, mesmo sendo trabalhadores ilegais, “invadirem o território americano”, acabam se encontrando em situação de desvantagem, além de enfrentarem tratamento discriminatório. Assim,

> A política imigratória muitas vezes é contraditória com as representações acerca da "América" como terra de oportunidades. Rossana Reis (2003), analisando comparativamente a política migratória estadunidense e francesa, demonstra que, ao longo do século XX, apesar da difusão dessa ideologia dos Estados Unidos como terra de oportunidades, mesmo no período de maior migração para esse país - entre o final do século XIX e o início de século XX -, a política estadunidense de imigração estabelecia uma série leis restritivas aos imigrantes que eram selecionados segundo critérios religiosos e raciais. A autora ressalta também que, se até meados do século XX a discussão sobre a imigração girava em torno do eixo nativismo/religião civil, a partir do final do século XX, num movimento que só tende a se acentuar depois dos atentados do dia 11 de setembro de 2001, o eixo principal da política de imigração parece ser direitos humanos/segurança nacional. (ASSIS, 2008, p.3)

No mesmo sentido, cabe salientar que,

> A preocupação com a segurança nacional pós-atentados parece ter colocado em xeque um dos princípios considerados fundamentais da constituição estadunidense e do governo republicano - a ideia de "liberdade". Como resposta aos ataques, foi declarada uma "guerra contra o terror", que se traduziu, entre outras medidas, em uma política migratória muito mais restritiva. Segundo

> Chomsky (2001), "guerra contra o terrorismo" é uma denominação genérica, constituindo-se mais em uma forma de propaganda, a não ser que a guerra realmente investisse contra o terrorismo. No entanto, o que se viu na sequência de tal denominação foi a utilização desse termo para invadir países considerados "terroristas", como o Afeganistão e o Iraque - o que não é nosso objetivo discutir aqui - e uma mudança na política de concessão de vistos e de controle ou patrulhamento das fronteiras. (ASSIS, 2008, p. 4)

Por conta de uma política restrita de direitos e amparo ao trabalhador, aos chamados direitos sociais, um trabalhador, mesmo depois de cumpridos o lapso temporal mínimo no território e não ter cometido nenhum crime, o trabalhador indocumentado sente a ilusão da legalização muito afastada da concretização. A legislação americana dificulta, em muito, a concessão de regularidade para aquele que enfrentou uma gama de direitos quebrados e desconsiderados. Para tanto, ainda, é importante destacar que, na realidade, seria de inteira responsabilidade americana a não permissão desses direitos, já que uma das funções primordiais de um Estado seria respeitar os pactos e tratados internacionais que possuam caráter de normas de Jus Cogens.

> No ramo jus trabalhista não se deve falar em hierarquia de diplomas normativos, pois prevalece, na pirâmide hierárquica jus trabalhista, aquela norma que melhor expressa o objetivo teleológico central do Direito do Trabalho, ou seja, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Nesse sentido, sempre que existir conflito entre o direito interno e a ordem jurídica internacional será preciso levar em consideração o princípio específico da norma mais favorável ao trabalhador, devido ao caráter de hierarquia próprio existente entre as fontes jus trabalhistas.” (ALVARENGA, Rúbia, 2008).

A Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seu artigo 19, alínea 8, consubstancia a regra da norma mais favorável, quando em referência à ratificação de suas

convenções determina: “Em nenhum caso poderá admitir que a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência Internacional do Trabalho, ou a ratificação de uma convenção por qualquer membro torne sem efeito qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis que as que configuram na convenção ou na recomendação”.

5 A posição do Brasil em relação às práticas internas com os migrantes

A Constituição Federal de 1988 estabelece tratamento igual para nacionais e estrangeiros e a validade dos direitos que decorrem dos tratados internacionais. As leis trabalhistas não fazem distinção entre trabalhadores nacionais ou estrangeiros, sendo que os migrantes têm direito a receber salários e benefícios sociais concedidos aos nacionais e tem acesso a justiça garantida pela Constituição.

A realidade é diferente do que propõe a lei, pois na prática os migrantes tem medo de retaliação e da deportação, vivem receosos e apreensivos e, ainda, não buscam exercer os direitos concedidos pela lei brasileira.

O Brasil contava com o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/1980 que regulava as condições do estrangeiro no país. Foi adotado durante a Ditadura Militar e era insuficiente para reger as relações com os migrantes, pois tratava apenas da forma de aquisição e perda da nacionalidade brasileira aos migrantes sem levar em conta o atual fluxo migratório mundial.

O Estatuto restringia a condição jurídica dos migrantes e estava ligado ao autoritarismo da época, que os via como uma ameaça à segurança nacional. Não trazia nenhuma referência ao repúdio à xenofobia e não se preocupava com os asilos políticos.

Como a recente lei promulgada, Lei 13.445/2017, não é o termo estrangeiro usado, mas migrante, relacionado com a sua

condição de passagem, ou seja, garantir que os migrantes tenham acesso a serviços públicos como o SUS, a garantia da inviolabilidade do direito à vida e a liberdade, independentemente de sua nacionalidade. Traz um título sobre a nacionalidade de filhos nascidos no exterior, as condições para a naturalização são mais bem classificadas na nova disposição, exigindo como requisito não mais saber falar e escrever português, mas comunicar-se na língua. Alterou também o período de residência, de 5 para 10 anos para solicitar a naturalização. Distingue os tipos de visto, criando o visto como refugiado, que não existia anteriormente, e altera o Código Penal ao criminalizar os traficantes de pessoas, conhecidos como *coiote* dentre outras disposições.

É uma lei atualizada e em sintonia com os tratados de que o Brasil faz parte e tem ratificado, pois suas principais alterações visam um alinhamento e a prevalência dos Direitos Humanos nas relações com migrantes.

Conforme dados da pesquisa do IPEA, só em 2017, o Brasil já acolheu mais de 10 mil refugiados, sendo que 30% deles não estão regulares em nosso país por serem provenientes de países em constantes guerras e, para tentar uma vida melhor, acabam embarcando em botes e navios de carga para cruzar o atlântico, mesmo sem a certeza de sua chegada a salvo ou do país de destino final. Isso sem falar nos dados sobre imigração no Brasil que conforme pesquisa da Polícia Federal divulgada em 2015, já somam mais de 120 mil imigrantes, a maioria haitiana e boliviana.

Diante disso, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, uma nova Lei da Migração de relatoria do senador Tasso Jereissati. A proposta legislação visa atualizar o Estatuto do Estrangeiro e torná-lo mais eficiente no respeito à segurança nacional e prevalência dos direitos humanos.

Recente Portaria MTB nº1129/2017 do Ministério do Trabalho e do Governo Federal modifica o conceito de trabalho análogo à condição de escravo interferindo diretamente com os tratados que o Brasil é signatário. A portaria significa um retrocesso na garantia

constitucional de proteção à dignidade humana. “Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente”. Silva, Pág. 90.

Ou seja, se fora do país, o Brasil assina tratados internacionais e é referência em matéria de legislação, aqui dentro a legislação não da conta de garantir o que tentamos proteger com os tratados, a dignidade das pessoas, que antes de trabalhadores e imigrantes são nossos semelhantes. A medida levou a OIT a emitir uma nota dizendo que o Brasil deixa de ser referência no combate ao trabalho escravo e vira exemplo negativo.

Considerações Finais

Diante das indagações expostas, está claro que a condição de migrante de uma pessoa não pode constituir, de nenhuma maneira, uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O migrante, ao assumir uma relação trabalhista, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado de emprego. Estes direitos são consequência da relação trabalhista.

É inegável que um trabalhador, em razão de sua nacionalidade deva sofrer preconceitos e discriminações por parte daqueles considerados detentores do poder do lucro, para que estes obtenham vantagens econômicas. A legislação americana dificulta, em muito, a concessão de regularidade para aquele que enfrentou uma gama de direitos quebrados e desconsiderados. Para tanto, ainda, é importante destacar que, na realidade, seria de inteira responsabilidade americana a não permissão desses direitos, já que uma das funções primordiais de um Estado seria respeitar os pactos e tratados internacionais que possuam caráter de normas de Jus Cogens.

Nas relações trabalhistas corriqueiras dos Estados Unidos, de forma a contrariar o dispositivo, o homem se encontra considerado

como um elemento meramente residual enquanto que o lucro passa a reger as relações na sociedade contemporânea. Porém, ninguém é livre se não asseguradas condições materiais mínimas de subsistência em um sistema político que privilegia apenas as determinações do mercado econômico e, por consequência, as desigualdades sociais, já que sem as condições mínimas o homem perde a sua dignidade e, sem dignidade, não existe cidadania.

O estabelecido pela Corte Interamericana se estende à obrigação dos Estados de cumprir todo instrumento internacional que lhes seja aplicável. Entretanto, é importante afirmar que, ao se referir a esta obrigação estatal, este Tribunal considera que não apenas se deve adequar toda normativa interna ao respectivo tratado, mas, além disso, as práticas estatais relativas à sua aplicação devem se adequar ao Direito Internacional. Isto é, não basta que o ordenamento jurídico interno se adéque ao Direito Internacional, mas é necessário que os órgãos ou funcionários de qualquer poder estatal, executivo, legislativo ou judiciário, exerçam suas funções e realizem ou emitam seus atos, resoluções e sentenças de maneira efetivamente conforme com o Direito Internacional aplicável.

O descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos deve gerar a sua responsabilidade internacional. Além disso, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação, revestido de caráter imperativo, deve acarretar obrigações erga omnes de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares.

Referências

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos Direitos Humanos do trabalhado**r. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2510&revista_caderno=25

ASSIS, Gláucia de Oliveira. A fronteira México-Estados Unidos: entre o sonho e o pesadelo - as experiências de e/imigrantes em viagens não-autorizadas no mundo global. Cad. Pagu [online]. 2008, n.31, pp.219-250. ISSN 1809-4449. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332008000200011.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres. Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 54.

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. Editora: Ltr, 2003, pág. 176.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com Hannah Arendt. Editora Companhia das Letras, 1991, p. 154.

VIANA, Márcio Túlio (coord); SATUF REZENDE, Alaor; JUNQUEIRA HENRIQUE, Carlos Augusto; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; MELLO FILHO, Luiz Phillipe Vieira de. Teoria e prática da convenção 158. São Paulo: LTr, 1996, p. 13

PARECER CONSULTIVO OC-18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm

29

Corte interamericana de direitos humanos Caso Ximenes Lopes vs. Brasil

Carline Daniela Taglieber[1]
Jaqueline Beatriz Griebler[2]

1. Introdução

A Declaração Internacional e Direitos Humanos de 1948 é o delineador do Direito Internacional de Direitos Humanos consolidado com diversos tratados globais que visavam este tipo de proteção. O Brasil passou a ratificar estes tratados somente com o processo de democratização que se iniciou em 1985. Com a Constituição Federal instaurada em 1988, que claramente prevalece os direitos e a dignidade humana, o Brasil se insere no cenário da proteção internacional desses direitos.

O Caso de Damião Ximenes Lopes foi o primeiro caso brasileiro a ser submetido perante a Corte Interamericana e teve grande repercussão no país. Damião sofria com transtornos mentais e após ser internado para um tratamento em uma casa de repouso no Município de Sobral, estado do Ceará, veio a falecer decorrente de torturas e maus tratos.

---

[1] Acadêmica do 7º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); kine94@gmail.com.

[2] Acadêmica do 7º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); jaqeline-beatriz@hotmail.com.

O presente trabalho tem o intuito de refletirmos sobre esse caso e analisarmos sua contribuição para o estado brasileiro na resolução de parte de problemas que envolvem a área da saúde, principalmente no contexto da reforma psiquiátrica.

2. Caso Damião Ximenes Lopes

2.1 relato do caso

O caso de Damião Ximenes Lopes foi o primeiro caso brasileiro a ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, alegando a violação dos seguintes direitos consagrados na Convenção Americana:

- Direito à vida (Art. 4): toda pessoa tem direito à vida, sendo que este é protegido por lei, desde o momento da concepção.
- Direito à integridade pessoal (Art. 5): toda a pessoa tem direito ao respeito de sua integridade física, psíquica e moral, não podendo ser submetido a torturas, a tratamentos desumanos e degradantes.
- Garantias judiciais (Art. 8): toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias para que se determinem seus direitos ou obrigações de qualquer natureza.
- Proteção judicial (Art. 25): toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido perante aos juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra os atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição.

Damião Ximenes Lopes sofria constantemente de transtornos mentais que o dificultavam de ter uma vida sadia e tranquila. Conforme citam os autores Aluísio Ferreira de Lima e Maria Vânia Abreu Pontes (2015, p. 4):

> Damião Ximenes Lopes nasceu em 25 de junho de 1969, no município de Santa Quitéria, cidade do interior do estado do Ceará, que, por sua vez, localiza-se na região nordeste do Brasil. Em 1975, a família de Ximenes passou a morar na cidade de Varjota, também localizada no interior do Estado, onde Damião Ximenes por volta dos 17 anos de idade veio a desenvolver uma deficiência mental de origem orgânica, que iria ocasionar diversas internações.

Ele foi internado pela sua mãe, Sra. Albertina Ximenes, na Casa de Repouso de Guararapes do Município de Sobral, Estado do Ceará, para realizar um tratamento psiquiátrico por conta desses transtornos. Sua internação deu-se em 1° de outubro de 1999 e na data de 04 de outubro deste mesmo ano, após três dias de repouso, veio a falecer. Durante este período, viveu em condições desumanas e degradantes, além de constantes golpes e atentados quanto a sua integridade pessoal por parte dos funcionários do hospital.

A Casa de Repouso integrava a rede privada de instituições conveniadas com o Sistema Único de Saúde (SUS). Era a única da região que prestava tratamento psiquiátrico, sendo que nem mesmo existiam casas de caráter ambulatorial. Após a repercussão da morte de Ximenes Lopes, a casa inclusive perdeu seu convênio com o SUS.

Após ter sido decretada a morte do paciente, o médico Francisco Ivo de Vasconcelos - diretor da Casa de Repouso Guararapes e legista do Instituto Médico Legal (IML) de Sobral, emitiu um laudo médico atestando a morte por "parada cárdio respiratória". A família, tendo conhecimento do tratamento desumano oferecido pela casa de repouso, foi em busca de outras alternativas para tomar conhecimento da real causa da morte de Damião. Assim sendo, a família optou em levar o corpo de Damião para necrópsia no IML da capital Fortaleza, o qual decretou, apesar das evidências da violência sofrida pelo paciente, "morte real de causa indeterminada".

Após todo os trâmites, a família, ainda inconformada com todos os resultados obtidos até então, optou em ir em busca de amparo da justiça, denunciando o ocorrido à todas as entidades

competentes: Polícia Civil, Ministério Público e também a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Ceará, que foram ineficientes acerca da resolução do fato.

2.2. Procedimentos perante a comissão

O caso foi levado para conhecimento perante a Comissão Interamericana, no dia 22 de novembro de 1999, a fim de que tomasse providências acerca do acontecimento, no entanto, não mais em relação a Casa de Repouso, mas sim a República Federativa do Brasil, que ficou inerte perante toda situação.

Em 14 de dezembro de 1999, a Comissão iniciou a tramitação da petição e solicitou ao Estado que em 90 dias informasse se de fato foram esgotadas todos os recursos da jurisdição interna para deliberar sobre o fato. Sem resposta do Estado, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade e deu prosseguimento ao feito.

Após uma sessão ordinária da Comissão, em 08 de outubro de 2003, concluiu-se de que de fato o Estado era responsável pela violação dos direitos citados anteriormente, e o ordenou, no dia 31 de dezembro do mesmo ano, que adotasse uma série de medidas para reparar as violações no prazo de dois meses. Entretanto, após decorrido o prazo estabelecido, não foram cumpridas três destas medidas, o que fez com que o Estado solicitasse a Comissão uma prorrogação do período, o que foi concedido.

Em 23 de setembro de 2004 o Estado apresentou à Comissão um relatório parcial das ações tomadas e no dia 29 de setembro, doze dias após vencido o prazo concedido, apresentou outra comunicação de que constava a contestação ao Relatório de Mérito expedido pela Comissão. Deste modo, em 30 de setembro de 2004, decidiu-se submeter o caso à Corte.

2.3. Procedimentos perante a corte

Entre 1º de outubro e 29 de novembro a Comissão apresentou a demanda à Corte, anexou a prova documental e ofereceu prova testemunhal e pericial. Após alguns trâmites foram convocados representantes do Estado e de Ximenes Lopes para atuar no caso. Ao Estado, também foi oferecido prazo para contestação.

Os representantes apresentaram por escrito solicitações e argumentos, e salientaram que Brasil não cumpriria com os obrigações relativas as garantias e direitos tutelados na Convenção Americana. Desta forma, solicitaram à Corte que ordenasse pagamento de danos materiais e imateriais e reembolso das custas e gastos. Houve contestação pela parte do Estado, porém esta não foi considerada plausível. Após, foram convocados alguns dos representantes das duas partes para oferecer depoimentos acerca do caso perante notório público, designado para o dia 30 de novembro de 2005. Após a audiência, até o dia 28 de junho de 2006, ainda foram recolhidos documentos e provas a serem anexados no caso.

2.4. Relato das testemunhas

2.4.1. Testemunhas propostas pela comissão:

- Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã da vítima:

> O senhor Damião Ximenes Lopes tinha sido internado no ano de 1995 e outra vez no ano de 1998. Nesta última internação, a testemunha encontrou cortes, feridas nos tornozelos e no joelho do senhor Damião, razão pela qual pediu explicação ao funcionário da Casa de Repouso Guararapes, quem lhe disse que os ferimentos eram consequência de uma tentativa de fuga. A testemunha acreditou nessa versão. No dia 4 de outubro de 1999, quando a mãe da testemunha encontrou o senhor Damião Ximenes Lopes ele estava agonizando, e ela pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, porque acreditava que seu filho ia morrer devido às condições em que estava. No entanto, o médico não atendeu seus

> pedidos. O senhor Damião Ximenes Lopes morreu nesse mesmo dia. Seu cadáver apresentava marcas de tortura; seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, e suas mãos também estavam perfuradas, com sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2014, p. 126)

Ademais, a testemunha alega que ela, além de seus pais e seu irmão, eram as pessoas mais ligadas ao Damião, e que em decorrência do forte abalo emocional com todos os fatos ocorridos, realizaram diversos tratamentos médicos, a fim de amenizá-los.

No mais, salientou que a família se recusou a receber a pensão vitalícia oferecida pelo Estado, alegando que o valor era irrisório em face de todo o ocorrido, não sendo suficiente para arcar com todos os danos sofridos.

- Francisco das Chagas Melo, ex paciente da Casa de Repouso de Guararapes:

> Na época em que esteve internado na Casa de Repouso Guararapes foi vítima de atos de violência e não denunciou os fatos à polícia. Soube de outros casos de violência e morte dentro da Casa de Repouso Guararapes, sem que tenham existido investigações a respeito. Identificou a pessoas que cometeram atos de violência com os nomes de Eliésio, Cosmo, Carlão e Nonato. Ouviu falar que Carlão era muito violento e viu Cosmo praticando atos de violência e masturbando-se ao olhar as mulheres nuas. A Casa de Repouso Guararapes era um lugar de violência, de abuso de poder e sem nenhum cuidado para com os pacientes. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2014, p. 127)

2.4.2.Testemunhas propostas pelos representantes:

- João Alfredo Teles Melo, na época dos fatos era deputado da Assembleia Legislativa do estado do Ceará, onde presidia a Comissão de Direitos Humanos e Cidadania:

> No caso do senhor Damião Ximenes Lopes, convidou-se a sua irmã e sua mãe e outros pacientes que estiveram na Casa de Repouso Guararapes para depoimento, foram dirigidos ofícios e aprovadas moções que foram dirigidas a distintas autoridades solicitando a adoção de medidas, tanto no âmbito administrativo e disciplinar - para o Conselho de Medicina, para a Prefeitura de Sobral, através da Secretaria de Saúde, para a Secretaria de Saúde do Estado-, como também para autoridades policiais e judiciais.Na visita que realizou à Casa de Repouso Guararapes, a mesma se encontrava em péssimas condições de higiene, os pacientes estavam em más condições, sem um responsável da área médica ou administrativa presente. O Estado no fiscalizou a adequadamente a Casa de Repouso Guararapes. Depois da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, houve avanços na atenção de saúde mental em Sobral, mas ainda esta longe de se alcançar a concepção ideal de reforma psiquiátrica. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2014, p. 127)

2.4.3.Testemunhas propostas pelo Estado:

- Luiz Odorico Monteiro de Andrade, na época da morte do senhor Damião Ximenes Lopes era Secretário do Desenvolvimento Social e Saúde do Município de Sobral:

> O hospital no qual morreu o senhor Damião Ximenes Lopes já havia sofrido várias admoestações e se estava criando um sistema de saúde mental com o objetivo de desativar o hospital. No entanto, devido ao fato de ser um hospital com caráter regional era difícil fechá-lo imediatamente em função de sua importância para a região. Assim que tomaram conhecimento da morte do Damião Ximenes Lopes, criou-se uma comissão de inquérito, a qual registrou uma série de problemas do hospital e em seguida foi realizada uma intervenção para ter controle dos pacientes internados. A partir do dia 1 de janeiro de 1997, começaram uma série de reestruturações administrativas no âmbito do Município para ajustar as políticas do Sistema Único de Saúde em várias áreas. No final de 1998, já havia um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), que brinda atendimento ambulatorial e atenção diária a pacientes com deficiências mentais. Esse sistema evoluiu e hoje já

> existe o tratamento de intra pacientes com deficiências mentais agudas na área de saúde mental em hospital geral. Existe também um CAPS para transtornos na área geral e um para pessoas com problemas na área de alcoolismo e drogadição. Recentemente inaugurou-se um CAPS com o nome do senhor Damião Ximenes Lopes para homenageá-lo. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2014, p. 128)

- Pedro Gabriel Godinho Delgado, Coordenador Nacional do Programa de Saúde Mental do Ministério da Saúde:

> Em 2001, aprovou-se a Lei nº 10.216, cuja base é a defesa dos direitos do paciente mental, a mudança do modelo de assistência em instituições como a Casa de Repouso Guararapes por uma rede de cuidados aberta e localizada na comunidade e o controle externo da internação psiquiátrica involuntária, nos termos propostos pela Declaração de Direitos do Paciente Mental da ONU de 1991. Portanto, hoje, no Brasil, vive-se um processo de transição para um modelo de atenção psiquiátrica baseada nos direitos do paciente, na atenção integral, no respeito aos seus direitos individuais e na participação dos familiares no tratamento. A avaliação dos hospitais é feita por um Programa de Avaliação Anual ao qual todos são submetidos e no qual participa também a sociedade por meio de associações de familiares, de usuários, conselhos municipais e conselhos estaduais de saúde. O processo de mudança da política consiste em reduzir os hospitais de grande porte para hospitais menores, que tendem a preservar e respeitar mais os direitos dos pacientes. As violações aos direitos humanos de pacientes no Brasil têm diminuído porque os hospitais são menores as instituições que estão substituindo o antigo modelo são mais abertas e contam com maior participação dos familiares e maior controle social. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2014, p.128/129)

2.5. Peritagem proposta pelos representantes:

- Lídia Dias Costa, médica psiquiatra:

> Acompanhou o caso do senhor Damião Ximenes Lopes desde novembro de 1999. Esteve presente na exumação do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes quando o mesmo já se encontrava em um processo de decomposição e só existia a parte esquelética. Se poderia formular um diagnóstico com base na evolução clínica do paciente de morte violenta causada por traumatismo crânio-encefálico. O médico que atestou o óbito do senhor Damião Ximenes Lopes não atestou que havia lesões no corpo. A testemunha visitou a Casa de Repouso Guararapes em maio de 2000, período em que a instituição estava sob intervenção e encontrou lá trabalhando pessoas que já haviam sido indiciadas no processo penal. A Casa de Repouso Guararapes não tinha condições de funcionamento. Segundo a avaliação dos legistas da cidade de Fortaleza, depois da insistência do promotor do caso, a morte do senhor Damião Ximenes Lopes foi causada por lesões traumáticas, que poderiam ser definidas, segunda a perita, como socos, pedradas ou pontapés. A necrópsia realizada pelo Instituto Médico Legal indicava que o corpo apresentava equimoses, escoriações e hematomas, as quais são lesões sugestivas de traumatismo no corpo, e que foram posteriormente, esclarecidas como causadas por objetos contundentes. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2014, p. 129/130)

Os depoimentos foram todos considerados relevantes para encontrar uma solução ao caso e passaram então a anexar em um acervo probatório.

2.6. Manifestações das partes

O Estado, ao se manifestar sobre audiência pública ocorrida, reconheceu a procedência da petição da Comissão Interamericana, no que se refere aos artigos 4 e 5, bem como, reconheceu a precariedade do sistema de atendimento às pessoas com doença mental e os maus-tratos vivenciados por Ximenes Lopes. Apesar disso, não reconheceu a solicitação de reparações no tocante a que se refere a estes artigos, e também não reconheceu a violação dos direitos consagrados dos artigos 8 e 25.

A Comissão salientou que o Estado teve uma atitude positiva e ética ao reconhecer a responsabilidade pela violação do direito à vida e à integridade pessoal, e que atitudes como esta contribuem não só para solucionar o caso, mas também a atuar de forma responsável em matéria de direitos humanos no âmbito do sistema interamericano. Já os representantes alegaram que reconheciam a importância da declaração feita pelo Estado.

Nas alegações finais, o Estado, ao não reconhecer a violação dos artigos 8 e 25, alega que respeitou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Salientou sua seriedade ao caso na tramitação do processo em jurisdição interna, e também acerca das medidas adotadas a fim de investigar circunstâncias que levaram à morte de Ximenes Lopes, e sancionar os responsáveis pelos maus tratos. A Comissão reiterou a Corte para que o Estado fosse condenado por estas violações. Os representantes reiteraram que, passados 6 anos da morte de Ximenes Lopes, o procedimento judicial contra os responsáveis pela sua morte ainda não foi concluído em consequências de atrasos indevidos, atribuídos exclusivamente ao Estado, e solicitou à Corte que declare que o Estado violou o artigo 5 da Comissão.

2.7. Conclusão e sentença

Efetuado o exame de todos os elementos probatórios, a Corte considerou provados os fatos relatados ao longo do processo. Concluiu também que:

> O Estado não proporcionou às familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das consequências das violações. O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento das

> senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2014, p. 167)

A Corte decidiu, por unanimidade, admitir o reconhecimento parcial de responsabilidade do Estado em relação aos direitos à vida e a integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1, 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecidos no artigo 1.1 do tratado. Violou, em detrimento ao senhor Damião Ximenes Lopes, tal como reconheceu os direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 do tratado. Em detrimento aos familiares de Damião, violou o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, e também os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecidos no artigo 1.1 do tratado.

Dispõe por tanto que, o Estado, deve garantir, em prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos apresentados, surta seus devidos efeitos. Deverá publicar também, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e também em um jornal de ampla circulação, nota sobre os fatos provados, bem como sua parte resolutiva. Além disso, deverá continuar a desenvolver programas de formação e capacitação para os profissionais da saúde vinculados ao atendimento da saúde mental. Ademais, deverá pagar em dinheiro, indenização por dano material e imaterial aos familiares da vítima. Deverá também, arcar com as custas e gastos gerados no âmbito interno e no processo internacional perante o sistema interamericano, efetuando pagamento em dinheiro, dentro do prazo de um ano para a Sra. Albertina Viana Lopes. Por fim, o Estado deverá apresentar à Corte, no prazo de um ano, a contar da notificação da sentença, relatório

sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento. Por fim, vale ressaltar o posicionamento da autora Tatyana Scheila Friedrich (2006, p.27):

> A sentença da corte é motivada, definitiva, inapelável, notificada às partes e transmitida aos Estados partes da Convenção. A parte que trata de indenização compensatória poderá ser executada no respectivo país através do procedimento interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

2.8. Análise do caso e contribuições para o Brasil

Com a ação internacional, é possível verificar uma maior visibilidade de casos em que os direitos humanos são violados, não somente no Brasil, mas também em demais países que se submetem às leis da Corte. Com isso, o Estado infrator se torna percebido sendo obrigado a tomar atitudes para resolver problemas como esse, ou ao menos amenizá-los. Assim, nos remete o pensamento das autoras Cássia Maria Rosato e Ludmila Cerqueira Correia (2011, p.103):

> Dessa maneira, a sentença condenando o Brasil, no caso de Damião, serve como exemplo a ser seguido, na medida em que demonstra existir mecanismos internacionais eficientes que protegem direitos e reparam adequadamente as vítimas de violações. Ao mesmo tempo, esse caso pode ser avaliado como tendo êxito, já que a demanda pleiteada pela família foi atendida e o Brasil foi condenado por graves violações de direitos humanos. Em outras palavras, esse caso funciona como modelo em uma cultura acostumada a não reivindicar direitos do ponto de vista internacional.

Por outro lado há um grande problema: a falta de celeridade em dar respostas às pessoas. Enquanto o caso tramita, aguardando julgamento, as vítimas continuam a sofrer e ficar aflitas até receberem um resultado ou solução.

Como já mencionado anteriormente, o caso de Damião Ximenes Lopes foi o primeiro caso brasileiro a ser submetido

perante a Corte Internacional de Direitos Humanos, bem como, foi também o caso que originou a primeira condenação do Brasil frente ao sistema interamericano. Assim como citado na Constituição Federal de 1988, vigente no nosso país, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo o direito à vida e à liberdade. É evidente que, de acordo com os fatos relatados, estas garantias não foram devidas à Ximenes Lopes. Em primeiro lugar, Damião veio a falecer sem ser acompanhado por um médico, que não estava no local aquele momento. O médico responsável pela casa não se encontrava no momento, visto que também era o médico legista da cidade. Ficou a mercê de maus tratos e não recebeu o atendimento adequado. Após sua morte, a luta continuou pela família que procurou fazer justiça com as próprias mãos, sendo que evidentemente sofreu com sérios abalos psicológicos e emocionais.

Acerca disso, havia dois lados da história. De um lado, a família de Damião que acusava a casa de repouso por maus tratos. De outro, dois laudos médicos resultantes da perícia apontando a morte por causa natural e indeterminada, mesmo que evidentes os machucados e hematomas da violência sofrida.

A partir da submissão do caso perante a Corte, o Brasil teve que adotar diversas medidas para ao menos reduzir ou evitar que problemas como esse se dissipassem. A Casa de Repouso de Guararapes foi descredenciada no rol de instituições psiquiátricas que prestam serviços pelo SUS, e pouco tempo depois foi desativada. O município de Sobral é hoje referência no atendimento e cuidado com portadores de deficiência mental. Prioriza atendimentos residenciais e ambulatoriais e dispensando tratamentos que privam o direito à liberdade.

Muito embora algumas pessoas não saibam, existe também em nosso país a Lei 10.216 de 06 de abril de 2001, que dispõe e visa a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. Assinala-se que esta lei é devida ao reconhecimento do Estado em relação, não somente a essas pessoas portadoras de problemas mentais, como também a família e as demais pessoas que

trabalham a fim de garantir melhor qualidade de vida a elas. Cabe salientar que a lei foi aprovada após 12 anos de tramitação no Congresso Nacional, o que permite afirmar que o caso de Ximenes Lopes contribui muito para acelerar todo o processo de instauração.

Segundo pesquisas realizadas, durante os anos 70 do século passado, foram registradas várias denúncias de casos envolvendo a questão da saúde mental em relação às condições de atendimento, tanto na rede pública, quanto na rede privada inclusive. No fim desta década surgiram núcleos estaduais, que constituíram um movimento chamado de Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM). Este movimento foi o primeiro em saúde com a participação popular não sendo identificado como um movimento ou entidade de saúde, mas pela luta popular no campo da saúde mental. A busca era pelo "rompimento com o saber/fazer tradicional da psiquiatria e a construção de um novo saber/fazer baseado nos princípios ético políticos do doente mental como cidadão". (Gonçalves e Sena, 2001, p.54).

Com o caso houve a possibilidade de pensarmos e analisarmos mais e melhor a questão dos direitos humanos como um todo, afinal, isto nos é garantido independentemente de qualquer questão. Muito contribui também para o Estado fazer uma análise de como as casas de saúde estão recebendo estes tipos de pacientes, que por si só são consideravelmente vulneráveis e precisam de cuidados mais específicos e mesmo, mais especiais. De certa forma também, evidenciou aos brasileiros que existem mecanismos internacionais eficientes que protegem e reparam de forma adequada os direitos que foram violados, o que falta, é as pessoas poderem ter um conhecimento maior sobre esses mecanismos, e de que forma elas podem ter acesso a eles.

Contudo, o caso também demonstrou a demora do Poder Judiciário ao dar uma resposta sobre o fato. O processo criminal teve início no ano 2000 e somente em 2009 foram condenados o proprietário do hospital, e também cinco funcionários por maus tratos, com incurso nas sanções do Art 136, § 2° do Código Penal.

Com a divulgação da sentença, os réus entraram com recurso perante ao Tribunal de Justiça do Ceará, que extinguiu a punibilidade de ambos. Notoriamente, com a demora da resolução do caso, é possível identificar e ver o quão congestionado está o Poder Judiciário com processos e mais processos que tramitam e parecem apenas aumentar cada dia mais.

A Corte, em sua resolução de supervisão de cumprimento de sentença do caso, anuncia que, devido "à possibilidade de interposição de recursos em face da mencionada decisão, o Brasil deverá apresentar, em seu próximo relatório, informações detalhadas e atualizadas sobre o estado dessa ação penal" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2014, p. 4-5). Por esta razão, se entende que a medida foi parcialmente cumprida, tendo em vista que não apenas a família teve que esperar dez anos pela sentença em primeira instância, mas, sobretudo pelo fato de não se tratar de uma decisão transitada em julgado, cabendo, portanto, recursos por parte dos réus (ROSATO, CORREIA, 2011). O que acontece é que, quando um Estado fica sujeito aos instrumentos internacionais, de forma que possa atuar e intervir em questões deste tipo, eles são pressionados a agirem para reconstituir sua imagem não só perante os atores internacionais, mas principalmente aos próprios cidadãos. "Assim, não importa se houve culpa, basta que uma violação de direitos humanos tenha resultado de uma inobservância por parte de um Estado de suas obrigações de forma direta ou por pessoas com apoio do poder público" (ROSATO, CORREIA, 2011). A constatação vai pura e simplesmente da violação de algum direito devido ao cidadão e que esteja de acordo com a norma internacional.

Para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Estado tem a responsabilidade primária da proteção dos direitos e garantias fundamentais. No que concerne a comunidade internacional, ela possui um responsabilidade subsidiária ao estado com o objetivo de monitorar a cada Estado ente, de forma a supervisionar suas ações. Contudo, é importante ressaltar que, é necessária a adequação do

ordenamento jurídico interno, adequando as situações que ocorrem na sociedade, fazendo-se necessária a criação de políticas públicas voltadas à garantia e proteção dos direitos individuais.

3. Considerações finais

Com os estudos e pesquisas realizados com o presente trabalho, é possível concluir o quão importante é para os cidadãos uma entidade que assegure os direitos e as garantias fundamentais quando estes não nos são devidos de forma correta pelo Estado em que vivemos.

A Corte Internacional de Direitos Humanos merece um grande destaque pois acaba contribuindo para a mudança em algumas questões nos estados de forma evolutiva, a fim de evitar que tais tipos de violações ocorram novamente e também garantir de uma melhor forma esses direitos.

Como já mencionado no decorrer do trabalho, o caso de Damião Ximenes Lopes demonstra dois lados: de um deles um Estado que não garantiu seus direitos básicos consagrados em sua Constituição Federal; do outro, com a submissão do fato ocorrido à Corte Internacional, e com a condenação do Brasil, trouxe grandes avanços para a área da saúde e psiquiatria.

Existe hoje no Brasil a Lei 10.216 de 06 de abril de 2001, que dispõe e visa a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. Essa lei foi aprovada após 12 anos de tramitação no Congresso Nacional, e o caso de Ximenes Lopes foi uma das alavancas para que a lei supracitada fosse instaurada, demonstrando um ponto positivo da ocorrência do caso.

Demonstrou-se também uma outra questão importante que é a demora do Poder Judiciário para a resolução de alguns casos. A família de Damião, embora tenha recebido indenização pelos danos sofridos, ficou a espera por 09 anos de uma sentença que logo após ter sido imposta, foi recorrida extinguindo a punibilidade dos que foram condenados, o que demonstra que ainda há algumas

mudanças que devem ocorrer neste sentido, em uma resolução mais célere dos processos como um todo.

Referências:

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília : Ministério da Justiça, 2014.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS:** UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.3, n.3, jan./jun.2006.

GONÇALVES, Alda Martins. SENA, Roseni Rosângela de. **A REFORMA PSIQUIÁTRICA NO BRASIL:** CONTEXTUALIZAÇÃO E REFLEXOS SOBRE O CUIDADO COM O DOENTE MENTAL NA FAMÍLIA. Revista Latino-americano em Enfermagem, 2001, p. 48-55.

LIMA, Aluísio Ferreira de. PONTES, Maria Vânia Abreu. **O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES E A PRIMEIRA CONDENAÇÃO INTERNACIONAL DO BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** Cadernos Brasileiros de Saúde Mental, ISSN 1984-2147, Florianópolis, v.7, n.16, p.01-13, 2015.

ROSATO, Cássia Maria. CORREIA, Ludmila Cerqueira. **CASO DAMIÃO XIMENES LOPES:** MUDANÇAS E DESAFIOS APÓS A PRIMEIRA CONDENAÇÃO DO BRASIL PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.8, n.15, dez.2011 – p. 93-113 - São Paulo, 2011.

30

Uma análise comparativa das teorias da justiça de John Rawls e Amartya Sen

Daiane Calioni Berton[1]
André Giovane de Castro[2]

1 Introdução

O trabalho apresenta uma abordagem descritiva, analítica e comparativa das obras "Uma teoria da justiça", do filósofo John Rawls, e "A ideia de justiça", do economista Amartya Sen. Os livros representam um elevado grau de discussão na era recente, isto é, nos séculos XX e XXI, acerca dos meios disponíveis na sociedade e das formas de realização da justiça social.

O objetivo é verificar as particularidades de cada concepção de justiça, ou seja, as especificidades da teoria ralwsiana e da teoria seniana, assim como relacionar aspectos díspares e semelhantes que separam ou interligam ambas as concepções de justiça, visando, especificamente, encontrar os nortes fundadores, em Rawls e Sen, para a promoção e consagração da justiça.

---

[1] Aluna do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado em Direitos Humanos – da UNIJUÍ e da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Trabalhista e Previdenciária na UNISC, bolsista da CAPES e bacharela em Direito pela UNIJUÍ. E-mail: cb.daiane@yahoo.com.br

[2] Aluno do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado em Direitos Humanos – da UNIJUÍ, bolsista da CAPES e bacharel em Direito pela UNIJUÍ. E-mail: andre_castro500@hotmail.com

A partir do método de abordagem hipotético-dedutivo, com base em pesquisa exploratória e qualitativa, mediante estudo em fontes doutrinárias de materiais físico e digital, emerge-se do pressuposto de que a teoria ralwsiana apresenta peculiaridades distantes à teoria seniana, mas, ao mesmo tempo, esta dialoga com aquela, aperfeiçoando-a e buscando, em suma, a concretização da justiça na sociedade.

Para atingir tais pressupostos, em um primeiro momento, abordar-se-á a concepção de justiça para Rawls. O autor tem como objeto principal da justiça a estrutura básica da sociedade. Ele busca alcançá-la mediante dois princípios fundamentados na distributividade. O filósofo constrói a sua teoria tendo como alicerce à estrutura básica da sociedade o contratualismo encontrado em John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

Em seguida, discutir-se-á a concepção de justiça por Sen. A sua teoria foi elaborada com base na obra rawlsiana, razão pela qual, em certos pontos, apresenta semelhanças e, em outros aspectos, disparidades, a partir dos quais a ideia seniana demonstra alguns fatores em Rawls que inviabilizam a concretização da justiça, principalmente por desconsiderar o comportamento dos indivíduos.

Após, analisar-se-á, definitivamente, alguns elementos que congregam ambas as teorias, assim como outros que as distanciam fundamentalmente, a fim de verificar, então, a contribuição de Sen para o aperfeiçoamento da tese de Ralws ou, talvez, a construção de uma nova ideia de justiça alicerçada em aspectos elementarmente diversos dos trabalhados pela concepção contratualista rawlsiana.

2 A teoria da justiça de John Rawls

John Rawls, filósofo americano, é dono de uma teoria da justiça que tem como objeto central a estrutura básica da sociedade. É a partir da forma como as principais instituições distribuem os direitos e deveres fundamentais e de como determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social que a justiça pode ser alcançada. Para

Rawls (2008), ela é o objeto principal pelo fato de suas consequências serem profundas e estarem presentes desde o início.

Rawls (2008) parte de uma ideia intuitiva de que essa estrutura básica da sociedade contém várias posições sociais, uma vez que os sujeitos nasceram em condições diferentes e têm expectativas diversas de vida, determinadas tanto pelo sistema político quanto por circunstâncias econômicas e sociais, favorecendo mais certos pontos de partidas que outros. Essas desigualdades são muito profundas e atingem as oportunidades iniciais de vida, porém, não podem ser justificadas através da ideia de mérito (RAWLS, 2008).

A teoria da justiça de Rawls não se explica por meio de conceitos ou significados comuns, e sim através da interpretação de certos princípios distributivos elaborados para a estrutura básica da sociedade, pelos seus membros, em uma posição original (RAWLS, 2008). Para conseguir chegar ao resultado desejado em uma teoria da justiça, o filósofo propõe dois princípios, os quais serão abordados no discorrer deste trabalho e são os responsáveis para a concretização da justiça social.

Rawls (2008) considera que os princípios de justiça para estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original, conhecido como teoria do contrato social encontrada em Locke, Rousseau e Kant. A tese rawlsiana parte de um plano original, e é este o "*status quo* inicial apropriado para garantir que os acordos fundamentais nele sejam equitativos" (RAWLS, 2008, p. 21), produzindo assim a expressão "justiça como equidade".

Amartya Sen (2011, p. 84), que busca fundamentos para sua obra na teoria da justiça de Rawls, conceitua equidade:

> Essa ideia fundamental pode ser conformada de várias maneiras, mas em seu centro deve estar uma exigência de evitar vieses em nossas avaliações levando em conta os interesses e as preocupações dos outros também e, em particular, a necessidade de evitarmos ser influenciados por nossos respectivos interesses pelo próprio benefício, ou por nossas prioridades pessoais ou excentricidades

> ou preconceitos. Pode ser amplamente vista como uma exigência de imparcialidade.

Uma concepção de justiça, dessa forma, se torna mais razoável que outra, ou mais justificada que outra, quando pessoas racionais passam a escolher seus princípios, em uma situação original, a fim de alcançar a justiça. Essa concepção deve ser classificada pela quantidade de pessoas que na posição original aceitariam esses princípios. Isso vincula a teoria da justiça à teoria da escolha racional.

O conceito de posição original é o da interpretação filosoficamente preferida dessa situação de escolha inicial para os fins da teoria da justiça. A preferência de Rawls (2008) pela escolha desse *status* se dá por alguns motivos, pois, para a escolha desses princípios, é necessário que todos careçam de informações que poderiam gerar discórdia entre os cidadãos e permitir influências por preconceitos no momento da escolha. O objetivo da situação original é excluir o conhecimento de certos pontos de justiça, consoante o exemplo trazido por Rawls (2008, p. 22):

> Se determinado homem soubesse que era rico, poderia achar razoável defender o princípio de que os diversos impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, seria bem provável que propusesse o princípio oposto. Para representar as restrições desejadas, imagina-se uma situação na qual todos carecem desse tipo de informação.

Por intermédio desse método, pois, chegar-se-ia ao véu de ignorância de maneira natural. O véu da ignorância tem como propósito expressar restrições a argumentos, pois, desse modo, não tendo conhecimento de informações como as do exemplo supracitado, as partes estariam em um grau de igualdade (RAWLS, 2008).

Nesse caso, compreende-se por igualdade entre os seres humanos, como pessoas morais, em dois aspectos: os que têm uma concepção do próprio bem e os que estão capacitados a ter um senso de justiça, presumindo-se que cada pessoa tem a capacidade

necessária para entender quais são os princípios adotados e agir em conformidade com eles. Por isso, segundo Rawls (2008, p. 23):

> [...] junto com o véu da ignorância, essas condições definem os princípios da justiça como aqueles que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam em condições de igualdade, quando não há ninguém que esteja em vantagem ou desvantagem em razão de contingências naturais ou sociais.

Assim, sob o véu da ignorância, as pessoas não teriam conhecimento e informações sobre classe social e outros fatores que pudessem gerar parcialidade, o que, consequentemente, proporcionaria a criação de princípios justos.

Além do véu da ignorância, outro fator justifica a escolha do estado original para definição dos princípios. Trata-se da possibilidade de verificar se os princípios escolhidos na situação original seriam compatíveis com as convicções atuais de justiça, ou seja, se os princípios escolhidos levariam os indivíduos a formular os mesmos juízos sobre a estrutura básica da sociedade, então formulados intuitivamente, e nos quais são depositadas a maior confiança, ou se, nos casos em que existem dúvidas nos juízos atuais e eles sejam expressos com hesitação, esses princípios apresentam uma solução que podem ser aceitos após reflexão (RAWLS, 2008).

A par disso, Rawls (2008) propõe, em sua teoria da justiça, dois princípios distributivos fundamentais para a estrutura básica da sociedade, os quais seriam definidos pelos indivíduos na sua situação inicial, a fim de alcançar a justiça social, quais sejam, a liberdade e a igualdade, e se justificam do seguinte modo:

> a) Cada pessoa tem um direito igual a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos;
> b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Primeira, elas devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. Segunda, elas devem ser para o maior benefício dos

> membros menos favorecidos da sociedade. (RAWLS apud SEN, 2011, p. 89).

O primeiro princípio aborda a liberdade pessoal e tem prioridade sobre as exigências do segundo princípio, que trata de certas oportunidades gerais e da equidade na distribuição dos recursos de uso geral.

O segundo princípio é dividido em duas partes. A primeira parte do segundo princípio diz respeito à obrigação institucional de garantir que as oportunidades públicas sejam abertas a todos, sem que ninguém seja excluído ou prejudicado em razão de raça, etnia ou religião. A primeira parte, aliás, tem prioridade sobre a segunda parte.

A segunda parte do segundo princípio, também chamada de "princípio da diferença", está relacionada com a equidade distributiva e com a eficiência global, pelo que assume a forma de fazer com que os membros da sociedade que estejam em pior situação sejam beneficiados tanto quanto os que estão em uma condição melhor (SEN, 2011). Ou seja, a igualdade de oportunidades tem prioridade sobre os outros bens.

Não obstante, há possibilidade de os negociadores dos princípios perceberem algum conflito entre eles, isto é, a restrição da liberdade de alguns indivíduos constituir alguma desigualdade que satisfaça o segundo princípio, resultando dessa desigualdade um aumento de bens beneficiando a todos. Esse tipo de desigualdade, no entanto, conforme Rawls (2008), deve ser excluído e os negociadores deverão dar prioridade ao primeiro princípio, uma vez que nem mesmo a melhoria do bem-estar de todos basta para justificar uma redução inequitativa de liberdade.

Ademais, os princípios não discriminam ordens sociais em que os meios de produção ou os de transportes sejam propriedade privada ou pública. Entretanto, distinguem entre ordens sociais repressivas ou dominadas por interesses sociais discriminatórios e aquelas ordens

sociais que se preocupam em dar para os seus cidadãos as melhores condições para a realização de seus projetos de vida.

Portanto, a concepção rawlsiana de justiça é baseada em um consenso dos indivíduos, nos moldes da tradicional teoria contratualista, a partir de um véu de ignorância ao qual os seres humanos estariam submetidos na posição original e os faria escolher a liberdade e a igualdade como princípios orientadores e basilares de uma sociedade cuja exteriorização do justo ocorresse mediante instituições organizadas.

3 A teoria da justiça de Amartya Sen

A construção de uma sociedade justa, alicerçada em preceitos que conduzam os indivíduos a viverem sob o manto da justiça e da minimização das injustiças, é trabalhada pelo economista Amartya Sen (2011) e tem como plano de fundo de sua discussão a contribuição teórica de John Rawls (2008). A análise de uma ideia de justiça consubstancia-se em críticas e aperfeiçoamento à teoria rawlsiana.

A justiça perfeita, com base em um ideal de sociedade, nos termos dos ensinamentos de Rawls (2008), é deixada de lado. A pretensão de Sen (2011) encontra-se subsidiada em uma concepção de enfrentamento das questões sociais em prol da melhoria da justiça e da remoção – senão de todas, mas de grande parte - das injustiças verificadas corriqueiramente.

A partir desse entendimento, há uma série de percepções diversas das teorias da justiça construídas na filosofia moral e política contemporânea, na qual se inclui a de Rawls (2008), que Sen (2011) considera particularmente essenciais para o deslinde de uma ideia de justiça mais prática e vinculada aos contextos fáticos das sociedades marcadamente plurais na atualidade.

Assim, ao discorrer sobre a obra seniana, Cristine Koehler Zanella e Inaê Siqueira de Oliveira (2012) salientam que a intenção do economista de alcançar a justiça se funda no debate público

caracterizado por uma argumentação racional, objetiva e imparcial tanto internamente nas comunidades quanto externamente em nível global. Tal situação é relevante ao passo que há uma multiplicidade de formas de pensar, ser e agir.

O debate público defendido por Sen (2011) é sustentado pela teoria da imparcialidade aberta, cunhada por Adam Smith (2015), para quem a justiça deve ter um compromisso com a humanidade por meio de um diálogo entre sujeitos de diversos lugares do mundo, justamente pelas diferentes histórias, crenças e valores. Isso resultaria na condução de melhores análises racionais e direcionadas ao pleito da justiça.

O ponto central da ideia de justiça de Sen (2011), dessa forma, está no uso da argumentação racional de domínio prático com o intuito de reduzir a injustiça e, via de consequência, promover a justiça com atenção às peculiaridades individuais, no qual se integram as capacidades e habilidades de cada ser humano como aspectos específicos e não generalizantes, como a tese de justiça baseada no estabelecimento de instituições justas.

Nesse sentido, Sen (2001, p. 12-13) pontua que:

> [...] a presença de uma injusta remediável pode, em grande medida, estar conectada a transgressões de comportamento, e não a defeitos instituições [...]. A justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não meramente à natureza das instituições que as cercam. [...] Muitas das teorias da justiça se concentram predominantemente em como estabelecer "instituições justas" e atribuem um papel acessório e secundário aos traços comportamentais.

Isso significa, pois, que a falta de justiça na sociedade não está exclusivamente relacionada com defeitos institucionais, ou seja, com a falta de realização do justo por parte das organizações, mas, sim, muito provavelmente, das transgressões de comportamento de cada indivíduo, haja vista a multiplicidade de maneiras de cada ser humano viver e agir particular e socialmente.

Não obstante, segundo Sen (2011), a sua ideia de justiça esteja coadunada à vida e às liberdades das pessoas, as instituições têm relevante papel na sociedade para o fim de melhorar a justiça. A contribuição direta aos indivíduos no tocante à capacidade de se valorizar as formas de vivência e a facilitação de examinar os valores e as prioridades, enfaticamente no campo do debate público, são algumas das tarefas institucionais.

Aliás, a contribuição das instituições, considerando-as como necessárias e importantes para a realização da justiça social, devem ser, pelo que se extrai dos ensinamentos de Sen (2011), promotoras dessa ambição do justo, mas, diferentemente da concepção rawlsiana, as instituições não devem ser tratadas "[...] como manifestações em si da justiça" (SEN, 2011, p. 112).

Têm-se, a par dessas discussões, conforme Sen (2011), duas frentes filosóficas de estudo da justiça. A primeira, integrada por Rawls (2008) e vinculada a uma ideia contratualista, concentra-se na identificação de arranjos sociais, isto é, de instituições perfeitamente justas. A segunda, adotada por Sen (2011), aborda o compartilhamento e a comparação das diferentes formas de vida, ou seja, interações sociais dos seres.

A justiça, dessa forma, pode ser abordada pelo institucionalismo transcendental, que diz respeito à teoria rawlsiana, ou pela comparação focada em realizações, que se refere à concepção seniana. A justiça focada em arranjos, diferentemente da outra concepção, funda-se em instituições, regulamentações e regras comportamentais das quais se emergiriam a justiça. Mas, contrariamente, Sen (2011, p. 40) indaga:

> [...] a análise da justiça necessita limitar-se ao acerto das instituições básicas e das regras gerais? Não deveríamos também examinar o que surge na sociedade, incluindo os tipos de vida que as pessoas podem levar de fato, dadas as instituições e as regras, e também outras influências, incluindo os comportamentos reais, que afetam inescapavelmente as vidas humanas?

Dessa forma, Sen (2011, p. 48) defende uma ideia de justiça calcada na necessidade de se avaliar as diversas formas de vida dos indivíduos, isto é, as "[...] vidas que as pessoas podem viver de fato", pois a importância das vidas, as experiências de cada ser humano e as realizações pessoais não podem ser desmerecidas em relação às instituições e às regras operadas.

Nessa seara, analisando as contribuições teóricas do economista, Lucas Mateus Dasotto (2013) assevera, justamente, a tradição seniana de entender a justiça com fulcro na sua relação intrínseca com as sociedades reais e, consequentemente, de forma diversa do transcendentalismo, não criar modelos de representação ideal de sociedades e instituições perfeitas e justas.

Por isso, segundo Dasotto (2013), o ideário de justiça é deixado de lado para, sim, objetivar elementarmente uma justiça destinada a evitar as injustiças sociais, as quais podem ser exemplificativamente assinaladas pela fome, pobreza, analfabetismo, tortura e racismo, pois a justiça precisa estar focada naquilo que de fato ocorre na sociedade e, logo, os problemas que devem ser discutidos para melhorar a justiça.

Ademais, diferentemente das teorias institucionais transcendentais, a doutrina seniana, conforme análise de Cristina Foroni Consani (2016), adota as teorias da escolha social para a construção de uma sociedade justa, uma vez que estas se focam na fundamentação racional dos juízos sociais e das decisões públicas no que tange às alternativas dispostas no corpo social, e não apenas em uma alternativa suprema dentre todas as possíveis, como quer o institucionalismo transcendental.

A justiça, salienta-se, sendo realizada pelos indivíduos, não é alcançada de forma imediata. A busca por uma sociedade justa corresponde, consoante Sen (2011), a uma gradual modificação dos padrões comportamentais, uma vez que não há a possibilidade de se alterar instantânea e consensualmente os princípios orientadores da justiça e nem de redesenhar o comportamento real de todos os integrantes do corpo social.

Por isso, a justiça é considerada por Sen (2011) como uma ideia de extrema importância de movimentação dos indivíduos tanto no passado quanto no futuro com o fim de estabelecê-la e concebê-la como fundamento da sociedade. Os indivíduos, desse modo, com base nas suas especificidades, capacidades, habilidades, racionalidades, agem em prol da perfectibilização do justo.

A obra seniana provoca, à vista do exposto, a ampliação do debate em torno da justiça, a partir de críticas ao pensamento rawlsiano e de contribuições a uma ideia diversa da justiça. As diferenças existentes na sociedade, como a multiplicidade de culturas, e o indivíduo como protagonista de um mundo mais justo e com menos injustiças são os aspectos essenciais considerados na sua ideia de justiça social.

4 Aspectos comparativos entre Rawls e Sen

As teorias de justiça apresentadas por Rawls (2008) e Sen (2011), por vezes, entram em atrito e, por vezes, assemelham-se. As diferenças resultam das linhas filosóficas atinentes a cada um dos pensadores. O primeiro alinha-se à teoria contratualista e ao institucionalismo transcendental. O segundo insere-se à teoria da comparação focada em realizações.

Assim, considerando as contribuições de ambos os filósofos da era recente e a ambição geral de alcançar uma sociedade justa, faz-se relevante discutir alguns aspectos semelhantes e díspares das teorias rawlsiana e seniana, mas sem qualquer pretensão de esgotar a temática ou mesmo de aferir preponderância e importância a uma das concepções de justiça.

A concretização da justiça em Rawls (2008), é relacionada ao desempenho das instituições. Uma sociedade justa corresponde, desse modo, à atuação de entidades organizadas e direcionadas ao ideal de justiça perfeita. A realização da justiça, em Sen (2011), todavia, diz respeito ao comportamento dos indivíduos, os quais

devem ser considerados a partir de suas especificidades culturais e morais, com a máxima de reduzir as injustiças.

Sobre o objetivo de sua teoria, Sen (2011, p. 11) dispõe:

> Apresento aqui uma teoria da justiça em um sentido bem amplo. O objetivo é esclarecer como podemos proceder para enfrentar questões sobre a melhoria da justiça e a remoção da injustiça, em vez de oferecer soluções para questões sobre a natureza da justiça perfeita.

Embora Sen (2011) defenda a importância dos indivíduos para a efetivação da justiça, ele não despreza a relevância das instituições, conforme defendida por Rawls (2008), e assevera acerca da importância de uma contribuição entre elas e os indivíduos. Nesse sentido, Sen (2011, p. 14) esclarece:

> Ainda que na abordagem aqui apresentada os princípios de justiça não sejam definidos com relação às instituições, mas sim quanto à vida e às liberdades das pessoas envolvidas, as instituições não podem deixar de ter um papel instrumental importante na busca da justiça. Junto com os determinantes do comportamento individual e social, uma escolha apropriada das instituições tem um papel criticamente importante na tarefa de melhorar a justiça.

Demonstra-se, assim, um exemplo de complementação entre as teorias abordadas.

O alcance da justiça, do mesmo modo, possui diferenças. A proposta de Rawls (2008) é de se constituir uma sociedade justa a partir do consenso e da escolha de dois princípios basilares orientadores de uma conformação social destinada à justiça. A liberdade e a igualdade são os nortes delineadores da sua teoria, os quais seriam escolhidos pelos indivíduos se estes estivessem sob um véu de ignorância e sem conhecimento de suas sortes, habilidades e posições na sociedade.

Porém, Sen (2011) discorda da possibilidade de acordo entre os seres humanos para a definição única desse conjunto de dois

princípios. Isso ocorreria, segundo Sen (2011), se existisse fundamentalmente apenas um tipo de argumento imparcial capaz de atender às exigências da justiça de todos os membros do corpo social, pois, havendo pluralidade de argumentos, o consenso tenderia a não se solidificar.

Sob esse aspecto, Sen (2011) reflete:

> [...] os dois princípios de justiça na investigação clássica da "justiça como equidade" de John Rawls [...] versam em detalhe sobre instituições perfeitamente justas em um mundo no qual todas as alternativas estão dispostas. Contudo, o que não sabemos é se a pluralidade de razões a favor da justiça permitiria que um conjunto único de princípios de justiça emergisse na posição original.

Ao passo que Sen (2011) considera a pluralidade de razões como um provável empecilho para a escolha consensual de somente um conjunto de princípios, Rawls (2008) defende que o véu de ignorância, ao retirar dos indivíduos o conhecimento sobre os seus privilégios, as suas condições sociais e as concepções obtidas durante a vida, faria, por sua intuição, com que a liberdade e a igualdade se tornassem os preceitos fundamentais.

A argumentação de Sen (2011) – aliás, é o que constitui a base de sua ideia de justiça – refere-se ao problema de uma solução imparcial única capaz de promover uma sociedade perfeitamente justa, precisamente porque há, socialmente, razões de justiça plurais e concorrentes, as quais, na prática, muito provavelmente não aflorariam em um consenso.

Para ilustrar a situação da pluralidade e da concorrência, Sen (2011) utiliza-se de um exemplo com três crianças (Anne, Bob e Carla) disputando uma flauta. A primeira alega ser a única a saber tocá-la. O segundo aduz ser pobre e não ter qualquer brinquedo. A terceira diz ter feito o instrumento musical.

Os três argumentos são convincentes para o fim de ganhar a flauta, razão pela qual, a definição de quem deverá recebê-la dependerá do viés que será analisada a situação. Essa definição, pode

se dar a partir de diferentes convicções, entre elas, dos utilitaristas, dos igualitaristas econômicos e dos libertários pragmáticos. Cada uma delas veria uma solução correta, porém, sob argumentos diferentes. Eis a dificuldade de se encontrar um consenso para a realização da justiça.

Assim, a posição original trabalhada por Rawls (2008) emerge do pressuposto de que a justiça está ligada à ideia de equidade e, consequentemente, a uma exigência de imparcialidade. No entanto, segundo Sen (2011), a imparcialidade pode resultar em múltiplas concepções e, inexistindo o consenso entre os indivíduos, inviabilizar a justiça na sociedade.

Por isso, diferentemente de Rawls (2008), para quem a justiça é institucionalmente promovida, Sen (2011) aponta para a necessidade de não se pretender a justiça ideal como intrínseca e exclusivamente vinculada às instituições, mas, sim, destinada a se tornar real a partir da redução constante das injustiças verificadas no dia a dia, isto é, de um contínuo trabalho em prol da efetivação da justiça.

A partir disso, pois, Sen (2011) não acredita como adequada a imparcialidade pretendida na posição original. Não obstante, a teoria seniana aponta como elementar a contribuição ralwsiana em torno dos poderes morais atinentes às características dos indivíduos para a escolha dos princípios, isto é, racionalidade e razoabilidade, uma vez que é relevante a capacidade para um senso de justiça e para uma concepção de bem.

Verifica-se, diante disso, que a teoria de Ralws (2008) se fundamenta em um ideal de justiça postulado e buscado consensualmente pelos seres humanos, enquanto a concepção de Sen (2011) se alicerça em um plano real e prático, diversamente do institucionalismo transcendental, a fim de minimizar os fatos injustos na sociedade e promover paulatinamente a justiça social.

5 Considerações finais

O trabalho buscou realizar uma breve análise das teorias de justiça do filósofo John Rawls e do economista Amartya Sen. A partir dos estudos, identificaram-se semelhanças e controvérsias entre elas. Muitas das controvérsias apresentadas por Sen podem ser vistas de forma positiva, uma vez que partem de um viés menos utópico que a teoria da justiça de Rawls, possibilitando, aparentemente, mais condições de ser efetivada na sociedade atual.

As instituições, na visão rawlsiana, são as responsáveis pela distribuição das parcelas de direitos e deveres, vantagens e desvantagens, de forma equitativa, a todos os membros da sociedade, e é observando aos princípios da igualdade e da liberdade que se chega à efetivação da justiça. Os princípios, na concepção de Rawls, são escolhidos apenas por sujeitos racionais e razoáveis cobertos por um véu da ignorância.

Dessa forma, enquanto Rawls busca alcançar sociedades perfeitamente justas, Sen apresenta uma teoria com intenção de servir como base de argumentação racional no domínio prático, incluindo modos de julgar de como reduzir a injustiça e promover a justiça. Ademais, o autor defende que é a partir do comportamento dos indivíduos que se dá a efetivação da justiça na sociedade.

Todavia, em que pese haja uma série de diferenças nas teorias, a ideia seniana considera como elementar a construção rawlsiana acerca dos poderes morais atinentes às características dos seres humanos aptos a escolherem os princípios fundadores da justiça sociais, quais seja, a racionalidade e a razoabilidade, haja vista a importância da capacidade para um senso de justiça e para uma concepção de bem.

Portanto, em suma, a consolidação da justiça, em Rawls, está adstrita ao desempenho das instituições, motivo pelo qual uma sociedade justa corresponde à atuação de entidades organizadas e focadas no ideal de justiça perfeita. A justiça concreta, em Sen, no entanto, refere-se ao comportamento dos indivíduos, os quais devem ser considerados a partir de suas particularidades culturais e morais, visando à máxima redução das injustiças.

Verifica-se, por fim, que o discurso acerca da justiça social, na atualidade, foi retomado por Rawls, pois há anos não se discutia acerca do tema. A obra "Uma teoria da justiça", dada a relevância do tema e a importância da constante discussão, foi a porta de entrada para que outros autores passassem a se dedicar ao estudo da justiça, a exemplo de Sen, com "Uma ideia de justiça".

Referências

CONSANI, Cristina Foroni. Justiça como equidade ou justiça focada em realizações? As concepções de justiça de John Rawls e de Amartya Sen. **Saberes**, v. 1, n. 13, p. 76-96, mar. 2016. Disponível em: < https://periodicos.ufrn.br/saberes/article/view/8404/6310>. Acesso em: 18 abr. 2018.

DALSOTTO, Lucas Mateus. Resenha de A ideia de justiça. **Conjectura:** filosofia e educação, Caxias do Sul, v. 18, n. 1, p. 212-215, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/viewFile/2050/1212>. Acesso em: 18 abr. 2018.

GARCIA, Boeira Claudio. John Rawls: os princípios de justiça em uma sociedade bem ordenada – suas implicações. **Direito em Debate**, p. 24-39. Ijuí: Unijuí, 1992.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. Tradução de Lya Luft. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

ZANELLA, Cristine Koehler; OLIVEIRA, Inaê Siqueira de. A ideia de justiça. **Conjuntura Astral**, v. 3, n. 13, p. 113-115, ago./set. 2012. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ConjunturaAustral/article/view/28676/20279>. Acesso em: 18 abr. 2018.

31

Direitos humanos e educação: um diálogo indissociável

Daiane Soares Valdameri[1]

1 Introdução

Buscar uma reflexão acerca do educar-se em e para os Direitos Humanos é o norte deste estudo. Ao conhecer o Direito, o indivíduo se empodera. Ele torna-se cidadão, ciente de seus direitos e deveres. Deste modo, importante trazer à luz os Direitos Humanos posto que entrelaçados à moral e a dignidade da pessoa humana, intrínsecos ao homem e suas relações sociais.

Os Direitos Humanos têm como objetivo o bem comum e a paz social, sendo essenciais ao Estado Democrático de Direito. Buscando o reconhecimento dos direitos do homem por meio da educação, Paulo Freire construiu sua teoria, fundada na liberdade por intermédio da educação. Assim, a educação é compreendida como a "prática de liberdade". Sob uma visão inicial, pode-se ter a relação direta entre educação e Direitos Humanos, posto que prescindam à sociedade, à garantia do bem-estar social e à multiculturalidade.

---

[1] Advogada, egressa do curso de Direito da UNIJUÍ, Campus Santa Rosa. Especialista em Gestão Estratégica e Qualidade – SETREM, e em Advocacia Geral – Universidade Castelo Branco. Formada pela UFSM no Curso de Formação de Professores para Educação Profissional, e estudante de Pedagogia desta Instituição Federal.

A partir deste viés propõe-se como objetivo a este trabalho revelar a indissociabilidade entre Direitos Humanos e educação, consubstanciado nas práticas pedagógicas voltadas à cidadania, democracia e paz social, nos diferentes níveis de educação, com o fim de promover-se uma sociedade mais justa e democrática.

Para tal, o método de abordagem que apoia este artigo é o dedutivo, em sendo sua premissa maior a educação enquanto inerente aos Direitos Humanos como pressuposição para a construção da cultura para a tolerância e a paz (premissa menor). Nota-se que, outrossim, foram utilizadas como técnicas de pesquisa, a pesquisa bibliográfica, a categoria e o conceito operacional (PASOLD, 2011, p. 205-207).

A discussão dos Direitos Humanos sob o contexto educacional é de grande relevância frente seu potencial formativo. Tem-se, portanto, a educação em e para os Direitos Humanos um instrumento para a construção de uma cultura de tolerância e paz. As práticas pedagógicas devem estar voltadas para o desenvolvimento da socioeducação, buscando na vivência e na prática dos Direitos Humanos, em espaço democrático de interação no ambiente escolar, a experiência para a formação de cidadãos.

Aborda-se, neste trabalho a escola enquanto espaço de interação, bem como a promoção da democracia em seu ambiente. De igual sorte, aborda-se os Direitos Humanos em uma escola cidadã, enfatizando o Direito Humano à educação e a sua construção cultural, desafios e práticas pedagógicas frente o norte da socioeducação.

A educação em Direitos Humanos nos diferentes anos do ensino é um dos grandes desafios na produção o conhecimento. Por não ser um tema que faça parte do currículo escolar, por vezes é trabalhado de forma superficial e sem a devida contextualização. Todavia, é essencial para que os estudantes tomem consciência do processo de mudanças socioculturais no qual estão inseridos, e o seu papel enquanto cidadão com poder para construir uma sociedade mais harmônica e justa.

2 Escola: espaço de interação

A escola é o primeiro lugar no qual o indivíduo se depara com representações sociais. É a partir dela que são formadas as relações interpessoais, com a interação entre todos os agentes escolares aos quais o estudante é apresentado, sob uma visão transformadora, colocando-o ciente de seu papel crítico e criativo em sociedade.

Neste sentido, apresenta-se o entendimento de Gadotti (2007, p. 12) ao referir que "a escola não é só um lugar para estudar, mas para se encontrar, conversar, confrontar-se com o outro, discutir, fazer política". A escola vai além de seus muros, posto que não se trate de um espaço físico, mas da onde se produza o conhecimento e se desenvolva as relações sociais.

As primeiras práticas dos conceitos para a convivência em sociedade são vivenciadas na escola. "Ela é, ao mesmo tempo, fator e produto da sociedade" (GADOTTI, 2007, p. 12). A participação da família no processo de ensino-aprendizagem traz a comunidade à produção do conhecimento e valores para a convivência social. Nota-se que

> os conteúdos de aula já prontos, estampados em manuais esquematizados, aniquilam os sentidos, marginalizam as sensações e criam distanciamentos entre a teoria debatida em sala de aula com a realidade existente por meio dos muros escolares. Percebe-se que o mundo do Direito se distancia, mais e mais, do mundo real e o despreza porque esse não é o local legítimo, nem racional, para se promover as desejáveis mudanças na dimensão humana. É necessário ultrapassar a concepção de que o aluno possui em seu intelecto um espaço vazio, o qual precisa ser moldado pelo docente com conteúdos prontos necessários ao aprendizado específico de uma disciplina, pois o que se espera é a constante ressignificação e desenvolvimento de novos conhecimentos diante das realidades vivenciadas pelos acadêmicos (AQUINO; DANIELI, 2016, p. 9-10).

É necessário que a escola não veja o "a-luno" como um ser sem luz, como um espaço vazio, uma esponja disposta a absorver conhecimento, mas que o enxergue em sua dimensão humana, repleto de sensações e saberes cuja interação, mediada pelo professor promove o conhecimento. Assim, além do ensino científico, é necessário se trabalhar o direito de forma empírica, colocando o estudante diante do Direito e frente à realidade na qual se insere.

Neste norte, ressalta-se que o desenvolvimento cognitivo da criança é acompanhado do desenvolvimento de valores morais e éticos, que nos levam à essência dos Direitos Humanos, posto que a moralidade seja o seu núcleo e "não pode ter sua validade condicionada a qualquer tipo de experiência histórica" (LUCAS, 2010, p. 43).

As vivências no Direito não devem ser forçadas, uma vez que "a moral é o mundo da conduta espontânea" (BETIOLI, 1995, p.55). A moral é bilateral e subjetiva, partindo de cada pessoa visando o bem e a paz social. Ela é fruto de uma construção diuturna, desde a mais tenra idade.

Importa destacar que "não somos seres determinados, mas, como seres inconclusos, inacabados e incompletos, somos seres condicionados" (GADOTTI, 2007, p. 12). Enquanto seres imperfeitos nos completamos com base em nossas experiências, no ambiente no qual estamos inseridos, na construção moral e de aprendizagem que se desenvolve no ambiente ao qual pertencemos. Todos estes condicionantes são relevantes para a formação do indivíduo.

Neste contexto tem-se a importância do professor enquanto problematizador. Ou seja, um mediador entre o conhecimento e as condicionantes sociais para a promoção do processo de ensino-aprendizagem. Trabalhar colaborativamente com todos os agentes educacionais, estando aberto a novas aprendizagens, práticas e saberes é fundamental para uma "sociedade aprendente", na qual se busca trazer além do saber científico, o conhecimento empírico.

Professor e aluno estão em constante aprendizagem, uma vez que, segundo Paulo Freire "[...] esses que-fazeres se encontram um no corpo do outro. Enquanto ensino, continuo buscando, reprocurando. Ensino porque busco, porque indaguei, porque indago e me indago [...] para conhecer o que ainda não conheço e comunicar ou anunciar a novidade" (FREIRE, 1997, p.32). Esta sociedade em constante evolução é um ambiente de permanente busca e aprendizado. A partir dela deve-se buscar uma educação problematizadora e conscientizadora, promovendo o diálogo com base nas experiências do estudante. Educar é promover um processo de compreensão, realização e construção da vida do estudante e do seu bem conviver em sociedade.

2.1 Democracia em ambiente escolar

Uma educação democrática é aquela que expande o conceito de cidadania. A instituição de ensino deve ser uma "escola para todos como forma de, mesmo com as limitações imposta pela formação social brasileira (onde a ciência era incipiente e o mundo rural ainda predominante), manter firme o ideal de democratização" (SILVA, 2018, p. 7).

A *pseudo* universalização ao acesso à escola não é uma democratização à educação, tampouco a segurança de uma educação para a cidadania. Educar para a democracia cidadã exige, além do convívio social e político, uma formação ética significante. Tanto as instituições, quanto os profissionais do ensino-educação devem estar preparados para trabalhar a sociedade moderna e democrática proporcionando "um conjunto de experiências capazes de contribuir para a reconstrução e ampliação do conhecimento" (SILVA, 2018, p. 8). Importa frisar, neste ínterim que

> a crise moderna de democracia não é uma crise de excesso de democracia, mas de falta de democracia. A crise de individualismo não é uma crise de excesso de individualismo, mas falta de verdadeiro individualismo. Tudo que a democracia prometera

> falhou, porque as instituições com que o buscamos realizar não eram aptas a consegui-lo. Prometeram-nos a valorização indivíduo e sua participação inteligente no governo e na direção de sua vida econômica. E que lhe deram? Uma organização política que suprime o indivíduo, manobrando, por intermédio do sufrágio universal, por grandes forças obscuras e invisíveis. Uma organização social em que o trabalho é distribuído e valorizado por alguns que o possuem e o dão, nas condições em que quiserem. Tal regime não é mau porque democrático, justamente porque não o é. Tal regime não é mau porque individualista, justamente porque não o é. A reconstrução social moderna visa reivindicar os aspectos democráticos e individuais que se impõem para uma sociedade justa e equilibrada (TEIXEIRA, 1997, p. 234-235).

Inobstante, a democracia em ambiente escolar não se confunde com a democratização no ensino. Ao trabalhar-se o Direito em ambiente escolar, busca-se um plano pedagógico que inclua diferentes vieses da democracia. Deste modo, a instrução do estudante acerca de seus Direitos os torna cidadãos de si próprios, facilitando aos indivíduos uma inserção social mais ciente de seu papel, uma vez que detenha conhecimento sobre seus direitos e deveres (BENEVIDES, 1996, p. 228).

Rousseau já nos ensinava que "a pátria não subsiste sem liberdade, nem a liberdade sem a virtude, nem a virtude sem os cidadãos [...] ora, formar cidadãos não é questão de dias, e para tê-los adultos é preciso educa-los desde crianças" (ROUSSEAU *apud* BENEVIDES, 1996, p. 235).

A produção do conhecimento sob a ótica dos Direitos Humanos vem a libertar os cidadãos da escuridão em que habitam, porquanto o saber lhes traz luz acerca da democracia, direitos e sociedade. A reflexão sobre os Direitos Humanos busca a construção da tolerância e da paz, visando "o fortalecimento do ser humano, individual e coletivamente – o que inclui, [...] a capacidade de se indignar e de resistir contra injustiças" (FISCHMANN, 2001, p. 74).

A capacidade de se colocar no lugar do outro trazendo um envolvimento cognitivo com o tema deve ser incentivada para que a

construção da relação entre direitos humanos e paz. Ao estudar a essência dos Direitos Humanos o estudante toma consciência da importância de seu papel enquanto cidadão atuante em e para uma sociedade igualitária e humanista. Nota-se que "o 'empoderamento' do sujeito de direitos e a formação cidadã são eixos estratégicos da educação em Direitos Humanos como forma orientadora de atores individuais e coletivos" (PELLEGRINELLI, 2017, p. 59).

Ademais, a construção de uma ordem justa, que sobreponha a paz a períodos de violência, “deve-se ao fato de que sua efetiva construção depende de uma inovadora opção da humanidade pela solidariedade, pela democracia e pela paz” (BEDIN, 2001, p. 365).

2.2 Socioeducação

O viés da socioeducação é trazer ao ambiente educativo aspectos sociais, histórico-culturais propondo-se uma mediação social. Trata-se de um instrumento que desenvolve a autonomia dos sujeitos, sensibilizando-os e os dando consciência de suas necessidades sociais. Sendo assim, “a educação social, para além de solucionar determinados problemas de convivência, tem uma função não menos importante, que é a de ser um instrumento igualitário e de melhoria da vida social e pessoal” (SORIANO DÍAZ, 2009, p. 103).

A educação social, com o trabalho dos Direitos Humanos no processo educativo tem o condão de quebrar paradigmas e promover um maior envolvimento de cada estudante junto à sociedade civil. Uma educação transformadora não infuencia, mas de forma multidisciplinar, demonstra a relação entre política social e educação social, sem que uma exerça controle sobre a outra, tampouco sobre o plano político pedagógico e princípios pedagógicos adotados pela instituição de ensino. “A educação social alcançará o seu verdadeiro espaço quando conseguir melhorar a convivência entre os cidadãos. [...] o trabalho socioeducativo é uma

actividade que surge da própria necessidade da vida em convivência [...]" (SORIANO DÍAS, 2009, p. 101).

A socioeducação pressupõe um olhar que traga além do conhecimento científico, práticas que favoreçam o trabalho e a inserção do estudante em sociedade. Conhecer os seus direitos forma o estudante enquanto cidadão, um ser social que experimenta na prática os conceitos a ele ensinados. Ademais,

> a Pedagogia Social e a Educação Social estão situadas num ponto onde confluem o educativo e o social, e as suas origens e desenvolvimento histórico só podem compreender-se a partir desta perspectiva. Na sua configuração, as necessidades práticas sempre apontaram o caminho da reflexão teórica, o que marcou a identidade da pedagogia social como disciplina científica e da educação social como espaço de intervenção prática [...]não há uma forma unívoca de entender a educação social, mas sim diversas concepções de acordo com espaços e momentos (SORIANO DÍAZ, 2009, p. 91).

Foi a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente que o conceito de socioeducação nasceu. A socioeducação "não é uma ciência e nem se enseje que se torne uma, mas é necessário que tenhamos conhecimento construído na área para balizar as práticas profissionais" (SILVA, 2017, p. 49). Seu principal objetivo foi, por intermédio do Direito, preparar o estudante para as oportunidades e convívio social. Tem-se, portanto, a contextualização das relações interpessoais voltadas ao universo jurídico, expondo as implicações jurídicas de diferentes condutas.

3 Direitos humanos em uma escola cidadã

Para uma educação democrática é necessário que se compreenda a escola como um projeto multidisciplinar. Se faz necessária a construção de um projeto pedagógico com a participação comunitária, onde o respeito aos direitos humanos olhe o estudante como "um ser da intervenção no mundo [...] e por isso

mesmo deve deixar suas marcas de sujeito e não pegadas de puro objeto" (FREIRE, 2000, p.119).

Uma escola cidadã é aquela que "ao pensar o seu projeto e o seu currículo, trabalhe antes de tudo as relações pessoais e interpessoais entre os sujeitos [...] que, desta maneira, constrói e reconstrói, processualmente, a sua própria autonomia, jamais doada" (PADILHA, 2008, p. 32). Trata-se, destarte, não somente de um local de saberes onde se promove a produção do conhecimento, mas onde se dá importância à participação de todos os agentes educacionais no processo de ensino-aprendizagem. A comunidade toma um papel primordial posto que educandos e educadores promovam o conhecimento pela interação entre si, de forma coerente vivendo a experiência diuturna da democracia em um ambiente no qual se estimule elevados padrões morais e éticos.

Tem-se que a "educação à qual nos referimos, da escola para a comunidade e da comunidade para a escola [...]que cria um movimento de valorização da pessoa em sua plenitude" (PADILHA, 2008, p. 33). Os direitos humanos são indissociáveis à uma educação participativa e voltada à democracia em todos os segmentos escolares. Este processo de ensino-aprendizagem visa, além de formar alunos, conceber sujeitos capazes de "construir os instrumentos da sua própria auto-avaliação" (PADILHA, 2008, p. 32).

3.1 O direito humano à educação

A educação é um dos direitos humanos, sendo seu acesso determinado livremente por cada país, conforme seu plano nacional. "O direito à educação ou direito à instrução, como fora mais conhecido, a exemplo do direito à assistência social, é um direito que foi garantido ainda no decorrer do século XVIII" (BEDIN, 2002, p. 71).

O fortalecimento social perpassa pela instrução dos cidadãos. Educar em Direitos Humanos pressupõe despertar as pessoas para

seus direitos. A garantia à educação é trazida em diferentes diplomas legais, sempre composta por três princípios: "a educação laica e democrática, artigo 3º, I; a educação primária será obrigatória, artigo 3º, VI,; e a educação pública será gratuita, artigo 3º, VII" (BEDIN, 2002, p. 71).

A Carta Magna brasileira em seu artigo 205 traz o direito à educação, referindo ser "direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 2018, p. 1).

Em seu artigo 206, a Constituição Federal traz as condições nas quais será ministrado o ensino. Quanto ao ensino de Direitos Humanos, em 2006 o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos a vislumbrou como "um processo sistemático e multidimensional, orientando a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões" (BRASIL, 2007, p. 17).

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos visa formar cidadãos ativos, estabelecendo uma sociedade mais democrática, justa e equitativa. Para tal, tem-se a importância do espaço escolar enquanto um local de formação, de produção do conhecimento e de consolidação da personalidade e percepção de mundo do estudante. Sendo assim, "[...] universo da educação o espaço-tempo privilegiado para formar e consolidar os princípios, os valores e as atitudes capazes de transformar cada ser humano, no humano que queremos ver respeitado em todas as dimensões da vida" (BRASIL, 2007, p.11).

3.2 Direitos humanos: a construção de uma cultura

Cada sociedade possui características histórico-culturais distintas e a ideia de direitos humanos está a elas diretamente relacionada. A pluralidade de culturas produz seus próprios valores, o que nos leva à necessidade de vislumbrar os direitos humanos sob

uma ótica multicultural. Sendo assim, os Direitos Humanos "[...] são indubitavelmente um tema global, portanto, há que se criar espaços para o diálogo intercultural, a fim de se estreitar o vínculo de valores entre toda a humanidade e, dessa forma, alcançar a universalidade" (PELLEGRINI, 2017, p. 32).

É primordial que se trabalhe os direitos em direta relação à cidadania (HABERMAS, 1002, p. 158) por intermédio de uma educação problematizadora que se propõe "procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade" (HABERMAS, 1992, p. 168) com o condão de formar-se e vivenciar-se as expressões do universo jurídico. Destaca-se o ensinamento de Canotilho (1993, p. 517) ao explicar que

> [...] que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são frequentemente usadas como sinônimas. Mas, segundo sua origem e o respectivo significado, podem ser diferenciadas pelo fato dos direitos humanos serem direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (*dimensão jusnaturalista-universalista*), enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, *'jurídico-institucionalmente'* garantidos e limitados *'espaço-temporalmente (*CANOTILHO, 1993, p.517).

Assim, em sendo o ser humano um sujeito inacabado e histórico (FREIRE, 1997, p. 55), são necessários os pressupostos de educação e liberdade para a construção da humanização do indivíduo. Importante, neste contexto, trabalhar o humano de forma ampla e universal buscando um norte à inconclusão humana, tornando o indivíduo consciente de seu inacabamento e, por meio dele, buscar o conhecimento (FREIRE, 1997, p. 55).

Educar para a liberdade é o cerne da educação em e para os Direitos Humanos (FREIRE, 1997, p. 55-56). Para tal, é necessário que se promovam práticas educacionais que caminhem para a contextualização dos direitos compreendendo o homem enquanto sujeito, uma vez que "todos os homens são titulares destes direitos inalienáveis" (BOBBIO, 2004, p. 17). Importa frisar que

> os direitos humanos, na posição de universais não homogeneizadores, precisam justamente reconhecer a existência de uma moralidade que impõe reciprocidade de comportamentos a todos os indivíduos e instituições como condição de possibilidade para serem freadas as diferenças que conduzem à desigualdade excludente ou, mesmo, à homogeneização que inviabiliza o aparecimento das diferenças comuns à humanidade do homem (LUCAS, 2010, p. 61).

A educação tem um compromisso com a sociedade promovendo-a de forma igualitária, com respeito às diferenças do indivíduo. "A liberdade é concebida como horizonte final do destino do homem, mas por isto mesmo só pode ter sentido na história que os homens vivem" (FREIRE, 1982, p. 7).

Apenas através de uma educação orientada aos Direitos Humanos, pode-se buscar uma sociedade pluralista onde todos os homens sejam iguais em suas diferenças (SOUZA, 2018, p. 1). "Afastar a diferença, portanto, é ao mesmo tempo que negar as possibilidades de o entendimento humano tratar daquilo que, por sua moralidade, pode ser universalizado" (LUCAS, 2010, p. 61).

Educar para e em direitos humanos é educar para a humanidade, interligando-se a educação ao princípio da dignidade da pessoa humana (SOUZA, 2018, p. 1). Ao conhecer os fundamentos do direito o cidadão se compromete com a justiça social, posto que se torne ciente de sua responsabilidade com a humanização. Torna-se, assim, responsável pela construção do saber no mundo reafirmando sua natureza crítica para assegurar que "[...] a violação dos diretos de um homem era a violação dos direitos de todos os homens [...]". (ARENDT, 2012, p. 167).

O compromisso com a educação é, também o compromisso com a transformação social para uma realidade mais democrática. "[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas [...]" (BOBBIO, 2004, p.25). A educação precisa despertar no âmago dos sujeitos a força para que suas

atitudes e competências promovam, garantam e protejam seus direitos.

3.3 A construção de uma cultura de paz e de práticas pedagógicas para Educação em Direitos Humanos

Ao propor a construção de educação em Direitos Humanos com a cultura para a paz, deve-se ter a importância da postura dialógica dos agentes educacionais e de como se dá o processo de construção do conhecimento e cidadania em ambientes educacionais. Nota-se que "[...] ação e reflexão, de tal forma solidárias, em uma interação tão radical que, sacrificada, ainda que em parte, uma delas, se ressente, imediatamente, a outra. Não há palavra verdadeira que não seja práxis [...]" (FREIRE, 2015, p. 77).

A prática crítico-problematizadora é fundamental para a educação voltada aos direitos humanos. A construção de saberes deve se dar com a prática, estando o professor como mediador desta construção. "Por isso, precisamos de práticas pedagógicas inovadoras para atuar diante de currículos formais rígidos, padronizados e "programados", [...] A EDH com suas práticas pedagógicas devem ir além do liberalismo" (SILVA, 2017, p. 45). A educação em Direitos Humanos deve ter como base valores éticos e morais e sobrepor-se à conformidade e a um modelo preestabelecido que subjuga o estudante àquele que recebe conhecimento e não o produz de forma científica e empírica. É necessário que

> se busque articular, no âmbito das políticas educativas e das práticas pedagógicas, o reconhecimento/valorização de nossa diversidade cultural, destacando a educação como um direito de todos e todas, em todos os níveis. O reconhecimento de incompletudes mútuas é condição importante para a efetivação do diálogo intercultural, que nada mais é do que uma negociação em aberto, um processo político. Progride pela via de conflitos e

> consensos, de forma reflexiva. Não basta a retórica (FEITOSA, 2007, p.285).

Deste modo, tem-se a importância da criação de práticas pedagógicas com o objetivo de apresentar aos estudantes uma visão cultural voltada à solidariedade, à cidadania e à paz. É necessário que se instigue uma maturidade cultural para repensar os sentidos e as dimensões dos saberes. É necessário que saiamos da zona de conforto para a busca de uma práxis voltada aos Direitos Humanos recuperando "a consciência do outro, em tempos em que o individualismo se tornou uma marca histórica, é tarefa suficientemente desafiadora para as práticas pedagógicas vigentes" (BITTAR, 2007, p. 327).

A prática pedagógica voltada aos Direitos Humanos e a uma cultura de paz deve ser natural e coletiva, buscando o diálogo e a inter-relação dos sujeitos numa reflexão crítica. Assim, "a tarefa coerente do educador que pensa certo é, exercendo como ser humano a irrecusável prática de inteligir, desafiar o educando com quem se comunica e a quem comunica, produzir sua compreensão do que vem sendo comunicado" (FREIRE, 1997, p. 38).

Conclusão

A educação para e em Direitos Humanos é uma produção de saberes socialmente relevante. Deve haver um compromisso entre professores e estudantes para que, por meio de práticas educativas o indivíduo tome consciência de si enquanto "ser-no-mundo", como ensinava Paulo Freire. Conhecer-se no mundo fomenta a construção se cidadãos empoderados de si mesmos, críticos e atuantes.

Pensar a educação voltada aos Direitos Humanos, nos diferentes níveis educacionais, quer seja ensino fundamental ou médio, por exemplo, prescinde da consolidação de uma prática sócio-político-democrática. Nela, não se tem o condão de trabalhar

a institucionalidade democrática formal, mas as diferentes relações plurais sociais existentes e o papel do indivíduo nelas.

É necessário trazer o humano à educação. Para trabalhar-se Direitos Humanos tem-se a necessidade de significar a educação e o direito, indo além do engessamento de determinados procedimentos pedagógicos. A pedagogia pode ser libertadora quando se fala em uma educação voltada aos Direitos Humanos. Porém, o profissional do ensino deve estar preparado para trabalhar no espaço institucional a prática de liberdade e cidadania, bem como suas implicações de forma multidisciplinar, articulado com diferentes matérias e disciplinas ministradas na instituição de ensino.

É prerrogativa constitucional o direito à educação, bem como responsabilidade do Estado em suprir as necessidades à sua concretização. Entretanto, é papel fundamental dos agentes educacionais adotarem uma postura dialógica que permita relações de intersubjetividade de forma a haver uma eficiente mediação de saberes.

Educação e Direitos Humanos são indissociáveis. É a formação educacional que torna um indivíduo ciente de seus direitos e deveres, bem como de seu papel em sociedade. Há uma íntima ligação entre cidadania, democracia e paz, com os Direitos Humanos. Trazer esta discussão ao ambiente escolar é apresentar ao estudante concepções de igualdade, respeito e tolerância, questões basilares ao princípio da dignidade da pessoa humana e, de forma mais ampla, aos Direitos Humanos.

O currículo escolar ainda não se volta aos direitos humanos. Suas lições não são obrigatórias nas escolas. O trabalho desta disciplina poderia amenizar uma crise de valores éticos e morais que se vislumbra em parte da sociedade. Não obstante, para que haja uma educação para os Direitos Humanos é necessária formação de profissionais do ensino enquanto socioeducadores, a fim de promoverem uma educação humanizada, compreendendo que a igualdade está nas diferenças e intersubjetividades do indivíduo.

Portanto, pensar em direitos humanos e educação é buscar a completude do ser inacabado de Paulo Freire. É, assumir um compromisso com a postura frente a sociedade para que a educação leve os sujeitos envolvidos a transformar sua realidade. A educação precisa despertar o cidadão que está em cada estudante para que contribuam no exercício de suas competências para a garantia e promoção dos Direitos Humanos.

Referências

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; DANELI, Jardel Casanova. Qual educação para os Direitos Humanos? **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Dez. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5838>. Acesso em: 21 Mar. 2018.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo** - antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BEDIN, Gilmar Antônio. **A sociedade internacional e o século XXI:** em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2001.

_____. **Os direitos do homem e o neoliberalismo.** Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2002.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Educação para a democracia.** Lua Nova: Revista de cultura e política, n. 38, p. 223-237, 1996.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito.** Lições de propedêutica jurídica. São Paulo: Editora Letras & Letras, 1995.

BITTAR, Eduardo C. B. Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico. In. SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et. al. **Educação em Direitos Humanos:** fundamentos teóricos-metodológicos. João Pessoa. Ed. Universitária, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. 2013.

_____. **Constituição Federal.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 Mar. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Pós-graduação em direitos humanos: dificuldades em compatibilizar lógicas diversas. In. SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et. al. **Educação em Direitos Humanos:** fundamentos teóricos-metodológicos. João Pessoa. Ed. Universitária, 2007.

FISCHMANN, Roseli. Educação, direitos humanos, tolerância e paz. **Paidéia**, vol. 11, núm. 20, 2001, pp. 67-77. Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, Brasil.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia:** saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

_____. **Pedagogia da indignação:** cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

_____. **Educação como prática da liberdade.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

_____. **Pedagogia do oprimido.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

GADOTTI, Moacir. **A escola e o professor:** Paulo Freire e a paixão de ensinar. São Paulo: Publisher Brasil, 2007.

_____. **Um legado de esperança.** São Paulo: Cortez, 2001.

HABERMAS, J. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade:** um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

PADILHA, Paulo Roberto. Educação em Direitos Humanos sob a ótica dos ensinamentos de Paulo Freire. **Revista Múltiplas Leituras**. v.1, n. 2, p. 23-35, jul./dez., 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PELEGRINELLI, Gisela. **Espaços educativos:** avanços e desafios para a cultura dos Direitos Humanos. São Leopoldo: UNISINOS, 2017.

SILVA, André Luiz da M. **Uma escopa pública para a democracia:** a "escola para todos" no pensamento de Anísio Teixeira. Disponível em: <https://www.fe.ufg.br/nedesc/cmv/controle/DocumentoControle.php?oper=download&cod=1378>. Acesso em: 24 Mar. 2018.

SILVA, Clawdemy Feitosa e. **A socioeducação e direitos humanos:** um estudo do projeto "a arte do saber". Brasília: UnB, 2017.

SORIANO DÍAZ, Andrés. Uma aproximação à Pedagogia- Educação Social. **Revista Lusófona de Educação**, [S.l.], v. 7, n. 7, sep. 2009. ISSN 1646-401X. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rleducacao/article/view/801>. Acesso em: 22 Mar. 2018.

SOUZA, Regiane Garcia de. Educar-se em direitos humanos para uma perspectiva pluralista e inclusiva. **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62464/educar-se-em-direitos-humanos-para-uma-perspectiva-pluralista-e-inclusiva>. Acesso em: 20 Mar. 2018.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação para a Democracia:** introdução à administração educacional. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997.

32

O contexto latino-americano de direitos humanos e os elementos esquecidos pelo discurso hegemônico

Dieison Felipe Zanfra Marques[1]

1 Introdução

A existência dos direitos humanos se dá em virtude de um atributo humano de ordem moral – a dignidade humana - que os precedem e fazem com que se tornem exigíveis apesar de qualquer lei. O princípio da dignidade humana é um princípio fundador dos direitos humanos e foi reconhecido no século XX, e a partir de então ressignificou toda a estrutura destes direitos, inclusive representando que os direitos humanos não são pretensões egoístas de indivíduos autossuficientes e encorajados por um sistema liberal de valores que faz com que exerçam suas vontades sem considerar os outros indivíduos de sua comunidade.

Diante disso, se nota que ao estudar a história e a fundamentação dos direitos humanos pressupõe o seu desenvolvimento no Ocidente e que foi desenvolvido a partir das lutas políticas e tipicamente burguesas com esta marca individualista que após se tornar madura o suficiente foi exportado para os demais países do mundo através da Declaração Universal

---

[1] Mestrando em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pela UNIJUÍ. Bacharel em Direito pela UNIJUÍ.

dos Direitos Humanos e através de outras legislações domésticas em que os mais diversos países adotaram reconhecendo este tipo de direitos.

Porém, contrariamente a este discurso hegemônico ocidental de direitos humanos existe um conjunto de lutas históricas, valores e concepções latino-americanas que tem contribuído de forma significativa para a construção e consolidação do discurso dos direitos humanos na América Latina e, apesar de toda a gama de violações de direitos humanos por estas terras, existem dados que confirmam o protagonismo latino-americano para a consolidação deste discurso que restaram esquecidos em face do discurso ocidental, mas que brilhantemente Bragato (2009) tratou de relembrar e dessa forma, suas pesquisas e escritos – assim como de outros autores – serão base para a construção desse trabalho.

Este trabalho pretende, portanto, revelar outro lado do discurso ocidental dos direitos humanos, demonstrando o papel que o contexto latino-americano teve para esse processo e para a universalização destes direitos, bem como demonstrar suas contribuições para a universalização destes direitos na América Latina.

2 O discurso hegemônico ocidental dos direitos humanos

Sem dúvidas, os direitos humanos são uma das maiores invenções da nossa civilização e "esta importancia de los derechos humanos está dada, como es evidente, por el hecho de que ellos constituyen una herramienta imprescindible para evitar un tipo de catástrofe que con frecuencia amenaza a la vida humana." (NINO, 1989, p. 01). Pois é de conhecimento geral que a vida humana é permanentemente perseguida por infortúnios que podem acabar com nossos sonhos, aspirações e até mesmo o fruto de nossas afeições mais profundas. Nesse sentido, os direitos humanos são "el antídoto que han inventado los hombres para neutralizar esta fuente

de desgracias es precisamente la idea de los derechos humanos". (NINO, 1989, p. 02). Além de que:

> No obstante antecedentes tan remotos como los fueros españoles, las cartas inglesas, las declaraciones norteamericanas, etc., es con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que se hace completamente explícito que la mera voluntad de los fuertes no es una justificación última de acciones que comprometen intereses vitales de los individuos, y que la sola cualidad de ser un hombre constituye un título suficiente para gozar de ciertos bienes que son indispensables para que cada uno elija su propio destino con independência del arbitrio de otros. (NINO, 1989, p. 02).

Tentando fazer um avanço histórico sobre a origem e evolução dos direitos humanos, Villamarin (2009, p.141) revela que "[...] necesariamente tendremos que referirnos a una serie de hechos importantes que han contribuido precisamente a esse desarrollo [...] tomando como punto de partida la dignidad humana, de la cual deriva el origen del concepto de derechos humanos [...]".

Então, os direitos humanos existem, segundo Bragato (2011, p.13) em função de "um atributo humano de ordem moral que os precedem e os tornam exigíveis, a despeito de qualquer lei. Trata-se da dignidade da pessoa humana, que é o princípio fundador dessa espécie de direitos". A autora continua a exposição dizendo que tal princípio só foi reconhecido como valor jurídico no século XX, passando então a irradiar os seus efeitos sobre o Direito. Dessa forma, esse reconhecimento desencadeou uma nova fase de direitos humanos, e, além disso, uma "profunda ressignificação destes direitos, como indica, não por acaso, a substituição da expressão "direitos do homem", típica das declarações modernas do Ocidente (norte-americana e francesa), por "direitos humanos"." (BRAGATO, 2014, p. 14, grifo da autora).

Trata-se, pois, não somente de uma alteração semântica, mas a representação de uma "assunção de que os direitos humanos não são pretensões egoísticas de um indivíduo autossuficiente e

encorajado, por um sistema liberal de valores, a exercer suas vontades sem consideração pelos outros ou pela comunidade e pelo mundo em que vive e no qual depende". (BRAGATO, 2014, p. 14).

O discurso dos direitos humanos sustenta-se sob uma premissa pouco contestada em que fazem parte de um projeto jurídico e político originariamente ocidental que após ter sido criado foi expandido e adentrou nos mais diversos sistemas jurídicos existentes no mundo.

Porém, nota-se que a forma convencional de se estudar a história e a fundamentação dos direitos humanos pressupõem, conforme Bragato (2014, p. 14) que o Ocidente criou e desenvolveu essa ideia, a partir de "suas lutas tipicamente burguesas e de suas declarações marcadamente individualistas. E que após ter se tornado suficientemente madura, foi exportada para os demais países do mundo" a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelas legislações domésticas que passaram a reconhecer os direitos humanos ocidentais.

E nesse ponto cabe uma crítica (em verdade marxista, mas) retratada na obra de Bragato (2009) em que a autora revela que os direitos humanos, no contexto em que se retrata aqui, não se referem ao homem como um ser genérico, mas, ao contrário, um marco para os indivíduos, cujo nexo que os mantém em coesão é o interesse e a necessidade particular, a conservação de suas propriedades e de suas individualidades egoístas.

A crítica marxista está ligada ao fato de que a maior parte dos seres humanos, embora "abstratamente considerados pessoa pela concepção antropocêntrica da modernidade, estava completamente excluída do processo inclusivo da cidadania, revelando-se a falácia do projeto antropológico moderno" (BRAGATO, 2009, p. 82), pelo que parece, serviu apenas para alavancar os privilégios da burguesia. Assim, parece ter sentido o que Rodolfo Arango (2013, p. 03) revela sobre a questão:

> Después de dos revoluciones —la inglesa y la francesa—, dos guerras mundiales y un amplio proceso de industrialización, Europa pudo alcanzar el desarrollo económico y social suficiente para que sus habitantes no mueran de hambre, vivan democráticamente y crean en el derecho como medio de paz. Por lo menos lo anterior vale para los ciudadanos europeos, aunque lamentablemente no se aplica necesariamente a emigrantes o refugiados que agolpan a las puertas de Europa o son expulsados de ella. Si bien las antiguas colonias allende del Atlántico sueñan hace doscientos años con la misma suerte de la comunidad europea, por ejemplo, vivir em paz, con estabilidad política y bienestar social, hasta el momento tal sueño sigue lejano.

Portanto, conforme revela Bragato (2009) trata-se de uma crítica pertinente para a época, mas que se analisada no atual contexto não traduz o propósito e o alcance dos direitos humanos baseado no reconhecimento da dignidade humana, refutando a imagem individualista do ser humano e que implica um universo de seres humano mais amplo que o do homem burguês, branco e ocidental, que Marx identificou em sua crítica.

Apesar desse discurso ocidental de construção de direitos humanos, nota-se que, contrariamente a isso, existe uma história latino-americana de lutas, valores e concepções que tem contribuindo muito para a construção e consolidação dos direitos humanos, em que pese o histórico de violações de direitos humanos na América Latina, foram inúmeros os aspectos que confirmam o protagonismo deste continente para a consolidação dos direitos humanos, por inúmeras razões Bragato (2009) revela que foram esquecidas em face do discurso ocidental, especialmente as teorias de Bartolomé de las Casas (que veremos mais adiante).

Arango (2013, p. 04) conta que "Latinoamérica pretende ahorrarse revoluciones y guerras como etapa previa para construir sociedades más equitativas. No se resigna a aceptar la tesis según la cual para lograr condiciones materiales más igualitárias se requiere repetir los pasos de los ancestros europeos". Assim, significar o discurso dos direitos humanos passa pelo resgate do papel da

América Latina no desenvolvimento histórico dos direitos humanos e na construção de uma peculiar visão humanista que se desencadeou pela conquista da libertação da opressão.

No entanto, existem elementos dessa história que permanecem esquecidos, que segundo Bragato (2011), reforçam essa visão estreita e unilateral dos direitos humanos. Nesse sentido, passa-se a utilizar do conhecimento de Carozza (2003) que apresenta uma série de motivos que pode ser invocada para explicar esse "esquecimento histórico". O autor indica que com o advento da Guerra Fria a discussão ocorrida em relação aos direitos humanos se converteu em um conflito ideológico entre prevalência de direitos civis e políticos de cunho capitalista e dos direitos econômicos e sociais socialistas. Porém, conforme lembra Bragato (2011), muito antes desse debate a Constituição Mexicana já havia demonstrado uma harmonização entre os direitos de cunho liberal e social superando a dicotomia criada em meados da Guerra Fria. Dessa forma, como a América Latina não estava no debate, sua posição restou esquecida.

Além disso, as lutas ocorridas pela descolonização e contra o *apartheid* transferiram o foco das discussões para a África, onde as questões raciais foram levantadas. Paralelamente a isso, na América Latina, assistiu à ascensão de governos autoritários em quase todos os seus países, o que determinou o agravamento das violações dos direitos humanos e restringiu a possibilidade de debate em relação ao assunto. (BRAGATO, 2011).

Carozza (2003) ainda revela que outro aspecto importante foi o aparato financeiro e organizacional das ONG's na Europa e Estados Unidos consolidando uma imagem de como fossem essas sociedades responsáveis pela criação do discurso dos direitos humanos mundialmente. De qualquer modo, Bragato (2011) revela que a América Latina tem um papel secundário na constituição histórica dos direitos humanos, mas que, todavia, o contexto pós-colonial, no qual os direitos humanos precisam ser compreendidos, exige diversidade da epistemologia moderna.

3 O contexto latino americano e os elementos esquecidos

Em que pese a epistemologia ocidental ter sido absorvida pela América Latina, nota-se que não há discussão em relação a viabilidade desse projeto, tanto que conforme observa Bragato (2009), os Estados latino-americanos estão perfeitamente inseridos no contexto global de proteção aos direitos humanos com a participação ativa em foros internacionais e regionais, com a adesão a pactos internacionais e reconhecimento dos direitos fundamentais nas suas Constituições.

Porém, a situação do desrespeito interno dos direitos humanos coloca a América Latina em situação complicada, pois se observa nos relatórios internacionais vários casos de violação sistemática dos direitos humanos. Portanto, o problema latino-americano segue sendo a ineficácia das normas que não se mostram suficientes para incrementar os direitos humanos. (BRAGATO, 2009).

A questão da incrementação das formas de proteção aos direitos humanos tem sido um calo para os latino-americanos, mas conforme destaca Bragato (2009, p. 117) "a violação dos direitos humanos nos desafia, de forma urgente, a pensar formas de garanti-los, mas não me parece que esse problema esteja desconectado daquele que discute por que razão este é um projeto no qual devemos nos engajar". Dessa forma, parece que o problema está na dificuldade de fundamentação dos direitos humanos, pois a ratificação à Declaração Universal não quer dizer que houve um consenso acerca dessa fundamentação ou razão se ser desses direitos, pois conforme Alexy (1999) onde o consenso sobre o seu fundamento vacila, a possibilidade de perda de legitimidade cresce, implicando problemas de implementação e de efetivação.

Nesse sentido, Bragato (2009) revela que o discurso hegemônico que sustenta que os direitos humanos forneçam aos latino-americanos argumentos suficientes para explicar como estes

se tornaram tão sedimentados em nosso contexto ou como entraram nos nossos ordenamentos jurídicos, não encontra base teórica em lugar algum. Simplesmente há uma afirmação de que somos produtos da tradição jusfilosófica ocidental e que por isso introduzimos a teoria dos direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

Porém, torna-se questionável o fato de que os direitos humanos sejam somente uma mera reprodução dos valores ocidentais, pois se a ideia ocidental de pessoa humana abstrata e centrada no indivíduo foi o que impulsionou as primeiras declarações, é questionável se hoje ainda continuam sendo a motivação dos direitos humanos latino-americanos. Nesse sentido, Bragato (2009, p. 119) afirma que:

> [...] se os direitos humanos encarnam, hoje, propósitos mais ambiciosos que aquelas das primeiras Declarações da modernidade e se se converteram em armas contra a opressão e a miséria de que padece maior parte da humanidade, parece haver uma dimensão esquecida nesta história.

Nesse sentido, Quijano (2009) observa que, deste ponto de vista as relações sociais e intersubjetivas entre Europa e o resto do mundo foram reduzidas a dualismo como exemplifica Bragato (2009, p.121): "[...] oriente/ocidente, primitivo/civilizado, irracional/racional [...]. E para a inserção dentro desse dualismo a ideia de raça foi o critério adotado, sendo que na América Latina foi a forma de legitimar as relações de poder que se estabeleceram, pois a inferioridade racial foi relacionado à inferioridade racional e socioeconômica.

> Assim, as pessoas, cujos direitos humanos foram historicamente negados na América Latina, são justamente aqueles que, no discurso ocidental moderno, puderam ser identificadas como sub-humanos, porque menos racionais que o protótipo de homem que servia de suporte à ideia de pessoa humana. A figura humana

> encarnada no colonizado é a antítese do protótipo do sujeito de direitos da modernidade. (BRAGATO, 2009, p. 119-20).

Dessa forma o povo latino-americano inicia sua história na caminhada rumo à consecução dos direitos humanos como um povo inferior, como povo colonizado. Assim, Bragato (2009) observa que os direitos humanos na América Latina nascem não como decorrência da afirmação de superioridade do ser humano portador de racionalidade, mas como reivindicação da inferioridade, pois entendiam que eram parte da humanidade e que mereciam tais direitos.

Não fosse assim, como se justificariam os conflitos ocorridos nestas terras e que emanciparam muitos povos latino-americanos marcando suas historias. Trata-se, pois, conforme observa Bragato (2009, p. 123) de uma "condição colonial e subalterna dos povos latino-americanos" que criou outro palco para os direitos humanos, diverso do que o ocidente criou e estendeu para o mundo.

Isso não quer dizer que na Europa não houve lutas e conflitos sociais para que se conquistassem direitos, mas lá fora devido às lutas contra o absolutismo, enquanto cá foram a inconformidade com a dominação colonial. Enquanto na Europa o Estado foi a base para o aparecimento dos direitos humanos, a América era a mantenedora da matéria-prima e mão de obra para o ocidente. (BRAGATO, 2009).

Nessa senda, o abandono ou encobrimentos de certos elementos que auxiliaram para o surgimento dos direitos humanos somados à fraqueza dos argumentos que costumam explicar a sua presença como uma reprodução do sistema europeu, faça parecer muito distante ou descontextualizada e, talvez por isso não tenha maior respeito destes direitos na América Latina. Ainda, pode-se questionar a concepção de pessoa humana baseada no homem racional europeu, sem que se baseie nos povos latino-americanos, e para essa questão passa-se a analisar o que Fernanda Bragato chama

de elementos esquecidos pelo discurso hegemônico dos direitos humanos.

4 O caso de Bartolomé de Las Casas

Conforme destaca Bragato (2009), um fato amplamente negligenciado na construção da centralidade da pessoa humana dentro da cultura de muitos povos deu-se durante a colonização espanhola na América, em que ocorreram diversos conflitos e muita luta política em torno da legitimidade das ações espanholas durante a colonização, bem como o sobre o direito sobre elas e seus povos.

Sabe-se que nas ocupações, durante o período colonial, ocorreu uma sistemática exploração dos índios pelo sentimento de superioridade dos europeus. E diante disso foram formuladas as primeiras reações contra a negação da dignidade humana de que se tem provas no ocidente, conforme informa Bragato (2009), e levaram à formulação de novos discursos amparados na ideia de pessoa humana.

Os debates sobre escravidão, morte e domínio das terras indígenas foram provocados pela falta de consenso na sociedade espanhola sobre a própria legitimidade da conquista. O debate sobre esses acontecimentos girou em torno da legitimidade dos europeus para submeter os índios à exploração e à servidão, algo que não poderia ser aceito quando se tem uma construção de direito que gira na centralidade humana.

Dessa forma, os debates que se desenvolveram durante o contexto da colonização espanhola surgiram da percepção de alguns personagens da conquista do aviltamento do índio durante os primeiros tempos dessa colonização e, e a afirmação de que o índio não era menos humano que os europeus, por isso merecia proteção da igual forma, e isso resultou em intensos debates sobre a natureza humana. Para Bragato (2009) esses debates constituem hoje um referencial histórico para a afirmação de direitos humanos e aporte para compreender seu significado contemporâneo.

A conquista espanhola sobre a América foi produto de construções históricas somadas a entendimentos religiosos que justificavam e legitimavam as ocupações, bem como a subjugação e dizimação dos povos que encontravam. Basicamente sob a pretensão de expansão cristã e necessidade de evangelização dos infiéis a Igreja conferiu à Espanha o direito de ocupar e submeter os povos indígenas a todo tipo de maus-tratos. Segundo Bragato (2009, p. 161) assim, "a guerra estava autorizada e considerada ato legitimo e justo contra os movimentos de resistência [...] nesse contexto forjou-se a ocupação da América".

Dessa forma, o encontro dos espanhóis com os habitantes latino-americanos foi um verdadeiro desastre humano pelos resultados que produziu, por exemplo, a expulsão dos povos autóctones de seus territórios, sua alienação material, deculturação e inferiorização jurídica pelo confisco de seus direitos. (BRAGATO, 2009). E disso resultaram então questionamentos sobre o senhorio do Papa, os títulos dos monarcas espanhóis, a situação dos índios, enfim diversas questões referentes à colonização e subjugação dos povos indígenas.

> A conquista da América desencadeou uma luta de interesses. A questão a elucidar era se os indígenas tinham capacidade para ser autônomos ou eram naturalmente incapacitados (amentes) e deveriam ser tutelados, para seu bem, por pessoas mais "civilizadas", a saber, as potências europeias. Outra questão derivada da anterior era definir se os civilizados europeus, em prol do objetivo anterior, tinham o direito de colonizar os novos territórios conquistando-os e extraindo suas riquezas. O discurso dos direitos humanos tem sua origem na interpelação da alteridade das vítimas com uma finalidade estritamente política: descontruir o discurso legitimador da dominação europeia sobre os povos indígenas. Entre os sujeitos criadores deste novo discurso, devem ser mencionados Bartolomé de Las Casas [...]. (RUIZ, 2007, p. 60).

Em relação à Bartolmé de Las Casas pode ser dito que era um defensor dos índios, pois teve convivência direta com eles, fator este que conforme informa Bragato (2009, p. 167) fez com que "renunciasse à sua *encomienda* e se tornasse, em seu tempo, o mais fervoroso defensor dos povos nativos". Las Casas testemunhou toda a crueldade e massacre indígena da época e, portanto não concordava com a dizimação do povo indígena alegando a igualdade entre os homens independente de seu grau civilizatório.

As ideias de Las Casas se inseriam na linha de pensamento de eminentes intelectuais da Escola de Salamanca – pensadores que contribuíram para a construção histórica da centralidade da pessoa humana. Dessa forma, construíram uma visão global crítica ao processo de colonização que foram o alicerce para um discurso de legitimação e de reconhecimento dos índios, sendo considerada uma reação à exploração e dizimação dos povos indígenas através da colonização e em nome da evangelização. (BRAGATO, 2009). Assim, a colonização espanhola na América acabou por contribuir:

> [...] decisivamente para a afirmação do conceito de dignidade da pessoa humana, ao afirmar a humanidade do estrangeiro, do pobre, do fraco e daquele qualificado como infiel, no limiar da era da globalização iniciada pela colonização ibérica. Em suma, os debates converteram-se nos primeiros discursos sobre o reconhecimento da humanidade do outro. (BRAGATO, 2009, p. 170).

As conclusões mais significativas dos debates sobre direitos dos índios naquela época auxiliaram na construção de novos discursos sobre direitos naturais, direitos do cidadão e direitos humanos a partir de reflexões elaboradas na Escola de Salamanca sobre a natureza humana, o estado de natureza, direitos naturais para elaborar e construir o que se considerava o discurso moderno dos direitos humanos. Para Bragato (2009) pensar a sociedade política como criação humana, visualizar o governo e as leis como um produto do consenso dos homens, desqualificou o significado de conquista que foi então abalada diante dessa nova proposta que,

primeiramente reconheceram nos índios um indivíduo igual e capaz de formar sua própria sociedade política.

De certa forma este discurso não pôs fim à exploração e à ocupação espanhola, mas deslegitimou os abusos, exploração, as guerras e a escravidão. (BRAGATO, 2009). Dessa forma, a colonização permitiu pensar o outro subjugado e oprimido a partir da perspectiva humanista pela ideia de centralidade da pessoa humana. Era a primeira vez que "[...] ao ser humano desumanizado, destituído de qualquer direito, é reconhecida a condição de pessoa humana". (BRAGATO, 2009, p. 171).

5 Considerações finais

De acordo com o exposto, a primeira experiência histórica do discurso dos direitos humanos ocorreu na América Latina através das denúncias da escravidão e do massacre dos índios por Bartolomé de Las Casas e com as sucessivas reivindicações baseadas no direito natural de liberdade fundada na pertença de todos a uma humanidade comum. A importância dessa atitude de Las Casas destaca que não se trata apenas de testemunhos da exploração, mas uma concepção diversa do olhar colonizador trazendo novos significados para a compreensão dos direitos humanos, totalmente diversa do contexto ocidental.

Essa concepção traz novas formas de pensar o contexto latino-americano que distancia a ideia do etnocentrismo e valorizam a diversidade, coexistência e respeito pela figura do outro. Trata-se até de uma nova forma de convivência humana que rejeita a subjugação e a noção de superioridade. Dessa forma, a partir dessa construção, a tradição humanista latino-americana passa a pensar e reconhecer o ser humano na sua alteridade, que conforme alguns autores apontam, constitui o grande legado dos fatos da colonização e da história.

Exemplo disso é a atuação latino-americana na construção das declarações sobre direitos humanos, principalmente pela adoção da primeira declaração de direitos e deveres do homem com caráter

internacional, inclusive sendo base para o principal documento internacional sobre o tema. São, portanto, contribuições que refletem a consciência firmada sobre a proteção do ser humano dentro da América Latina que forjou-se no contexto de lutas por reconhecimento de direitos e liberdade, não só dos indígenas, mas de todas as lutas para se desvincular da opressão que, inclusive levaram muitos países latino-americanos à independência.

Essas lutas, de fato, criaram um ambiente propicio para reivindicações e afirmações de direitos humanos, inclusive a construção do Estado Democrático de Direito e sua inserção dentro de muitas Constituições latino-americanas demonstram o forte comprometimento com os direitos humanos por estas terras.

Dessa forma, a concepção latino-americana de direitos humanos não foi apenas transferida da Europa pra cá como informa o discurso hegemônico. O contexto histórico de lutas, que embora tenha sido esquecido ou relevado a segundo plano, não mente em relação às lutas travadas pela conquista de todos os direitos que se tem atualmente, sendo responsáveis pela afirmação dos direitos.

Por fim, como lembra Bragato, não é uma questão de disputa sobre a paternidade dos direitos humanos, mas uma questão de resgate de elementos esquecidos que possam enriquecer a perspectiva compreensiva sobre os direitos humanos para que se possa aproximar a história com a realidade para que se possa incrementar as possibilidades de realização diante desse quadro latino-americano de enormes dificuldades de aceitação e sua consequente baixa eficácia.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55, jul./set. 1999. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413>. Acesso em: 18 abr. 2018.

ARANGO, Rodolfo. Constitucionalismo social latinoamericano. **Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**. 2013. Disponível em: < https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/6.pdf>. Acesso em 18 abr. 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. 267 f. Tese (doutorado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp134412.pdf> . Acesso em 06 abr. 2018.

_____. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Presidência da República**, V. 13, n. 99, p. 11-31, fev./mai. 2011. Disponível em: < https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/143 >. Acesso em: 06 abr. 2018.

_____. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014. Disponível em: < https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/5548/2954>. Acesso em: 06 abr. 2018.

CAROZZA, Paolo G. From Conquest to Constitutions: retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights**. Human Rights Quarterly**, Baltimore/USA, v. 25, n. 2, pp. 281-313, may, 2003. Disponível em: < https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1584&context=law_faculty_scholarship>. Acesso em: 18 abr. 2018.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**. 2. Ed. ampl. rev. Buenos Aires: Editorial Austrea. 1989. Disponível em: < http://arquimedes.adv.br/livros100/Etica%20y%20derechos%20humanos%20-%20Carlos%20Santiago%20Nino.pdf>. Acesso em 15 abr. 2018.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra/POR: Gráfica Coimbra. p. 73-117. 2009. Disponível em: < http://cvc.instituto-camoes.pt/conhecer/biblioteca-digital-

camoes/pensamento-e-ciencia/2106-2106/file.html>. Acesso em: 20 abr. 2018.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Os direitos humanos no descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 40, n.2, p. 60, jul./dez. 2007. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/castor_ruiz_dh_descobrimento_america.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

VILLAMARIN, Kenneth Burbano. Aproximación a los antecedentes, fundamentación y concepto de los derechos humanos. **Revista Nueva Epoca**, Colômbia, v. 33, p. 141-156, 2009. Disponível em: < http://www.unilibre.edu.co/observatorioicc/images/stories/pdfs/2014/fundamentacion.pdf>. Acesso em 15 abr. 2018.

33

A processualização no estado do Vaticano: uma leitura sobre o procedimento de julgamento e o devido processo legal

Gabriel Henrique Hartmann[1]
Renê Carlos Schubert Junior[2]

1 Introdução

O tema do presente trabalho trata do sistema processual civil do Estado da Cidade do Vaticano, sendo este abarcado pelo Código de Processo Civil de 1946 e pelo Código Canônico de 1983, em seu Livro VII. Além disso, far-se-á uma análise no sistema processual brasileiro, mormente, no Código de Processo Civil de 2015 e na Constituição Federal de 1988.

O princípio do devido processo legal destaca-se por ser considerado um superprincípio/sobreprincípio, pelo fato de ser o articulador dos demais. Com isso, o devido processo legal é umbilicalmente atrelado à democracia e ao Estado Democrático de

---

[1] Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Graduação em Direito. Bolsista do Grupo de Estudos "A constitucionalização do Processo Civil e o CPC/2015", coordenado pelo Professor Ms. Renê Carlos Schubert Junior, desenvolvido no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. gabrielh.hartmann@hotmail.com.

[2] Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÌ), campus Ijuí, RS. Advogado e docente em regime integral das Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa/RS. reneschubertjunior@yahoo.com.br.

Direito. Sua observância é condição indispensável e necessária para obtenção de decisões justas.

O devido processo legal vem caracterizado pelo Código de Processo Civil como processo justo e presente em diversos artigos. A garantia do processo justo, pautado tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Civil, compõe um perfil mínimo. Esse perfil mínimo abrange a cooperação processual, a ampla defesa e o contraditório, a paridade de armas, pela prestação jurisdicional adequada e efetiva, pelo juiz natural, pelos pronunciamentos/decisões previsíveis, confiáveis e motivados, pelo procedimento público, pela duração razoável do processo, sendo o caso, por uma assistência jurídica integral, e com formação de coisa julgada.

O ordenamento jurídico canônico, preocupado com a salvação das almas, é constituído por 7 livros. A parte processual e que fará parte do estudo está disposta no Livro VII, especialmente nas primeiras partes, das cinco que o compõem. Tem como ápice hierárquico o Sumo Pontífice, o qual compõe o Supremo Tribunal de Assinatura Apostólica. O sistema processual canônico compõe-se pelo tribunal diocesano, tribunal metropolitano, à Rota Romana e sua especificidade, além é claro do Supremo Tribunal de Assinatura Apostólica.

Ainda, analisar-se-á brevemente o Código de Processo Civil de 1946, ordenamento eclesiástico do Estado da Cidade do Vaticano, que é composto por 3 livros, os quais possuem suas peculiaridades, tanto em nível sistemático, como em nível textual.

Dessa forma, analisar-se-á o instituto do devido processo legal, sua historicidade e incidência nos ordenamentos processuais do Brasil e do Estado da Cidade do Vaticano. Dentre os principais autores pesquisados, destacam-se José Carlos Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Nicola Picardi, Lênio Streck e José Rogério Cruz e Tucci.

2 Devido processo legal: historicidade e sua incidência na CF/88 e no CPC/2015

A expressão "devido processo legal[3]" (*due process of the law)* tem origem na Inglaterra, em 1354, quando o rei Eduardo III confirma as Leis da Terra, entre elas a Magna Carta de Liberdades. No entanto, a noção de devido processo legal é mais antiga, quando Édito de Conrado, em 1037, mediante o Decreto Feudal Alemão, "[...] no qual pela primeira vez registra por escrito a ideia que até mesmo o Imperador está submetido às 'leis do Império'." (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 65).

Ao longo dos séculos, inúmeras concretizações do devido processo legal ou corolários à sua aplicação, incorporaram o rol de garantias mínimas, que estruturam o devido processo. No Brasil, a primeira Constituição a consagrar o princípio do devido processo legal foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[4] (DIDIER JUNIOR, 2015).

O devido processo legal caracteriza-se pela base sistemática que é em relação às demais garantias constitucionais. Além disso, limita o poder estatal, seja em sede jurisdicional, seja em sede administrativa ou legislativa. Com toda sua importância e relevância política, "[...] o *due process* é um irmão siamês da democracia e do Estado de Direito, [...]." (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 101).

---

[3] "Cezar Saldanha de Souza Júnior, em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tem criticado essa forma de expressar a cláusula do *due process of law*; ao argumento de que *law* também é direito, propondo seja adotada a fórmula "devido processo de direito". A sugestão certamente é adequada à função do princípio. Todavia, além de a expressão estar consagrada pelo uso, não me parece esteja equivocada a tradução, em vista de que, no seu primeiro emprego no Estatuto do Rei Eduardo lII (1354), como informa Kenneth Pennington, The Prince and the Law, 1200-1600 (Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition), Berkeley, University of California Press, 1993, p. 145, nota 95, fazia-se referência expressa à lei: 'saunz estre mcsne en repons par due proces de lei'." (OLIVEIRA, 2004, p. 130).

[4] "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: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;" (BRASIL, 1988).

Sua importância destaca-se em nível internacional. Além de estar consagrado nas principais constituições ocidentais, no plano internacional, o princípio do devido processo legal está presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, arts. 8º[5] e 10[6]), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950, art. 6º, 1[7]), no Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos (1966, art. 14[8]) e na Convenção Americana dobre Direitos Humanos (1969, art. 8º[9]) (MITIDIERO, 2011).

Modernamente, o devido processo legal assimila-se a ideia de processo justo. Comprometendo-se com o justo, com a presteza e com a efetividade da prestação jurisdicional, idealiza-se dentro de

---

[5]" Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei." (ONU, 1948).

[6] "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele." (ONU, 1948).

[7] "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça." (ONU, 1950).

[8] "Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos da totalidade ou parte das sessões de julgamento por motivos de ordem moral, de ordem pública ou de segurança nacional numa sociedade democrática, ou quando o exija o interesse da vida privada das partes ou, na medida estritamente necessária em opinião do tribunal, quando por circunstâncias especiais o aspecto da publicidade possa prejudicar os interesses da justiça; porém, toda a sentença será pública, excepto nos casos em que o interesse de menores de idade exija o contrário, ou nas acções referentes a litígios matrimoniais ou tutela de menores. Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei. [...]." (ONU, 1966)

[9] "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [...]." (ONU, 1969).

outras funções o princípio do *due process of law* como um superprincípio (THEODORO JÚNIOR, 2015).

O devido processo legal é direito fundamental e pode ser compreendido através de duas dimensões: devido processo legal procedimental e devido processo legal substancial. O devido processo legal procedimental caracteriza-se como sendo um princípio no qual,

> [...] exige a realização de um estado social ideal de protetividade de direitos sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal, tem a função de criar elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), interpretar as regras que já proveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa) e bloquear a eficácia das regras que preveem elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora). (ÁVILA, 2008, p, 57-58).

Neste contexto, o devido processo legal previsto constitucionalmente, traz consigo um ideal de protetividade quer mediante os princípios da ampla defesa e do contraditório, quer através das prerrogativas do juiz (regras do juiz natural imparcial, da motivação das decisões judiciais, da publicidade e da proibição de prova ilícita). Ainda assim, o devido processo legal procedimental, ascende à posição de superprincípio/sobreprincípio, ao idealizar a função rearticuladora dos elementos já previstos, que podem divergir e convergir alçando um fim maior (ÁVILA, 2008).

O devido processo legal substancial desenvolveu-se nos Estados Unidos, onde "[...] um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas." (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 68). A dimensão substancial do princípio, portanto, é concretizada pelo movimento jurisdicional, o qual terá de prevalecer, mediante a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais (THEODORO JÚNIOR, 2015).

No entanto, destaca-se que a divisão não distingue duas realidades ou categorias jurídicas, pois o princípio do devido processo legal é único e conecta-se indissociavelmente com o processo e as demais garantias constitucionalmente expressas (THEODORO JÚNIOR, 2015).

A expressão "devido processo legal" é criticável em no mínimo duas frentes. Em primeiro lugar, cabe destacar que o processo era anteparo para promover o arbítrio estatal, ao passo que hoje o processo em um Estado Democrático de Direito tem a missão de "[...] colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo." (MITIDIERO, 2011, p. 23).

A crítica se fundamenta também,

> [...] porque dá azo a que se procure, por conta da tradição estadunidense em que colhida, uma dimensão substancial a previsão (*substantive due process of law*), quando inexiste necessidade de pensá-la para além de sua dimensão processual no direito brasileiro. De um lado, é preciso perceber que os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade não decorrem de uma suposta dimensão substancial do devido processo, como parece à parcela da doutrina e como durante bom tempo se entendeu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Aliás, mesmo no direito estadunidense semelhante entendimento não se configura correto. Os postulados da proporcionalidade decorrem dos princípios da liberdade e da igualdade – as posições jurídicas têm de ser exercidas de forma proporcional e razoável dentro do Estado Constitucional. De outro, importa ter presente que não é necessário recorrer ao conceito de *substantive due process of law* "com o objetivo de reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos", na medida em que nossa Constituição conta expressamente comum catálogo aberto de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º), o que desde logo permite a consecução desse mesmo fim: reconhecimento e proteção de direitos fundamentais implicitamente previstos e mesmo não previstos na Constituição (conceito material de direitos fundamentais). (MITIDIERO, 2011, p. 23-24).

O direito ao processo justo está expresso no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1º. O processo justo impõe direitos e deveres organizacionais ao Estado. Dessa forma, o Estado Constitucional, tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos, e está só ocorrerá mediante o processo justo. Portanto, no "[...] Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da Constituição." (MITIDIERO, 2011, p. 25).

A garantia processual do processo justo, perante a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015, compõe-se de um perfil mínimo. Em primeiro lugar é pautado pela cooperação do juiz com as partes (art. 6º, CPC/2015[10]), sendo um juiz paritário e assimétrico na imposição de suas decisões (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Além da cooperação, para que o processo justo constitua seu perfil mínimo, é necessário que ele seja capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, inciso XXXV[11] da CF/88 e art. 3º [12], CPC/2015), em que as partes estejam em igualdade, abdicando de um tratamento paritário no processo (art. 5º, inciso I[13] da CF/88 e art. 7º[14] do CPC/2015), com direito ao contraditório

[10] "Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva." (BRASIL, 2015).

[11] "[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." (BRASIL, 1988).

[12] "Art. 3º N Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito." (BRASIL, 2015).

[13] " [...] I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;" (BRASIL, 1988).

[14] "Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório." (BRASIL, 2015).

(art. 5º, inciso LV[15] da CF/88 e arts. 7º, 9º[16] e 10º[17] do CPC/2015) e ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CF/88), com direito à prova (art. 5º, inciso LVI[18], a contrario sensu, CF, e 369[19], CPC/2015), juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII[20] e LIII[21] da CF/88), onde todos os pronunciamentos/decisões sejam previsíveis, confiáveis e motivados (art. 93, inciso IX[22] da CF/88, e art. 11[23] e 489, § 1º[24], CPC/2015), com um procedimento público (arts. 5º, inciso LX[25] e 93, inciso IX da CF/88 e arts. 11 e 189[26] do CPC/2015), com duração razoável (art. 5º, inciso LXXVIII[27] da CF/88), e, sendo o caso,

---

[15] "[...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." (BRASIL, 1988).

[16] "Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida." (BRASIL, 2015).

[17] "Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício." (BRASIL, 2015).

[18] "[...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos." (BRASIL, 1988).

[19] "Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz." (BRASIL, 2015).

[20] "[...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção." (BRASIL, 1988).

[21] "[...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente." (BRASIL, 1988).

[22] "[...]IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação." (BRASIL, 1988).

[23] "Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade." (BRASIL, 2015)

[24] "[...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]." (BRASIL, 2015)

[25] "[...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. (BRASIL, 1988).

[26] "Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: [...]." (BRASIL, 2015).

[27] "[...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." (BRASIL, 1988).

assistência jurídica integral (art. 5º, inciso LXXIV[28] da CF/88 e arts. 98[29] a 102[30] do CPC/2015) e com formação de coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI[31] da CF/88 e art. 502[32] do CPC/2015). A observância de todos esses elementos compõe o perfil mínimo, para que possa aferir a justa estruturação do processo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Cabe destacar, que uma decisão democraticamente e juridicamente correta, deve ter sua legitimidade confirmada através de um procedimento constitucionalmente adequado, mediante o método que garanta a participação dos interessados. Além disso, a decisão deve estar fundamentada, numa interpretação que garanta a integridade e coerência do Direito (STRECK, MOTTA, 2016).

O ideário de processo justo acabou tendo ampla repercussão. Isto se mostra, quando em 1983 o Código de Direito Canônico abarca em seu conteúdo, preocupado em tornar efetiva a defesa de direitos e liberdades fundamentais do cidadão, o processo justo/devido processo legal (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

O processo justo/devido processo legal, considerado um sobreprincípio/superprincípio no Código Canônico, bem como no Código de Processo Civil do Estado da Cidade do Vaticano será evidenciado no próximo ponto.

---

[28] "[...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. (BRASIL, 1988).

[29] "Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei." (BRASIL, 2015).

[30] "Art. 102. Sobrevindo o trânsito em julgado de decisão que revoga a gratuidade, a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensada, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei." (BRASIL, 2015).

[31] "[...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada." (BRASIL, 1988)

[32] "Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso." (BRASIL, 2015).

3 O devido processo legal no código de direito canônico e no código de processo civil do estado da cidade do Vaticano

O processo civil é visto sob o viés da instrumentalidade, como meio de pacificação social com a justiça. No direito canônico, o processo também é tido por seu viés instrumental, no entanto, tem por finalidade além da proteção jurídica dos fiéis, a salvação das almas. Isso se deve ao fato de que o processo canônico é visto por "[...] seu conteúdo espiritual e sobrenatural oriundo do escopo completamente diferente daquele reservado ao processo laico." (DA SILVA, 2014, p. 109).

Destarte, o direito de cada fiel necessita de uma proteção. O ideal seria que tanto a sociedade política quanto a eclesiástica observassem as regras jurídicas de maneira espontânea. Como isto não ocorre, o processo torna-se imprescindível, para resolver as lides. Visto desse modo, a possibilidade de um católico ir a um tribunal eclesiástico, ou até uma Rota Romana ou mesmo a Assinatura Apostólica (cortes superiores da Santa Sé), faz com que a autoridades reexaminem qualquer decisão, de modo a garantir que sejam respeitados os direitos aos católicos estabelecidos (SAMPEL, 2003).

O objeto principal que permeia todo ordenamento jurídico canônico, a salvação das almas (*salus animarum*), é expressa na lei suprema da Igreja, o Código de Direito Canônico de 1983, no cânone 1752: "Nas causas de transferência, apliquem-se as prescrições do can. 1747, respeitando-se a equidade canônica e **tendo diante dos olhos a salvação das almas que na Igreja, deve ser sempre a lei suprema**." (BATISTA, 2010, p. 888) (grifos do autor).

A historiografia do direito canônico não possui um momento exato que demonstre seu verdadeiro início. Sabe-se que com o governo cruel e corrupto de Pôncio Pilatos (entre os anos de 26 d. C. a 36 d. C.) teve início um momento crítico, baseado na divisão de dois territórios: Galiléia e Judéia (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Após a morte de Cristo, o exército romano passou a perseguir os adeptos da fé cristã, com maior obstinação, os evangelistas (saduceus, fariseus, nazarenos, zelotas). Em 66 d. C. os conflitos em Roma intensificaram-se, resultando em milhares de mortes. Com isso, o cristianismo passou a disseminado em várias regiões da Europa (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Perseguidos, os cristãos passaram a reunir-se às escondidas para a celebração dos cultos, em um lugar denominado catacumba. Nas catacumbas, foram determinadas funções aqueles que propagavam a palavra de Cristo. Ao natural, surgiram divergências teóricas e de conflito de interesses sobre bens materiais. Estes litígios eram submetidos ao tribunal romano, até que duas epístolas de São Paulo proibiram o procedimento (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Com o considerável número de adeptos, os cristãos passam a defender seu credo e persiste a implacável perseguição imposta. Diante disso, a vida cristã passa a se desenrolar em superfície, obtendo inclusive julgamentos realizados com a presença de todos (*coram populus*). Assim, aqueles que detinham o poder de julgar passaram a extrair regras sintéticas, de modo a utilizar tais decisões em hipóteses semelhantes no futuro. Esse estrato receberia o nome de *cânone* (do grego *kanon*, significado de regre), daí surge a expressão "direito canônico (= direito das regras) (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Destaca-se que após o ano 300, os bispos reúnem com frequência em concílios para determinar assuntos relacionados com a fé e disciplina monástica. O Papa, mediante emissão de epístolas, passa a estabelecer regras que deverão ser seguidas pelos fiéis. Dessa forma, com o objetivo de fortalecer a fé para a salvação das almas, constitui-se um corpo formado de princípios e normas (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Destarte, o processo canônico regido pelo Código de Direito Canônico (*Codex Iuris Canonici*), promulgado em 25 de janeiro de 1983, tem por objeto o exame dos termos versados nos cânones 1.400 e 1.401, onde:

> Cân. 1400 § 1. É objeto de juízo: 1º - direitos de pessoas físicas ou Jurídicas a serem defendidos ou reivindicados e fatos jurídicos a serem declarados; 2º - delitos, no que se refere à imposição ou declaração da Pena. § 2. Todavia, controvérsias originadas de atos do poder administrativo podem ser apresentadas somente ao Superior ou ao tribunal administrativo.
> Cân. 1401 Pelo seu poder próprio e exclusivo, a Igreja conhece: 1º - das causas relativas às coisas espirituais e das causas com elas conexas; 2º - da violação das leis eclesiásticas e dos atos caraterizados como pecado, no que se refere à determinação da culpa e à imposição de penas eclesiásticas. (VATICANO, 1983).

O Código de Direito Canônico é formado por 1.752 cânones, divididos em 7 livros. A matéria que disciplina o processo civil está embutida no livro sétimo, mormente, nas primeiras partes das cinco que o compõem. A estrutura metodológica é semelhante ás legislações laicas. A primeira parte (título I) estabelece as regras de competência e traça as linhas de organização judiciária (título II). Posteriormente o Código de Direito Canônico assevera sobre os auxiliares do juízo, do lugar e tempo dos atos processuais e das pessoas admitidas nas audiências (título III). Os títulos posteriores do livro sétimo (títulos IV e V) versam sobre os litigantes, seus procuradores, ações e exceções. A segunda parte é dedicada ao juízo contencioso, dividindo-se em juízo contencioso ordinário e processo contencioso oral. A terceira e última parte é destinada aos procedimentos especiais (Título I: processo matrimonial; Título II: processo de nulidade da sagrada ordenação; Título III: mecanismos que visam evitar a demanda judicial) (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Para reforçar a concepção de universalidade da função jurisdicional, o Código de Direito Canônico de 1983 introduziu o acesso à justiça, de modo a destacar em seu cânone 1476 a disposição de que qualquer pessoa, independentemente de batismo, poderá agir em juízo (VATICANO, 1983).

A jurisdição canônica é instituída como base hierárquica da Igreja. Assim, a organização hierárquica dos poderes judiciários do

direito canônico é caracterizada pela concentração do poder na figura do Sumo Pontífice. Isso se demonstra pelo fato de que as decisões proferidas pelo papa, não são passíveis de qualquer recurso (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

O Poder Judiciário da Igreja busca uma harmonização e divisão de atribuições entre os vários níveis hierárquicos. Cabe destacar, que para o processo canônico, decisões judiciais são atos do juiz que criam, modificam e extinguem relações jurídicas. Esses atos jurídicos, no exercício da função judicial e estão diretamente relacionadas com o início, desenvolvimento e conclusão do processo canônico, derivados de decretos, sentenças interlocutórias e definitivas (LOMBARDIA, 1991).

Destarte, preocupado com o princípio do juiz natural, tendo aquele que se submete a jurisdição canônica um julgamento por um juízo ou tribunal pré-constituído, autêntico, constitui-se o tribunal diocesano (cc. 1419-1429), onde na maioria das causas configura-se como o primeiro grau de julgamento. Em regra, o Bispo diocesano é o Juiz de 1º grau, sendo cabível o julgamento das demandas, prolatando as sentenças definitivas ou interlocutórias, reguladas pelos Cânones 1607 ao 1617 (DE LIMA, 2007, p. 108).

Caracteriza-se por prolatar decisões monocráticas, podendo o juiz único escolher dois assessores de reputação idônea. Podem inclusive exercer a atividade judicante, juízes leigos (homens ou mulheres), além de especialistas em direito canônico (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

O tribunal metropolitano (cc. 1438-1441) é o tribunal ordinário de segundo grau. Recorre-se a este, contra decisões do tribunal diocesano. Atua excepcionalmente no âmbito da própria jurisdição, como tribunal de primeiro grau. É competente para julgar a apelação, sempre em composição mais numerosa daquela que proferiu a sentença (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Outro ponto de destaque, é caso ambas as partes dirigirem recursos para órgãos judicantes diferentes, prevalece à competência

da Rota Romana[33], visto sua supremacia perante o tribunal diocesano e a possibilidade de todo fiel de qualquer parte do mundo recorrer à Santa Sé[34] (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Enquanto ciência processual moderna entende-se ser suficiente um único reexame da sentença, de modo a garantir um processo imparcial, justo e correto. Para o processo civil canônico, "[...] dada a exigência da *duplex conformis*, impõe ainda um verdadeiro 'terceiro grau'." (TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 102).

Por determinação do papa Clemente XIV e referendada por Pio XII, em 1947, criou-se outra corte canônica, que se equipara no plano institucional à Rota Romana. Está sediada em Madri, na Espanha, e possui a denominação de Rota Nunciatura Apostólica da Espanha. Julgam observando basicamente o procedimento da Rota Romana. Compõem-se de sete auditores nomeados pelo papa. Suas decisões não cabem recurso à Rota Romana, por estar no mesmo nível hierárquico (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

O órgão que representa o ápice hierárquico do ordenamento jurídico canônico é o Supremo Tribunal de Assinatura Apostólica. É regulamentado por lei extravagante, além da função extraordinária que exerce, tem atribuições de supervisão e controle da administração eclesiástica. É formado por doze cardeais indicados pelo Papa. Normalmente os julgamentos contam com a participação de cinco dos seus membros (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

É evidente que o Código Canônico, já em sua elaboração preocupou-se em um ideário de processo justo, garantindo aqueles que se submetem a jurisdição canônica isonomia, paridade de armas, juiz natural (garantindo inclusive a inamovibilidade), ampla defesa, duplo grau de jurisdição (obtendo inclusive um 'terceiro

---

[33] "Esse tribunal apostólico é composto de 21 membros auditores, nomeados pelo Papa e ocupam o cargo até atingirem a compulsória aos 74 anos. (...) é tarefa atribuída À Rota Romana (c. 1.444, §1.º, 2.º), incumbida assim de unificar a jurisprudência dos dicastérios inferiores." (TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 103).

[34] "Cân. 1417 § 1. Em razão do primado do Romano Pontífice, é facultado a **qualquer fiel recorrer à Santa Sé ou introduzir perante ela, para julgamento, sua causa contenciosa ou penal, em qualquer grau do juízo e em qualquer estado da lide.**" (VATICANO, 1983) (grifos próprios).

grau', de modo a reexaminar a matéria), a duração razoável do processo, além é claro da coisa julgada (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Cabe registrar, que embora as leis vaticanas e canônicas possuam autonomia própria, ambas coincidem com a mesma autoridade suprema (ARRIETA, 2001). No entanto, há diferenças fundamentais. Como destacado anteriormente, o Código de Direito Canônico é a lei do mundo católico e disciplina o relacionamento entre a Igreja e os subordinados pela sua fé. A lei de direito eclesiástico por sua vez, tem por finalidade reger a Igreja como Estada. Dessa forma, a Lei Processual do Estado da Cidade do Vaticano rege apenas o Estado do Vaticano (CASTILLO, 1948).

É importante frisar que uma das maiores adequações no sistema legal, fora, sem dúvida, a promulgação do Código Canônico de 1983. Contudo, antes disso, fora promulgado o Código de Processo Civil do Estado da Cidade do Vaticano de 1946[35], que modificou substancialmente a Lei Fundamental de 1929, elencando, os órgãos judiciários do Estado da Cidade do Vaticano. Essa criação desintegrou o processo vaticanista da Rota Romana[36] e da Signatura Apostólica (ARRIETA, 2001).

O Código de Processo Civil (CPC) do Estado da Cidade do Vaticano é um texto com personalidade própria e inconfundível. Não possui influências do Código Canônico de 1917 e nem do CPC italiano de 1865. Por sua estrutura, o CPC do Estado da Cidade do Vaticano poderia ser aplicado em qualquer estado. Atualmente é utilizado

---

[35] "Dicha reforma había sido preparada años antes por outra de menor entidad llevada a cabo en 1932 por el Papa Pío XI para hacer frente a la complejidad de relaciones entre los ordenamientos vigentes en el Estado (el civil y el penal del Reino de Italia, por un lado, y el canónico, por otro), estableciendo comisiones judicantes para algunas materias, y sobre todo encargando a un grupo de trabajo la preparación de la reforma procedimental que habría de promulgar su sucesor." (ARRIETA, 2001, p. 719-720).

[36] Destaca-se a celeridade dos processos, onde o prazo médio para que uma causa transite em julgado é de no máximo um ano e meio. Este é o prazo legal, mas que geralmente é menor pela agilidade dos tribunais que tratam das causas. Quanto ao custo processual, este na primeira e na segunda instância é de em média três salários mínimos, que conforme a condição financeira da pessoa pode ser dividida. Destacam-se as palavras do juiz-presidente do Tribunal Eclesiástico de Belo Horizonte, onde "[...] ninguém deixa de ter seu processo estudado por falta de recursos." (BITTENCOURT, 2011).

como modelo para reformas processuais de diversos países, independentemente do regime religioso ou político exercido no país (CASTILLO, 1948).

A comissão criada em 1932 com o objetivo de elaborar um projeto de lei sobre o judiciário e o procedimento civil dos tribunais do Estado da Cidade do Vaticano, era composta por Monsenhor Massimo Massimi, decano da Rota Romana, como presidente; Julio Grazioli, auditor da Rota; Pablo Pericoli, presidente do Tribunal de Primeira Instância; Agustin Schmid, promotor da justiça perante o referido tribunal, e Pablo Guidi, juiz substituto no mesmo tribunal, como secretário (CASTILLO, 1948).

Em 1935, a comissão apresentou seu projeto, o qual obteve ajustes. O projeto do CPC do Estado da Cidade do Vaticano foi publicado em julho de 1937, por ordem de Pio XI, tornando-o público, com o objetivo de provocar um julgamento crítico sobre o mesmo (VATICANO, 1946).

Em 1938, a Università Cattolica del Sacro Cuore (Universidade Católica do Sagrado Coração), localizada em Milão na Itália, organizou um estudo publicado em 1938. Com uma opinião favorável ao projeto do CPC do Estado da Cidade do Vaticano, foram feitas algumas observações, tanto gerais, quanto particulares. Estas observações foram avaliadas pelo Presidente da comissão, conjuntamente com seu secretário, posteriormente submetendo a um projeto definitivo (VATICANO, 1946).

Em 1º de novembro de 1946 entrou em vigor o CPC do Estado da Cidade do Vaticano, através do Motu Próprio de Pio XII, tendo sua publicação veiculada através da Acta Apostolicae Sedis, e entrega de cópia impressa ao Governador do Estado da Cidade do Vaticano (VATICANO, 1946).

As semelhanças entre o CPC do Estado da Cidade do Vaticano e o projeto elaborado por Francesco Carnelutti, em 1924, através da *Commissione Reale per la reforma dei Codici* (Comissão Real para a

reforma dos Códigos)[37], demonstram semelhanças tanto em nível sistemático, quanto textual, principalmente no que se refere ao conteúdo das disposições específicas (MOREIRA, 1994). O CPC do Estado da Cidade do Vaticano, pouco utilizado na prática, mas muito bem feito, influenciou o projeto de Aldredo Buzaid, no CPC brasileiro de 1973[38], conforme expõe Nicola Picardi e Dierle Nunes:

> Com efeito, o Código contém uma abundância de disposições inspiradas a textos estrangeiros. Vêm expressamente mencionadas as legislações alemã, austríaca, italiana, francesa e portuguesa. Por último, foram, além disso, evidenciados interessantes paralelismos com o Código de Processo Civil do Estado Cidade do Vaticano. (PICARDI; NUNES, 2011, p. 99-100).

O CPC do Estado da Cidade do Vaticano, com um total de 924 artigos, subdivide-se em três livros[39]. O Livro I rege o processo de

---

[37] Nel 1924, come noto, venne costituita dal governo italiano una "Commissione Reale per la riforma dei Codici", divisa in quattro Sottocommissioni. Alla Sottocommissione C, presieduta da LODOVICO MORTARA, fu affidata la preparazione del nuovo codice di procedura civile, compito che in pratica si assunse FRANCESCO CARNELUTTI. Ne risultò un famoso progetto, elaborato fra il 1924 e il 1926, il quale, riveduto dalla Sottocommissione, fu presentato al Ministro di Grazia e Giustizia. Questo lavoro invero non ebbe in Italia buona fortuna [...].". (MOREIRA, 1994, p. 201). Tradução livre: "Em 1924, como é sabido, uma "Comissão Real para a reforma dos Códigos" foi constituída pelo governo italiano, dividido em quatro subcomissões. O Subcomitê C, presidido por LODOVICO MORTARA, foi encarregado da elaboração do novo Código de processo civil, tarefa que na prática assume FRANCESCO CARNELUTTI. O resultado foi um projeto famoso, elaborado entre 1924 e 1926, que, conforme revisado pelo Subcomitê, foi apresentado ao Ministro da Graça e da Justiça. Este trabalho na verdade não teve boa sorte na Itália [...].".

[38] "Acrescenta Buzaid que 'na elaboração do projeto tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis de nosso tempo'." (PICARDI; NUNES, 2011, p. 99).

[39] "[...] la división em dos libros, el primero regularía la etapa de conocimiento y el segundo la de ejecución, como sucede com el código del Vaticano de 1946, que añade a ellos um libro tercero sobre procedimientos especiales. La fórmula a base de tres libros admite dos variantes: uma, la que acabamos de mencionar del código pontificio y outra, que nos agrada más, com um primer libro de 'disposiciones generales (o sea las relativas a los sujetos y los actos procesales), uno segundo para ele procedimiento de declaración (inclusive la vía impugnativa) y uno tercero para el de ejecución, sin libro *ad hoc* para procedimientos especiales, [...]." (CASTILLO, 1992, p. 92). Tradução livre: "[...] a divisão em dois livros, o primeiro regularia o estágio do conhecimento e o segundo a execução, como acontece com o Código do Vaticano de 1946, o que lhes acrescenta um terceiro livro sobre procedimentos especiais. A fórmula baseada em três livros admite duas variantes: uma, a que acabamos de mencionar do Código pontifício e outra, que mais nos agrada, com um primeiro livro de "disposições gerais (ou seja, relativas a assuntos e atos processuais) , um segundo para o procedimento

conhecimento (arts. 1-430), subdividindo-se em oito títulos. O Livro II trata sobre o processo de execução (arts. 431-695) e compõem-se de onze títulos. O Livro III por sua vez, discorre sobre os procedimentos especiais (arts. 896-924) e é subdividido em onze títulos (CASTILLO, 1948).

O CPC do Estado eclesiástico possui peculiaridades, tanto referentes à sua condução textual, como quanto à sistemática. No que se refere à sistematização, o CPC do Estado da Cidade do Vaticano não detém um livro determinando a "parte geral[40]" especificamente. Assim, o CPC do Vaticano inclui as disposições de alcance geral no livro que disciplina o processo de conhecimento, alcançando quase a metade do número total de artigos (430 dos 924 artigos no CPC do Estado da Cidade do Vaticano) (MOREIRA, 1994).

Neste intuito, em uma breve análise do CPC do Vaticano, observa-se que mesmo elaborado muito antes dos Códigos neste artigo analisados, tratava-se de um projeto audacioso que buscava garantir àqueles que se submetiam a jurisdição do Estado eclesiástico o devido processo legal, observado mediante a garantia do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, da duração razoável do processo e da coisa julgada.

4 Considerações finais

Às margens de concluir, é permissivo dizer que a pesquisa centrou-se no estudo do devido processo legal e sua incidência no ordenamento processual civil do Estado da Cidade do Vaticano,

---

de declaração (incluindo a rota impugnante) e um terço para o procedimento de execução, sem um livro ad hoc para procedimentos especiais, [...].".

[40] "[...] dove sono raccolte quelle disposizioni applicabili indifferentemente, in linea di massima, a tutte le modalità di processi e di procedimenti: norme relative alla competenza, alla capacità delle parti ed ai loro raprpresentanti, ai poteri del giudice, alla forma degli atti processuali, ai termini, alla nullità degl atti e così via." (MOREIRA, 1994, p. 190). Tradução livre: "[...] onde são recolhidas as disposições aplicáveis, em princípio, à todos os modos de processos e procedimentos: regras relativas à jurisdição, capacidade das partes e seus representantes, poderes do juiz, forma de documentos processuais, os termos, à nulidade de ações e assim por diante".

principalmente pelo Código de Processo Civil e pelo Código Canônico, e no ordenamento processual brasileiro, principalmente, no Código de Processo Civil e na Constituição Federal.

Enfatizou-se a historicidade do princípio do devido processo legal, bem como sua base sistemática, a qual articula os mais diversos princípios, tornando-o um superprincípio/sobreprincípio. Além disso, destacou-se sua assimilação ao processo justo, preocupado na presteza e efetividade da prestação jurisdicional. Ainda, fora evidenciado sua incidência nos ordenamentos processuais brasileiros e internacionais.

Posteriormente, destacaram-se os ordenamentos processuais do Estado da Cidade do Vaticano, principalmente o Código Canônico de 1983 e o Código de Processo Civil de 1946. Para tanto, apresentou-se no presente ensaio uma base histórica do ordenamento canônico e do ordenamento do Estado eclesiástico, bem como como suas diferenças no que condiz ao objeto e jurisdição respectiva.

Portanto, em um período de negação da própria normatividade e hierarquia normativa, demonstrar a essencialidade de um superprincípio/sobreprincípio como o devido processo legal, sua historicidade e sua importância nos ordenamentos processuais do Brasil e do Estado da Cidade do Vaticano, explicita que processo justo/devido processo legal (*due process of the law*) deve ser lido e interpretado de maneira abrangente como fundamento máximo para a salvaguarda de direitos e garantias.

Referências

ÁVILA, Humberto. O que é o “devido processo legal”? In: **Revista de Processo**, ano 33, n. 163, set.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARRIETA, Juan Ignacio. La nueva ley fundamental del Estado de la Ciudad del Vaticano y las sucesivas reformas del gobierno del Estado. In: **Revista Ius Canonicum**, vol. XLI, n. 82, 2001, p. 707-728. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10171/5686>. Acesso em 14 set. 2017.

BATISTA, Lia Carolina. A Coisa Julgada no Processo Civil Canônico: entre a segurança e a certeza. In: **Revista da Faculdade de Direito Universitário de São Paulo**, v. 105, p. 881-936, jan./dez. 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67923/70531>. Acesso em: 7 abr. 2018.

BITTENCOURT, Mário Sérgio. Entenda como funciona o Tribunal Eclesiástico da Igreja Católica onde são decididos os processos de anulação de casamento. **O Anunciador,** 26 maio 2011. Disponível em <https://oanunciador.com/2011/05/26/entenda-como-funciona-o-tribunal-eclesiastico-da-igreja-catolica-onde-sao-decididos-os-processos-de-anulacao-de-casamento/>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Ley de Organizacion Judicial y Codigo de Procedimiento Civil de la Ciudad. In: **Boletin del Instituto de Derecho Comparado**, n. 2, p. 27-37, 1948. Disponível em <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/8543/7640>. Acesso em: 07 set. 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 30. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

DA SILVA, João Paulo Hecker. A Apelação no Processo Civil Canônico. In: **Revista de Cultura Teológica**, n. 84, jul/dez, p. 105-132, 2014. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/21644/15895>. Acesso em: 18 set. 2017.

DE LIMA, Flávio Roberto Ferreira. A Coisa Julgada no Direito Canônico e suas Possíveis Contribuições ao Direito Processual Civil. In: **Revista Esmafe:** Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 15, 2007. Disponível em:

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27486/coisa_julgada_direito_canonico..pdf >. Acesso em: 07 abr. 2018

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed.. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOMBARDIA, Pedro. **Lecciones de Derecho Canonico:** introdución, derecho constitucional, parte general. Madrid: Editora Tecnos, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 2. ed. ver, atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil,** Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 22-34, nov./dez., 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101424>. Acesso em: 9 abr. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Il progetto Carnelutti e il Codice di Procedura Civile Brasiliano. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. Pag. 201-215.

_____. Il Códice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 189-199.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS,** vol. 2, n. 4, p.119-130, jun. 2004. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49187/30822>. Acesso em: 19 mar. 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de Dezembro de 1948**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Convenção Euroéia de Direitos Humanos de 10 de Dezembro de 1948.** Disponível em:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 7 de Outubro de 1976.** Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

_____. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 22 deNovembro de 1969.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. In: **Revista de Informação Legislativa**, vol. 48, n. 190 t. 2, p. 93-120, abr./jun., 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242945>. Acesso em: 14 mar. 2018.

SAMPEL, Edson Luis. Direito Processual Canônico. In: **Revista de Cultura Teológica**, v. 11, n. 43, p. 133-142, abr./jun., 2003. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/24960/17819>. Acesso em: 7 abr. 2018.

STRECK, Lênio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. Para Entender o Novo Còdigo de Processo Civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. In: **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 19, p. 112-128, jul./dez., 2016. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/999/388>. Acesso em: 9 de abr. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. 1. 56. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico:** história e direito vigente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VATICANO. **Código de Direito Canônico, de 25 de janeiro de 1983.** Constituição apostólica “sacrae disciplinae leges” de promulgação do

Código de Direito Canônico. Disponível em: < http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em 15 set. 2017.

_____. **Acta Apostolicae Sedis de 1946.** Commentarium officiale. Series II, vol. XIII. Disponível em: < http://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-38-1946-ocr.pdf >. Acesso em: 13 de abr. 2018

34

A educação em direitos humanos e as práticas de cidadania: as possibilidades oferecidas pelos projetos de extensão.[1]

Guilherme Henrique Tavares Diniz[2]
Sinara Camera[3]

1 Introdução

O tema que será abordado nesse artigo diz respeito aos direitos humanos em seu contexto histórico e social e de que maneira eles podem ser inseridos nas escolas contribuindo para a formação dos indivíduos. A delimitação temática faz referência à relevância de projetos que visem conscientizar e contribuir para a educação em direitos humanos e às práticas de cidadania.

---

[1] Trabalho desenvolvido junto ao Projeto de Extensão Da Dignidade Humana à Plena Cidadania: Liberdade e Igualdade como práticas de Responsabilidade, fomentado pelo Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA), sob a coordenação da Prof.ª Dr.ª Sinara Camera.

[2] Acadêmico do 7º Semestre do Curso de Graduação em Direito. Bolsista do Projeto de Extensão Da Dignidade Humana à Plena Cidadania: Liberdade e Igualdade como práticas de Responsabilidade. Faculdades Integradas Machado de Assis. E-mail: guilherme_diniz7@hotmail.com

[3] Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS), com estágio doutoral na Universidade de Sevilla (US/ESPANHA/AN), bolsista PDSE; Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (MILA/UFSM/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: sinara@fema.com.br

Em decorrência da atual conjuntura social de constantes violações aos direitos humanos, inseri-los no ambiente escolar é um mecanismo que tem como objetivo internalizar valores relacionados ao reconhecimento desses direitos para todos os indivíduos da sociedade, e a formação de tais indivíduos a partir da vivência de uma realidade global e participativa.

A sua inserção nos vários ambientes de ensino requer a compreensão do seu significado e de sua proposta. É por meio da educação em direitos humanos que se pode dar início a mudanças sobre percepções sociais que legitimam a sua violação, e instaurar valores alicerçados pela tolerância, compreensão, igualdade, dentre outros.

O objetivo central deste trabalho é estudar a educação em direitos humanos, compreendendo suas diretrizes teóricas e desafios práticos, analisando a sua importância para o assento gradativo de práticas cidadãs, fundamentadas na premissa que todos são detentores de direitos, que devem ser coletivamente respeitados.

Metodologicamente, o artigo é baseado em pesquisa teórica quanto à sua natureza e qualitativa em relação ao tratamento dos dados. Sua finalidade é explicativa, já que se trata de um maior aprofundamento ao tema. Os dados foram coletados por meio de documentação indireta, em uma pesquisa bibliográfica. A análise e interpretação dos dados tem sua abordagem dada pelo método dedutivo. Quanto aos métodos de procedimento, a pesquisa classifica-se como método tipológico, pois a partir da observação de aspectos essenciais propõe-se um modelo ideal.

A análise proposta no artigo está sistematizada em três partes: a primeiratrata da construção histórica dos direitos humanos.A segunda seção, afirma o Estado Democrático de Direito como o espaço propício à afirmação e ao respeito aos direitos humanos; bem como ao desenvolvimento da cidadania.Por fim, analisa-se a importância da educação em direitos humanos para as práticas cidadãs, a partir de Projetos de Extensão.

2 Construção histórica dos direitos humanos

Apesar de compreendidos como direitos naturais e inerentes aos seres humanos, os direitos humanos passaram a ser a principal temática da comunidade internacional somente no século XX. A internacionalização dos direitos humanos surge no cenário do pós-guerra, quando inúmeras desumanidades foram cometidas contra a raça humana. Antes, não havia qualquer limitação à atuação dos Estados, portanto estes poderiam agir – pela soberania – de forma discricionária para com os indivíduos. Tendo por objeto a dignidade da pessoa humana, a concepção contemporânea dos direitos humanos propõe a retomadado propósito inicial dos Estados: o oferecimento de proteção aos indivíduos, seres humanos, sujeitos de direitos, protagonistas desde então.

O avanço nas limitações às atuações dos Estados em relação aos indivíduos tem como marco o movimento pós-2ª Guerra Mundial. Passa-se a compreender a necessidade de afirmar direitos que estariam a nortear a construção normativa dos Estados, o que acontece, de forma concreta, em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Reuniram-se 48 países que se consideravam Estados entre si, estes adotaram a DUDH, que consolidava a universalização de uma ética ao consagrar um consenso sobre valores a serem seguidos pelos Estados, e introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Neste momento, afirmou-se o dever de promoção de todos os atores (indivíduos, organizações não governamentais, organizações não governamentais de alcance transnacional, organizações internacionais, Estados e Comunidade Internacional), não mais se restringindo a cada um dos Estados, a proteção destes direitos. Da concepção contemporânea dos direitos humanos, depreendem-se dois novos conceitos chave: universalidade e indivisibilidade.A universalidade diz respeito ao alcance dos direitos humanos, que tendem a ultrapassar as soberanias e fronteiras estatais. Já a

indivisibilidade indica a interdependência entre todos os direitos, sejam sociais, políticos, civis, econômicos, culturais ou religiosos. O único requisito para ser titular desses direitos é ser humano (PIOVESAN, 2007).

Embora seja de grande avanço para a construção dos direitos humanos, a DUDH não possui força de lei, pois não é um tratado. O seu objetivo é estabelecer um modelo para posterior incorporação dos Estados nas suas constituições, valorizando-se assim como grande resultado da Declaração, o reconhecimento dos direitos humanos. Diante disso, foram criados dois documentos fundamentais à especificação de quais seriam os direitos humanos referidos na Declaração: o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos enuncia os seguintes direitos: 1) à igualdade; 2) às liberdades (de locomoção, de associação, de reunião e de expressão); 3) ao julgamento justo e ao devido processo legal; 4) à vida; 5) à integridade física e à segurança pessoal; 6) à privacidade; 7) à paz; 8) à família; 9) ao casamento. São os seguintes os direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: 1) ao trabalho; 2) à associação em sindicatos; 3) à greve; 4) à previdência social; 5) à constituição e manutenção da família; 6) à proteção especial de crianças e adolescentes contra a exploração econômica e no trabalho; 7) à proteção contra a fome; 8) à cooperação internacional; 9) à saúde física e mental; 10) à educação; 11) ao respeito à cultura de cada povo e região; 12) ao progresso científico e técnico: 13) alimentação: 14) vestuário; 15) moradia adequada. (BENVENUTO, 2003, p. 21-22).

A principal crítica feita à DUDH foi que, apesar do reconhecimento e da ampliação dada aos direitos humanos, o número de países que a ratificaram foi inexpressivo: 48 países - considerados estados entre si.Esta critica só foi respondida em 1993, ano em que se adotou a Declaração de Viena e o Programa de Ação. Em setembro, 171 Estados estabeleceram, como objetivo conjunto da

Comunidade Internacional, que os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana seriam respeitados, fortalecidos e aperfeiçoados por meio de uma proteção internacional de direitos humanos.

O encontro teve como principais pontos positivos a nova análise de princípios básicos da concepção contemporânea dos direitos humanos, estabelecidos pela DUDH e a legitimação a nível universal e sem reservas dos instrumentos de direitos humanos internacionais (BENVENUTO, 2003).Devido a isso, o elemento que legitima os ordenamentos jurídicos dos Estados, contemporaneamente, é o respeito pelos Direitos Humanos (ANGELIN, 2010), nessa senda, torna-se importante a construção de ambientes democráticos para que direitos humanos existam e se desenvolvem, do contrário, perecerão (PIOVESAN, 2007).

3 O estado democrático de direito e o espaço da cidadania

Compreende-se, como evento que deu origem ao Estado Contemporâneo, o contrato social: é o reconhecimento, por parte dos seres humanos, de que a vida em sociedade só é possívelpelo desenvolvimento de regras. Ao reconhecerem, não admitem apenas a necessidade do convívio social como também abrem mão de uma parcela de sua liberdade. A soma de cada uma destas parcelas de liberdade legitima o Estado a oferecer proteção em determinado espaço por meio de regras coercitivas.

O primeiro modelo de Estado foi o absolutista, em que, os monarcas detinham o poder absoluto e ilimitado dele dispondo conforme as suas vontades.Neste período, ocorreu o advento de uma nova classe, a burguesia: movida por seus interesses, principalmente econômicos, junta-se aos trabalhadores (os menos favorecidos, também chamados de proletariado) numa revolução que foi de encontro ao poder absoluto. A Revolução Francesa foi o primeiro grande movimento a inspiraroutros países, contagiou o mundo inteiro no processo de reinvindicação de direitos.Os Estados,

antes absolutistas,paulatinamente passaram a se tornar Estados de Direito, em sua primeira forma, Estados Liberais de Direito:

> [...] o modelo de Estado Liberal consagrava a separação absoluta do direito público e do privado. Nesse contexto as partes pactuavam livremente as regras contratuais de acordo com a sua vontade. O Estado não deveria intervir nas relações privadas porque o homem não deveria se submeter a nenhuma autoridade exterior. (POLI, 2011, p. 2).

A não-intervenção do Estado ocasionou o desenvolvimento de grandes desigualdades sociais, neste momento e em resposta as mazelas da sociedade, o Estado Moderno acabou se transformando em um Estado intervencionista (também conhecido como *WelfareState*, ou Estado do Bem-Estar Social)com o objetivo de promover o bem-estar da sociedade, entretanto, não obteve sucesso. No momento em que o Estado do Bem-Estar Social não mais alcança as progressivas demandas sociais, principalmente no que tange a liberdade e igualdade material junto da garantia e realização de direitos, surge o Estado Democrático de Direito (FONTELLA, 2012).

O Estado Democrático de Direito, tem por princípios: a constitucionalidade; a participação democrática pelo sufrágio universal e exercício da cidadania; o sistema de direitos fundamentais instituídos em uma Constituição; a busca pela justiça social; a igualdade; a divisão de poderes e a independência do juiz; a legalidade e a segurança jurídica (SILVA, 2005). Todos esses princípios visam superar as desigualdades sociais e consolidar um regime que promova a justiça social.

Além disso, a dignidade da pessoa humana se caracterizou como um princípio que esse paradigma consolidou em seu ordenamento, sendo um bem jurídico a ser garantido e realizado. É importante afirmar que o princípio da dignidade humana é extremamente recente, resultado de movimentos pela internalização dos direitos humanos que só iniciaram após as

violações cometidas contra a humanidade na 2ª Guerra Mundial. Portanto, há um longo caminho a ser percorrido (ANGELIN, 2010).

No Estado Democrático de Direito, a compreensão do conceito de cidadania passa a ser indispensável, pois, a prática da cidadania é a reivindicação dos direitos violados. Para que os direitos possam ser reivindicados, é necessário que o indivíduo reconheça tais direitos, isto é: saber quais são os direitos que possui, quando estes são violados e como proceder para buscar a sua concretização. Osvaldo Agripino de Castro Júnior caracteriza a cidadania como sendo:

> [...] a ação política do cidadão contra o Estado ou terceiro, através do Estado, para exigir direitos que são inerentes a sua personalidade jurídica. Tais direitos fazem parte do patrimônio do cidadão, denominados direitos da cidadania, que são o conjunto de direitos e obrigações civis, sociais, políticas, econômicas e culturais, dispostos nas normas, e que servem como requisito para que assim possa conviver em sociedade, subordinando os seus interesses aos da comunidade em que vive (sociedade civil). (CASTRO JUNIOR, 2002. p. 255).

Não existe concretização de direitos humanos, onde a exclusão, a exploração e a discriminação se sobreponham a qualquer possibilidade de convivência justa, motivo pelo qual, os direitos humanos não surgem por mágica, tão pouco por bondade, surgem na luta, em relações contraditórias, objeto de disputas políticas, entre movimentos sociais e o Estado. Sem lutas sociais, os direitos humanos não se realizariam, não alcançariam progresso, retornando sempre aos primeiros estágios (CULLETON; BRAGATTO; FAJARDO, 2009).

O direito é instrumento essencial, embora não suficiente, protagonista, no processo de construção das condições materiais da realização dos direitos humanos. É comum que seres humanos, não acessem as condições mínimas de existência em virtude de burocracia, limitações estruturais, comunicacionais e de qualquer outra maneira que impeça a participação. Um dos meios de garantir

a formação/participação adequada dos indivíduos e a internalização dos Direitos Humanos, é a partir da educação. Dessa forma, a Constituição Federal do Brasil de 1988 por meio dos Art. 205[4] e Art. 206[5], expõe uma preocupação em garantir o ensino de qualidade, gratuito e o acesso a todos à educação com o intuito de formar o indivíduo não só para o seu pleno desenvolvimento e qualificação, mas também para o exercício da cidadania (BRASIL, 1988).

4 A educação em direitos humanos e o compartilhamento de saberes: atividades de extensão como práticas de cidadania.

Pensando na educação em direitos humanos, Abraham Magendzo lista alguns princípios. O primeiro, princípio da integração, defende que os direitos humanos devem fazer parte, de forma integral, dos conteúdos e atividades curriculares, além dos programas de estudo.

O segundo princípio é o da recorrência, onde o aprendizado em direitos humanos é obtido na medida em que é praticado algumas vezes em circunstâncias distintas. Ou seja, através da prática, facilita-se a compreensão sobre tais direitos, exercitando a aplicação de conceitos em situações reais onde seja necessário.

---

[4] De acordo com o Art. 205 da Constituição Federal de 1988: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 1988).

[5] O *caput* do Art. 206 da Constituição Federal de 1988 regulamenta a educação como um direito previsto constitucionalmente, com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006); VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006). (BRASIL, 1988).

O princípio da coerência é o terceiro, onde se cria um ambiente propício para o desenvolvimento do aprendizado, reforçando-o. A coerência entre a teoria e a prática é fundamental para o ambiente em que se quer ensinar direitos humanos.O quarto princípio é o da vida cotidiana. É importante que o educador consiga trazer situações e momentos em que os direitos humanos estão em jogo, na vida real, já que eles estão presentes no cotidiano dos indivíduos, para que facilite o seu entendimento.

O quinto princípio, o principal deles, é o princípio da construção coletiva do conhecimento. Enfatiza a importância de que as pessoas possam analisar de forma conjunta as informações que recebem sobre direitos humanos e consigam refletir, produzindo conhecimento para ser posto em prática.

O sexto e último princípio é o da apropriação. Através deste princípio, o indivíduo se apropria do conhecimento e consegue recriá-lo, transformando-o em um discurso próprio, e orientando as atuações da sua vida com base nesse conhecimento. Ou seja, conscientiza-se e aplica os direitos humanos em seu dia-a-dia (MAGENDZO, 2006).

Além do estabelecimento de princípios para a aplicação dos Direitos Humanos nas escolas, é importante visualizar a importância de tais direitos, bem como o constante aperfeiçoamento de técnicas que possibilitem a sua transmissão de maneira adequada.

O mais importante para o desenvolvimento da educação em direitos humanos, é que as práticas educacionais utilizadas sejam dialógicas e participativas, e que a vivência dos direitos humanos esteja presente no cotidiano desses ambientes proporcionando além do saber pedagógico, o saber experiencial (TAVARES, 2007).

Importante salientar que, para que seja possível a instauração de práticas que visem à educação em direitos humanos, existe a necessidade de uma conscientização coletiva estabelecida previamente pelos responsáveis pela a sua transmissão. Nas escolas, além do incentivo do Estado através de investimentos em políticas

públicas, deve-se haver um total engajamento, assim como nas atividades de extensão realizadas através de iniciativa privada.

Deve-se remodelar o pensamento para que se possibilite criar situações práticas em que os direitos humanos estejam inseridos, ilustrando tais situações e esclarecendo a sua importância no cotidiano dos indivíduos. Edgar Morin com propriedade afirma que: "A reforma do ensino deve levar à reforma do pensamento, e a reforma do pensamento deve levar à reforma do ensino." (MORIN, 2003, p. 20). Ou seja, a reformulação da forma de ensinar é dependente de uma conscientização para que ocorra. Da mesma forma, a conscientização deve acontecer para que seja possível transmiti-la através do ensino. José Sérgio Fonseca de Carvalho ao discutir sobre o ensino assevera que:

> O que caracteriza um ato como ensino, é, antes, seu contexto institucional e seu propósito social do que o conjunto de técnicas ou recursos aos quais recorremos. E seu êxito sempre depende de uma complexa interação de variáveis entre aquele que ensina, a escolha de seus procedimentos didáticos, aqueles a quem se dirigem as aulas e a natureza daquilo que se busca ensinar. (CARVALHO, 2007, p. 469-485).

É preciso explorar todo o potencial existente nas ações que atuam na promoção dos direitos humanos no dia-a-dia, como também facilitar o intercâmbio dos conhecimentos e iniciativas desenvolvidas com a finalidade de agregar este setor e possibilitar a realização de um trabalho coeso (TAVARES, 2007).

Como exemplo de intercâmbio de conhecimentos, pode-se citar as atividades desenvolvidas por acadêmicos de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA), na cidade de Santa Rosa – RS. Por meio do Projeto de Extensão denominado *Da Dignidade Humana à plena Cidadania: Liberdade e Igualdade como Práticas de Responsabilidade*,[6] vem-se buscando uma aproximação

[6] O Grupo realiza visitas a Escolas da Rede Pública e Privada da cidade de Santa Rosa, a fim de apresentar e propor a execução do Projeto de Extensão, a partir das demandas da comunidade escolar,

do Direito com os seus sujeitos, mediados pela Escola, visando à compreensão do conceito de cidadania, dos seus significados e das responsabilidades que derivam do seu exercício.

Além de atividades que retratem violação a direitos, o projeto tem como objetivo estabelecer um diálogo acerca das práticas atinentes aos conteúdos da liberdade e da igualdade, a fim de redimensionar as responsabilidades dos indivíduos nos contextos escolar, familiar, social e estatal.

Por fim, os compartilhamentos de saberes e sentidos dos direitos humanos, entre acadêmicos de Direito e os alunos do Ensino fundamental e médio, é possibilitado por uma série de dinâmicas que viabilizam o diálogo e a reflexão. Tais dinâmicas aproximam os sujeitos do Projeto, ao mesmo tempo em que evidenciam a relevância dos direitos humanos no contexto social e escolar por meio de ilustrações e slides, estimulando as práticas cidadãs nas relações que os alunos travam entre si e com os demais indivíduos, nos variados contextos em que estão inseridos, ressaltando o respeito às diferenças e à alteridade.

5 Considerações finais

A educação em direitos humanos tem como objetivo a formação de indivíduos que se reconheçam como detentores dos mesmos direitos, e que compreendam as responsabilidades decorrentes dessa titularidade. Para tanto, deve-se desenvolver uma pedagogia crítica, que articule os saberes e dê a oportunidade aos educadores e aos educandos para que possuam uma ampla gama de opções, de observações, de análises e de descobertas.

É preciso consolidar o aprendizado pela vivência, retratando a realidade e exercitando a cidadania como um princípio norteador.

---

a partir dos conteúdos chave do projeto - liberdade e igualdade indicando as reflexões acerca das responsabilidades da atuação cidadã - mapeamento informações necessárias ao desenvolvimento do Projeto em cada Escola, com a proposição de atividades de sondagem nas escolas para posterior aplicação dos resultados.

Para isso, a iniciativa deve fomentar a sensibilização e o compromisso coletivo dos envolvidos no processo, pois só assim será possível transmitir o conhecimento: engajando-se de fato naquilo que se quer ensinar.

Tem de se ter em vista a importância dos direitos humanos, na sua origem e no contexto social, e principalmente, quais são esses direitos. É necessário entender os conceitos que contribuem para a elaboração de uma estratégia de socialização de seus preceitos. Compreender o significado de democracia e cidadania é fundamental para que os direitos humanos sejam reconhecidos por todos e assim respeitados.

Os direitos humanos devem vigorar em todos os lugares e sua promoção não mais ser unicamente preocupação dos Estados, mas de todos os seres humanos, nesse sentido, todos deveriam, em teoria, exercer a fiscalização, e a promoção dos mesmos. Deixar de mencionar a sua importância é erro inconcebível, pois, em momento não muito distante, grandes atrocidades foram cometidas contra aqueles que hoje são destinatários dos direitos humanos, os seres humanos, aliás, hoje, a única condição para ser objeto dos direitos humanos é ser humano.

Pelo caráter indivisível dos direitos humanos, quando apenas um direito é violado, todos os outros igualmente o são, logo, qualquer cidadão de um Estado Democrático de Direito, que seja defasado, em qualquer uma das dimensões de direitos humanos, não poderá ser considerado um objeto ativo, participante da democracia, pelo fato de que será facilmente manipulável, pela infeliz situação de não usufruir dos requisitos mínimos para sua existência.

Dessa forma, pode-se concluir que a educação em direitos humanos pretende a realização da pessoa, através do sentido da dignidade humana e dos direitos e liberdades fundamentais que devem ser internalizados. Objetiva-se por meio da educação, a formação de cidadãos com base em valores humanos, em direitos humanos, para a promoção da justiça e da paz social para todos.

Nesse contexto, ressalta-se a importância de ações de extensão, com a implementação de Projetos acadêmicos em parceria com escolas para a incorporação das práticas de educação em direitos humanos.

Referências

ANGELIN, Rosângela. A dignidade da pessoa humana e sua promoção: um desafio do estado democrático de direito e da sociedade. **Revista Direito e Sociedade**: reflexões contemporâneas, Santa Rosa, v.1, n.1, p.52-70, 2010.

BENVENUTO, Jayme. **Manual de Direitos Humanos Internacionais**. São Paulo: Loyola, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em: 09abr. 2018.

CARVALHO, José Sérgio Fonseca de. Uma idéia de formação continuada em educação e direitos humanos. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et. al. **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos.** João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p. 469-485. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/28_cap_3_artigo_06.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **A cidadania brasileira e o papel dos operadores do direito na busca de sua consolidação**. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais. Ijuí: Unijuí, 2002.

CULLETON, Alfredo; BRAGATTO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FONTELLA, Carlos Alberto Ely. **Estado Democrático de Dirieto, Direitos Transindividuais e Ações Coletivas: Em Busca da Efetivação da Cidadania no Cenário dos Conflitos Massificados.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Orientador: Gilmar AntonioBedin.

MAGENDZO, Abraham. **EducaciónenDerechos Humanos: undesafío para los docentes de hoy.** Santiago: LOM Ediciones, 2006.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento.** Tradução de Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____.**Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

POLI, Leonardo Macedo. **Princípios norteadores das relações de consumo.** Disponível em: <http://ead05.virtual.pucminas.br/conteudo/csa/s660011b/03_orient_conteudo/centro_recursos/documentos/unid1Apostila_direito_do_consumidor_poli_unidade_01.pdf>. Acesso em: 7abr. 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, Celma. Educar em direitos humanos, o desafio da formação dos educadores numa perspectiva interdisciplinar.In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et. al. **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos.** João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p. 487-503. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/29_cap_3_artigo_07.pdf>. Acesso em: 5abr. 2018.

35

Aplicação e efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos através do poder judiciário no estado brasileiro

Micheli Piucco[1]
Janiquele Wilmsen[2]

Introdução

O presente artigo busca delinear os principais aspectos sobre a aplicação dos Tratados Internacionais pelos juízes e tribunais domésticos. São eles em âmbito interno, os verdadeiros aplicados das normas nacionais, e da normatividade internacional do qual o Estado seja parte. Neste viés, torna-se o Judiciário, um poder de grande envergadura na proteção e efetivação doméstica dos Tratados de Direitos Humanos.

No cenário mundial é evidente a necessidade dos Estados mediante o ato jurisdicional dos magistrados internos colaborarem, protegerem e tornarem eficazes os Tratados Internacionais, principalmente os concernentes à matéria de direitos humanos e

[1] Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (Bolsa CAPES Modalidade I). Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

[2] Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF (2017). Bolsista UPF. Graduada em Direito pela Fundação Educacional Machado de Assis - FEMA (2016).

que sejam mais benéficos aos seus cidadãos, esses que são o centro dos ordenamentos jurídicos.

Assim, a observância de tais instrumentos internacionais, quando o Estado se obriga a seguir-los, além de ser extremamente importante para garantir a observância dos direitos humanos é também necessária. Necessária por ser um instrumento que "adentra" ao ordenamento interno e vincula os juízes em suas decisões. Quando as leis não estão em acordo com os instrumentos internacionais, devem os juízes e tribunais realizarem os controles de constitucionalidade e de convencionalidade das leis. Observa-se que os julgamentos devem atentar para ambos os ordenamentos para terem validade e não infringirem normas mais benéficas aos seres humanos.

Dessa forma, o presente artigo será dividido em duas partes. A primeira abordará a forma como os Tratados são observados na esfera internacional através de dispositivos como a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, e a obrigação que tem o Estado de observar os instrumentos internacionais ratificados e vigentes. No segundo ponto, a análise versará sobre a internalização e as formas de controlar a efetividade pelo Poder Judiciário brasileiro dos Tratados de Direitos Humanos, o papel que detém os julgadores, e, além disso, como o Supremo Tribunal Federal está se utilizando em seus julgamentos de tais instrumentos internacionais. O presente artigo utiliza-se do método de abordagem dialético e a metodologia empregada, quanto à fonte de pesquisa, é bibliográfica.

1 Observância dos Tratados Internacionais

Com a ratificação no cenário internacional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, passam eles a vincular as decisões dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dos Estados, englobando dessa forma, o Estado brasileiro. Neste artigo, a análise versará sobre a vinculação dos Tratados nos julgamentos proferidos

pelo Poder Judiciário e suas consequências quando da inaplicação interna, em face do sistema regional interamericano.

Uma vez que tenha entrado em vigor o tratado ratificado pelo Estado, ele deve ser observado. Não se trata de uma mera faculdade, mas de uma obrigação que é imposta pela ordem jurídica internacional (MAZZUOLI, 2014). Para Varella, com a entrada em vigor do tratado, é marcado o início da sua exigibilidade (VARELLA, 2016, p. 114). Para além de serem vigentes e válidos, os tratados necessitam serem utilizados nos julgamentos internos (e também internacionais) para serem eficazes perante os indivíduos (MAZZUOLI, 2013, p. 14).

O Ministro Celso de Mello quando do julgamento do HC 87.585-8, destacou que o Poder Judiciário é concretizador dos direitos que são assegurados pelas convenções internacionais que o Brasil faça parte. Sendo confiada aos juízes e tribunais a missão de observar e atuar conferindo aos direitos humanos inseridos nos tratados internacionais efetividade no plano interno (BRASIL, 2008).

Quanto à observância e aplicação dos tratados, a Convenção de Viena de 1969, dispõe sobre essa temática nos artigos 26 a 30. O Brasil promulgou a referida Convenção, com reserva dos artigos 25 e 66, através do Decreto nº 7.030, em 14 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2009). A temática da regulamentação internacional, principalmente dos direitos humanos, é extremamente importante, sendo que o "Direito das gentes" depende da real efetivação dos tratados, não podendo sua aplicação ficar a mercê da vontade dos julgadores (MAZZUOLI, 2014; BRASIL, 2009).

Para Mazzuoli a norma do *pacta sunt servanda* é mais que um princípio fundamental do Direito dos Tratados, trata-se da norma regente mais importante de todo o Direito Internacional Público, aparecendo em tratados de grande envergadura e na Carta das Nações Unidas de 1945, no art. 2º, parágrafo 2º, destacando sua importância em âmbito internacional quanto às obrigações dos Estados (MAZZUOLI, 2014).

O que extraímos do art. 26 da Convenção de Viena, é que o respeito aos Tratados Internacionais, se torna um princípio necessário ao Direito Internacional Público, sem ele a segurança das relações entre os povos e a paz internacional não se tornam possíveis. Ao se referir o tratado à boa-fé, demonstra a necessidade da convivência harmônica entre os Estados, o que não seria possível se eles descumprissem com as obrigações assumidas na esfera internacional (MAZZUOLI, 2014; BRASIL, 2009).

Em virtude da necessidade de observância do instrumento internacional em vigor, da obrigação gerada entre as partes e do dever estatal de cumprimento observando a boa-fé, a não observância e aplicabilidade acarretará a responsabilidade do Estado em âmbito internacional. Ressalta-se a importância da observação de que todos os poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) estão vinculados a observarem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Com isso, o art. 27 da Convenção de Viena de 1969, dispõe que os Estados não podem invocar disposições internas para justificar o não cumprimento de um Tratado Internacional do qual tenham ratificado e se comprometido a efetivar em âmbito doméstico (MAZZUOLI, 2014; BRASIL, 2009).

Entretanto, o art. 46, 1, da referida Convenção, dispõe:

> Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental (BRASIL, 2009).

Como observado, a Convenção não é insensível as normas de Direito doméstico dos Estados, bastando "compreender quais são essas *normas internas* capazes de invalidar o consentimento relativo a determinado tratado" (MAZZUOLI, 2014). Podemos observar, que normas internas mais benéficas aos seres humanos, segundo a

doutrina de Erik Jayme, poderão se sobrepor a normas internacionais, o que pode se encaixar como a configuração da exceção que é determinada pela Convenção de Viena de 1969 (MARQUES, 2012, p. 24).

Mazzuoli ressalta que em caso de descumprimento do texto convencional, a solução deve ser encontrada no próprio tratado, que deve prever instrumentos para a solução de possíveis controvérsias. Segundo o autor, existe uma forte tendência do Estado que foi vítima desse não cumprimento se recorrer a "represálias" ou "contramedidas" face ao Estado infrator, uma prática que segundo ele não se coaduna com o sistema atual do Direito Internacional Público (MAZZUOLI, 2014).

Seria ao menos estranho, um Estado que contraiu de forma livre e em exercício de sua soberania, determinadas obrigações internacionais, e após o ter realizado invocar disposições internas como justificativas para o descumprimento dessas obrigações contraídas, as quais passaram por votação no Congresso Nacional que é representante da vontade popular (MAZZUOLI, 2014).

O autor destaca o exemplo da prática ilícita na esfera internacional praticada pelos Estados, que se utilizam de medidas legislativas internas para derrogar tratados internacionais, uma prática de Estados que igualam seu ordenamento jurídico interno com os tratados internacionais, os colocando em um mesmo patamar, sendo uma ideia errônea (MAZZUOLI, 2014).

Se o Estado não observar e aprovar normas que contradigam as disposições internacionais assumidas, sendo o Judiciário incapaz de superar a contradição, o Estado será responsabilizado e condenado através de uma Corte Internacional, cabendo a essa, em caso dos juízes não se ajustarem a normatividade internacional, responsabilizar o Estado determinando que seja reconstituído e adequado o direito que foi violado (MAZZUOLI, 2014).

Assim, não é admitido que normas de direito interno, salvo a exceção do artigo 46 da Convenção de Viena de 1969, venham a contradizer um tratado ratificado que expressa a primazia do Direito

Internacional sobre o interno, pelo fato do Estado ter ratificado de forma livre o instrumento e ter nesse momento se comprometido a efetivá-lo e protegê-lo em âmbito interno (MAZZUOLI, 2014).

Segundo Varella, os Tribunais internos devem aplicar os tratados como parte de seu ordenamento jurídico interno, pouco importando se o Estado segue a teoria monista ou dualista. No Estado brasileiro, os magistrados federais e estaduais devem conhecê-los e aplicá-los, sendo que a decisão contrária ou a omissão na aplicação poderá ensejar na responsabilização internacional do Estado, conforme já salientado (VARELLA, 2016, p. 114-118).

Para Guerra, a polêmica que envolve as teoria monista e dualista já está ultrapassada. Esse entendimento se coaduna com o do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2006, p. 02-11). Para o primeiro, as teorias devem deixar de ser objeto de considerações. O que se deve observar é o ordenamento em que o ser humano está em local mais privilegiado, o local em que sejam protegidos de forma mais efetiva e garantidora de direitos (GUERRA, 2013, p. 189).

Importante mencionar que a teoria do “Diálogo das Fontes”, de Erik Jayme propõe que o ordenamento seja interpretado de forma unitária, defasando assim com o entendimento dos adeptos das teorias monista e dualista. Na pós-modernidade do direito internacional e das ordens jurídicas internas, um fenômeno importante é a solução das controvérsias quando existentes conflitos entre leis. Quando Erik Jayme analisou a comunicação do direito, observou que emerge agora, diante desse conflito de leis, um diálogo entre as fontes que possuem naturezas distintas (MARQUES, 2012, p. 18-19).

A teoria propõe que as fontes dialoguem entre si, de forma harmoniosa guiadas pelos valores constitucionais e principalmente à luz dos direitos humanos, criando uma coordenação das leis. Em decorrência disso, as normas não mais se revogam em um sistema de “tudo ou nada”, pois essa solução de priorizar uma norma e excluir outra é uma “visão reducionista de valores" (MARQUES, 2012, p. 27).

O diálogo das fontes vem como um método a ser utilizado para priorizar os direitos humanos e os valores constitucionais das ordens jurídicas, propondo uma solução para o sistema, que coloca a pessoa humana em seu centro, assegurando uma aplicação normativa favorável aos indivíduos, de forma que prevaleça no caso concreto a norma mais benéfica ao ser humano (MARQUES, 2012, p. 28).

Para Varella, o direito internacional tem uma série de mecanismos para controlar a efetividades dos tratados. Esses mecanismos para serem efetivos, dependem da preocupação dos sujeitos de direito internacional com as suas reputações. Como instrumentos de controle o autor identifica os relatórios, as inspeções e a criação de Organizações Internacionais específicas para vigília sob os Estados (VARELLA, 2016, p. 112-121).

A proteção dos direitos humanos exige das esferas internacional e interna suas respectivas contribuições para aplicação das normas mais benéficas aos indivíduos e que mais os dignifiquem. Para isso, necessária se faz a cooperação internacional em prol da pessoa humana. Assim, os órgãos internos, devem observar sempre a normatividade internacional que tenham ratificado, principalmente o Poder Judiciário, em razão de fazer os controles internos (controles concentrado e difuso) conforme as normativas que esteja vinculado. A observação da norma que seja mais benéfica ao ser humano, independente de estar no plano interno ou no plano internacional, faz com que o Estado garanta proteção e efetivação dos direitos humanos no plano interno, possuindo como pressuposto o indivíduo.

2 A observância dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelo Poder Judiciário brasileiro

O Poder Judiciário é responsável pela realização dos controles das normas, verificando se observam o crivo Constitucional e Convencional. Analisaremos as formas de internalização dos

Tratados de Direitos Humanos, os modelos de controles que podem os juízes e tribunais internos se valerem e o atual posicionamento quanto ao Poder Judiciário e sua função quanto os tratados, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No Brasil, a internalização dos Tratados de direitos humanos poderá ocorrer de duas maneiras. Primeiramente pela sistemática do art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que engloba todos os tratados, inclusive os de direitos humanos não aprovados por *quórum* diferenciado, que propiciará aos tratados o *status* de supralegalidade. A segunda forma de internalização será pela sistemática do artigo 5º, parágrafo 3º, da Carta Magna brasileira, que determina que quando os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que forem aprovados em dois turnos pelo Congresso Nacional, por três quintos dos votos, serão equivalentes às emendas Constitucionais, o *status* será de constitucionalidade dos tratados (MAZZUOLI, 2013, p. 59).

Os controles se dividem em Controle Difuso e Controle de Concentrado, de Constitucionalidade (parâmetro a Constituição) e de Convencionalidade (parâmetro os Tratados Internacionais de Direitos Humanos). O controle difuso de constitucionalidade é uma forma de controle que permite a todos os juízes e tribunais realizarem, frente ao caso concreto a análise de determinada lei do ordenamento jurídico interno, em face da Constituição Federal. Quando verificada a afronta, a declaração de inconstitucionalidade se procederá de forma incidental em relação ao objeto principal da lide, seus efeitos serão *inter partes* e o exame do mérito restará prejudicando (MORAES, 2014, p. 733).

O controle concentrado de constitucionalidade tem como objetivo a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei como objeto principal da lide. Desse modo, busca-se a declaração de inconstitucionalidade para que seja garantida a segurança e a observância dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Esse controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que analisa a inconstitucionalidade da lei ou do ato

normativo, sendo o rol de legitimados para propor as ações, limitado e elencado no artigo 103, da Carta Magna brasileira. A manifestação do Poder Judiciário será de forma específica. Em regra, o controle concentrado irá retirar do ordenamento jurídico a lei ou o ato normativo viciado, buscando a sua invalidação e garantindo segurança nas relações jurídicas, o efeito será *erga omnes* (MORAES, 2014, p. 748-749; BRASIL, 1988).

O que é proposto é que para além de um controle difuso e concentrado de constitucionalidade, tenhamos um controle difuso e concentrado de convencionalidade que deverá ser exercido também pelos juízes e tribunais internos. Segundo Mazzuoli, por todos os Tratados de Direitos Humanos guardarem nível constitucional (independente da forma que adentraram no ordenamento) eles passam a ser paradigmas para um controle difuso de convencionalidade, nos mesmos moldes do controle difuso de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2013, p. 154-155).

Quanto ao controle concentrado de convencionalidade apenas poderão ser paradigmas de tal controle, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados com equivalência às emendas constitucionais, nos moldes do art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal brasileira, seguindo os mesmos parâmetros formais e materiais do controle concentrado de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2013, p. 164).

Seguindo a doutrina do controle de convencionalidade do Sistema Interamericano, que prevê que os Estados devem compatibilizar as normas internas conforme os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que tenham ratificado. Quando o direito local for contrário às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que faz parte da normativa do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, do qual o Estado brasileiro ratificou e, contrário a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos realiza da Convenção, a norma mesmo que constitucional deverá ser considerada inválida (MARX, 2014, p. 131).

Assim, os juízes internos deverão além de controlar a constitucionalidade controlar a convencionalidade das leis e, para além das normas deverão observar a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos realiza da Convenção Americana, pois a Corte é intérprete última da Convenção (MARX, 2014, p. 133).

O controle de convencionalidade autêntico é o que se realiza pelos juízes e tribunais internos em primeiro plano adequando a normatividade segundo os Tratados Internacionais e a interpretação da Corte, só se manifestando os Tribunais Internacionais quando os Estados não realizarem o controle de convencionalidade frente a estes tratados e a jurisprudência da Corte Interamericana (ALVES, 2013, p. 326).

O exercício do controle de convencionalidade é realizado a partir do ano de 2006 pela primeira vez no Sistema Interamericano. A Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza esse modelo de controle no julgamento do Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile. Também foi a partir desse ano que a Corte posicionou-se pelo entendimento de que os juízes e tribunais têm obrigação de controlar a convencionalidade conforme a Convenção e a interpretação que a Corte IDH realiza da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CORTEIDH, 2006, p. 53).

Segundo julgamento da Corte no citado caso,

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al império de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado há ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos

> Humanos. Em esta tarea, el Poder Judicial debe tener em cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo há hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CORTEIDH, 2006, p. 53).

Dessa forma, observa-se que os tribunais e juízes internos, conforme a Corte Interamericana têm o dever e o poder de aplicar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Estado tenha ratificado, em razão de ser o Poder que os indivíduos recorrem para terem seus direitos aplicados. Quando os outros Poderes falharem (executivo e legislativo) em suas missões de prevalência das normas que sejam mais benéficas, deverá o Judiciário aplicar a norma que mais proteja o ser humano, sempre observando para além da normatividade positivada no ordenamento interno, os Tratados Internacionais ratificados e vigentes no cenário internacional, dos quais o Estado tenha ratificado (MAZZUOLI, 2013, p. 95).

O Estado brasileiro já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em virtude de não ter exercido o controle de convencionalidade em face da Convenção Americana no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, conhecido como "Guerrilha do Araguaia", cuja sentença foi proferida em 24 de novembro de 2010 (CORTEIDH, 2010, p. 01). Com esse julgamento, foi coloca em evidência o debate da eficácia que detêm os tratados internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro (GUERRA, 2013, p. 169).

Cabe ao Poder Judiciário, segundo a Corte, em razão do Estado estar obrigado internacionalmente, exercer o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, devendo observar não somente o tratado, mas a interpretação que a Corte Interamericana confere, em razão de ser a intérprete última da Convenção a qual o Estado brasileiro ratificou e obrigou-se internacionalmente a cumprir (CORTEIDH, 2010, p. 65-66).

A determinação da Corte não nulifica e nem derroga as normas internas, devendo os Estados realizarem a compatibilização

de suas leis com a Convenção Americana, mas, a decisão de inconvencionalidade pode impor a reforma da legislação ou até mesmo da Constituição (MARINONI, p. 2013, p. 79). Importante salientar que o controle de convencionalidade não ocorre somente em âmbito da Convenção Americana, pois também serve como paradigma de controle para qualquer tratado internacional de que o Estado brasileiro seja signatário (MAZZUOLI, p. 2013, p. 28).

O controle de convencionalidade poderá ser exercido internamente frente aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que deverão ser observados quando da produção normativa infraconstitucional. E, quando isso não ocorrer, poderão as leis e atos sofrer o controle de convencionalidade internacional (MAZZUOLI, 2013, p. 94; GUERRA, 2013, p. 181).

O disposto no artigo 4ª, II, da Constituição Federal brasileira, determina que o Estado brasileiro rege-se em suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos, com fundamento na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), sendo que os direitos e garantias expressos não excluem outros que sejam decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, ou pelos tratados internacionais que o Brasil seja parte, artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Magna brasileira (BRASIL, 1988).

Observamos, dessa forma, o destaque dos juízes e tribunais internos. Segundo Appio,

> As disposições contidas nestes tratados e convenções internacionais têm, sem dúvida alguma, natureza propositiva e determinam, sob pena de imposição de sanções das mais diversas, seu efetivo cumprimento pelos Estados nacionais. Não se tratam de normas dirigidas apenas aos poderes eleitos pela população, mas incluem os membros do Poder Judiciário local que têm de interpretar e aplicar estas disposições com a mesma eficácia da norma de âmbito interno, inclusive das normas constitucionais, desde que observado, neste último caso, o rito e quórum especial de aprovação (APPIO, 2013, p. 185).

O citado autor entende que somente as normas que passarem pelo *quórum* determinado no art. 5º, parágrafo 3º, da Carta Magna brasileira é que serão fontes e paradigmas aos juízes e tribunais internos, sendo assim, apenas as normas equivalentes às emendas constitucionais, quando tratamos de Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos, compõem a Constituição (APPIO, 2013, p. 184).

Ao observar-se o cenário interno brasileiro quanto à aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, analisamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, através da pesquisa em sua base jurisprudencial do termo "Tratados Internacionais de Direitos Humanos", tendo por período dos julgamentos 01 de janeiro de 2010 a 24 de outubro de 2017. Encontraram-se apenas 12 acórdãos, 121 decisões monocráticas e duas decisões da Presidência que se utilizaram de tais termos (BRASIL, 2017).

Atualmente, o controle de convencionalidade é pouco utilizado no Brasil nos julgamentos do Poder Judiciário. Os juízes e tribunais internos não utilizam os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como fontes materiais e formais de validade das normas internas e de suas decisões. Em caso de revisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, poderá o Estado ser condenado por falta de proteção estatal (APPIO, 2013, p. 210-211) dos direitos humanos e por não realizar o controle de convencionalidade interno das leis.

Dessa forma, observa-se que o Estado brasileiro, que anualmente julga milhares de processos, utiliza de forma muito ínfima os Tratados de Direitos Humanos em seus julgamentos, sendo que por ser o principal Poder da República brasileira que aplica as normativas deveria primar pelo respeito a normas mais favoráveis ao ser humano e as que garantam mais dignidade aos indivíduos. Cabe aos juízes e tribunais conhecerem e aplicarem os dispositivos internacionais ratificados pelo Estado, pois passam eles a serem partes integrantes do ordenamento jurídico estatal.

Considerações finais

Os direitos humanos ganham evidente importância no cenário mundial, através de uma preocupação latente da comunidade internacional de preservá-los e protegê-los principalmente após o cometimento de graves atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. A normatividade internacional e as Cortes Internacionais consagram em seus textos e julgamentos a preocupação com a efetivação e proteção internas dos direitos humanos.

Ao ser signatário da Convenção Internacional de Direitos Humanos, que determina que o ordenamento interno deva se adequar as obrigações internacionais assumidas, e ao conhecer de forma expressa a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é interprete última da Convenção, o Brasil poderá caso não adéque o ordenamento doméstico ser responsabilizado na esfera internacional por não respeitar os direitos humanos.

Neste ponto, ressaltamos a importância dos juízes e tribunais internos, sendo o Poder Judiciário responsável pela aplicação das leis e, dessa forma, também dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Estado brasileiro faça parte, pois esses são partes integrantes do ordenamento jurídico doméstico. Ao aplicar a normas que mais privilegiem o ser humano, o Poder Judiciário estará validando seus atos em conformidade com o disposto na Constituição e, para, além disso, colocando o ser humano como centro dos ordenamentos.

É esse um papel de extremamente importante e necessário, pois diante de um cenário do qual o Poder Legislativo não observe os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Poder Executivo também não o faça, o Poder Judiciário atuará em benefício dos indivíduos observando a normatividade interna e internacional e no caso concreto aplicando a norma que seja mais benéfica ao indivíduo, como propõe Erik Jayme na teoria do Diálogo das Fontes.

Assim, torna-se o Poder Judiciário um poder concretizador em âmbito interno de tais instrumentos internacionais, pois possuidor ele das formas de controle de constitucionalidade e de convencionalidade interna e do poder de aplicar as normatividades frente aos casos concretos no âmbito doméstico brasileiro.

Referências

ALVES, Waldir. Controle de Convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI; Valerio de Oliveira (Coords.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI; Valerio de Oliveira (Coords.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 06 jul. 2017.

_____. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. **Decreto nº 7.030. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em 19 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Íntegra do voto do ministro Celso de Mello sobre a prisão civil do depositário infiel**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84880>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Íntegra do voto do ministro Gilmar Mendes no RE 466343**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68454>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em 24 out. 2017.

_____. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.

CORTE IDH. **Caso Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia") e outros Vs. Brasil.** 2010. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf >. Acesso em: 01 nov. 2017.

GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI; Valerio de Oliveira (Coords.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai.** Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima Marques(Coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARX, Ivan Cláudio. **Justiça de Transição Necessidade e Factibilidade da Punição aos Crimes da Ditadura.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados.** 2.ed.rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, disponível na Biblioteca On-line da Universidade de Passo Fundo.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI; Valerio de Oliveira (Coords.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano. Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

36

O impacto das novas tecnologias para a sociedade: o caso da pulseira da *Amazon*

Thami Covatti Piaia[1]
Murilo Manzoni Boff[2]

Um mapa do mundo que não inclua Utopia não merece ser olhado, já que deixa de fora o único país no qual a humanidade está sempre desembarcando. E quando a humanidade chega ali, olha para o horizonte e, ao ver um país melhor, zarpa em sua busca. O progresso é a realização de Utopias. (ALI, 2012, p. 65)

1 Introdução

Conceituamos globalização, como sendo um processo econômico e cultural, que estabelece uma integração entre os países e as pessoas do mundo todo, gerando transformações sociais profundas e, que, por meio deste processo, as pessoas, os governos e as empresas trocam informações, realizam transações e espalham suas culturas pelo planeta. Nesse processo, o surgimento de novas tecnologias, como a internet, permitiu a troca imediata de

[1] Doutora em Direito pela UFRGS. *Visiting Scholar* na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da URI, Campus de Santo Ângelo/RS. E-mail: thamicovatti@hotmail.com

[2] Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PROBIC no Projeto "Políticas Públicas Ambientais". E-mail: murilo_boff@hotmail.com

informações entre as pessoas, em praticamente todos os lugares, gerando uma conexão cultural e econômica, sem precedentes na história. Esse processo de integração é a mais recente fase da globalização.

A importância das novas tecnologias e das transformações culturais na sociedade, está, na geração de uma nova ordem mundial. O imediatismo das mudanças é extremo, e aparenta ser mais perceptível quando se fala em novas tecnologias, mesmo acontecendo também nos aspectos sociais e culturais, pois a internet, em geral, concede ao mundo globalizado maior capacidade de integração cultural e de fragilização dos efeitos simbólicos do etnocentrismo.

Essas transformações culturais e sociais, de dimensões universais, é que estão levando a sociedade a repensar os tipos de atitudes que irão definir as relações humanas no século XXI, pois as bases tradicionais do modo moderno de se relacionar estão começando a se desintegrar. Percebe-se que vivemos em um período de acentuadas mudanças, em que o mundo se parece muito mais com um pensamento do que com uma máquina, existindo uma ampla aceitação de que o conhecimento avança na direção de uma realidade surpreendente e inovadora. Processos de significação como esses, não podem ser evitados ou detidos, pelo contrário, devem ser bem recebidos, pois são excelentes propostas para um futuro onde se possa almejar um horizonte de paz para a humanidade, muito embora saibamos que a globalização e as novas tecnologias, não tenham ainda demonstrado um efeito combativo efetivo aos níveis de violência, intolerância e desigualdade social existentes no mundo.

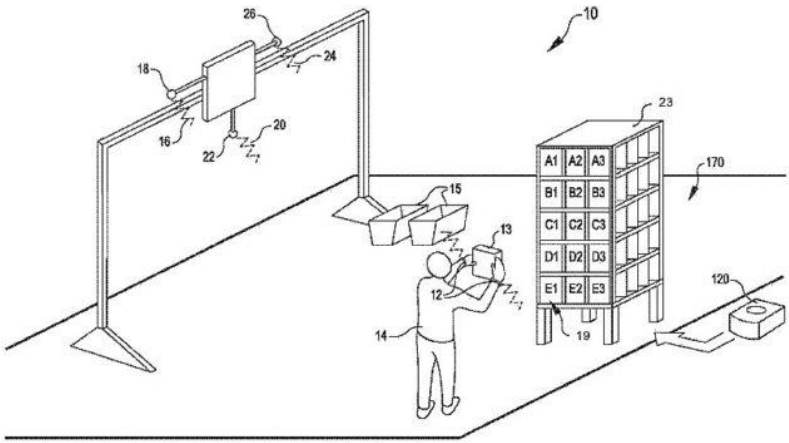
Nesse diapasão, o presente artigo se propõe a responder ao seguinte problema de pesquisa: qual o impacto das novas tecnologias para a sociedade, tendo como objetivo principal, fazer um aporte teórico crítico sobre o caso da Pulseira da *Amazon,* compreendendo sua dinâmica, além das consequências decorrentes do mau uso dessa tecnologia no tocante à dignidade dos envolvidos.

2 O mau uso das novas tecnologias: o caso da pulseira da Amazon

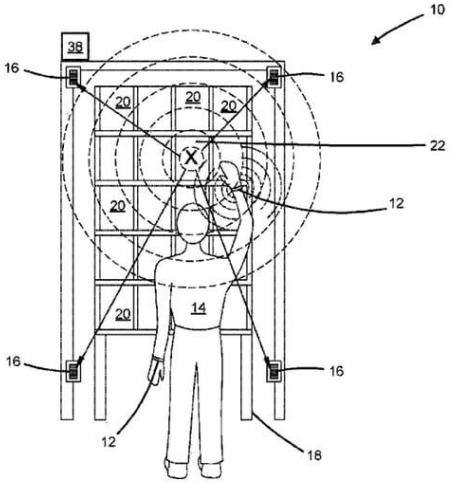
A gigante do comércio eletrônico, a empresa varejista estadunidense *Amazon* (eleita a marca mais valiosa do mundo em 2017), parece não ter limites com projetos de expansão das novas tecnologias e otimização de tempo entre o recebimento de um pedido e a entrega para o cliente. Após o lançamento da *Alexa*, um robô de inteligência artificial que pretende estar conectado aos sistemas de celulares por meio de um aplicativo, que realiza funções por meio de comando de voz que substitui as ações humanas, tais como acender luzes em casas conectadas, realizar pesquisas diversas em buscadores, entre outros serviços do cotidiano (AGUILHAR, 2017), agora um novo lançamento pretende otimizar as relações de trabalhadores da empresa para com o produto final ao cliente. (BOYLE, 2018)

Patenteado no primeiro mês de 2018, o projeto já dava sinais de interesse da empresa em 2016, oportunidade na qual o projeto foi engavetado, para após dois anos ressurgir. Trata-se de uma pulseira física utilizada pelo colaborador conectada ao empregador, em que são emitidos sinais em radiofrequência de rastreamento do empregador, empregado e dos produtos, todos conectados, e assim, são emitidos sinais de localização de todos os agentes envolvidos no processo, a fim de otimizar o tempo do recebimento do pedido do cliente, localização do produto e trajeto do colaborador até o local de depósito para embalá-lo e despachá-lo. Caso ocorra algum movimento equivocado, a pulseira emite um sinal de vibração que cientifica o funcionário que seu deslocamento não está de acordo com o trajeto ideal que pretende produzir eficácia na otimização do tempo. Conforme noticiado primeiramente pelo site *GeekWire*, que deu conta do anúncio da empresa em registrar as patentes, haverá rastreamento completo das mãos dos empregados sobre quais movimentos estarão executando:

As patentes, publicadas hoje, cobrem pulseiras que podem emitir pulsos de som ultrassônico ou transmissões de rádio para permitir que um sistema receptor consiga identificar onde estão as mãos dos trabalhadores, em relação a uma série de posições no estoque. A *Amazon* normalmente não faz comentários sobre suas patentes, mas se a tecnologia fizer sentido econômico, ela pode ser usada para uso em centenas de centros de distribuição de varejistas on-line sediados em Seattle. Os sensores do sistema fazem um triangulo nos sinais da pulseira para determinar onde a mão de um trabalhador está posicionada e o software corresponde a essa posição com o item de inventário que deveria ser processado. Além de captar sinais, o sistema poderia enviar sinais de volta, ajustando a banda com uma explosão de *feedback* tátil, permitindo que os trabalhadores soubessem que suas mãos estão indo para o compartimento certo. (BOYLE, 2018)



Fonte:https://www.geekwire.com/2018/amazon-wins-patents-wireless-wristbands-track-warehouse-workers/



Fonte: https://www.geekwire.com/2018/amazon-wins-patents-wireless-wristbands-track-warehouse-workers/

Fonte: http://www.libertar.in/2018/02/escravidao-orwelliana-amazon-patenteia.html

A partir da publicação do registro dessas patentes, uma série de questionamentos e posicionamentos surgiram sobre quais seriam as reais finalidades da pulseira. Não é a primeira vez que a *Amazon* é referência em polêmicas pelo seu tratamento com

funcionários, pois não faz muito, o escritor James Bloodworth se infiltrou num dos armazéns da empresa no Reino Unido e relatou o tratamento desumano em que funcionários eram expostos ao realizarem necessidades básicas, como ir ao banheiro. (MULLER, 2018)

O escritor trabalha com um livro sobre empregos de baixo rendimento no Reino Unido, e na oportunidade presenciou e posteriormente publicou que os funcionários sentiam medo de irem ao banheiro pois poderiam ser disciplinados pelo tempo ocioso, o que consequentemente era driblado por realizarem as necessidades fisiológicas em garrafas. Ainda, declarou o jornalista que os banheiros encontravam-se muitas vezes longe do local de trabalho dos funcionários, que além do medo de serem considerados ociosos, estaria comprometendo o desempenho individual de trabalho diário do funcionário e comprometendo o cumprimento das metas. (iG Economia, 2018).

Na obra, Bloodworth narra que os trabalhadores do depósito da ***Amazon*** em *Staffordshire*, no Reino Unido, são submetidos a urinar em garrafas, porque a companhia exige metas muito altas dos funcionários e o banheiro fica distante da área de exercício. Em entrevista ao jornal inglês *"The Sun"*, o jornalista conta que o medo de perder o emprego é uma sensação comum entre os funcionários da companhia. Ele comparou o local de trabalho a uma prisão, com scanners para garantir que ninguém está tentando roubar alguma coisa e câmeras para checar que os trabalhadores não estão usando casacos com capuz, óculos escuros e celulares. (iG Economia, 2018).

Não obstante, em outra pesquisa realizada de forma anônima com 241 funcionários, apurado pelo site *Business Insider*, as metas são reajustadas anualmente, o que é considerado exaustivo pelos funcionários que declaram não conseguir realizar as metas almejadas. (MULLER, 2018)

Em outra pesquisa realizada por uma ONG mundial denominada *Organize*, conforme noticiado pelo site de notícias IG, 74% dos funcionários evitam usar o banheiro durante o expediente

por medo de não baterem as metas, 55% deles revelaram ter desenvolvimento depressão enquanto funcionários e mais de 80% revelaram desinteresse em voltar a trabalhar para a companhia (iG Economia, 2018). Com isso, o governo da Itália por meio de seu Ministro de Desenvolvimento Econômico, Carlos Calenda, declarou em reunião com membros executivos da *Amazon* que nesse país as únicas pulseiras a serem utilizadas serão as de relojoaria, afirmando que a prática da pulseira patenteada jamais ocorrerá no território italiano, pois é contrária à lei e à dignidade dos envolvidos (DN MUNDO, 2018)

Em meio a polêmicas, a *Amazon* fez um pronunciamento ao site *Geekwire* sobre suas intenções no fomento de novas formas de controle de tempo para um melhor desempenho das atividades de trabalho, afirmando que:

> A especulação sobre essa patente é equivocada. Todos os dias, em empresas de todo o mundo, os funcionários usam scanners portáteis para verificar o estoque e atender aos pedidos. Essa ideia, se implementada no futuro, melhoraria o processo para nossos funcionários de atendimento. Ao mover o equipamento para os pulsos dos associados, poderíamos liberar as mãos dos scanners e dos olhos das telas dos computadores. Abordagens existentes para rastrear onde os itens de estoque são armazenados podem exigir que o funcionário do sistema de estoque execute atos demorados além de colocar o item de estoque em uma posição no estoque e recuperar o item de estoque do lance de inventário, como apertar um botão associado ao inventário ou escanear um código de barras associado ao escaninho de inventário... Assim, melhores abordagens para rastrear onde um item de estoque é armazenado são de interesse (AMAZON apud BOYLE, 2018)

Conforme se denota, o interesse da empresa é na otimização total de tempo entre as atividades a serem exercidas pelos seus funcionários por um olhar que favorece o empregador, não parecendo haver interesse no bem-estar do funcionário. O site de notícias *The Guardian* lançou uma crítica ao noticiar as novas patentes da *Amazon*, destacando o novo ambiente de vigilância

entre empregados e empregador e ironizando o fato de que com a nova tecnologia seres humanos estão mais aptos que os robôs:

> A *Amazon* patenteou projetos para uma pulseira que pode rastrear precisamente onde os funcionários do armazém estão colocando as mãos e usar vibrações para empurrá-los em uma direção diferente. O conceito, que visa agilizar o cumprimento de pedidos, adiciona outra camada de vigilância a um ambiente de trabalho já desafiador. O resultado? Os trabalhadores humanos podem cumprir mais ordens - até que os robôs desenvolvam a destreza para substituí-los completamente. A *Amazon* já tem a reputação de transformar funcionários com salários baixos em robôs humanos- trabalhando ao lado de milhares de robôs adequados - realizando tarefas de empacotamento repetitivas o mais rápido possível, na tentativa de atingir as metas estabelecidas pelos computadores de mão. (SOLON, 2018)

Ainda, o site destacou que trabalhadores da empresa possuíam o tempo de 15 segundos para digitalizar itens e colocá-los em seus carrinhos, bem como que investigações realizadas no ano de 2016 revelaram que motoristas da empresa que faziam entregas defecavam em malas em busca de realizarem as tarefas de forma rápida para atingir as metas ambiciosas da empresa que eram monitoradas por um aplicativo de logística da *Amazon*. (SOLON, 2018)

Em outra nota emitida ao site de notícias *The Verge*, a *Amazon* afirmou que suas expectativas não são no rastreamento do funcionário, tão-somente restritas ao desempenho do empregador:

> Como a maioria das empresas, temos expectativas de desempenho para cada funcionário da *Amazon* e medimos o desempenho real em relação a essas expectativas, e elas não são projetadas para rastrear funcionários ou limitar suas habilidades para fazer pausas. (ONG, 2018)

Nesse diapasão, Lévy questiona se as técnicas determinam a sociedade ou a cultura?

> Se aceitarmos a ficção de uma relação, ela é muito mais complexa do que uma relação de determinação. A emergência do ciberespaço acompanha, traduz e favorece uma evolução geral da civilização. Uma técnica é produzida dentro de uma cultura, e uma sociedade encontra-se condicionada por suas técnicas. E digo condicionada, não determinada. Essa diferença é fundamental. (1999, p. 25).

Uma técnica não é nem boa, nem má (isto depende dos contextos, dos usos e dos pontos de vista), tampouco neutra (já que é condicionante ou restritiva, já que de um lado abre e de outro fecha o espectro de possibilidades). Não se trata de avaliar seus "impactos", mas de situar as irreversibilidades às quais um de seus usos nos levaria, de formular os projetos que explorariam as virtualidades que ela transporta e decidir o que fazer dela. (LÉVY, 1999, p. 26)

Nesse sentido, Innerarity muito bem argumenta, quando diz que:

> Mais do que um mundo líquido, o processo de globalização tem levado a um mundo gasoso. Esta metáfora responde melhor a realidade dos atuais mercados financeiros e ao mundo da mídia, que se caracterizam, como volumes que se contraem e se expandem do estado gasoso, por ciclos de expansão e contração, do crescimento e recessão, não tendo um volume constante. (2013, p. 39)

Giddens acredita que "a globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa." (1991, p. 69). Essas intensificações das relações sociais, produzidas pela globalização e impulsionadas pelas novas tecnologias, diferenciam o modelo atual de vida, de todos os meios tradicionais já vistos pela humanidade.

De acordo com Edgar Montiel (2003):

> Nenhuma cultura pode escapar da influência da globalização e, como já se disse, a cultura está em mutação constante. Além disso, é necessário reconhecer que este processo de transculturação não se manifesta unidirecionalmente. Somente através de um intercâmbio fluído teremos a possibilidade de encontrar novas soluções para nossas diferenças culturais.

A humanidade é uma, mas suas culturas são numerosas, assim, deve-se ter presente que cada vez que uma cultura desaparece, a comunidade, em particular, e a humanidade, como um todo, empobrecem" (MONTIEL, 2003), pois a diversidade cultural faz com que compartilhemos de uma humanidade híbrida e, portanto, não apenas uma responsabilidade e um respeito para com os outros, mas também a crença na capacidade de convivência e compreensão entre os seres humanos. É elucidativa a contribuição de Bhabha (2005) nesta direção, quando afirma que "os próprios conceitos de culturas nacionais homogêneas, a transmissão consensual ou contínua de tradições históricas, ou comunidades étnicas "orgânicas", enquanto base do comparativismo cultural, estão em profundo processo de redefinição." Essa universalização e seu caráter aberto certamente condenam toda identidade a uma inevitável hibridização, mas hibridização não significa necessariamente um declínio pela perda de identidade. Pode significar também o fortalecimento das identidades existentes pela abertura de novas possibilidades (HALL, 2003, p. 83), o que daria surgimento a um sujeito do conhecimento reconhecedor do outro e da diversidade do mundo social, ambiental e cultural, envolvendo a aceitação às diferenças na e com a pluralidade das culturas humanas. (BERTASO, 2007), pois a cultura é vista como uma instância simbólica da produção e reprodução da sociedade. Em todos esses comportamentos estão entrelaçados a cultura e a sociedade, o material e o simbólico. (CANCLINI, 2004, p. 37)

A cultura contemporânea, na compreensão de Sidekum:

> Tem dimensões de grandiosidade universal pelas redes da globalização da comunicação e possui possibilidades que extrapolariam o imaginário dos visionários de alguns séculos atrás. É um fato de grandiosidade insuportável para os medíocres que ainda insistem em justificar pela violência do poder de dominação a sua capacidade insubstituível para governar nosso mundo acadêmico, para articular nosso mundo social, para gerenciar nosso mundo econômico e para disponibilizar sobre nossa política, tanto na esfera regional como na esfera universal. (2003)

Em um mundo de conexões sociais totalmente novas, popularizadas pela internet, o poder tradicional, aquele dos Estados, nesse início do século XXI, poderia ser mais caracterizado como sujeito passivo do que ativo de observação, fazendo com que os cidadãos passassem de meros observadores a atentos vigilantes. A sobreposição do espaço das novas tecnologias para o espaço público tradicional teve o efeito de tornar o cenário político mais observado, de perto e de todos os ângulos possíveis. (INNERARITY, 2013, p. 89). Essas sobreposições, no entendimento de Innerarity:

> Plantam dificuldades inéditas aos Estados nacionais, modificam nossos bens e nossos espaços públicos. O horizonte a que aponta todo ele é uma política de humanidade, ou seja, a possibilidade de que a humanidade como um todo (qualquer que seja) atue como tal, e a necessidade de configurar um nível de governança em correspondência com a da natureza dos bens comuns da humanidade que se fazem valer cada vez com mais insistência nos espaços ilimitados da globalização. (2013, p. 144)

Na conjuntura atual, muitos países já não são habitados por uma população de desinformados, alienados aos problemas econômicos e sociais, mas sim, por uma inteligência melhor distribuída, uma cidadania insurgente, mais exigente e ativa, formada em grande parte, por agências internacionais, pela imprensa e pela opinião pública conectada, que não apenas os avaliam, como também, dispõem, em alguns casos, de mais e

melhor conhecimento. Para Di Felice, "o advento da web 2.0 determina a passagem da mídia alternativa, isto é, das formas de uso e de produção de conteúdo alternativo disseminadas nos diversos âmbitos contraculturais, para a mídia participativa, ou seja, as formas sociais digitais que articulam suas arquiteturas através do diálogo e do compartilhamento de conteúdos." (2012, p. 58)

Contudo, a expansão das novas tecnologias pelo mundo, não eliminou totalmente a diversidade nas relações sociais entre as pessoas, ou entre as pessoas e o conhecimento. As diferenças e as discrepâncias continuam existindo, apesar da aproximação e do aumento ao acesso às novas tecnologias. Canclini, proclama que "a diversidade reaparece, assim, no núcleo de projeto da sociedade do conhecimento. E o componente que a distingue da sociedade da informação, é o ponto em que se articulam a problemática da diferença e a problemática da conexão" (2004, p. 194).

Não seria plausível nem sensato esperar que as novas tecnologias, contribuindo para o aumento do acesso à internet, por si só, causasse o desaparecimento das diferenças econômicas entre os povos, ou esperar que essa conexão eliminasse totalmente as desigualdades. A redução na lacuna digital poderia tão somente, diminuir a desigualdade de acesso ao ciberespaço. Em ultima instância, o incremento conectivo não produzirá nem sequer aquele resultado que se atribuiu como específico: conhecimento pleno. (CANCLINI, 2004, p. 194). Portanto, não há razão para negar a realidade do progresso, mas é preciso corrigir a noção que crê seguro este progresso. Mais congruente com os fatos é pensar que não há nenhum progresso seguro, nenhuma evolução, sem a ameaça de involução e retrocesso. (ORTEGA Y GASSET, 1971, p. 107) aos direitos sofridamente conquistados pela humanidade, pois somente dessa forma seremos capazes de desenvolver estas novas tecnologias dentro de uma perspectiva humanista.

3 Considerações finais

O objetivo do trabalho se deu em elucidar as consequências das novas tecnologias nas relações do cotidiano da sociedade, destacando-se toda a emblemática da pulseira da *Amazon*. Pelas razões apresentadas no decorrer do texto, denotou-se que o fomento de novas tecnologias no cotidiano pode trazer consequências que vem de encontro à dignidade humana, haja vista que o implemento de novas tecnologias apresenta objetivos distantes do bem-estar daqueles que estão envolvidos.

Sendo assim, a empresa *Amazon* vem adotando medidas que visam a otimização de tempo na prestação de seus serviços, o que inclui o registro de patentes de uma pulseira que emite sinais radiofônicos e monitora os movimentos de seus empregados no manuseio das mercadorias para despacho até que cheguem ao consumidor final. No entanto, a medida passa por diversas críticas que expõe a desumanização das relações humanas de trabalho com indivíduos que trabalharão monitorados pelo empregador e receberão alertas quando executarem suas tarefas de modo equivocado, ou seja, por mais tempo daquele previsto.

Nesse sentido, uma vez que a empresa já foi exposta em ocasiões anteriores, por estabelecer metas de difícil cumprimento, monitorar a ociosidade dos funcionários, o que inclui idas ao banheiro, tal quadro demonstra uma possibilidade de malefícios do uso das novas tecnologias nas relações humanas, que parecem não estar atentas ao indivíduo e que questionam quais seriam as finalidades do progresso e de que forma a fase atual da globalização, altamente tecnológica, se contrapõe aos valores humanistas arduamente conquistados pela humanidade.

Referências

ALI, Tariq. O Espírito da Época. In: HARVEY, David. [et al.]. **Occupy**: movimentos de protestos que tomaram as ruas. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2012. p. 65-71.

AGUILHAR, Ligia**. Você ainda vai ouvir falar muito da Alexa**. 2017. Disponível em <http://link.estadao.com.br/blogs/ligia-aguilhar/voce-ainda-vai-ouvir-falar-muito-da-alexa/> Acesso em 15 de abr. de 2018.

BHABHA, Homi. **O Local da Cultura.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

BERTASO, João Martins. Cidadania e demandas de igualdade: dimensão de reconhecimento na diversidade cultural. *In:* OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. (org.). **Faces do Multiculturalismo**: teoria – política – direito. Santo Ângelo: EDIURI, 2007. p. 57-86.

BOYLE, Alan**. Amazon wins a pairo f patentes for wireless wristbands that track warehouse workers**. GeekWire. 2018. Disponível em <https://www.geekwire.com/2018/amazon-wins-patents-wireless-wristbands-track-warehouse-workers/> Acesso em 15 de abr. de 2018.

CANCLINI, Néstor García. **Diferentes, Desiguales y Desconectados:** mapas de la interculturalidad. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

DI FELICE, MASSIMO. Net-ativismo: novos aspectos da opinião pública em contextos digitais. **Revista Famecos: mídia, cultura e tecnologia**. v. 19, n.1, p. 27-45, jan/dez, 2012.

DN MUNDO. **Amazon quer controlar funcionários com pulseira eletrônica**. 2018. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/interior/amazon-quer-controlar-funcionarios-com-pulseira-eletronica-9093384.html> Acesso em 15 de abr. 2018.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HALL, Stuart. **Da Diáspora**: identidades e mediações culturais. (org) Liv Sovik. Tradução: Adelaine La Guardia Resende. [et al.]. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

IG NOTÍCIAS. **Funcionários da Amazon urinam em garrafas para bater metas, revela jornalista**. 2018. Disponível em <https://www.dn.pt/mundo/interior/amazon-quer-controlar-funcionarios-com-pulseira-eletronica-9093384.html> Acesso em 15 de abr. 2018.

INNERARITY, Daniel. **Un Mundo de Todos y de Nadie:** piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global. Barcelona: Espasa Libros, 2013.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. *In:* SIDEKUM, Antônio. (org). **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijui: Ed. UNIJUÏ, 2003. p. 15-58.

MULLER, Leonardo**. Escritor infiltrado acenda polêmica sobre trabalho nos depósitos da Amazon**. TEC MUNDO. 2018. Disponível em <https://www.dn.pt/mundo/interior/amazon-quer-controlar-funcionarios-com-pulseira-eletronica-9093384.html> Acesso em 15 de abr. 2018.

ONG, Thung. **Amazon patentes wristbands that track warehouse employee's hands in real time**. The Verge. 2018. Disponível em <https://www.theverge.com/2018/2/1/16958918/amazon-patents-trackable-wristband-warehouse-employees> Acesso em 15 de abr. de 2018.

ORTEGA Y GASSET, José. **A Rebelião das Massas.** Tradução de Herrera Filho. 3 ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1971.

SIDEKUM, Antônio. Alteridade e Interculturalidade. In: SIDEKUM, Antônio. (org). **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijuí: Ed. UNIJUÏ, 2003. p. 233-298

SOLON, Olivia**. Amazon patents wristbands that tracks warehouse workers' movements**. The Guardian. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/jan/31/amazon-warehouse-wristband-tracking> Acesso em 15 de abr. de 2018.

Linha C

Direitos humanos, meio ambiente e novos direitos

37

Reflexões acerca do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado a partir das competências constitucionais dos municípios em matéria ambiental como resposta política às injustiças do atual modelo de desenvolvimento

Alessandra Leves Raichle[1]
Eloisa Nair de Andrade Argerich[2]
Maristela Gheller Heidemann[3]

1 Introdução

As sérias ameaças à vida no planeta, dado o elevado grau de degradação ambiental a que se chega em nossa sociedade, desencadearam uma série de ações, em várias áreas do conhecimento humano, tendentes à preservação do meio ambiente, como resposta política às injustiças do atual modelo de desenvolvimento, no qual a produção e consumo dominantes

[1] Acadêmica do décimo semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. E-mail: alessandraleves@outlook.com;

[2] Mestre em Desenvolvimento pela Unijuí; docente do curso de Direito, componente curricular Direito Constitucional e Administrativo da Unijuí.Extensioniosta do projeto " Cidadania para Todos" E-mail: argerich@unijui.edu.br;

[3] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); docente do curso de Direito, componentes curriculares Direito Financeiro, Direito Tributário, Instituições de Direito Público e Privado, e Legislação Tributária. E-mail: heidemann@unijui.edu.br.

Portanto, este artigo, elaborado a partir do trabalho de conclusão do Curso de Direito da Unijuí, em 2017, visa a ressaltar a importância dos Municípios na promoção da proteção eficiente do meio ambiente, em razão de que nesta matéria, as condutas devem ser guiadas também pela máxima de pensar globalmente e agir localmente.

Pode se afirmar que, sem sombra de dúvida que o Estado brasileiro segue o princípio da predominância do interesse, o que possibilita reflexões acerca do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado a partir das competências constitucionais dos municípios

Para enriquecer o debate e possibilitar reflexões mais pontuais acerca do meio ambiente e sua conexão com a dignidade humana se faz uma análise do diagnóstico e dos prognósticos do Município de Ijuí/RS com a finalidade de verificar como as políticas públicas voltadas ao meio ambiente, sua preservação e proteção para as presentes e futuras gerações têm contribuído para mitigar os déficits atuais frente aos problemas da cidade de Ijui.

No Brasil esta proteção veio junto com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, o qual traduz essa proteção, que, além de possibilitar maior força legal ao evitar a degradação do ambiente, traz expresso o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como condição de salvaguarda da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (art. 3º), e do bem-estar da sociedade, um dos valores supremos consagrados no preâmbulo da Constituição.

As transformações que vem ocorrendo no meio ambiente não são recentes na história da humanidade**.** Neste sentido, os estudos concernentes a essa temática se mostram cada vez mais relevantes frente à crescente complexidade que o cenário contemporâneo apresenta.

Portanto, faz-se imprescindível abranger alguns aspectos atinentes ao meio ambiente, e as competências dos Municípios em matéria ambiental na Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988, denominada " Constituição Cidadã"[4] - CF/88 para compreender como o ente político se organiza e estabelecer suas ações nesta área.

Em primeiro lugar, para que se possa materializar o conteúdo sobre competência, se faz necessário expor o seu significado. Segundo José Afonso da Silva (2011, p. 572) afirma que, "competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades para realizar suas funções."

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da predominância do interesse para identificar e repartir as competências aos entes federados. Assim, a divisão de competência será: 1) da União, quando as matérias forem de interesse geral (artigo. 21, CF/88); dos Estados/ Distrito Federal, quando as matérias forem preponderantemente de interesse regional (artigo. 25, parágrafo 1º, CF/88) e 3) Dos Municípios/ Distrito Federal, quando as matérias forem preponderantemente de matéria de interesse local- artigo. 30, inciso I, CF/88 e artigo. 32, parágrafo 2º, CF/88. (LENZA, 2015).

É inegável, ao analisar a repartição de competência segundo os interesses de cada ente federativo que o Estado brasileiro segue o princípio da predominância do interesse, com campos de atribuições enumeradas para a União e para os Municípios e reservadas/remanescentes aos estados-membros, dando-lhe autonomia para agir frente às suas realidades.

Preliminarmente deve-se verificar o significado de autonomia dos entes federados no contexto da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 18 da CF/88 que assim dispõe, *in verbis*: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a

[4]"Constituição Cidadã", assim chamada pelo próprio Ulysses Guimarães devido à grande quantidade de leis voltadas à área social (BRASIL, 1988).

União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos **autônomos,** nos termos desta Constituição" (grifo nosso).

Em decorrência da tríplice capacidade (auto-organização, autoadministração e legislação e autogoverno é que os Municípios, entidades indispensáveis ao sistema federativo, podem gerir seus próprios interesses, pois recebem da CF/88, autonomia. Autonomia no contexto da CF/88 pode ser conceituada segundo Meirelles (2005, p. 108) como sendo "[..] prerrogativa política outorgada pela Constituição a entidades estatais internas (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), para compor o seu governo e prover a sua Administração segundo o ordenamento jurídico vigente (CF. art. 18)"

Nada mais é do que "a administração própria daquilo que lhe é próprio. Daí porque a Constituição assegura a autonomia do Município pela composição de seu governo e pela administração própria no que concerne ao seu interesse local (art. 30, I), assinala Hely Lopes Meirelles (2005, p.).

Autonomia, neste contexto, significa competência para gerir seus próprios negócios, valendo-se de seus próprios meios, vontades e/ou princípios e de se governar de acordo com seus interesses.

Observa-se, assim que autonomia, neste aspecto nada mais é do que possibilitar a gerência de sua própria vontade, ou governando de acordo com seus próprios interesses.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988, coloca os municípios em um patamar elevado no que se refere ás competências ambientais e apresenta a importância que esses assumem nessa área, com vistas à solução de problemas decorrentes da falta de conscientização da população na área ambiental.

Em uma breve leitura dos artigos 23 e 24 da CF/88, percebe-se que aos municípios são atribuídas competências de interesse local. Esclarece Luís Paulo Sirvinskas (2012, p. 192) que a CF/88, em

seu art. 30, parágrafos I, II, VIII e IX, atribuiu aos municípios a competência para:

> a) legislar sobre assuntos do interesse local; b) suplementar legislação federal e estadual no que couber; c) promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; d) promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal estadual (art. 30, I, II, VIII e IX).

A partir dessas competências percebe-se claramente que ao município foi atribuído um papel preponderante frente à federação, pois é nele que acontece o dia a dia da vida dos contribuintes, bem como são tratados assuntos de extrema importância, como parcelamento do solo, fiscalização de bares e restaurantes, meio ambiente, arruamentos, sinalização de trânsito, entre outros de interesse local.

O interesse local é assim descrito por Black (apud MEIRELES, 2012, p. 108): "tais interesses referem-se aos negócios internos das cidades e vilas, é o que se pode isolar, individualizar-se e diferenciar-se dos de outras localidades", ou seja, são os interesses que repercutem diretamente nos interesses dos municípios e dos cidadãos a eles pertencentes.

Neste contexto, Sirvinskas (2012, p. 192) esclarece que o interesse peculiar deve ser entendido como de importância local, cuja predominância se faz sentir pelas necessidades prementes dos munícipes. Assim, pode-se afirmar que não se trata apenas de matéria de interesse exclusivo dos Municípios, mas a idéia é de que o Município possa legislar sobre temas predominantemente de interesse local e perceba que há uma conexão entre estes e a dignidade da pessoa humana, pois é indiscutível, que a preservação e proteção do meio ambiente são essenciais à uma vida com qualidade.

1.1. Relação existente entre predominância de interesses e dignidade da pessoa humana

Para compreender a relação existente entre a predominância de interesses e a dignidade humana, passa-se a discorrer sobre o princípio da dignidade humana para demonstrar que há uma conexão entre eles, uma vez que a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972, marco histórico na área ambienta apresenta o Princípio nº 1, que assim estabelece:

> O homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e condições adequadas de vida, em um ambiente de uma qualidade que permita uma vida de dignidade e bem-estar, e ele sustenta a solene responsabilidade de proteger e melhorar o ambiente para as gerações presentes e futuras, (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1991, p.36)
> .

Pode parecer estranho à primeira vista falar na relação existente entre predominância de interesse e dignidade da pessoa humana. O ser humano, entretanto, é dotado de dignidade desde o momento de sua concepção e a predominância do interesse diz respeito às ações e políticas públicas que devem ser adotadas pelo Poder Público para proporcionar condições de sobrevivência digna a todos, principalmente no que diz respeito à sadia qualidade de vida e à preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Como enfatiza Carlos Santiago Nino (apud MIRANDA, 2015, p. 80), “o princípio da dignidade da pessoa humana prescreve que os homens devem ser tratados segundo a sua decisão, as suas intenções ou manifestações de consentimento.”

Já Ronald Dworkin (2011, p. 31) sustenta que “uma pessoa só pode alcançar a dignidade e o respeito próprio, indispensáveis para uma vida bem sucedida, se mostrar respeito pela humanidade em todas as suas formas.”

Neste aspecto, observa-se a relação existente entre a predominância do interesse, no caso, o interesse pelo meio ambiente sadio e adequado a todos, e a dignidade da pessoa humana, pois o homem é um ser social, ético e responsável por suas ações (MIRANDA, 2015).

Não se pode deixar de mencionar o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 70) que, ao tratar da dignidade da pessoa humana, assevera que: "em se levando em conta que a dignidade, acima de tudo, diz respeito à condição humana, cuida-se de assunto de perene relevância e atualidade, tão perene e atual for a própria existência humana." Denota-se, assim, a inter-relação que há entre o homem e o meio ambiente.

O referido autor, ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, ainda argumenta:

> Dignidade da pessoa humana é a 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2015, p. 70).

Destaca-se que a dignidade da pessoa humana é intrínseca ao efetivo exercício da cidadania e que é preciso incentivar práticas ecologicamente corretas no dia a dia, a fim de resgatar valores que estão perdidos e desprestigiados, repensando hábitos sustentáveis para uma melhor qualidade de vida e, também, mais dignidade para todos (SIRVINSKAS, 2012).

O meio ambiente é um direito fundamental que pertence a todos os cidadãos, e não há como individualizá-lo, pois é um direito transindividual, coletivo, difuso e integrante do patrimônio da humanidade. É um direito transindividual porque diz respeito ao

"interesse de um grupo, coletividade, aquilo que não se pode individualizar de quem é o interesse, pois o interesse é coletivo, ligado pelo mesmo fato, ou por objeto indivisível." (MAZZILLI, 2000, p. 41). Por essa razão, requer proteção e preservação não só para as atuais gerações, mas também para as futuras.

Ao reconhecer e consagrar o meio ambiente como um direito humano fundamental, apresenta-se a temática ambiental em âmbito local, ou seja, o Município de Ijuí/RS, e as informações como o diagnóstico e o prognóstico das condições ambientais do Município de Ijuí/RS, a fim de compreender o papel dos municípios na Política Nacional do Meio Ambiente, ou seja, "[...] os riscos e as oportunidades dos municípios assumirem protagonismos nas políticas públicas ambientais e a capacidade instalada para assumir as competências cabíveis." (BRASIL, 1981).

Com base na análise dos dados encontrados no site da Secretaria do Meio Ambiente da Cidade de Ijuí/RS (MUNICÍPIO DE IJUÍ, 2017), responder às seguintes questões: os municípios possuem capacidade para lidar com a gestão ambiental compartilhada? Essa capacidade vem evoluindo ao longo dos anos?

2. Diagnóstico e prognósticos das condições ambientais, segundo a Secretaria Municipal do Meio Ambiente do município de Ijuí – gestão2017/ 2020

Primeiramente, há necessidade de contextualizar o Município de Ijuí para, posteriormente, compreender o diagnóstico das suas condições ambientais. Nesse sentido, a Associação dos Municípios do Planalto Médio do Rio Grande do Sul (AMUPLAN, 2017), refere que:

> Ijuí, cidade das Culturas Diversificadas, localizada a 395 Km da Capital do Estado, localizada a uma latitude 28°23'16" sul e a uma longitude 53°54'53" oeste, estando a uma altitude de 328 metros do nível do mar. Sua população estimada é de 83.089 habitantes, conforme dados do IBGE de 2016. Hoje, é conhecida por Terra das

> Culturas Diversificadas, Cidade Universitária, Colmeia do Trabalho, Terra das Fontes de Água Mineral e Portal das Missões.

O Município de Ijuí/RS apresenta um potencial de desenvolvimento que exige um planejamento adequado na área ambiental, pois "o desenvolvimento socioambiental de uma região é uma das premissas para que a sociedade consiga viver em harmonia com a natureza sem agredi-la ou degradá-la de forma irreversível." (AMUPLAN, 2017).

A comunidade político-administrativa do Município de Ijuí visa o respeito às suas peculiaridades socioeconômicas, culturais e ambientais e conta com o Plano Municipal de Saneamento Básico (PLAMSAB), que prevê ações e projetos nas seguintes áreas:

> [...] abastecimento de água, esgotamento sanitário, resíduos sólidos, drenagem pluvial e desenvolvimento institucional. O alcance deste PLAMSAB é de vinte anos, apesar de algumas ações propostas tenham prazo de execução maior ou terão caráter permanente. Os períodos que classificam as prioridades foram definidos pelo Comitê de Coordenação do PLAMSAB. (MUNICÍPIO DE IJUÍ, 2011a).

Denota-se, assim, que a questão urbana no Município de Ijuí tem um tratamento voltado ao futuro, pois o alcance do PLAMSAB é de 20 anos, observando-se que algumas prioridades foram definidas a curto e médio prazo, conforme Figura 1, a seguir:

Figura 1. Prioridade e grau de dificuldade para o desenvolvimento de ações e projetos

PRIORIDADE		
E	Emergencial (até 2 anos)	
C	Curto Prazo (até 4 anos)	
M	Médio Prazo (até 8 anos)	
L	Longo Prazo (até 20 anos)	
	GRANDE DIFICULDADE DE EXECUÇÃO – ENVOLVE COOPERAÇÃO ESTADUAL, FEDERAL, PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO. A VIABILIDADE DA AÇÃO DO PROJETO DEPENDE DA COOPERAÇÃO DE TERCEIROS OU DA FORMULAÇÃO DE NOVOS REGRAMENTOS JURÍDICOS	
	MEDIANA DIFICULDADE DE EXECUÇÃO. ENVOLVE COOPERAÇÃO ENTRE O PODER EXECUTIVO MUNICIPAL E O PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL OU ENTRE ENTIDADES REPRESE AÇÃO FACTÍVEL DEVIDO AO GERENCIAMENTO INTERNO NO ÂMBITO DO EXECUTIVO MUNICIPAL NTATIVAS E O PODER EXECUTIVO.	
	AÇÃO FACTÍVEL DEVIDO AO GERENCIAMENTO INTERNO NO ÂMBITO DO EXECUTIVO MUNICIPAL	

Fonte: PLAMSAB (MUNICÍPIO DE IJUÍ, 2011a, p. 7).

Este diagnóstico, ao prever ações e projetos na área de saneamento básico, vem ao encontro da proposta da Lei Federal nº 11.445/2007 – Política Nacional de Saneamento Básico, que determina que os Municípios brasileiros necessitam adequar e definir o seu planejamento com relação à gestão dos serviços de abastecimento de água e esgoto, bem como dos resíduos sólidos.

Um levantamento socioambiental do Município de Ijuí, realizado pela Associação Ijuiense de Proteção ao Ambiente Natural (AIPAN), indicou, resumidamente, alguns problemas diagnosticados na área do saneamento básico (Figura 2).

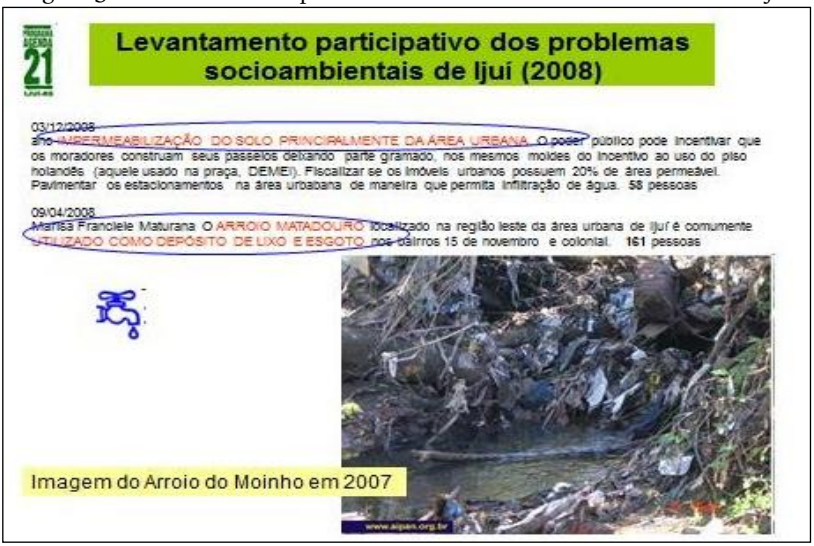
Figura 2. Levantamento de problemas no saneamento básico em Ijuí/RS

Fonte: AIPAN (2008).

A Aipan (2008) aponta, ainda, outros problemas, como a "impermeabilização do solo, principalmente da área urbana" e "o arroio matadouro... utilizado como depósito de lixo e esgoto." A problemática na área da drenagem urbana está relacionada ao fato de que as intervenções ocorrem de forma fragmentada e pontual,

visto que não há um Plano Diretor de Drenagem ou apenas diretrizes teóricas para o seu planejamento e construção. Também falta uma cultura para o uso de tecnologias de baixo impacto, como pavimentos permeáveis, trincheiras de infiltração ou retenção de água de chuva para mitigar alagamentos (Figura 3).

Figura 3. Levantamento de problemas na área do saneamento básico em Ijuí



Fonte: AIPAN (2008).

Ações e projetos previstos no PLAMSAB (MUNICÍPIO DE IJUÍ, 2011a) envolvem questões para as quais há muitos anos o Município de Ijuí procurava uma solução a médio e longo prazo. O levantamento socioambiental realizado pela Agenda 21/Aipan apresenta com muita clareza as necessidades mais urgentes da cidade.

O estudo socioambiental, parte integrante do saneamento básico do Município de Ijuí, aponta problemas de toda ordem, como sociais, ambientais, técnicos e financeiros, bem como de ordem judicial, que "[...] inviabilizar o desenvolvimento sustentável da cidade para seus futuros cidadãos, se agora não for feito nenhum planejamento e não for tomada nenhuma atitude pró-ativa,

preventiva e corretiva." (MUNICÍPIO DE IJUÍ, 2011a, p. 10). Nesse sentido, o Município de Ijuí desenvolve um projeto de ações a longo prazo, as quais prevêem melhorias na qualidade de vida de seus moradores.

Após a identificação dos problemas existentes no Município de Ijuí quanto ao saneamento básico, reciclagem de resíduos sólidos, qualidade da água, entre outros, passa-se a analisar o prognóstico estabelecido pelo PLAMSAB (MUNICÍPIO DE IJUÍ, 2011a), o qual possibilitará a elaboração de um plano de ação a médio e longo prazos para dar conta de situações que exigem tomada de decisões e liberação de recursos financeiros.

Então há a necessidade premente de se elaborar um prognóstico que nada mais é do que desenvolver um plano de ações que tragam os resultados de um processo iniciado com o diagnóstico de determinadas situações-problema. O prognóstico é todo o resultado que é tido como uma hipótese ou probabilidade, ou seja, algo que pode acontecer devido as circunstâncias observadas no presente.

A partir deste ponto da pesquisa passa-se à análise das ações que o Município de Ijuí tem previsto em seu PLAMSAB (MUNICÍPIO DE IJUÍ, 2011a) que, salvo melhor juízo, se forem implantadas e implementadas, trarão resultados positivos para as próximas gerações, pois são de longo alcance – até o ano 2020. A Figura 4, a seguir, apresenta as ações e projetos de ampliação do abastecimento de água de qualidade, com destaque para as suas prioridades e metas de execução.

Figura 4. Identificação das ações e metas – Abastecimento de água

Nº AÇÃO	Meta de execução	IDENTIFICAÇÃO
1-A	C	Monitorar a qualidade da água nos pontos de captação.
2-A	C	Implantar sistema de capacitação, monitoramento e controle da qualidade da água distribuída na área rural do município.
3-A	M	Outorgar poços artesianos do município.
4-A	C	Monitorar e controlar a qualidade da água dos poços artesianos do município.
5-A	M	Substituição de redes de água, setorização, instalação e melhoria nos equipamentos de macromedição.
6-A	C	Implantar programa de redução de perdas de água (hidrometração 100%, recuperação de água de processo, etc.).
7-A	C	Identificar áreas de criação e proliferação do mosquito da dengue.
8-A	L	Ampliar programa para a conservação das áreas de preservação permanente. e mecanismos de conservação da água em microbacias hidrográficas
9-A	E	Programa de recuperação de pavimentação das vias públicas danificadas devido às intervenções na tubulação de água.
10-A	C	Criar indicadores e procedimento de avaliação dos produtos e serviços de abastecimento de água.
11-A	C	Desenvolver estudos e projeto para o tratamento de lodos provenientes do tratamento de água para consumo humano
12-A	C	Estudo de concepção para a otimização do SAA.- novas captações, Plano Diretor de Água, detalhado estudo técnico sobre a viabilidade econômica.
13-A	E/C	Obrigação de realizar o projeto e as ligações de esgoto das propostas habitacionais de interesse social

SAA – Sistema de Abastecimento de água
E – Emergencial / C – Curto / M – Médio / L – Longo

Fonte: Município de Ijuí (2011a).

Ao examinar a Figura 4 constata-se que há grande preocupação com a qualidade da água potável, dos poços artesianos, bem como com a substituição de redes de água, setorização, melhoria dos equipamentos de captação e macromediação, o que certamente trará mais qualidade às condições de vida dos munícipes.

Outro ponto a ser registrado refere-se diretamente às ações que visam a ampliação e a prestação dos serviços de esgotamento sanitário com qualidade, uma vez que foi diagnosticada

> A inexistência de um sistema de coleta do esgoto doméstico do município cria uma realidade de contaminação de dutos de drenagem pluvial por este tipo de efluente. Inúmeras residências no município efetuam ligações clandestinas de efluente cloacal aos

> dutos de drenagem que são conduzidos até os arroios (MUNICÍPIO DE IJUÍ,2011a, p. 51).

Urge que medidas sejam tomadas nesse sentido, pois "[...] esta situação provoca problemas graves de contaminação dos recursos hídricos e também compromete a qualidade do sistema de drenagem." Assim, as propostas de ações para o Sistema de Esgotamento Sanitário (SEE) possuem diretrizes que são identificadas na Figura 5, a seguir.

Figura 5. Identificação das ações e metas – Esgotamento sanitário

Nº AÇÃO	Meta de execução	IDENTIFICAÇÃO
1-E	L	Implantar o sistema de esgotamento sanitário na totalidade da zona urbana do município.
2-E	E	Reavaliar as diretrizes do projeto de implantação do SES para a redução de custos.
3-E	E	Identificar loteamentos em projeto para planejar a infraestrutura de saneamento.
4-E	C	Incentivar e viabilizar a ligação dos domicílios a rede de coleta de esgotos por meio de programas de incentivo
5- E	C	Construir alternativas ao Plano de expansão do SES para locais não atendidos pela ETE ou pelo cronograma de expansão compatibilizando com a ação 11-E
6-E	C	Monitorar o local de lançamento do esgoto tratado.
7-E	E	Constituir uma organização municipal para fiscalizar a implantação do sistema de esgotamento sanitário.
8-E	C	Construir leito de secagem para recebimento de efluentes dos serviços limpafossa.
9-E	M	Identificar e remediar áreas onde ocorre o lançamento dos esgotos.
10- E	C	Implantar os interceptores principais nas zonas estratégicas (tubos centrais).
11-E	E	Avaliar e implantar estrutura de tarifa para os serviços de esgotamento sanitário que desonere os usuários e permita a sustentabilidade dos serviços de esgoto sanitário.
12-E	E/C	Reavaliar a concepção para a implantação do SES – Sistema separador absoluto com implantação progressiva desviando esgotos sanitários lançados através da rede pluvial para os coletores tronco, interceptores de esgoto sanitário.
13-E	E/C	Obrigação de realizar o projeto e as ligações de esgoto das propostas habitacionais de interesse social.

E – Estação de Tratamento de Esgoto
- Emergencial / C – Curto / M – Médio / L – Longo

Fonte: Município de Ijuí (2011a).

No que diz respeito ao tratamento adequado do sistema de esgotamento sanitário constata-se que ele ainda não existe em Ijuí e que precisa ser implantado. Observa-se que em zonas estratégicas da cidade, a Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN, 2017)[5] já está executando a implementação dos tubos centrais,

[5]A **Companhia Riograndense de Saneamento** (**Corsan**) é a sociedade de economia mista responsável

melhorando aos poucos o problema de esgotos sanitários (MUNICÍPIO DE IJUÍ, 2011a).

É fundamental, portanto, a ação na comunidade, com vistas à conscientização sanitária e ambiental da população, sendo que se torna fundamental integrar os projetos de educação e sensibilização ambiental junto às atividades realizadas nos níveis de ensino básico. Registra-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem como fundamento principal a dignidade da pessoa humana, mas interconectado com os demais direitos humanos.

Para a implantação de novas etapas do Sistema de Esgotamento Sanitário (SES) será necessário que a população tenha um pouco de paciência e não se coloque contra a municipalidade, pois esta é uma medida necessária e urgente, tendo em vista o crescimento populacional e as exigências do PLAMSAB.

É relevante, portanto, apresentar o que significa, na atualidade, o saneamento básico e ambiental e o que esses envolvem, pois assim, certamente, será possível entender o que se espera dos gestores públicos. Neste aspecto, encontra-se o gerenciamento de resíduos sólidos, conforme se verifica nas ações e metas estabelecidas pelo PLAMSAB de Ijuí (Figura 6).

---

pelo abastecimento de água tratada no estado do Rio Grande do Sul, abrangendo mais de sete milhões de gaúchos. Sua sede está localizada em Porto Alegre, na rua Caldas Júnior, n° 120, 18° andar. A Corsan tem mais de 5.200 funcionários e atua em 325 municípios do Estado do Rio Grande do Sul. A empresa foi criada pelo governador Ildo Meneghetti, por meio da Lei n° 5.167, assinada em 21 de dezembro de 1965, e passou a operar em 28 de março de 1966. O objetivo da nova empresa, que absorveu o serviço prestado pelo governo do Estado, por meio da Secretaria de Obras Públicas, era reverter a precária situação do abastecimento de água no Estado: em 1966, dos 232 municípios existentes, apenas 112 cidades possuíam algum tipo de atendimento, a maioria deles de forma parcial (CORSAN, 2017, grifos do autor).

Figura 6. Identificação das ações e metas – Resíduos sólidos

Nº AÇÃO	Meta de execução	IDENTIFICAÇÃO
1-R	E	Implantar o Programa Municipal de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos e Programa de Gestão Integrada dos Resíduos da Construção e Demolição – PGIRCD
2-R	C	Implantar e qualificar o sistema de coleta seletiva, transporte, tratamento e destinação final dos resíduos sólidos urbanos.
3-R	E	Apoiar, capacitar e organizar a constituição de associações de catadores.
4-R	C	Criar sistema de indicadores de Serviços de Resíduos Sólidos.
5-R	E	Desenvolver projetos para Central de Triagem dos resíduos da coleta seletiva visando a inclusão social de catadores recicladores.
6-R	M	Desenvolver projeto de incentivo às indústrias para o aproveitamento de matéria prima reciclada e propor banco de resíduos.
7-R	E	Criar, definir ou melhorar os postos de entrega voluntária de resíduos, óleo de fritura, pneus, lâmpadas fluorescentes, eletrônicos, etc...
8-R	C	Estudar e desenvolver projeto para nova sistemática de coleta e transporte de resíduos sólidos (Containeres)
9-R	C	Capacitar recursos humanos que atuam na coleta dos resíduos sólidos urbanos
10-R	E	Implantar projeto referente ao tratamento e disposição final dos resíduos sólidos urbanos para atender a demanda judicial.
11-R	C	Estudar e implantar remediação do aterro controlado
12-R	E	Integrar a gestão do sistema dos serviços de todos os resíduos sólidos (domiciliares, poda, varrição, limpeza urbana, construção civil, demolição, etc.).
13-R	E	Incentivar mecanismos de redução de geração de resíduos, especialmente os de baixo potencial de reciclagem
14-R	M	Desenvolver pesquisas visando avaliar o potencial e formas de geração de energia a partir da utilização de resíduos
15-R	C	Estudo de viabilidade da geração de energia elétrica a partir do tratamento de RSU

Fonte: Município de Ijuí (2011a).

No aspecto dos resíduos sólidos, o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PMGIRS), previsto pela Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 –, regulamentada pelo Decreto nº 7.404/2010, tem atuado de forma conjunta com o PLAMSAB:

> As ações de Resíduos Sólidos são de caráter emergencial, visando o delineamento de procedimentos e a regulação da gestão dos resíduos sólidos no município de Ijuí e apoiar o controle de vetores de doenças, como a dengue e a leptospirose. Esta ação demonstra a compatibilidade do PLAMSAB e sua integração ao Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PMGIRS),

> previsto na Lei nº 12.305, de 02/08/2010, que Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. (MUNICÍPIO DE IJUÍ, 2011a).

Existem, em Ijuí, RS, grupos estruturados em associações que realizam a triagem de resíduos sólidos. Nesse sentido, destaca-se a Associação de Catadores (Acata), que recebe assessoramento da Unijuí desde 2010, e apoio da Secretaria Municipal do Meio Ambiente (SMMA) para desenvolver atividades que lhes possibilitem trabalho e renda digna.

Consigna-se que não se tem a pretensão de analisar todos os aspectos do PLAMSAB, sejam diagnósticos ou prognósticos (metas), porque o trabalho seria demasiado longo e deixaria de cumprir com os objetivos do artigo.

Assinala-se que esta reflexão não se esgota com a releitura das competências dos Municípios em matéria ambiental à luz da CF/88, e nem com a análise do diagnóstico e do prognóstico do Plano Municipal de Saneamento Básico de Ijuí. A gestão do meio ambiente requer uma constante atuação conjunta da sociedade civil, da coletividade e do Poder Público, com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável.

Neste contexto, há a necessidade de rever os padrões de consumo e produção dominantes e exige a construção de um novo modelo de economia, produção e consumo, ou seja,precisa-se de mudanças nas atitudes e condutas do homem com os interesses locais e globais.

Considerações finais

A CF/88 avançou na autonomia e na participação dos municípios como entes integrantes da Federação brasileira. Acolheu em seu texto um dos mais modernos, inéditos e abrangentes conjuntos de normas de proteção ao meio ambiente. No tocante aos municípios, os avanços em sua autonomia materializaram a busca de um desejado processo de descentralização que propiciou a

integração das comunidades menores na organização político-administrativa do Brasil – país de dimensões continentais, mas ainda lento e não acompanhado de ações que permitem aos seus entes maior independência financeira e ou participação na distribuição das receitas públicas. A tão esperada descentralização, portanto, tem como um de seus pilares fundamentais o sistema de repartição de competências materiais e legislativas.

Quanto à questão da proteção ao meio ambiente, a elevação do trato em nível constitucional veio atender aos reclamos da população mundial em decorrência do alto grau de degradação ambiental porque passa o planeta, cuja situação foi agravada a partir dos anos 60 e 70 do século passado. Alçou-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. O meio ambiente revestiu-se de interesse público, sua proteção, defesa e preservação foram impostas ao Poder Público e à coletividade de forma solidária.

Assim, aos Municípios, coube o papel principal na tutela do ambiente sadio e, de sua ação adequada e responsável, deverá resultar, inclusive, efeito pedagógico ao atuar no sentido do fortalecimento da consciência ecológica do povo. Quanto ao desenvolvimento de políticas públicas de interesse local, os municípios devem atuar com vistas à preservação e proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, percebendo que há uma interconexão entre meio ambiente, dignidade humana e desenvolvimento sustentável.

Então, da análise das competências ambientais municipais constantes na Constituição Federal e após análise do diagnóstico e prognóstico do Plano Municipal de Saneamento Básico de Ijuí, constata-se que a gestão do meio ambiente requer uma constante atuação conjunta da sociedade civil, da coletividade e do Poder Público, com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável.

Portanto, a reflexão que ora se propõe e se deixa em aberto, provoca outros embates que exigem mudanças no modelo de desenvolvimento econômico dominante e há a necessidade da

construção de um novo modelo de produção e consumo que tenha como base o ser humano, a dignidade humana e perceba que é parte integrante do meio ambiente.

Referências

AIPAN. Associação Ijuiense de Proteção ao Ambiente Natural. **Levantamento participativo dos problemas socioambientais de Ijuí.** 2008. Disponível em: <http://www.aipan.org.br/ agenda21/levant.php> Acesso em: 24 mar. 2017.

AMUPLAN. **Associação dos Municípios do Planalto Médio do Rio Grande do Sul**. Disponível em: http://www.amuplam.com.br/prefeituras. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

_____. **Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Política Nacional de Saneamento Básico. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 24 mar. 2017.

CORSAN. Companhia Riograndense de Saneamento. **História.** Disponível em: <http://www.corsan.com.br/historia>. Acesso em 29 out. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6 . ed. Portugal: Coimbra, 2015.

_____. **Plano Municipal de Saneamento Básico do município de Ijuí – RS (PLAMSAB).** Projeto de Lei. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Instituto de Pesquisas Hidráulicas, 2011a, v. 9.

_____. **Lei nº 5.532, de 11 de novembro de 2011**. Dispõe sobre a Política Municipal de Saneamento Básico e o Plano Municipal de Saneamento Básico (PLAMSAB) do Município de Ijuí. 2011b. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a1/rs/i/ijui/lei-ordinaria/2011/553/5532/lei-ordinaria-n-5532-2011-dispoe-sobre-a-politica-municipal-de-saneamento-basico-e-o-plano-municipal-de-saneamento-basico-plamsab-do-municipio-de-ijui. Acesso em: 24 mar. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal sobre o Meio Ambiente Humano**.

Estocolmo, 5-16 jun. 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 1 nov. 2017.

_____. Secretaria Municipal de Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.ijui.rs.gov.br/ secretarias/meio_ambiente>. Acesso em: 24. mar. 2017.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

38

Somos o que podemos ter: o império do consumo

Álvaro da Costa Paranhos Teixeira [1]
Giuliano de Lima Gotardo[2]
Luciana Klein[3]

1 Introdução

O consumismo não é apenas um fenômeno social, mas também psicológico. A era industrial e a expansão dos mercados conduziram os empresários a terem avidez na propagação de seus produtos e marcas, devido à livre concorrência estabelecida pela competição de mercado. Através da globalização, os veículos midiáticos acrescentaram uma facilidade à disseminação das campanhas de publicidade e marketing, levando o conteúdo aos lugares mais longínquos do mundo. Esse fato, por si só, não é pesaroso, pois a expansão tecnológica trouxe benefícios que todos reconhecem, como a facilidade de ter informações e notícias

[1] Autor; Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ); Aluno do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); Advogado; alt.paranhos@gmail.com

[2] Coautor; Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ); Aluno do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); Oficial-Escrevente; giulianolg@tj.rs.gov.br

[3] Coautora; Bacharel em Direito pela de Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul). Aluna do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); Advogada. E-mail: lucianakleinadvogada@gmail.com

mundiais sem sequer sair de casa. Porém, concomitantemente a essa expansão, constata-se a disseminação de luxos e extravagâncias que distorcem os paradigmas das necessidades sociais, impondo a obrigação de se consumir cada vez mais, para ter uma vida dentro dos parâmetros estabelecidos.

Muitas pessoas diagnosticadas com ansiedade, depressão, angústia exagerada e crises existenciais, apresentam uma peculiaridade em comum. Esses complexos são desenvolvidos, também, graças a endividamentos e pela sensação de insuficiência frente ao consumo, esse que é percebido em todos os lugares e ambientes da vida moderna. O consumismo, que é considerado um fenômeno global, é justificado também como uma forma de compensar o estresse ou reparar a falta de algum afago sentimental. A tendência à busca inalcançável da felicidade eterna é um fato conector das necessidades humanas ao consumismo exacerbado. Muitas campanhas de marketing propagam os seus produtos como sendo a chave da satisfação imediata, pois por detrás do "mundo perfeito" através do produto adquirido, há uma necessidade latente de vender cada vez mais e, em um mundo onde a felicidade virou produto, a satisfação imediata tende a ser o remédio.

O prazer na contemporaneidade está vinculado, em diversos aspectos, aos bens materiais, os quais, muitas vezes, sequer são usufruídos na sua totalidade. O ato de comprar tornou-se uma compulsão, um fenômeno de afirmação, pois associa-se a felicidade ao poder de adquirir, seja pela campanha propagada pela mídia, seja pela embalagem que chama a atenção. O "ter" tornou-se a nova religião; somos guiados pelas necessidades de alimentar o sistema capitalista. Além do distanciamento que a proliferação da tecnologia trouxe às nossas vidas, tais desencadeiam situações que há alguns anos não eram imaginadas. Basta o acesso a alguma rede social da atualidade, através de qualquer mídia tecnológica, para termos a noção de que nada temos.

Em todo o tempo (e a intervalos cada vez menores) temos contato com novos produtos, novas gerações de softwares e de

hardwares são lançados, e isso não é pesaroso, pois é o progresso. O grande problema é a forma como isso é vendido e o valor atribuído à sua aquisição. As campanhas publicitárias trazem a percepção de que a atualização tecnológica acontece diariamente e que se as pessoas não consumirem essa tendência tornar-se-ão, assim como os seus aparelhos, obsoletos. A pesada tendência do consumismo moderno é a imperiosa percepção de tudo aquilo que não possuímos e não podemos comprar, e a constante sensação de insuficiência das nossas aquisições, que por mais que tenham sido conquistadas com muita dificuldade hoje, amanhã pouco ou nada valem. As novas tecnologias, as novas atualizações, acompanhando o mercado consumerista, acabam tonando se inacessíveis a muitos, pois seguindo o modelo capitalista que tem em sua essência o sistema da mais valia, onde muitos terão que trabalhar incondicionalmente para ter pouco, e poucos trabalharem apenas o suficiente para ter muito. Uma das problemáticas dessa questão é que todos nós temos necessidades, e o mundo do supérfluo e das luxuosidades, acessado até então apenas por quem possuía poder econômico privilegiado, fato que com a globalização, ampliou e difundiu o mercado, oportunizando a percepção daqueles que apenas giravam a engrenagem, conduzindo assim a grande massa a uma sensação de inquietude e insatisfação existencial.

O paradoxo nessa construção do consumismo ocorre nos fatos geradores de desespero, contribuindo para o endividamento por conta daqueles que não possuem condições financeiras para adquirir conforme a imposição midiática. Por outro lado, muitos não possuem a condição de adquirir sequer o mínimo existencial, criando-se, assim, a dicotomia entre consumo/consumismo e as circunstâncias em que são percebidas no contexto social. Além desse fenômeno preocupante, temos que considerar que quando a ilusão da felicidade é ofertada através do consumo, temos um bem difuso que é afetado - tornando essa matéria um interesse público e comum - o meio ambiente sofre os impactos por ambos os lados, pois a extração de matérias primas para dar conta do consumismo

exacerbado geralmente não vem acompanhada de políticas de reparação ambiental. De outra banda, é o mesmo meio ambiente que sofre com a destinação residual do descarte elevado, graças também ao império do consumo.

2 Desenvolvimento

2.1 Consumo e Consumismo

O consumo é algo inerente à sobrevivência; desde o direcionamento para uma vida urbana e em sociedade, rompeu-se com o âmbito rural que oportunizava a manutenção e o plantio, que por vezes, no mínimo, saciava as nossas necessidades alimentares. Nesse contexto de urbanização, dentre todas as necessidades humanas, saciamos nossas vontades através do consumo, dos quesitos básicos até os prazeres sociais. Trata-se de ocorrências diárias, tanto no que tange às necessidades de sobrevivência quanto à organização de uma confraternização familiar ou entre amigos. O que define o contrassenso é a medida: "consumir é preciso para viver, mas viver para consumir pode ser uma das maneiras mais eficazes de transformar a vida em uma morte existencial" (SILVA, 2014, pg. 24).

Sendo assim, percebemos que o consumo é algo inerente à vida humana e dificilmente podemos optar por hábitos cotidianos sem a necessidade do consumo. Assim leciona Bauman:

> Se reduzida à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos. Visto dessa maneira, o fenômeno do consumo tem raízes tão antigas quanto os seres vivos – e com certeza é parte permanente e integral de todas as formas de vida conhecidas [...] . (BAUMAN, 2008, pg.37).

Conforme o entendimento de Silva (2014) existe dois tipos básicos de consumo: o vinculado às questões básicas existenciais e o ligado às nossas criações imaginárias. O primeiro tipo de consumo é exercido através da saciedade das nossas necessidades humanas mínimas, como alimentar-se, abrigar-se, proteger-se dos predadores e infortúnios naturais, sendo que a base dessa necessidade nos acompanha desde os primórdios. O consumo primário é facilmente saciado quando vamos ao supermercado e, sem muito esforço físico, conseguimos colocar no carrinho os suprimentos necessários para saciar as nossas necessidades biológicas, tais como alimentação, higiene e vestuário. O desprendimento físico e mental não se equipara à grande dificuldade que nossos ancestrais tinham em caçar e construir para poder saciar suas necessidades, as quais hoje, satisfazemos sem desprender mais que 10% do nosso tempo (SILVA, 2014). O consumo das nossas criações imaginárias – consumos secundários – não tendem a suprir nossas necessidades essenciais, muito pelo contrário. Essa concepção imaginária nos leva a percorrer um caminho de sedução, percurso esse, tortuoso e manipulado pelo consumismo imposto, criando desejos insaciáveis:

> Nesse contexto de sobrevivência satisfeita, a busca cerebral se volta para a satisfação de desejos socialmente valorizados dentro de um sistema econômico que visa o ter individual, e não o ser humano como um ser coletivo e comprometido com a espécie como um todo. Nesse contexto, somos impelidos a comprar; caso contrário, nos sentimos como se estivéssemos fora do contexto de beleza, poder e prazer. Somos tomados por uma sensação desagradável de exclusão, de não pertencimento. Ironicamente, quando não compramos coisas que são validadas pelo marketing como necessárias à felicidade, nos sentimos excluídos e até mesmo fracassados e deprimidos. Em casos extremos, o que um indivíduo consome passa a ser sentido como uma demonstração da sua identidade e da sua capacidade frente a seu grupo social. Algo ao estilo: “Sou o que consumo, e o que consumo estampa aos outros o que sou”. Fica claro que vivemos em um mundo que gira em função do consumo secundário, e é essa forma de consumir que

> abre as portas do consumismo e da sua vertente patológica: o transtorno do comprar compulsivo. (SILVA, 2014, pg.25)

A transição do consumo para o consumismo é uma questão de desenfreamento e distorção das necessidades básicas, pois o insaciável é vendido como condição para estar socialmente inserido, e alimentar a economia de uma sociedade vaidosa e descompromissada, pois há uma autonomia entre a produção e o consumo, uns detém a força da produção, outros as necessidades básicas e também as necessidades criadas, essas por vezes insaciáveis.

> Por toda a história humana, as atividades de consumo ou correlatas (produção, armazenamento, distribuição e remoção de objetos de consumo) têm oferecido um suprimento constante de "matéria prima" a partir da qual a variedade de formas de vida e padrões de relações inter – humanas pôde ser moldada, e de fato o foi, com a ajuda da inventividade cultural conduzida pela imaginação. De maneira mais crucial, como um espaço expansível que se abre entre o ato da produção e do consumo, cada um dos quais adquiriu autonomia em relação ao outro – de modo que puderam ser regulados, padronizados e operados por conjuntos de instituições mutuamente independentes. Seguindo se à "revolução paleolítica" que pôs fim ao modo de existência precário dos povos coletores e inaugurou a era dos excedentes e da estocagem, a história poderia ser escrita com base nas maneiras como esse espaço foi colonizado e administrado. Um ponto de ruptura de enormes consequências, que poderíamos argumentar, merecia o nome de "revolução consumista", ocorreu milênios mais tarde com a passagem do consumo ao consumismo, e quando aquele, como afirma Colin Campbell, tornou se "especialmente importante, se não central" para a vida da maioria das pessoa, o "verdadeiro propósito da existência". E quando "nossa capacidade de 'querer', 'desejar', 'ansiar por' e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia" do convívio humano. (BAUMAN, 2008, pg.38)

Essencialmente, há uma diferença substancial entre o consumo e o consumismo. O primeiro está inerentemente vinculado

à sobrevivência biológica, contemplando as necessidades humanas. O consumismo, por sua vez, conforme nos ensina Bauman (2008), é um afloramento das necessidades sociais e vitais, resultante da expansão da exploração econômica, através da potencialização das vontades, dos desejos e anseios humanos rotineiros, tornando a busca por desejos insaciáveis a força propulsora do mercado.

2.2 A construção do "ter"

Somos medidos por aquilo que podemos adquirir. A (des) construção da figura humana perante o consumismo é percebida junto à disseminação da ideologia capitalista do consumo, e sendo assim "Consumir é a forma mais rápida e eficaz de ter e, numa sociedade com abundância produtiva, esses dois verbos (ser e ter) viram sinônimos absolutos" (SILVA, 2014, pg. 9).

Há concepções ideológicas e literárias distintas entre ser e ter. Ser está ligado a uma ideologia de vida, o ser é uma forma identitária, sensação de pertencimento com base na construção do ser humano. O ter esta ligado a uma ideia de posse, de materialidade.

> SER: possuir identidade, particularidade ou capacidade intrínseca; TER: possuir, ter fortuna,ter méritos. SER e TER são verbos; sendo assim, denotam uma ação, ou seja, um movimento em alguma direção. O ser nos leva à posse não de objetos, pessoas ou coisas, mas de nós mesmos. Reafirma a nossa identidade e molda o caráter com o qual nos relacionamos com o outro no âmbito social e afetivo. O ter, por sua vez, nos conduz à posse material de coisas que acabam por despertar e fomentar o egoísmo e a falta de altruísmo nas relações interpessoais.
> Enquanto a sociedade alicerçada no ser prioriza as pessoas, a embasada no ter tem como prioridade coisas que podem ser compradas por valores determinados pelo mercado. Infelizmente, a sociedade em que vivemos tem como senso comum vigente o modo ter de estabelecer suas regras e seus valores. Por essa razão, podemos denominá-la de sociedade consumista ou sociedade de produtos. (SILVA, 2014, pg 12).

Com essa constatação, podemos perceber que a construção do ter se dá pela necessidade da busca contínua de tudo que seja capaz de gerar prazer de forma intensa e imediata (CAMPBELL, 2006). A construção diária do ter é um fenômeno que colabora para o individualismo e está cognitivamente em nosso comportamento diário, sendo que, na maioria das vezes, involuntariamente, seguimos a ditadura do *ter,* sem nos darmos conta disso. Habitualmente atribuímos um preço a tudo, como se todas as relações fossem baseadas no consumo, e todos os nossos desejos possam ser materializados e um produto consumível. Nesse contexto é que o ter afasta-se do ser. Existem coisas que jamais poderão ser adquiridas, pois dependem da subjetividade e da personalidade de cada um – inteligência, sabedoria, autoestima, talento pessoal, respeito e amor, realmente não têm preço (SILVA, 2014).

> Parafraseando um velho conhecido: "Nunca antes, na história da humanidade, os seres humanos tiveram tanto acesso a bens materiais". Nunca também tivemos tantas pessoas insatisfeitas, ansiosas e compulsivas por comida, drogas, compras, jogos, sexo etc. Onde falhamos? Será que oferecer conforto, farta alimentação e prazer às pessoas é ruim?
> Sinceramente, não vejo por esse aspecto; acho que todos merecem e necessitam de certa base material para viver com dignidade. No entanto, a partir do século XVIII, estabelecemos um sistema econômico que passou a priorizar a produção e o lucro em detrimento da ética e dos valores humanos. *Ter* passou a ser uma necessidade coletiva, que visava alimentar de forma voluptuosa o crescimento do próprio sistema. (SILVA, 2014, pg 13)

Mas consumir guarda em si um efeito colateral inevitável: se, em um primeiro momento, o ato de consumir gera um estado de alegria ou de euforia momentânea, libertando parte de nossa ansiedade, com o tempo nós nos "viciamos" nessa sensação abstrata de prazer e passamos a comprar mais e mais, na tentativa ilusória

de criar um estado permanente de satisfação (SILVA, 2014). Nesse sentido, quando seguimos a imposição do consumismo e colaboramos com a distorção das necessidades, compramos mais e mais, e rapidamente perdemos o caráter ansiolítico e prazeroso do ato de consumir. Forma-se, então, o ciclo vicioso compulsivo que aprisiona milhares de pessoas no mundo inteiro e que, de maneira oposta, faz girar a economia com força e, cada vez mais, gerar bens de consumo e o tão almejado lucro. Nosso sistema econômico prioriza até as últimas consequências a produção excessiva e o consumo irresponsável que transforma cada um de nós em esbanjadores inconsequentes, a ponto de considerarmos o desperdício algo normal. (LIPOVETSKY, 2007).

Nesse cenário de excessos, acabamos misturando o *ser* com o *ter* e confundindo nossas próprias relações com relações de consumo. Nossa identidade social é avaliada dentro do mercado pela quantidade e pelo valor dos produtos que consumimos. E quando isso ocorre, deixamos de ser agentes ativos do consumo para nos transformar em "mercadorias" a serem consumidas por outras pessoas (SCHIFFMAN, 2000). A felicidade que é atribuída ao consumo cria falsos estereótipos em que o ser depende obrigatoriamente do ter, conforme ensina Silva:

> Como mercadorias, todos querem ser desejados, e, para isso, concentram-se num esforço sem fim para se manter atraentes e vendáveis. Se você acha que estou exagerando, sugiro que vá a um ambiente escolar e pergunte a uma criança o que ela quer ser quando crescer. Observe que as meninas e os meninos tenderão a responder diversos ofícios, mas todos terão em comum o desejo ardente por fama, status e visibilidade. Todos querem ser celebridades, mesmo que "instantâneas". Na sociedade consumista, o modo ser de existir é desestimulado de todas as maneiras, pois *ser* não demanda consumo nem a obtenção de lucro. Uma pessoa satisfeita com sua aparência, com seu ofício, com seus afetos e seus valores éticos não necessita consumir (de forma abusiva e/ou compulsiva) cosméticos, cirurgias plásticas, namorados e/ou namoradas "da hora" ou títulos de bons cidadãos

> em instituições de visibilidade social. Numa sociedade como a nossa, aprendemos, desde muito cedo, a paixão pelo *ter*; a competitividade que faz do colega um inimigo em potencial; o egoísmo que leva ao querer *ter* de forma exclusivista; a não partilhar; a não se importar... Enfim, a ser quase nada, mas com uma "embalagem" de ser humano amável, equilibrado, sorridente e muito produtivo. Viver essa dualidade constante entre o *ser* e o *ter*, mesmo que de forma inconsciente, contraria o próprio código genético da espécie humana, pois, como seres sociais, somos totalmente dependentes das nossas relações interpessoais para nos desenvolvermos como indivíduos e como espécie. (SILVA, 2014, pg. 13).

Deixamos as características identitárias e a essência da autenticidade para seguirmos um ideal social voltado ao consumo, muitas vezes em busca de aceitação. Seguimos uma ditadura de estereótipos, deixando o ser e a construção crítica de racionalidade de lado para enriquecermos o nosso "ter" existencial. Nos tornamos "[...] soldados passivos programados para alimentar com a própria alma o apetite voraz e insaciável do DEUS-LUCRO. Na sociedade consumista, somos todos livres para consumir tudo, a todos e a nós mesmos" (SILVA, 2014, pg 14).

2.3 Consumo e o Meio ambiente

O consumo apresenta-se como um objeto de estudo relativamente novo nas ciências sociais, mas de importância crescente pela significação que carrega nos tempos atuais, onde exerce um papel central na vida das pessoas, influenciando suas maneiras de pensar, agir e sentir. É característica da sociedade atual a criação de "necessidades" pela forte atuação de interesses particulares no estímulo dos indivíduos às práticas de consumo. As pessoas acabam por dispender recursos financeiros, muitas vezes onerosos, para comprar as "vantagens" apregoadas pela mídia. Os atos de consumir e descartar ocorrem rápida e sucessivamente, pois sempre há algo mais novo, cuja posse, espera-se, finalmente trará a

derradeira felicidade e bem-estar prometidos pela propaganda (KREMER, 2007).

Nessa toada, incorre-se também em atos de imprudência dos indivíduos, enquanto consumidores, no que tange ao meio-ambiente, uma vez que, produzindo a indústria em quantidade sempre crescente, a fim de atender à demanda por ela própria criada, conjuntamente aos meios de comunicação/divulgação, com uma imposição ao consumismo, veem-se os sujeitos sociais abarrotados em sua particularidade de bens que, ou já não os utilizam ou, dentro em pouco, não mais os utilizarão, o que gera uma necessidade de descarte desses bens, sendo que, por outro lado, não há o mesmo empenho da indústria ou mesmo por parte do governo para o fim de possibilitar às pessoas que procedam ao correto descarte de tais bens. (LIPOVETSKY, 2007).

Assim, pois, acabam todos os envolvidos na cadeia de consumo (produtores, consumidores e o próprio governo) incorrendo em prática contrária à previsão constitucional contida no art. 225, *in verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Qual meio ambiente ecologicamente equilibrado e, essencial a uma correta qualidade de vida se estaria deixando às gerações futuras com o fato de desfazer-se de bens de consumo (que tem tido um período de vida cada vez mais curto) sem maiores preocupações, ou seja, sem considerar que tal ou qual bem pode atingir diretamente o lençol freático, por exemplo, causando danos à saúde humana. (BAUDRILLARD, 1995)

Não obstante a previsão constitucional do art. 225, § 3º, concernente à previsão no sentido de que condutas e atividades que sejam consideradas "lesivas ao meio ambiente sujeitarão os

infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados", não se têm verificado, na realidade empírica, ações efetivas nesse sentido por parte do ente governamental, não obstante, ainda, alguns dispositivos legais criados e que tangenciam a questão, o que se reflete na latente liberdade sentida por indústrias e consumidores para agirem em contrariedade à norma constitucional, sendo, assim, evidente a necessidade não apenas de maior fiscalização por parte dos órgãos competentes, como também de investimentos em ações educativas, preventivas, pedagógicas.

3 Considerações finais

A ideia do presente trabalho não é desestimular o consumo necessário, mas apenas criar uma reflexão crítica acerca do consumismo exacerbado. Devemos nos construir como seres críticos, a fim de que possamos consumir conforme as nossas necessidades e, sempre comprometidos com a sustentabilidade e o dever ético do consumo. Os bens de consumos são necessários para a vida, porém diante de uma sociedade empresarial que estimula o consumo como força motriz do sistema capitalista, devemos consumir de forma consciente, e esses parâmetros serão construídos apenas com o fortalecimento do ser antes do ter. A rotatividade dos bens de consumo desencadeiam o ciclo vicioso dos investimentos desnecessários, e as pessoas, frente à imposição imperiosa do consumismo, adquirem coisas sem ter sequer usufruído os bens que possuem. Além de todas as situações mencionadas, temos que considerar que a expansão do mercado econômico gerou um fenômeno social de inconsequência para com o meio ambiente, pois a imposição do consumo, em propagandas, comerciais e pelas difusões midiáticas, levam a uma maior rotatividade de produtos, a instantaneidade faz com que um aparelho tecnológico tenha uma fruição reduzida, pois as gerações tecnológicas sobrepõem-se quase que anualmente, o que acarreta

danos irreparáveis, tanto para a saúde do meio ambiente quanto para a saúde mental e financeira do consumidor.

O consumismo estimula indiretamente a depleção ambiental ao aumentar desnecessariamente a extração na natureza dos insumos utilizados nos processos de produção. E diretamente, ao devolver ao meio ambiente volumes de resíduos em quantidades superiores às que ocorreriam numa situação de consumo consciente. A consequente redução da capacidade ambiental para a prestação dos serviços ecossistêmicos vai paulatinamente reduzindo o bem-estar social, pelas doenças, extremos climáticos, perdas na produção de alimentos, disponibilização de água, etc.

Dentre todos os desnivelamentos sociais, ainda lutamos contra a falta de suprimentos básicos para uma grande massa social que não consegue consumir tudo que precisa para sobreviver, estabelecendo-se assim um distanciamento entre duas realidades. Nesse contexto, para desenvolvermos a introspecção crítica do consumo, temos a necessidade de refletir a cada novo estímulo consumerista: precisamos de tudo que consumimos?

Referências

BAUDRILLARD, J. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995.

BAUMAN, Z. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. , 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 16 abr.2018.

CAMPBELL, C. Eu compro, logo sei que existo: as bases metafísicas do consumo moderno. In BARBOSA, Lívia; CAMPBELL, C. (Org.). **Cultura, consumo e identidade**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

KREMER, J. **Caminhando rumo ao consumo sustentável**: uma investigação sobre a teoria declarada e as práticas das empresas no Brasil e no Reino Unido. PPG em Ciências Sociais. PUCSP, São Paulo, 2007.

LIPOVETSKY, G. **A felicidade paradoxal**: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SCHIFFMAN, L. G. ; KANUK, L. L. **Comportamento do consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora LTC, 2000.

Silva, Ana Beatriz B. **Mentes consumistas** : do consumismo à compulsão por compras / Ana Beatriz Barbosa Silva. – 1. ed. – São Paulo : Globo, 2014.

39

Orientação jurídica acerca do termo de ajustamento de conduta nas infrações ambientais

Bruna Luisa Basso[1]
Pablo Henrique Caovilla Kuhnen[2]
Patricia Luzia Stieven[3]

1 Introdução

Tendo em vista o conceito de meio ambiente trazido pela Lei 6.938/81 que define meio ambiente como 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, destacando também o art. 225, *caput,* da Constituição Federal de 1988, que traz em seu texto que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, sendo notórios os graves problemas ambientais que afetam o mundo na atualidade, torna-se necessário que haja uma proteção especial ao meio ambiente.

Tendo isso em vista, surge o Termo de Ajustamento de Conduta, conhecido também como Compromisso de Ajustamento

---

[1] Estagiária voluntária do Projeto de Ação Social de Orientação jurídica acerca do Termo de Ajustamento de Conduta nas infrações ambientais. Acadêmica do V semestre do curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus de Frederico Westphalen/RS.

[2] Orientador. Professor do Curso de Direito da URI/FW, Mestre em Direitos Fundamentais – UNOESC.

[3] Co-Orientadora. Professora do Curso de Direito da URI/FW, Mestra em Direitos Fundamentais – UNOESC, Especialista em Função Social do Direito - UNISUL/LFG.

de Conduta. Este acordo, que também pode ser citado pela abreviação "TAC", é uma forma de resolução de conflitos, de âmbito extrajudicial, usada principalmente pelo Ministério Público. O infrator, ao aceitar o termo, passa a ter o compromisso de ajustar sua conduta à forma legal, sob pena de sanção.

Verificando a importância do assunto, a presente pesquisa abordará um breve histórico sobre o TAC, fazendo uma análise dos fatores que levaram a sua implantação e quais objetos ou circunstâncias que podem ser alvo do Compromisso de Ajustamento de Conduta. Vale salientar, também, qual a importância da orientação jurídica aos infratores ambientais, visto que, ainda, um grande número de pessoas toma por desconhecidos os seus direitos de defesa.

2 O que é e como surgiu o termo de ajustamento de conduta

A evolução das tecnologias bem como a evolução humana vem sendo constantemente aprimoradas e, notoriamente, trazem inúmeros benefícios para a sociedade em geral. Entretanto, são facilmente vistos os efeitos negativos e o desequilíbrio ambiental que acompanham essas mudanças. Assim, segundo Edis Milaré: "[...] a paisagem natural está cada vez mais ameaçada pelas usinas nucleares, pelo lixo químico, pelos dejetos orgânicos, pelas chuvas ácidas, pelas queimadas, e pelo indiscriminado uso de recursos naturais não renováveis". (1993, p. 258)

Assim, não foi sem motivo que o Direito Ambiental passou a ganhar mais importância no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, GOMES expõe que:

> A tendência de constitucionalização da temática ambiental surgiu, paulatinamente, com o sentimento da necessidade de proteção mais eficaz dos recursos naturais, cada vez mais expostos ao exaurimento, em função do desenvolvimento econômico e da degradação ambiental exponencial. A utilização de quantidades cada vez maiores de recursos naturais – sem a contrapartida da

> renovação – e o consequente acréscimo de impactos negativos aos ecossistemas fizeram o homem sentir as consequências de suas ações sobre o ambiente. [...]. Ultrapassar os limites além da capacidade de reposição do ambiente é questão crucial, que deve ser enfrentada pelos povos. O fato é que a sobrevivência da espécie humana estará seriamente ameaçada, se não houver a adequada preservação do ambiente. É, na verdade, questão de vida ou morte. O aquecimento do Planeta, as alterações climáticas, a poluição da água, dos solos e do ar, a extinção das espécies animais e vegetais e outros riscos globais fizeram ingressar, na pauta das Constituições modernas, a preocupação com a preservação da qualidade de vida humana, sob risco crescente. (2011, p. 76).

Dessa forma, fez-se necessário que a proteção ao meio ambiente ganhasse mais atenção em virtude dos graves efeitos que determinadas condutas ambientais podem causar, motivadas pelo desconhecimento e falta de cuidado das pessoas em relação a um meio ambiente sadio.

> Neste contexto, os temas ambientais interessam tanto à sociedade, como à ciência. No âmbito jurídico, o papel do Direito Ambiental tem sido marcado, de forma expressiva, pela tentativa de conciliar a relação homem e natureza, pela via da preservação da natureza, do desenvolvimento socioeconômico e da proteção da dignidade da vida humana. Desta maneira, cada vez mais nos deparamos com situações que exigem uma resposta imediata do Direito, seja regulamentando novos temas que possuem consequências no mundo prático, seja criando instrumentos efetivos de proteção e prevenção de danos ecológicos. (SOUZA; PADILHA; BORGES. 2016).

Desse modo, voltamos ao art. 225, *caput*, da Constituição Federal que, trazendo o princípio do desenvolvimento sustentável, dispõe que:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o

> dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nessa linha, Paulo Affonso Leme Machado retoma o que diz no art. 225 da Constituição Federal citado acima, enfatizando que todos, sem distinção, têm direito a um meio ambiente devidamente equilibrado.

> O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência. [...] é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo transindividual. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada. (1982, p. 108).

Assim, para atestar o direito de um meio ambiente estabilizado, garantindo também a qualidade de vida das pessoas, o Termo de Ajustamento de Conduta, de modo extrajudicial, utilizado por órgãos públicos especialmente o Ministério Público – Lei 7.347/85, art. 5º § 6º – busca a solução de conflitos no âmbito dos interesses difusos, interesses individuais homogêneos e interesses coletivos. O TAC, então, é um termo que deve ser assinado pelas partes onde se comprometem a indenizar ou a reparar o dano causado pela conduta ambiental infracional. Desse modo, segundo Pedro Curvello Saavedra Avzaradel:

> Por ser o meio ambiente um valor indisponível, bem de uso comum do povo, de natureza difusa e essencial à saudável qualidade de vida, apenas poderá o TAC possibilitar a adequação do poluidor à legislação da maneira mais eficiente e vantajosa para a sociedade (2011, p. 233).

Para muitos, ainda não são claros os objetivos e benefícios do Termo de Ajustamento de Conduta a título extrajudicial, uma vez que, muitas vezes, na nossa região do Médio Alto Uruguai, os

infratores sequer tem conhecimento de estarem praticando uma infração ambiental ao colocar fogo "numa capoeira", cortar determinada espécie de árvore. Dessa forma, em relação ao conceito e aos benefícios do Termo de Ajustamento de Conduta, Maria Cecília Gonçalves Fontes busca expressar suas vantagens, afirmando que:

> O termo ou ajustamento de conduta é um modo pelo qual é dada ao autor do dano a oportunidade de cumprir as obrigações estabelecidas, comprometendo-se o ente legitimado, de sua parte, a não propor a ação civil pública ou a pôr-lhe fim, caso esta já esteja em andamento. Com isso, busca-se evitar processos extremamente custosos, desgastantes e morosos para ambas as partes, fazendo com que o autor do dano pratique ou se abstenha de praticar o ato inquinado de lesivo, sempre com vistas a atender o bem maior objeto do acordo. Assim, desde que cumprido o ajuste, terá o compromisso alcançado seu objetivo, sem a necessidade de movimentar toda a máquina judiciária. É, portanto, um meio rápido e eficaz para a solução de problemas. E, na hipótese de não ser cumprido o TAC, poderá o mesmo ser executado desde logo, eis que constitui título executivo extrajudicial, revelando-se desnecessária qualquer outra discussão em torno dos comportamentos que o instituíram (p. 49).

Assim, é visto que o TAC pode trazer vários benefícios em relação à ação judicial. Podemos destacar, dessa forma, o desafogamento judiciário, a economia de recursos públicos, a redução dos custos e o ganho considerável de tempo visto que no âmbito extrajudicial não há um procedimento fixo a ser seguido, pois as partes decidem de acordo com as necessidades do caso em questão.

> Apesar do Termo de Ajustamento de Conduta ser um mecanismo extrajudicial na solução de conflitos, principalmente o ambiental, este procedimento, se comparado a ações judiciais, ainda é pouco utilizado no Brasil que tem, fruto de anos de tradição, um apego ao Poder Judiciário para solução de controvérsias, mesmo ciente que este é lento, seja pelo acúmulo de várias demandas, seja pelo prazo privilegiado da Fazenda Pública, seja pela solenidade processual, e

> muitas vezes ineficaz pela própria morosidade das decisões e seu cumprimento. (SILVA, 2016).

Dessa forma, na prática, percebemos que o Termo de Ajustamento de Conduta poderia ser utilizado com mais frequência, tendo as partes maiores ganhos em virtude da agilidade e da economia processual e dos demais benefícios do TAC. Como cita Ari Alves de Oliveira Filho, "[...] os legitimados e os causadores dos danos podem resolver os problemas assinando este instrumento que terá força de título executivo, facilitando ao Estado a sua execução sem precisar passar pela ação de conhecimento". Oliveira Filho continua dizendo que "a utilização desse instrumento proporciona agilidade nas soluções de conflito de modo a se evitar um longo processo judicial e, assim, desgaste social".

Desse modo, percebe-se que faltam informações a respeito do acordo, o que faz com as pessoas acabem por buscar soluções processuais mais morosas, desconhecendo as vantagens que teriam com o TAC.

3 Objeto de ação do termo de ajustamento de conduta

Para ser alvo de Termo de Ajustamento de Conduta, a conduta que fere os interesses individuais, coletivos e individuais homogêneos deve ser ajustada ao modo legal, observando-se os prejuízos e os danos causados. Segundo a doutrinadora Nery (2012, p. 131):

> [...] no ajustamento de conduta, é inegável a existência de vontade do interessado em ajustar sua conduta às exigências legais, bem como do órgão público tomador do ajustamento de buscar restabelecer ou evitar dano a direito transindividual por meio do compromisso, características essas que impossibilitam sua classificação como mero fato jurídico.

De acordo com os danos, será, então, estipulada uma obrigação de fazer ou de não fazer e as exigências para o seu

cumprimento. Segundo Mazzilli, "o objeto do compromisso de ajustamento de conduta (também conhecido como termo de ajustamento de conduta) é, precipuamente, uma obrigação de fazer ou não fazer (adequação de conduta às exigências da lei)". As obrigações de fazer consistem em um ato que o devedor deve fazer para reparar o dano da conduta. As obrigações de não fazer consistem em o devedor abster-se de algo, deixar de praticar algo. No caso do Termo de Ajustamento de Conduta, servem para por um fim a atividade causadora do dano ambiental. Segundo Marcelo Abelha:

> O Compromisso de Ajustamento de Conduta tem por objetivo adequar a conduta as exigências legais, não realizando nada mais e nada menos do que deveria ser feito, de modo que o seu resultado quando possível esteja em conformidade com as exigências legais. Diz-se "quando possível" pelo fato de que, por exemplo, em alguns danos ambientais, certamente por se tratar de bens não renováveis como a exploração mineral, o retorno ao status quo ante e impraticável, já que se trata de dano irreversível.

Quando a reversão do dano causado não seja possível, é posta ao devedor uma indenização em dinheiro. Porém, vale ressaltar que o objetivo maior do TAC é a reversão e a reparação do dano além de evitar que atividades danosas sejam praticadas.

Após o TAC ser acordado entre as partes com todas as estipulações necessárias, com cláusulas escritas de forma clara e objetiva, o descumprimento do termo provoca o ajuizamento de ação executória de modo a impor a parte a realizar as obrigações que foram firmadas, assim como a estipulação de multas no caso de inadimplemento. Nesses casos, podem ser estipuladas multas compensatórias, quando o devedor deixou de cumprir totalmente sua obrigação, ou multas moratórias, quando o devedor se atrasou nos prazos para o cumprimento da obrigação. Em cada obrigação que for estipulada no acordo, deve haver uma multa prevista para o caso do inadimplemento de determinada cláusula.

> Dentre os órgãos públicos legitimados para firmar o TAC, previstos na Lei n. 7.347/85, o Ministério Público é o mais atuante, porém, muitas vezes este esbarra na falta de fiscalização do cumprimento dos mesmos por parte do poder público local, que, deste modo, faz com que estes não produzam a efetividade deles esperada. Assim, enquanto o poder público carecer de iniciativas rigorosas que viabilizem e fiscalizem a preservação e proteção ambiental, mecanismos alternativos de pacificação de conflitos, como os TACs, serão instrumentos inefetivos em prol da proteção e preservação do meio ambiente. (SILVA, 2016).

Para Tatiana Fernandes Dias da Silva, o Termo de Ajustamento de Conduta conta com a ineficiência do Ministério Público durante a fiscalização. O que significa que, apesar da existência de multas e do caráter obrigatório do cumprimento das cláusulas do termo, que deveria ser fortemente acompanhado a fim de buscar a efetividade do acordo e reparar o dano ao meio ambiente, nem sempre o órgão legitimado, nesse caso, o Ministério Público de forma mais frequente, cumpre seu papel de forma adequada.

4 A importância da orientação jurídica aos infratores ambientais

Sabemos que muitas pessoas são leigas quando o assunto é direito e deveres. Dito isso, é importante frisar que, por isso, muitas pessoas acabam firmando contratos, aceitando acordos e obrigações sem saber exatamente do que se tratam em virtude de não possuírem um nível de informação adequado sobre o Direito propriamente dito. Dessa forma, se faz de suma importância a orientação jurídica para essas pessoas, evitando que saiam prejudicadas.

Assim, com o Termo de Ajustamento de Conduta não é diferente. A orientação jurídica é importantíssima para que a parte devedora saiba claramente sobre seus direitos, seus deveres e suas obrigações que serão firmadas no acordo, possibilitando, assim, que

se tenha uma noção mais clara a respeito do que está sendo proposto e tornando possível que o próprio termo seja questionado e ajustado.

Nessa linha, tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei – PL 1755/2011 -, de autoria do deputado Ronaldo Benedet, que determina e torna indispensável a presença de um advogado durante o ajustamento de conduta com o Ministério Publico. Segundo o parecer do deputado Gabriel Guimarães, "a justificação aponta que os TACs são peças processuais que implicam transação sobre direitos e obrigações e, como tal, o particular precisa estar assessorado por advogado para salvaguardar a regularidade do exercício de seus direitos".

Para o deputado autor do projeto de lei, se torna necessário a presença de um advogado nesses casos de TAC "para evitar qualquer tipo de coação ou abuso de autoridade dos órgãos legitimados, especialmente o Ministério Público." Ressalta, ainda, que muitas empresas e órgãos que firmam o acordo acabam fazendo-o por intimidação do Ministério Público e após um tempo acabam tentando anular a decisão recorrendo a justiça, reforçando ainda mais a necessidade da orientação jurídica.

É importante também que os advogados tenham pleno conhecimento do que é o Termo de Ajustamento de Conduta e principalmente quais são suas vantagens, visto que muitas vezes as partes acabam ingressando com ação judicial, passando por todas as partes do processo e tendo como principal prejuízo à demora. Desse modo, faz-se necessário que os advogados, representantes das partes, tenham capacidade plena para instruir seus clientes em prol do que o ordenamento jurídico trás de melhor e de mais vantajoso como forma de solução de conflitos.

Considerações finais

Sente-se, nos dias atuais, a grande importância da proteção ao meio ambiente e a necessidade de busca por um meio mais ecológico e adequado para a vida humana, tornando-a melhor.

Assim, reforça-se a importância do Termo de Ajustamento de Conduta que visa à reversão ou busca a indenização dos danos ao meio ambiente, assim como estagnar a conduta danosa evitando que os danos sejam alastrados. Não se pode esquecer, também, dos inúmeros benefícios proporcionados pelo TAC, a título extrajudicial, entre os quais destaca-se, pois são de suma importância, a economia processual e a rapidez, deixando de lado a morosidade dos processos judiciais. Dessa forma, ainda, o Termo de Ajustamento de Conduta colabora para, então, haver um desafogamento na máquina judiciária.

Destaca-se, também, a importância jurídica para evitar que a parte causadora de danos ambientais saiba claramente e objetivamente sobre seus direitos e seja capaz de questionar, entendendo o termo de ajustamento a que estará submetido.

Faz-se necessário também a divulgação do Termo de Ajustamento de Conduta, visto que muitas vezes as partes acabam ingressando com ação judicial por desconhecerem a existência de um modo de solução de conflitos de âmbito extrajudicial que, como citado acima, gera as partes maior rapidez na resolução e maior economia, dentre outros benefícios.

Por fim, entendemos que o TAC é um importante meio para se evitar atos ilícitos ou evitar a sua continuidade, tendo como objeto principal a adequação da conduta à sua forma legal e tendo como beneficiário o meio ambiente, que deve ser preservado.

Assim, buscando a reparação dos danos, é dever do Ministério Público realizar a efetiva fiscalização do cumprimento, ou não, das obrigações estipuladas. Sendo que, em caso negativo, o acusado terá, então, multas a pagar. Entretanto, nem sempre a fiscalização é totalmente efetiva.

Portanto, é necessário uma maior atenção nos acordos firmados, buscando que aja, sempre, um cumprimento efetivo das obrigações impostas, e aceitas, tendo como objetivo maior a reparação dos danos causados ao meio ambiente.

Referências

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Publica e Meio Ambiente**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p.103.

ANDRADE, Patrícia Pimentel Rabelo. O Ministério Público e a Importância do Termo de Ajustamento de Conduta na Tutela Adequada do Meio Ambiente. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-ministerio-publico-e-a-importancia-do-termo-de-ajustamento-de-conduta-na-tutela-adequada-do-meio-ambiente,35248.html>. Acesso em: 02 de Abril de 2018.

OLIVEIRA FILHO, Ary Alves de. A sobreposição do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental sobre o licenciamento ambiental e as suas consequências jurídicas. **Publica Direito.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=346c8eab253450c0>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de Outubro de 1988. 40 ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

BRASIL. Politica Nacional do Meio Ambiente. (Decreto-lei 6.938, de 31 de agosto de 1981). In: **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

COSTA, Fernanda Pereira. Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. **LexMagister**. Disponível em: <http://lex.com.br/doutrina_26089822_TERMO_DE_AJUSTAMENTO_DE_CONDUTA__TAC.aspx>. Acesso em: 02 de Abril de 2018.

Termo de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos. 2ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FIRMAR TAC poderá ser ato privativo de advogado. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-dez-10/termo-ajustamento-conduta-ato-privativo-advogado>. Acesso em: 09 de Abril de 2018.

GOMES, Luis Roberto. **Crimes de Pesca.** Curitiba: Juruá, 2011.

JUNIOR, Roberto Hostim de Oliveira. **O Termo de Ajustamento de Conduta Como Instrumento de Defesa Extrajudicial do Meio Ambiente**. Itajaí, SC, 2007. 121 f. Monografia de Graduação do Curso de Direito – Campus de Itajaí, Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2007.

LOUZADA, Vanessa Vilarino. **Do Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental Como Meio Eficiente de Solução de Conflitos**. Curitiba, PR, 2013. 75 f. Monografia de Graduação do curso de Direito – Campus de Curitiba, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 108.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

MILARÉ, Edis. **Processo Coletivo Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 258.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. **Compromisso de ajustamento**

PEDRO, Antonio Fernando Pinheiro. Desvendando o Termo de Ajustamento de Conduta. **Ambiente Legal**. Disponível em: <http://www.ambientelegal.com.br/desvendando-o-termo-de-ajustamento-de-conduta/>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

ROCHA, Géber Mafra. **O Compromisso de Ajustamento de Conduta como mecanismo de resolução de conflitos ambientais.** Amazonas, AM, 2007. 142 f. Dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito Ambiental, no programa de pós-graduação em Direito Ambiental – Campus Manaus, Universidade do Estado do Amazonas. Manaus, 2007.

SANTOS, Renata Pinto dos. JUNIOR, Reginaldo Ribeiro da Costa. Os Aspectos Doutrinários do Termo de Ajustamento de Conduta. **JUS. com.br**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55690/os-aspectos-doutrinarios-do-termo-de-ajuste-de-conduta/2>. Acesso em 26 de Março de 2018.

SILVA, Romeu Faria Thomé. **Manual de Direito Ambiental**. 4. Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.

SILVA, Tatiane Fernandes Dias da. O Termo de Ajustamento de Conduta como forma alternativa a jurisdicionalização na solução dos conflitos ambientais. In: SOUZA, José Fernando Vidal de. PADILHA, Norma Sueli. BORGES, Leonardo Estrela. **Direito Ambiental e Socioambientalismo III.** Florianópolis: CONPEDI, 2016.

TEIXEIRA, Danielle Felix. Apontamentos sobre o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). **Conteúdo Juridico**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-sobre-o-termo-de-ajustamento-de-conduta-tac,51738.html#_ftn5>. Acesso em: 02 de Abril de 2018.

ZANELATTO, Marco Antônio. Termo de Ajustamento de Conduta – TAC: Aspectos gerais e polêmicos. **Ministério Publico do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/2008_mpconsumidor_marcoantoniozanellato.pdf>. Acesso em: 19 de março de 2018.

40

A perspectiva multicultural enquanto prática descolonizadora: possíveis significações e emergências no horizonte dos direitos humanos na contemporaneidade

Celso Gabatz[1]
Joici Antonia Ziegler[2]

1 Introdução

O processo de globalização vem, gradativamente, solapado as bases, fronteiras e limites que constituíam o sistema semiótico dos sujeitos do iluminismo e dos sujeitos sociológicos, produzido um sentido de diversidade. Nesta direção, as consequências mais imediatas para os indivíduos da contemporaneidade são realçadas pela percepção de que as sociedades estão imersas em um contínuo

---

[1] Doutor em Ciências Sociais (UNISINOS); Mestre em História (UPF); Pós-Graduado em Ciência da Religião e Docência no Ensino Superior. Graduado em Teologia (EST); Filosofia (CEUCLAR) e Sociologia (UNIJUÍ). Integra o Grupo de Pesquisa Religiões e Sociedade (UNISINOS) e Teologia Pública em Perspectiva Latino Americana (Faculdades EST), São Leopoldo, RS. Contato: gabatz12@hotmail.com

[2] Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Integra o Grupo de Pesquisa "Tutela dos Direitos e sua Efetividade" vinculado à linha de Pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus Santo Ângelo. Contato: joiciantonia@yahoo.com.br.

processo de mudanças, e ao mesmo tempo, permeadas por modelos que indicam certa homogeneização das identidades.

As mudanças conceituais podem ser atribuídas, em parte, ao processo de afirmação do constitucionalismo como teoria normativa. De acordo com esta premissa, há limites ao poder do Estado ao mesmo tempo em que são assegurados direitos humanos e fundamentais. Nesta direção, é a práxis dialógica que torna possível a coexistência de diferentes sujeitos, enunciados e discursos numa mesma comunidade política.

A perspectiva multicultural possibilita a releitura da constituição política sem renegar as conquistas das revoluções sociais. Esta hipótese sugere o reconhecimento das diferenças enquanto situações legitimadoras de tratamento diferenciado. Todavia, mesmo sendo possível esta compreensão, pressupõe-se que não bastam que determinadas leis estejam previstas. É preciso levar em conta que a hermenêutica e a aplicação de certos enunciados sempre serão mediados pelas condições culturais e sociais dos intérpretes (TOURAINE, 1999).

O multiculturalismo aqui pensado aparece como um viés epistemológico e metodológico com pretensões explicativas e também prescritivas no que concerne ao reconhecimento da diversidade e construção de campos de diálogo entre sujeitos pertencentes a diferentes sistemas discursivos. Ao compreender a construção dos discursos podemos vislumbrar uma disposição para o exercício do diálogo. Isso significa que grupos marginalizados ou vulneráveis são desafiados para serem protagonistas nos termos de um empoderamento (OLIVÉ, 1999).

O reconhecimento da diversidade adquire significação política ao transpor o campo do conhecimento, alcançando práticas, dando sentido e significado à existência humana, interferindo nos comportamentos. Trata-se de um enfoque descolonizador, contra majoritário, crítico. Daí a aproximação com as perspectivas que abordam questões de poder. Mais que enunciados, são vislumbradas atitudes e consolidadas dinâmicas sociais.

Na medida em que as identidades tendem a reproduzir desigualdades, propõe-se uma releitura a partir de uma perspectiva que possa agregar o discurso das minorias e grupos vulneráveis num espaço dialógico de construção de novos caminhos e oportunidades. Ao analisar discursos e contextos, é possível perceber diferentes concepções semióticas, as quais podem se fundar em representações ou práticas, podendo, inclusive, ocorrer "[...] uma contradição marcante entre o que é dito e o que é feito" (SCHNEIDER, 2004, p. 120).

Nossa abordagem pretende, portanto, aprofundar aquilo que na sociedade contemporânea vem condicionando a vida nos percursos da globalização. Trata-se de ampliar o entendimento acerca dos dilemas e repercutir as múltiplas significações no horizonte da esperança que se consolida através da construção de um mundo melhor. Reforça-se a visão de uma sociedade que tende a se desumanizar, que aprofunda as vicissitudes e que multiplica uma preocupante sensação de estar perdida em um labirinto de instituições que engendram suspeitas por caminhos aparentemente sem saídas.

2 A perspectiva multicultural e suas interfaces com a diversidade

Ao lado das lutas e conflitos que emergiram nos processos hegemônicos, também se desenvolveram críticas contra os estatutos epistemológicos herdados. Isso foi possível quando se compreendeu a lógica e a dinâmica da dominação e quando o colonizado/dominado tomou consciência de sua condição, percebendo que poderia se libertar das amarras que o mantinha submisso. O multiculturalismo surge para exprimir um estado político e social sublinhado pelo pluralismo cultural (SANTOS, 2003).

A tomada de consciência se desenvolveu mediante a incidência dos sujeitos por meio de enunciados e discursos. A tentativa de um novo estatuto epistemológico, teórico e metodológico, decorre de uma consciência em relação à colonização.

De acordo com a concepção entabulada por Michael Walzer, desde os gregos à Rousseau, as teorias políticas presumiam uma espécie de homogeneidade cultural: havia a crença em uma única linguagem, uma única história, uma única cultura (2009, p.139). As referências teóricas nos termos de uma unidade cultural era o que fundamentava a noção de nacionalidade. Um povo em um determinado território, compartilhando a mesma língua, os mesmos costumes, as mesmas instituições políticas e sociais.

Existe, contudo, um aspecto observado por Walter Benjamin em sua crítica acerca da história contada pelos vencedores. Se não é possível uma revolução que funde um mundo novo, é possível, todavia, contar e viver a história a partir de um novo olhar:

> Os que num momento dado dominam são os herdeiros de todos os que venceram antes. A empatia com os vencedores beneficia sempre, portanto, esses dominadores [...]. Considera sua tarefa de escovar a história a contrapelo (1987, p. 229).

Às vezes, basta rever os fatos, naquilo que foi omitido, naquilo que propositalmente deixou de ser visto, ouvido ou sentido. Se, por ventura, faltam fontes, sobram possibilidades para a construção de análises com a leitura de textos que ampliem os sentidos, permeando detalhes. A perspectiva descolonizadora auxilia a compreender esta quebra de paradigmas e as possíveis rupturas com a história das tradições dominantes ou hegemônicas.

O filósofo canadense Will Kymlicka (2003) enuncia, pelo menos, dois sentidos para uma perspectiva multicultural. No primeiro, trata-se de uma diversidade cultural que decorre da incorporação ou colonização de comunidades culturais autônomas e isoladas em um território. Sua existência tem a ver com a pluralidade na perspectiva das minorias nacionais. Essas culturas têm o objetivo de se constituir como uma espécie de sociedade distinta, ao lado da sociedade majoritária, mantendo as suas formas de governo e autodeterminação. O segundo sentido é aquele balizado pela diversidade cultural que surge por meio da imigração.

Podem ser diversas etnias convivendo em um território comum, compartilhando a mesma descendência, a mesma cultura, sendo subordinada a certos limites específicos.

O multiculturalismo funciona como explicação que possibilita uma releitura a partir de novos paradigmas. O foco das críticas promovidas pelo multiculturalismo aponta justamente para a imposição de padrões homogeneizantes, que desclassificam, desvalorizam e subalternizam amplas parcelas da população mundial, no cenário internacional, e amplas parcelas das populações no âmbito nacional ou local. Os atores periféricos, marginais, excluídos, são os protagonistas que emergem neste novo modelo (MANNHEIM, 2001).

O multiculturalismo realça os fenômenos observáveis que expressam a existência da diversidade cultural, suas causas, origens, critérios, consequências, efeitos, classificações, e os atores e acontecimentos historicamente situados enquanto fenômeno empiricamente perceptível. Há uma tendência a abordar a questão situando a problemática nos contextos de conflito e na busca de soluções como aludido por Charles Taylor (1994), ao suscitar questões sobre negros, mulheres, indígenas e povos colonizados. Numa direção similar, corroboram Andrea Semprini (1999) e D´Adesky (2001).

O multiculturalismo enquanto projeto entabula um novo imaginário capaz de ressignificar as identidades. Neste sentido, identidade e diversidade são conceitos que só podem ser compreendidos em conjunto. Ao se falar de identidade, reitera-se também a diversidade. Charles Taylor (2009) destaca que o reconhecimento forma a identidade. Identidade e diversidade no âmbito multicultural referem-se às situações que envolvem contato entre diferentes culturas, gerando efeitos positivos ou negativos. É sabido que uma cultura é composta por diferentes espaços, tempos, papeis sociais, bem como, expectativas e propósitos (GEERTZ, 1989).

Entre os conceitos trabalhados para compreensão do multiculturalismo encontram-se a globalização, a cultura, as

identidades, a diáspora. Ao dispor sobre as ferramentas para compreensão do mundo, Luciana Ballestrin alerta: "[...] em um contexto de globalização, cultura, identidade, migração e diáspora apareceram como categorias fundamentais para observar as lógicas coloniais modernas, sendo os estudos convergentes com os estudos culturais e multiculturais" (2013, p. 94).

O multiculturalismo reitera o diálogo nas sociedades plurais supondo o desenvolvimento humano e a justiça social. A diversidade enquanto característica de uma sociedade complexa é sublinhada pela diferença. Esta, por sua vez, alocada em um âmbito de tolerância. O reconhecimento da diferença implica, portanto, em uma revisão do tratamento dispensado às identidades nas democracias tradicionais (KYMLICKA, 1995; TOURAINE, 1998; HONNETH, 2009).

O multiculturalismo reitera um ideal de convivência numa sociedade pluralista que busca a coexistência a despeito das diferenças. Ele enseja uma normatividade capaz de entender o pluralismo das culturas e dos grupos nas sociedades ocidentais contemporâneas. Alicerçado na ideia de pluralismo como horizonte da diversidade, existe a possibilidade de acesso à alteridade e ao reconhecimento, já que toda cultura possui uma visão particular e uma escala de valores (MALDONADO, 2006).

A democracia multicultural centraliza a igualdade e a diferença como polos interdependentes para suplantar injustiças sociais. A atenção à diferença é indispensável para a diminuição das desigualdades. A máxima de que todos são iguais porque diferentes, oferece um status de pertencimento à coletividade no seu conjunto. Em um contexto plural um dos principais fatores a afetar os indivíduos é a evidência das diferenças. É sabido que mesmo em democracias liberais, esta participação consolida-se com ressalvas e limites.

3 Perspectivas epistemológicas descolonizadoras

A investigação de um fenômeno social que se pretenda científica exige a utilização de métodos que ensejam explicações verificáveis. Compreender as causas de um fato social e o seu significado para um determinado grupo é um meio que possibilita tomar ciência das razões que levam, por exemplo, à violência, preconceito ou discriminação, e que também podem contribuir para a construção de caminhos que auxiliem a transformar tais práticas.

As propostas teóricas de Terry Shinn (2008) e Mikhail Bakhtin (2016) possibilitam a análise de sociedades complexas, numa perspectiva em que se dá a coexistência de sistemas semióticos, referentes, discursos e enunciados, e a presença ou trânsito dos sujeitos. O contexto vivido na contemporaneidade parece suscitar a necessidade de reflexões sobre múltiplos aspectos, visto que os axiomas fundamentais de nosso tempo, tais como apresentados por Boaventura de Sousa Santos, estão na base dos muitos dilemas vivenciados pela humanidade.

> O primeiro axioma deriva da hegemonia que a racionalidade científica veio a assumir e consiste na transformação de problemas éticos e políticos em problemas técnicos [...]. O segundo axioma é o da legitimidade da propriedade privada independentemente da legitimidade do uso da propriedade [...]. O terceiro axioma é o axioma da soberania dos Estados e da obrigação política vertical dos cidadãos perante o Estado [...]. O quarto e último axioma é a crença no processo entendido como um desenvolvimento infinito alimentado pelo crescimento econômico, pela ampliação das relações e pelo desenvolvimento tecnológico (2003, p. 321).

Concernente ao âmbito discursivo há diversas razões que robustecem os argumentos acerca do contexto social em que vivemos. Ao mesmo tempo em que a globalização tem produzido um sujeito mais descentrado, os indivíduos, por sua vez, tem buscado viver ainda em sintonia com antigos referentes. Uma vivência capaz de aliar a afirmação da própria condição subjetiva com a rejeição de

aspectos impulsionados pela fluidez e dinamicidade (HOBSBAWM, 2013). O que se experimenta em alguns momentos é uma reação ao vazio deixado por promessas não cumpridas pela modernidade e repercutidas por movimentos sociais embasados numa forte perspectiva de afirmação da identidade e, infelizmente, em certos casos, redundando em fundamentalismos.

> Durante os anos cinquenta e sessenta, o secularismo parecia haver triunfado e o fundamentalismo parecia ter sido reduzido à ínfima expressão. A partir da década de setenta, no entanto, o secularismo começou a regredir ou, pelo menos, assim foi interpretado o revivalismo religioso que então emergiu e que em boa verdade tem vindo a crescer até ao presente de múltiplas formas: novas religiões, movimentos fundamentalistas dentro das religiões históricas, aumento das práticas religiosas de camadas sociais anteriormente tidas por secularizadas (por exemplo, jovens). Trata-se de um fenômeno internamente muito diferenciado em termos de composição social e da orientação política (SANTOS, 2003, p. 318).

Os discursos produzidos traduzem, em certa medida, a complexidade que decorre do processo de globalização. No caso dela ser pensada em termos de ruptura com as grandes narrativas, a consequência social mostra, justamente, um discurso autorreferente.

> Longe de significar um regresso ao passado [...] exprime, acima de tudo ressentimento perante as promessas modernizadoras e progressistas não cumpridas e, portanto, uma grande desconfiança face às instituições que se proclamaram arautos dessas promessas, sobretudo o Estado e o mercado. Na periferia do sistema mundial, o revivalismo fundamentalista [...] deve ser visto em geral como uma resposta ao fracasso do nacionalismo e do socialismo, e como uma alternativa que, ao contrário do que sucedeu com estes dois últimos, não assenta na imitação do Ocidente e na rendição ao imperialismo cultural deste, e antes se baseia na possibilidade de um projeto social, político e cultural autônomo (SANTOS, 2003, p. 318).

Esse estado de coisas tem ensejado a necessidade de elaboração de novas epistemologias, que se contraponham à perspectiva disjuntiva, científica, rigorosa, pautada na observação, que separa sujeito de objeto, que visa encontrar uma verdade como representação do real. Os saberes fundados no paradigma hegemônico do Ocidente tendem a considerar formas de conhecimento válido a partir do seu próprio núcleo através da produção de conhecimentos objetivos e neutros. Não se trata, a rigor, de apenas uma epistemologia. Os saberes e discursos assim produzidos organizam-se de forma dicotômica e polarizada, exercendo influência nas realidades culturais, religiosas, éticas, políticas, jurídicas, entre outras (MAFFESOLI, 1996).

O corte radical que separa o que está dentro e fora de cada uma das realidades acima citadas, produz consequências no modo como tais perspectivas são pensadas e também vividas. Diferentemente das epistemologias comuns nas tradições orientais, as do ocidente exacerbam um sentido de polarização e dividem o mundo em dimensões associadas ao bem e ao mal, ao justo e ao injusto, ao sagrado e ao profano, ao racional e ao irracional, entre outras. Trata-se de uma divisão radical, tendo sido, por muito tempo, pensada de maneira ontológica (MARRAMAO, 1997).

Parte significativa da história do Ocidente, inclusive do Brasil, apresenta-se em uma permanente luta na qual a tradição cristã é utilizada para legitimar homologias estruturais entre religião, direito, política e até no âmbito da ética. Mesmo com o Iluminismo, que aos poucos substituiu a hegemonia do imaginário religioso pelo imaginário científico, manteve-se a estrutura de pensamento polarizado, e com ele, a imensa dificuldade de pensar a complexidade, multiplicidade, diversidade, convivendo num arranjo que escapa às conceituações ou classificações regidas por lógicas clássicas e binárias.

Essa característica do pensamento ocidental que polariza o mundo já não consegue explicar a realidade na qual estamos inseridos. Em contraponto o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado marcam

as relações assimétricas entre as diferentes formas de ser, saber e poder. A lógica que procura simplificar o mundo, classificando, situando, alocando e incorporando aspectos anteriormente estabelecidos, talvez seja insuficiente para descortinar realidades múltiplas e complexas (LIPOVETSKY, 2005). Afinal, não há conhecimentos completos ou universais, mas conhecimentos parciais. Ausências, insurgências e emergências podem mostrar aquilo que, sob algum aspecto, acabou sendo silenciado.

Num ambiente cultural de reconhecimento da diversidade, podem ser experimentados contatos e diálogos entre diferentes sujeitos. Com esses contatos, novos atores emergentes, novas cosmovisões, novas concepções sociais e políticas passam a ser entabuladas. As epistemologias do sul se apresentam como insurgências numa relação histórica assimétrica nas relações pessoais, de países e de continentes. O ponto central da inquietação é a injustiça social. O que se busca é uma nova forma de conhecer que torne possível a crítica a essas formas de dominação propondo caminhos que possibilitem a transformação inclusiva.

> A globalização é hoje um fator explicativo importante dos processos econômicos, sociais, políticos, culturais das sociedades. Contudo, apesar de mais importante e hegemônica, esta globalização não é única. De par com ela e em grande medida por reação a ela está emergindo outra globalização, constituída pelas redes e alianças [...] entre movimentos, lutas e organizações locais ou nacionais que nos diferentes cantos do globo se mobilizam para lutar contra a exclusão social, a precarização do trabalho, o declínio das políticas públicas, a destruição do meio ambiente e da biodiversidade, o desemprego, as violações dos direitos humanos, as pandemias, os ódios étnicos produzidos direta ou indiretamente pela globalização neoliberal (SANTOS, 2009, p. 13).

Os acontecimentos evidenciados engendram um modo de pensar que se amplia por diversas dimensões da vivência humana. Vivemos tempos de mudanças nas bases do conhecimento, mas ainda utilizamos uma forma de pensamento ancorada em conceitos

que, cada vez mais, tem dificuldades de serem sustentadas criticamente. Majoritariamente ainda se pensa em uma cisão entre sujeito e objeto, quando, na verdade, já se desenvolveram novas formas dialógicas de pensar nas quais não há uma relação tão estreita entre determinação e causalidade.

Essas questões são apresentadas com profundidade por Kuhn (2011) ao tratar das mudanças de paradigmas no decorrer da história. O pensar e o agir sofrem influências dessas novas formas de reflexão. Já não faz mais sentido, por exemplo, separar as bases da sociologia dos princípios inerentes à antropologia, pois não há mais como falar, por exemplo, em povos civilizados ou primitivos na perspectiva utilizada pelos antropólogos em tempos passados. De igual forma convém ressaltar que também não é adequado postular uma divisão dos saberes, científicos ou não científicos, ou, então, alguma hierarquia de valor entre ambos.

O escalonamento dos saberes privilegiando uns em detrimento de outros é uma atitude arbitrária que expressa, em certo sentido, assimetria nas relações sociais e de poder. Quem está no centro do poder de produzir conhecimento domina as relações, impondo-se aos demais. E boa parte, esse conhecimento é produzido em contextos distantes das relações sociais quotidianas. É um tipo de saber, geralmente, distante das questões fundamentais que motivam premissas ligadas ao bem viver. O sentido ético, pois, fundamental às vivências quotidianas, nem sempre se faz presente nas redes de relações humanas.

A racionalidade instrumental tende a ser vislumbrada em sua conotação monoculturalista e induz para uma compreensão a serviço do poder hegemônico. Por isso, o desafio para a concretização de novas epistemologias descolonizadoras na perspectiva multicultural é que sejam ampliados os caminhos que envolvam o contato entre o antigo e o moderno, entre os diferentes sentidos e percepções do tempo, entre os complexos mecanismos de tradução e os conflitos ou acomodações no próprio tempo (LYOTARD, 1997).

O contato entre o que se encontra próximo e distante, o espaço geográfico, o espaço tecnológico, o espaço da vida, o espaço virtual, levando à adoção de comportamentos que envolvem diferentes percepções e sentidos. As subjetividades e objetividades que se expressam pelos sentidos da relatividade ou flexibilidade, as cosmovisões que, paradoxalmente, não se totalizam ao serem afirmadas como alternativas (BERGER e LUCKMANN, 2010).

É preciso evidenciar que nesta jornada não há soluções que prescindam do contato e do diálogo entre diferentes. A racionalidade instrumental é insuficiente para mediar relações tendo em vista que o que se busca é compreender o próprio encontro, em suas infinitas possibilidades e não apenas os resultados. A lógica instrumental não pensa os conflitos em termos de contatos ou diálogos entre diferentes cosmovisões e cosmologias, pois reduz o mundo à sua própria lógica.

Em sociedades desiguais, em que o sentido da alteridade é obstaculizado pela incapacidade de perceber o outro como igualmente valioso, a afirmação persistente da identidade é necessária para a produção do sentido de reconhecimento da identidade. Esta, por sua vez, também pode levar ao reconhecimento da alteridade. Trata-se de uma questão fundamental que visa impedir que o outro seja negado em sua humanidade.

O Estado, enquanto ator privilegiado no campo das disputas políticas vive permanentes tensões e contradições internas e externas. Trabalha a permanente tensão entre os planos cognitivo e normativo. Mesmo utilizando aparelhos ideológicos e gozando do monopólio da violência legítima (WEBER, 2012, p. 525), não consegue eliminar suas contradições.

É justamente por viver as contradições que se nota a dificuldade em afirmar que o Estado seja neutro. Esta pretensa neutralidade se estende também às leis e instituições. Há vários atores, discursos e ideologias concorrendo internamente no âmbito do Estado. As contradições problematizam conceitos tornando-os insuficientes para explicar a emergência dos movimentos

insurgentes que, em geral, são tratados como resultados de disfunções ou anomias.

Como explica Peter Berger (1985, p. 124), com a secularização e a modernidade, o mundo da vida tem sido despido de suas características sagradas expressas pelo mistério, pelo milagre e pela magia. A secularização tem colocado em crise o imaginário e as estruturas que fundaram antigas explicações teológicas e metafísicas. A crise inaugurada pelo processo de secularização tornou possível a emergência de novas ideologias, novos atores, novas narrativas, novos intérpretes, encarregados de contar a história a partir de diferentes paradigmas. Ao invés de poucos centros de difusão ideológica, vivemos um período de diversidade de fontes que ensejam a existência de múltiplos olhares, cosmovisões e ideologias.

A diversidade de olhares expressa as diversas experiências, narrativas e histórias utilizadas para explicar os fatos do mundo e da vida. Ao mesmo tempo, a diversidade de olhares possibilita a construção de diferentes visões, que além de traduzir os acontecimentos, são constituintes de sentidos e significados. O modo como se conta a história ou se explicam os acontecimentos revela as motivações que levaram à escolha do método, à seleção dos recortes, ao destaque de determinados aspectos em detrimento de outros, ao escopo da abordagem. As coisas, os tempos, os espaços se conectam. "A linguagem marca as coordenadas de minha vida na sociedade e enche esta vida de objetos dotados de significação" (BERGER e LUCKMANN, 2010, p. 38).

A maior forma de emancipação humana ocorre no momento em que o indivíduo se torna agente no diálogo. A impossibilidade acontece quando os atores do discurso se limitam a pronunciar apenas suas próprias verdades. Saber dialogar envolve o ato de falar e também de ouvir. Além de ouvir, procurar entender o contexto em que os atores do discurso figuram. Esse é o tipo de abordagem que supomos o mais adequado para a construção de uma epistemologia descolonizadora.

4 Considerações finais

A perspectiva multicultural, para que possa ser compreensível, necessita se apresentar como enunciado linguístico e conceitual capaz de não estar reduzido àquilo que é monológico, homogêneo, sistemático e característico da cientificidade ocidental. O desafio que se impõe não é apenas admitir a diversidade na produção de saberes, mas, também, a partir do reconhecimento da diversidade de fontes, análises, caminhos e métodos, postular percursos e conclusões, sem que haja a precedência de uma via em relação a outras.

Significa dizer que a diversidade sublinhada pela incidência multicultural necessita organizar as coordenadas estruturantes do saber constituído no decorrer da história para que a diversidade possa ser encarada como valor capaz de estabelecer equilíbrio e harmonia entre diferentes cosmovisões, formas de pensar e compreender o mundo. A diversidade se manifesta nas condições de produção de saberes, de epistemologias, de linguagens, levando em consideração os discursos, e, sobretudo, os atores.

Uma prática descolonizadora capaz de repercutir as significações e emergências no âmbito dos direitos humanos na contemporaneidade deverá reconhecer a coexistência de diferentes culturas, cada qual organizada segundo certos padrões e exercitada por diferentes princípios e arranjos. Mais do que isso, o parâmetro a ser levado em consideração quando da análise dos sistemas normativos deverá ser aquele no qual os grupos vulneráveis ou marginalizados tenham seu protagonismo assegurado, reinventando-se as relações.

Em um contexto no qual os atores se encontram em posições assimétricas, quem exerce o domínio utiliza os diferentes aparelhos estruturais e ideológicos para afirmar sua condição, mantendo a diferenciação da própria condição humana em relação a outros sujeitos. Atores vulneráveis e marginalizados, por sua vez, mesmo

que estruturalmente excluídos, são desafiados a transitar em diferentes sistemas semióticos através do exercício da bricolagem, da hibridação e de múltiplas imbricações com a realidade.

A diversidade quando pensada em conjunto adquire uma significação que torna possível a emergência de novos modelos em termos de igual dignidade, transcendendo possíveis limitações estruturais. Considerando que as relações humanas são atravessadas por questões de poder, fortemente hierarquizadas, marcadas pelo preconceito e discriminação de alguns grupos, as mudanças almejadas evocam uma atuação dos atores no espaço público através de um processo dialético de exteriorização, objetivação, e interiorização nos enunciados, mas também nos comportamentos dos sujeitos.

O que parece ser evidente em nossa abordagem é que a capacidade de autodeterminação, de autonomia cultural, do direito de ser diferente, do princípio da diversidade, da igualdade, do respeito e da inclusão, não deixam de ser enunciados presentes em uma normatividade jurídica. No entanto, na análise das tensões entre diferentes princípios, o grande desafio continua sendo a possibilidade de analisar os limites existentes no próprio sistema hegemônico. Ao explicitar diferentes prerrogativas, o diálogo e a compreensão mútua parece ser o caminho possível para a superação de estranhamentos ou incompreensões.

Referências

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro descolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, v. 11, p. 89-117, mai./ago. 2013.

BAKHTIN, Mikhail. **Os gêneros do discurso**. São Paulo: Editora 34, 2016.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política:** ensaios sobre literatura e história da cultura. São Paulo: Brasiliense, v. 1, 1987.

BERGER, Peter Ludwig. **O dossel sagrado**: elementos para uma teoria sociológica da religião. São Paulo: Paulus, 1985.

_____; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade:** tratado de sociologia do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2010.

D´ADESKY, Jacques. **Pluralismo étnico e multiculturalismo**: racismos e anti-racismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

HOBSBAWM, Eric. **Tempos Fraturados**: cultura e sociedade no século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2009.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. São Paulo: Manole, 2005.

LYOTARD, Jean-François. **O inumano**: considerações sobre o tempo. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship:** a liberal theory of minority. Oxford: Clarendon Press, 1995.

_____. **La Política Vernácula. Nacionalismo, Multiculturalismo y Ciudadanía.** Barcelona: Paidós, 2003.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

MAFFESOLI, Michel. **No fundo das aparências**. Petrópolis: Vozes, 1996.

MALDONADO, Daniel Bonilla. **La constitución multicultural.** Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

MANNHEIM, Karl. **Sociologia da Cultura**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

MARRAMAO, Giácomo. **Céu e Terra**: genealogia da secularização. São Paulo: UNESP, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

OLIVÉ, León. **Multiculturalismo y pluralismo**. Barcelona: Paidós, 1999.

SCHNEIDER, Jens. Discursos simbólicos e símbolos discursivos: considerações sobre a etnografia da identidade nacional. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, Abr. 2004, p. 97- 129.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo.** Bauru: Edusc, 1999.

SHINN, Terry. Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e a matriz de entrelaçamento. **Sci. stud**., São Paulo , v. 6, n. 1, Mar. 2008, p. 43-81.

TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

_____. **El multiculturalismo y "la política del reconocimiento".** México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2009.

TOURAINE, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. São Paulo: Edusc, 1998.

_____. **Poderemos Viver Juntos?** Iguais e Diferentes. Petrópolis: Vozes, 1999.

WALZER, Michael. Pluralism: a political perspective. In: KYMLICKA, Will. **The rights of minority cultures**. New York: Oxford, 2009. p. 139-154.

WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos de sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília, v. 2, 2012.

41

Reflexões jurídicas contemporâneas: entre ativismo e minimalismo judicial

Joici Antonia Ziegler [1]
Paula Vanessa Fernandes [2]
Lessandra Bertolazi Gauer [3]

Singularidades acerca do judiciário atual

Em cores primárias, podemos dizer que as sociedades democráticas contemporâneas são constituídas por uma variedade de convicções, opiniões e conceitos, sendo compostas por uma diversidade de grupos e subgrupos, cada qual lutando para dar aos

---

[1] Advogada. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina; Integrante do Grupo de Pesquisa "Tutela dos Direitos e sua Efetividade", vinculado ao CNPq; Graduanda em Filosofia.

[2] Mestra em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões - Campus Santo Ângelo (URI), na linha de pesquisa Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos. Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Temas Relevantes de Direito Civil pela Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA). Graduada em direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior Santo Ângelo, 2010 (IESA). Advogada, OAB/RS 85.105. Membro do Grupo de Pesquisa: Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas, registrado no CNPQ. E-mail: paulah.adv@gmail.com

[3] Advogada; Mestra em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito Tributário pela PUCRS. Graduada em Direito pela PUCRS. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa " Processos Coletivos", sob a orientação do Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner na PUCRS. Integrante do "Grupo de Estudos e Pesquisa de Direitos Fundamentais - GEDF", sob a orientação do Prof. Dr. Ingo W. Sarlet, na PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa intitulado "Controle das Políticas Públicas e Sustentabilidade", coordenado pelo Prof. Dr. Juarez Freitas na PUCRS.

preceitos constitucionais uma interpretação que se ajuste às suas crenças e que satisfaça direitos e interesses, tendo em vista a grande diversidade de ideias que às compõem.

Uma das características mais marcantes das sociedades atuais é o dissenso[4], que causa uma quantidade enorme de controvérsias e embates políticos sobre questões complexas e profundas que tocam no significado de princípios como igualdade, liberdade e dignidade.

O dissenso é resultado da democracia, eis que surge como resultado das liberdades democráticas, que constituem a condição necessária, mas não suficiente para a livre manifestação de pensamentos e atitudes. O dissenso pode ser considerado como causa de instabilidade e de enfraquecimento da organização estatal, e também como elemento de impulso para o desenvolvimento social. O pluralismo gera um acirrado debate no meio acadêmico, cujo tema central é saber "se" e "como" uma democracia deve manejar os desacordos sociais.

Em uma democracia constitucional[5], os problemas da sociedade precisam ser resolvidos mediante decisões

---

[4] Quando se afirma que o dissenso é marca das sociedades atuais, tomam-se como referência as sociedades ocidentais democráticas e liberais. Considera-se, neste caso, o dissenso sobre questões pontuais de política moral, tais como homossexualismo, aborto, anencefalia, pesquisas com células tronco, limites da liberdade de expressão, direito à igualdade, à assistência social, à privacidade, à eutanásia etc. Não se pretende afirmar que nessas sociedades haja, ao menos de forma significativa, dissenso acerca de questões essenciais como quanto à forma e ao sistema de governo. Em geral, as sociedades convergem em aspectos desse calibre, sendo possível, neste caso, falar-se em um consenso básico. É nesse sentido, por exemplo, que Tocqueville (1961, p. 268, v.1) afirma a convergência da sociedade norte-americana acerca de pontos que ele chama *les plus essentiels,* tais como os princípios gerais do governo. Houve períodos em que as sociedades divergiam acerca de questões dessa magnitude, como se podia verificar na França dos séculos XVIII e XIX, profundamente dividida entre tendências políticas distintas, a exemplo dos ultrarrealistas, dos monarquistas constitucionais e dos republicanos.

[5] Especificamente, pretende-se analisar a extensão e a profundidade do dissenso nas sociedades plurais; estudar os mecanismos dos processos de conformação social; descrever os problemas do conformismo, da polarização de grupos e das cascatas sociais e seus efeitos sobre a democracia; identificar os mecanismos constitucionais de promoção do dissenso; compreender a concepção democrática da constituição em Sunstein (2001a); perceber os problemas da deliberação pública; identificar as particularidades da argumentação legal; abordar o conceito dos acordos parcialmente teorizados e sua relação com as decisões judiciais; analisar a atuação do poder judiciário por uma perspectiva democrática e a partir da concepção de minimalismo judicial de Sunstein (2001b); e, ainda, verificar a relação de pertinência que se pode estabelecer entre minimalismo judicial e democracia.

democraticamente legitimadas, sem deixar de lado os limites decorrentes da imunização dos direitos fundamentais que, por vezes, são excluídos da agenda política. Ocorre que os preceitos constitucionais determinantes dos direitos fundamentais dos indivíduos se revelam de textura aberta, com conteúdos que esperam ser preenchidos com os valores ditados pelas sociedades em cada época.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito e a positivação das Constituições, houve uma elevação significativa do número de demandas, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito é o regulador das relações sociais através da coerção por meio de sanções das condutas contrárias, e como ator principal o indivíduo. De outra banda, o Estado Social de Direito é uma ordem jurídica, na qual está presente a limitação, ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas, em que a lei deixa de ser instrumento de legalidade, passando a ser instrumento de ação concreta do Estado (MORAIS, 1999).

Nesse norte, inúmeras vezes os conflitos que são suscitados no poder judiciário somente são tratados de forma genérica e abstrata pelas constituições. O problema é que, ao pretender decidir questões dessa magnitude, o poder judiciário pode obstruir os processos políticos democráticos, cuja primeira consequência é afastar e substituir o julgamento político pelo judicial, o que suscita discussões intermináveis acerca da tensão dessa atuação com o princípio democrático.

Diante desses aspectos, necessário se faz, em face de uma ordem democrática e pluralista[6], estabelecer os limites de atuação

---

[6] O reconhecimento da diversidade é, em sentido amplo, o que se pode denominar de pluralismo. Argumentos prescrevendo em favor do pluralismo já podem ser percebidos nitidamente em Mill (2002), traduzidos pela exaltação à individualidade como elemento propulsor da evolução e no imperativo de que cada pessoa deve ter a possibilidade de determinar e buscar aquilo que julga ser o melhor para si, vivendo sua vida a seu modo, sem qualquer interferência da comunidade. O citado autor defende com veemência o que aqui se denomina de princípio da não interferência, segundo o qual a única razão que poderia justificar o uso da força sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, seria prevenir dano a outros. O próprio bem da pessoa, fosse físico ou moral, não seria justificativa para tanto.

do poder judiciário, com o objetivo de evitar o risco que um injustificado ativismo que seja capaz de usurpar as funções atribuídas ao legislador, obstruindo o debate público e reduzindo as possibilidades de um autogoverno. Ainda, é fundamental que a sociedade tenha clareza sobre o que espera de um juiz diante de casos concretos que suscitam as mais profundas divergências com relação às convicções invioláveis dos indivíduos e não ficar à espera de decisões baseadas em questões morais, que podem alterar significativamente de juiz pra juiz e de tribunal para tribunal, causando insegurança jurídica.

Diante das questões brevemente abordadas acima, reside a questão-problema deste artigo, que pode ser colocada da seguinte maneira: é aceitável que o poder judiciário, ao tentar oferecer soluções para as controvérsias que envolvam questões relacionadas com princípios fundamentais, decida legitimamente sobre os valores mais densos de uma sociedade?

Para responder essa questão, trataremos o problema sob a ótica e percepção do professor Cass R. Sunstein. O autor menciona a necessidade de se construir uma compreensão democrática do papel da constituição e de suas estruturas, de forma que se evidencie o nexo e não a tensão que existe entre constitucionalismo e democracia.

A principal função das constituições é, nesse sentido, criar pré-condições para o bom funcionamento de uma ordem democrática, na qual se exerça o autogoverno, pautado pelos ideais de deliberação, reflexão e responsabilidade política, que remetem à noção de democracia deliberativa.

Para o atingimento desse ideal é imperativa a existência de uma esfera pública, ampla e participativa, que favoreça a diversidade de valores, o pluralismo e o multiculturalismo, transformando-os em meio para alcançar decisões legítimas.

Uma leitura adequada da democracia deliberativa impõe que os princípios fundamentais de uma sociedade sejam arquitetados democraticamente, o que significa dizer, fora dos tribunais. Daí

resulta que o judiciário possui um espaço limitado no âmbito de um sistema constitucional democrático e deliberativo, especialmente em face do seu rarefeito embasamento democrático.

A partir dessas premissas, percebe-se a coerência da ideia de Sunstein para quem o papel do juiz, diante de casos difíceis e controversos, deve estar restrito ao oferecimento de respostas que primem pela não interferência em questões de princípios. Trata-se de uma abordagem minimalista do Direito, cujo argumento central é que, em face de casos concretos que envolvam questões fundamentais, os juízes decidam conforme somente o que está estabelecido expressamente na Constituição e não invoquem princípios a fim de tecer e criar novas interpretações da lei possibilitando que nessas decisões coloquem suas avaliações morais a respeito do caso concreto. Evitando assim, a "criação" de leis por meio do Judiciário.

O minimalismo judicial possui como um dos objetivos dar espaço ao debate e promover os processos democráticos, pautando-se por uma ação judicial que faz e diz apenas o que é essencial para o julgamento do caso particular, não alargando e expandindo a decisão.

A importância e a profundidade da cátedra de Sunstein, por si sós, já demonstrariam a utilidade e a pertinência do estudo de suas ideias, particularmente a que redimensiona o problema da tensão entre constitucionalismo e democracia, a partir da ótica minimalista, além da discussão sobre o modo como as constituições e todas as suas estruturas podem e devem contribuir para a afirmação de uma democracia deliberativa.

O estudo do minimalismo e das críticas que lhe são dirigidas especialmente pelos defensores de um perfeccionismo, mostra-se importante para caracterizar o debate mais recente acerca do papel da Corte, em um período em que esta sofre intensa censura acadêmica e, ao final, discutir o papel destas contribuições nas prescrições em torno de uma autocontenção ou de um ativismo.

O minimalismo em Cass Sunstein

O minimalismo é considerado uma perspectiva teórica liberal[7] e representa um projeto teórico complexo, com diversas dimensões. Possui uma pretensão descritiva da interpretação constitucional, pois constantemente se refere aos juízes que optam por decidir menos. Em sua dimensão normativa, critica e celebra decisões judiciais conformes à proposta de evitar grandes considerações teóricas. Há uma inegável dimensão estratégica, justificada, sobretudo, pela possibilidade de reduzir as dificuldades na tomada de decisões polêmicas nos tribunais colegiados, e evitar os "custos" de decisões equivocadas, que comprometam o futuro[8].

Sunstein (2001) denomina "minimalismo judicial" ou "minimalismo decisional" o fenômeno de dizer somente o que é necessário dizer para justificar uma decisão, deixando em aberto, na medida do possível, as questões mais abrangentes, que envolvam maior discussão, principalmente acerca de princípios, que podem gerar uma larga e extensa interpretação sobre o caso concreto. É esta a característica mais particular do minimalismo – deixar intocadas as questões de fundo, revelando uma desconfiança forte

---

[7] O minimalismo é visto, nos EUA, como uma corrente liberal, que discorda da atual composição da corte, de nítida tendência conservadora. Para Owen Fiss, o minimalismo parece atrativo para os liberais porque, diante da impossibilidade de êxito da sua "articulação para a defesa de direitos" e da visão "cosmopolita da constituição", a perspectiva de limitação da atividade torna-se um importante caminho. FISS, Owen M.. The perils of minimalism. Theoretical Inquiries in Law, v. 9, p. 643-664, 2008, p. 660. Porém, o próprio Sunstein afirma não haver um compromisso do minimalismo com uma das correntes que parecem "dividir" a doutrina jurídica norte-americana, pois é possível que haja minimalistas conservadores, e também liberais. Na verdade, o minimalismo, enquanto método restritivo, não estabeleceria um programa, tampouco resultados particulares. Os juízes minimalistas seriam relutantes quanto ao estabelecimento de uma "agenda" de reforma pela via judicial e também não adeririam aos "movimentos de juízes" de qualquer modo. SUNSTEIN, Cass R.. Radical in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005, p. 29; xii-xiii.

[8] Para Neil Siegel, o minimalismo se situa entre uma teoria da posição institucional da Suprema Corte e uma teoria - prescritiva - do processo de decisão judicial. Quanto ao processo decisório, variaria entre uma teoria da fundamentação ("opinion writing"), uma teoria substantiva da atuação judicial que pretende reduzir custos, amparada na construção do "law and economics". SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. Michigan Law Review, v. 103, p. 1951-2019, 2005, p. 1957- 1959.

quanto ao desejo do judiciário de elaborar, a partir do conhecimento limitado das circunstâncias de um determinado caso, princípios amplos e abrangentes[9].

Em termos de interpretação constitucional, a abordagem minimalista combina modéstia judicial com o favorecimento dos acordos parcialmente teorizados[10]. Ocasionalmente, em face de leis que comprometem o processo político ou que impõem uma cidadania de segunda categoria a membros de grupos menos favorecidos socialmente, o minimalismo invoca a moralidade interna da democracia e as expurga do sistema.

As decisões minimalistas, portanto, se traduzem em acordos parcialmente teorizados e envolvem duas características principais – são estreitas e superficiais. A noção de estreiteza significa que o minimalismo quer decidir o caso concreto[11] e não estabelecer regras amplas e gerais que possam solucionar casos futuros[12].

---

[9] Ao enfrentar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança) o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado. Porém, ao decidir o caso, o tribunal pretendeu decidir, peremptoriamente, todas as questões subjacentes ao tema, tais como o conteúdo do princípio da dignidade humana, o valor e início da vida humana, merecedora da tutela constitucional, a distinção entre o embrião gerado naturalmente e embrião fertilizado *in vitr*o, para fins de caracterização de aborto; além disso, afirmou o direito constitucional à reprodução assistida, bem como a autonomia com relação ao planejamento familiar. A decisão é marcadamente maximalista, conforme se pode conferir em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm.

[10] São apresentados por Cass Sunstein como condição de possibilidade do próprio constitucionalismo que permitem aos membros da sociedade trabalhar juntos e manter o respeito mútuo apesar de profundas discordâncias sobre questões fundamentais e sobre teorias constitucionais (SUNSTEIN, 2007).

[11] A decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *United States v. Virginia,* em 1996, que impediu que o Instituto Militar da Virginia excluísse as mulheres de seus bancos, é uma decisão estreita, na qual os julgadores, expressamente, se recusaram a dizer muito sobre a questão da segregação de sexos na educação.

[12] O padrão minimalista pode ser percebido no julgamento do HC 73662-9, em que o Supremo.

Tribunal Federal decidiu por 6 votos a 5 conceder o *habeas corpus* para absolver o paciente condenado pelo crime de estupro, cometido com violência presumida contra menor de 12 anos de idade, nos termos do CP arts. 213 e 244. A decisão do Supremo foi interpretada pela mídia como indicação de um entendimento genérico do tribunal no sentido de que nos dias atuais o estupro presumido seria figura impossível, em virtude das mudanças sociais. Essa compreensão distorcida causou um impacto negativo em alguns segmentos sociais em face do que representaria uma violação ao princípio da

Para Sunstein a prática permite que as Cortes respeitem seus precedentes ao considerar casos sobre os quais se pode realmente decidir, mediante o uso construtivo do silêncio. Outra questão apontada pelo autor é o fato de reduzir os âmbitos de decisão ao não deixar espaços abertos para gerar desacordos entre os juizes colegiados de um tribunal ou mesmo quando é impossível que um juiz constitucional obtenha a informação necessária que inclusive não estaria disponível para outros atores políticos ou jurídicos.

Outro ponto que Sunstein chama atenção é o fato de tornar menos frequentes os erros judiciais e menos prejudiciais seus efeitos, pois é muito difícil prever as consequências futuras de um ato falho, além de favorecer a democracia deliberativa, ao permitir um debate amplo em todos os níveis.

Desse modo, Sunstein (1999, p. 5), em passagem elucidativa, menciona:

> Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma

---

proteção integral da criança e do adolescente. Porém, de uma leitura atenta dos votos proferidos, o que se percebe é que o julgamento não tem a amplitude e nem a profundidade que se pretendeu imputar a ele. Ao contrário, a decisão possui um apelo fortemente minimalista já que partiu de uma análise altamente particularista dos fatos e circunstâncias envolvidos para a interpretação e aplicação da norma e sem a invocação de princípios filosóficos profundos e abstratos. Especialmente do voto do Min. Maurício Correa, vê-se que a decisão prolatada não objetivou encontrar solução para outros casos semelhantes que no futuro vierem a surgir, mas apenas solucionar o caso concreto naquela ocasião. Transcreve-se parte do voto em que essa postura minimalista se identifica com muita clareza: "[...] a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise do novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sobre outro ângulo, que é aqui restrita a tal *quaestio*, ressalva essa que faço questão de anotar." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em: 21 abr. 2017.

> resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo.

Em geral, ao longo da obra de Sunstein, denota-se um grande interesse sobre os efeitos que podem causar as decisões muito amplas e que levam a uma petrificação da adjudicação em temas considerados sensíveis, mais que uma preocupação com os desacordos entre os membros de uma Corte. Sunstein então recomenda o uso do minimalismo judicial para evitar anacronismos que se produzem com a mudança de valores sociais; favorecer uma sociedade livre que requer um pluralismo razoável; pretender estabilidade com certa reciprocidade, juntamente com respeito mútuo reforçando a democracia deliberativa.

Sunstein elenca cinco categorias de "virtudes" que abrangem as seguintes possbilidades: (1) a redução dos custos da decisão, quando a corte evita a completa resolução dos problemas; (2) a diminuição dos custos provenientes de julgamentos equivocados, pois, quanto menor o alcance das suas decisões, menores os seus impactos em caso de erro; (3) deixa espaço para "pluralismo razoável" na sociedade, fazendo esperar (descansar) as disputas sobre as quais um amplo acordo parece improvável; (4) admite as já comentadas “limitações cognitivas" enfrentadas pelos juízes quanto às conseqüências de suas decisões, a permitir ajustes e adaptações futuras a partir da sua aceitação; (5) permite uma margem de manobra aos processos democráticos em função da própria falibilidade judicial, e sua impossibilidade de correção dos erros causados pelas próprias decisões (SUNSTEIN, 1999, p. 46/54).

Em seu livro “A Constituição Parcial”, Sunstein filia-se à concepção de James Madison[13] e salienta ser a representação política o único meio para a deliberação verdadeira em uma democracia, rejeitando os modelos populistas. O processo decisório deve

[13] Advogado e político estadunidense, foi o quarto Presidente dos Estados Unidos, entre 1809 e 1817. Ele é considerado o "Pai da Constituição" devido ao papel que desempenhou na elaboração e promoção da Constituição e da Declaração dos Direitos.

envolver pessoas que possam ”trocar idéias”, abrirem-se aos argumentos opostos, de modo que as decisões sejam tomadas em benefício da coletividade. Afinal de contas, temos corpos legislativos destinados a essa finalidade.

O minimalismo ou autocontenção judicial significa exercer a justiça de acordo com leis criadas por terceiros, por legisladores, em vez de se basear em avaliações próprias, no caso dos juízes, sobre o que seria melhor para cada uma das partes, em um caso particular ou na sociedade em geral.

Oliver Wendell Holmes, juiz da Suprema Corte, exemplificou essa filosofia leal quando disse que seu papel como juiz “é verificar se o jogo está sendo jogado segundo as regras, gostando delas ou não” [14].

Denota-se que os profissionais que praticam a autocontenção judicial buscam compreender e aplicar a lei escrita como ela se apresenta como um conjunto de instruções para juízes e cidadãos, desconsiderando as motivações, as crenças, as esperanças ou os medos que possam ter se colocado atrás da confecção da lei. Até mesmo a lei mais simples, como por exemplo, um simples limite de velocidade por hora, pode ser expandida e gerar uma complexa discussão.

Dessa maneira, o minimalismo descreve um tribunal diretamente focado na solução do caso concreto, que não se coaduna com fundamentos abstratos e do estabelecimento de diretrizes abrangentes. Busca-se assim, atingir o consenso quanto às pequenas questões ou reduzir os custos da procura pelo acordo. O minimalismo, amparado em aspectos pragmáticos, reduz a probabilidade de erro judicial, deixando a resolução de questões fundamentais sociais aos poderes políticos que tem competência para resolvê-las adequadamente. E constitui uma manifestação de respeito àqueles que não compartilham do entendimento que seria exibido pelo tribunal.

---

[14] Oliver Wendell Holmes, Collected Legal Papers, p. 307.

A autocontenção judicial não envolve apenas a preservação das cláusulas constitucionais e das cláusulas da legislação que estão sob a autoridade do Congresso ou dos estados, mas compreende também a relutância em anular decisões judiciais anteriores. Sem tal relutância, as leis se tornariam tão maleáveis com a mudança dos quadros dos tribunais que os cidadãos encontrariam grandes dificuldades em planejar suas realizações econômicas, dentre outras atividades que tomam tempo, até alcançarem resultados positivos, pois se tornaria impossível predizer como se comportariam os novos membros da magistratura e quais seriam suas preferências na condução das leis (SOWELL, 2009, p. 279).

Minimalismo e ativismo judicial: questões divergentes

Não podemos deixar de trazer ao texto a posição antagônica ao minimalismo de Sunstein, qual seja o ativismo judicial, modelo no qual, os juizes decidem com maior interpretação das leis, bem como decidem casos em que muitas vezes não há lei específica para tal, então interpretam conforme seu entendimento, muitas vezes moral. O ativismo judicial é muito discutido hodiernamente na comunidade acadêmica, principalmente frente à atual conjuntura política em que vive o país, onde decisões calcadas em uma avaliação moral por parte dos magistrados vem sendo destaque.

Na nossa perspectiva histórica, é recente a polêmica gerada pela nova postura do Supremo Tribunal Federal, que se faz ver, por exemplo, na concepção de concretude atribuída ao mandado de injunção, na interpretação atualmente conferida à fidelidade partidária, na cassação de mandatos parlamentares em ação penal, no reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e em tantos outros casos[15].

[15] Os precedentes são, pela ordem, respectivamente: MI nº. 670/ES; ADI nº. 3999/DF; AP nº. 470/MG e ADI nº. 4.277/DF.

É necessário estabelecer critérios de avaliação da atividade do tribunal constitucional que permitam classificá-lo segundo sua disposição em realizar determinados juízos de ordem política e moral relativamente controversos. Para tanto, a literatura costuma apresentar dois modelos antagônicos de atuação de tribunais, especialmente com relação à interpretação constitucional, denominados "ativismo judicial" e "moderação judicial". Esta definição sucinta pretende ser descritiva, mais que valorativa, já que não rejeita ou aceita com antecedência nenhum dos dois modelos.

De acordo com Ronald Dworkin (1999, p. 180):

> O programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

Assim, de acordo com a auto-restriçao judicial ou moderação judicial, o tribunal se recusa a avaliar a posição do parlamento sobre temas moralmente ou politicamente controversos, aceitando o juízo proveniente no legislativo ou executivo sem questionar a legitimidade da representação política e, principalmente, sem questionar a qualidade do resultado da disputa política legislativa, isto é, a moralidade da lei.

Dessa forma, avalia somente o procedimento formal de forma superficial, atuando apenas nos casos em que normas procedimentais relativamente objetivas tenham sido violadas, como por exemplo, o quórum mínimo para aprovação de uma lei, ou a competência normativa de uma instituição[16]. Outra é a perspectiva adotada pelo modelo do ativismo judicial.

---

[16] São exemplos as seguintes decisões nas quais foram avaliadas a constitucionalidade de leis: Corte

Denota-se que no ativismo judicial, os juízes são atuantes no sentido não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal. Mas vai mais além, os juízes assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como "dignidade da pessoa humana", "igualdade", "liberdade de expressão" etc. Se tornam assim, audaciosos por que reivindicam para si a competência institucional e a capacidade para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios.

Fatores esses que nos levam a vários questionamentos, que se complementam com o problema central. Assim, por exemplo, em que medida a atividade dos tribunais promove ou afronta a democracia? Até que ponto a intervenção judicial em matérias politicamente controversas apresenta um "risco de juristocracia", o risco de um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especialmente constitucional? Por outro lado, até que ponto a recusa a invalidar decisões do executivo ou legislativo representa conivência, por parte do judiciário, com atos de arbítrio?

A abordagem minimalista de Sunstein, contudo, defende que a ampliação da atuação judicial em questões técnicas de alta complexidade e moralmente controvertidas suscitaria efeitos colaterais negativos, sob o aspecto democrático. Trata-se da

---

Suprema estadunidense nos casos *Plessy vs. Fergunson* (163 U.S. 537 [1896]) mantendo uma lei estadual que determinava às companhias de transporte ferroviário manter acomodações segregadas para brancos e negros, e *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* (300 U.S. 397 [1937]) mantendo uma lei estadual que estabelecia um salário mínimo para as mulheres; STF, no HC 69.657-1-SP (1992) mantendo lei que vedava progressão de regime aos presos condenados por crimes hediondos, afastando a inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da "dignidade da pessoa humana" (CF/88, art. 1º, II), e RE 20.954-3-CE (1996) mantendo uma portaria do ministério da fazenda proibindo a importação de veículos usados, afastando a inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade – em relação à importação de veículos novos.

dimensão procedimental inerente aos "acordos teóricos incompletos" [17]. Os acordos teóricos possuem um nível de incompletude decorrente de uma controvérsia sobre os fundamentos filosóficos e morais, ainda que haja um acordo sobre os resultados efetivos. Nesse caso, é possível dizer que os participantes relevantes estão cientes do resultado sem estar de acordo com as teorias mais gerais que o fundamentam.

As posturas de atuação judicial apresentam-se sob diversas formas, podendo ser defendidas ou criticadas com argumentos da mais variada procedência. Uma das mais bem sucedidas tentativas de fornecer uma defesa de uma postura preferencialmente ativista tem sido apresentada por Ronald Dworkin ao longo das últimas três décadas. E embora Dworkin não utilize a expressão "perfeccionismo" para identificar seu próprio ponto de vista, esta é utilizada por Cass Sunstein para classificá-lo[18].

Esta definição capta algumas das pretensões de Dworkin (2007, p. 97): devido à necessidade de fornecer fundamentos racionais para suas decisões judiciais, os juízes são constrangidos a tentar "apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática." Para realizar esta tarefa os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente do próprio Tribunal.

---

[17] Sob essa ótica, Sunstein sublinha: "Quando as pessoas divergem sobre alguma proposição (relativamente) de alto nível de abstração, elas podem ser capazes de concordar quando diminuem o nível da abstração. Juízos teoricamente incompletos sobre casos particulares são o material ordinário do direito". O autor conclui que os acordos teóricos incompletos contemplam um resultado específico sem invocar teorias abstratas (SUNSTEIN 1996, p. 37).

[18] Os perfeccionistas concordam com a afirmação de que a constituição é vinculante; ela é, afinal de contas, exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar. "Mas eles acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível." SUNSTEIN, Cass. Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa, New York: Basic Books, 2005, p. 32.

Em temas sensíveis, como a igualdade, os legisladores podem estar sujeitos à pressão desproporcional de grupos privados politicamente poderosos, que subjugam minorias politicamente impotentes. Em face disso os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos. Desigualdades de poder efetivo podem justificar, por razões de equidade, que a democracia seja fortalecida com a entrega, aos tribunais, de algum poder sobre uma classe pequena e especial de decisões políticas.

Em posição análoga ao pensamento de Cass Sunstein, destaca-se a teoria de Jeremy Waldron e sua defesa da dignidade da legislação, no qual sustenta a prevalência do legislativo como fundamentação da legitimidade democrática. Para Waldron (2003), a legislatura está em declínio de dignidade, consequentemente de legitimação, pois o passado de ouro da legislação parece estar dando espaço a um presente que representados veem algo de indecoroso de uma legislatura eleita, formada por pessoas ligadas a partidos políticos, por esses dominada e tomando decisões com base em um governo de maioria.

Entretanto, Waldron deixa bem clara sua intenção ao bordar a dignidade da legislação como o começo de um novo pensar sobre o conceito de Direito. A abordagem de Waldron acentua e expressa elementos diretamente ligados ao processo legislativo, no qual ele assim defende (2003, p. 05):

> Quero que vejamos o processo de legislação na melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, fazendo de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opiniões e princípios entre eles.

É inegável que existem desacordos sobre um ideal de justiça. Para Waldron (2007, p. 01), “nós somos muitos, e nós discordamos

sobre a justiça". A partir dessa discordância, que é inerente à vida social, é necessário encontrar um caminho para que se estabeleça um equilíbrio entre democracia e justiça. Para o autor, o processo decisório legítimo para sanar essas discordâncias é o legislativo.

A teoria de Waldron sobre a dignidade da legislação é norteada, em parte pela grande ascensão da revisão judicial, bem como pela previsão dos tribunais serem encarregados da efetivação dos direitos. O autor pontua que (WALDRON, 2004, p.03):

> Quando cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos nós temos ou o que esses direitos envolvem, parece como insulto dizer que isso não é algo que a eles seja permitido decidir através de processos como decisões majoritárias, mas que o assunto (os direitos) será designado em substituição a um pequeno grupo de juizes para decisão final.

Depreende-se do entendimento preconizado por Waldron que é por meio da legislação que se regra os inúmeros desacordos sobre direitos, dando forma aos direitos à saúde, à educação, à forma de exercício do acesso à justiça e todo o mais que possa servir de parâmetro para o exercício das liberdades civis e políticas.

A construção do processo decisório teve uma larga e ampla participação popular através do processo legislativo representativo pelo voto, pelo sufrágio universal. A partir desses elementos contextualizados, Waldron alega não fazer sentido, que depois de séculos de lutas, e tendo sido atingido um modelo de participação popular que se passe as decisões que repercutem sobremaneira na sociedade ao Poder Judiciário (WALDRON, 2004, p.239).

Conclusão

A abordagem minimalista se justifica, então, em função de uma série de razões. Muitas decisões precisam ser tomadas rapidamente e o são em face de conflitos sociais aparentemente insolúveis e que se relacionam com um amplo rol de princípios

básicos. Nessas circunstâncias, é bastante expressiva a chance de serem tomadas decisões equivocadas.

Acresça-se a essas razões que o dissenso não está presente somente fora do poder judiciário. Nos tribunais também existe divergência acerca de questões fundamentais, o que é de todo desejável, mas que representa uma dificuldade a mais na tarefa de julgar os casos concretos. A diversidade de opiniões entre os juízes impõe que, bem por isso, um julgador adote uma atitude cautelosa com relação às convicções do outro, como forma de convivência profícua e respeitosa.

Portanto, a opção por refutar uma determinada visão somente deve ser feita se isto for essencial para decidir um caso particular. Os juízes, ademais, também estão sujeitos aos efeitos das pressões sociais que decorrem dos processos de conformação e são altamente vulneráveis às influências. Isto explica a existência de movimentos de extremismo e radicalização das opiniões também dentro dos tribunais (SUNSTEIN, 2008).

Esses são fatores de extrema relevância, que influenciam sobremaneira as decisões judiciais acerca da melhor interpretação de uma determinada lei. Em algumas hipóteses, podem produzir julgamentos distorcidos e não refletir as convicções da sociedade, ou pelo menos da maioria dos membros da sociedade.

Em suma, os argumentos pragmáticos de Sunstein (2008) em favor do minimalismo se fundam especialmente no fato de que os tribunais são compostos por pessoas profundamente diferentes e que, não raro, são vulneráveis às pressões de grupos, possuem feição democrática muito frágil e limitada capacidade de perceber e avaliar os fatos têm que prolatar muitas decisões em um curto período de tempo, conviver e evitar o erro tanto quanto possível, além de demonstrar respeito por todos os atores do processo: julgadores, litigantes e demais pessoas afetadas por suas decisões.

Em face de todas essas limitações, não é razoável nem desejável, que um juiz, diante de questões controvertidas e complexas, discuta teorias profundas, que dificilmente resolverão o

caso concreto, tampouco se deve pretender que a solução para determinado caso expresse uma decisão política fundamental. Já sob uma vertente política, um forte ativismo judicial obstrui o debate público e reduz as possibilidades de autogoverno.

Por meio do minimalismo judicial e da aplicação dos acordos parcialmente teorizados é possível a promoção das mais altas aspirações de igualdade e justiça de uma sociedade democrática sem o comprometimento do processo democrático, justo para permitir que o debate político permaneça em fórum político. Além disso, um tribunal de atuação minimalista é menos suscetível de produzir decisões equivocadas. Mais, os erros que eventualmente venham a ser cometidos serão muito menos danosos à sociedade (SUNSTEIN, 2008). Enquanto que o ativismo judicial é um cheque em branco no qual se pode explorar qualquer direção, em qualquer questão, dependendo das predileções de cada juiz ou tribunal em particular.

O argumento minimalista se fortalece especialmente nas áreas que envolvem questões mais altamente controvertidas, uma vez que nestes casos mesmo as decisões prolatadas com base nas convicções mais verdadeiras e mais profundas dos julgadores podem se mostrar inadequadas, em vista dos efeitos imprevisíveis que podem decorrer do impacto social da decisão.

No que concerne ao ativismo judicial, conclui-se que decisões judiciais baseadas nas preferências dos juízes, em vez de guiadas pela lei escrita e democrática, acabam produzindo efeitos colaterais sobre a justiça das leis, vista como uma estrutura fundamental dentro do qual os membros da sociedade podem planejar suas ações. O efeito mais nítido é que ninguém é capaz de prever quais resultados sociais os juizes se inclinarão a favorecer no futuro, deixando até mesmo as mais claras leis cercadas por uma neblina de incertezas a anunciar crescentes litígios.

Referências

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____**O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____ **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOLMES, Oliver Wendell. **Collected Legal Papers**, 2003.

MORAIS, José Luiz Bolzan. **Mediação e arbitragem. Alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a Sociedade**. São Paulo: É Realizações, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. São Paulo: Del Rey, 2008.

_____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

_____Radicals in Robes: **why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2007.

_____. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

Waldrom, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. De Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

42

Direitos humanos fundamentais e a questão do meio ambiente ecologicamente equilibrado

Nadine Langner dos Santos [1]
Luana Maíra Moura de Almeida[2]

1 Introdução

O Brasil nos últimos anos tem perseguido um novo ideal, de país desenvolvido, buscando expandir sua tecnologia e avançar timidamente com pesquisas científicas, mas, no entanto, com grandes projetos de infraestrutura, energia e transportes. É importante consignar, contudo, que um país com um território tão extenso, com pluralidades culturais e grande desigualdade social, resultará em consequências diferentes para cada parcela da sua população, tendo assim um alto custo socioambiental para todos os brasileiros na medida diretamente proporcional às desigualdades sociais.

O avanço da tecnologia, pesquisa e infraestrutura em diversas áreas necessita de experiências, pesquisas de campo, e envolvimento com diversos bens naturais. Consequentemente, se não tomado cuidado, resultará na produção de resíduos, poluição ou mesmo esgotamento de certos recursos naturais. Ou seja, é evidente a

---

[1] Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) *campus* Santo Ângelo.

[2] Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) *campus* Santo Ângelo.

relação que todas essas atividades terão com o meio ambiente natural. Assim, cabe ressaltar a importância que se deve ter com a natureza, de modo que a busca pelo desenvolvimento não venha de encontro a um ecossistema ecologicamente equilibrado e sustentável. É necessária a harmonização desses interesses, a fim de que seja garantida uma sadia qualidade de vida, mantendo possível, assim, a realização da dignidade da pessoa humana.

Do avanço e da constatação de suas consequências, percebe-se o desrespeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que vem sendo reiteradas vezes violado, principalmente por grandes empresas, indústrias e pelos próprios indivíduos da sociedade, que não observa a necessidade dos pequenos cuidados diários com a natureza. Em razão disso, o presente trabalho traz uma reflexão sobre os "novos direitos", baseados nos direitos humanos fundamentais, previstos no âmbito das Convenções Internacionais de Direitos Humanos e na Constituição Federal. A nota distintiva desses direitos está no fato de serem difusos, transfronteiriços, ou seja, afetam a todos, independentemente da forma de vida, ultrapassam fronteiras, desconhecem barreiras, sendo necessário, portando, o agir conjunto para o melhor enfrentamento dessa problemática. Diante disso, o presente trabalho pretende investigar quais os direitos humanos fundamentais que asseguram a dignidade da pessoa humana, bem como a importância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2 A constituição federal brasileira e os direitos humanos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 projeta um Estado Democrático de Direito, "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, e sem preconceitos [...]", conforme se pode constatar de seu preâmbulo (BRASIL, 1988). Além

disso, com a democracia, traz o povo como soberano. Nesse sentido, na contemporaneidade, a democracia é exercida pelo voto dos indivíduos, elegendo os representantes da sociedade (GUERRA, 2018). Esses representantes tem o dever de impulsionar a eficácia das garantias populacionais.

Observando assegurar os direitos sociais e individuais, têm-se um olhar voltado para o princípio da dignidade da pessoa humana, garantido pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu inciso III:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania
> **III - a dignidade da pessoa humana;** [...] (BRASIL, 1988).

De forma que só existirá uma sociedade harmônica e igual, quando respeitados e implementados direitos e deveres fundamentais, baseados na igualdade, e no direito de ter uma qualidade de vida. Assim, devem refletir cada vez mais a pretensão de todos os cidadãos, independentemente da classe social.

É nesse sentido que passam a ser assegurados no texto constitucional brasileiro os direitos fundamentais, com inspiração nos direito humanos internacionalmente reconhecidos.

Diante disso, é importante esclarecer a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Direitos humanos são os direitos garantidos aos indivíduos pela condição de ter nascido humano, enquanto os direitos fundamentais são diretos que, em um determinado momento histórico, cultural, político e social, de um povo, sentiu-se a necessidade de positivá-lo no âmbito dos textos constitucionais (SANTOS *apud* CARVALHO, 2017).

Sob esse mesmo aspecto, o autor traz os direitos humanos referentes à integridade física e psicológica da pessoa humana, perante o Estado, que garantem o bem estar social, através da

fraternidade, igualdade e excluindo qualquer possibilidade de discriminação, o que reflete na discussão das gerações ou também denominadas dimensões dos direitos humanos e/ou fundamentais. Na primeira geração de direitos fundamentais, tinha-se a necessidade de implementação de um estado negativo, que focava na liberdade do indivíduo. Quando implementada a segunda geração, buscou-se reduzir a desigualdade resultante da ampla liberdade da primeira geração de direitos fundamentais. Na terceira geração, percebe-se o gênero humano como destinatário de alguns direitos, de fraternidade, voltados à preservação do meio ambiente e animais, inclusive proporcionando o progresso da humanidade, o desenvolvimento, mas de forma cautelosa (BOBBIO, 2014).

Além disso, da busca pela efetividade dos objetivos dos direitos fundamentais das gerações anteriores, sobrevém a quarta e quinta geração de direitos, em que visam à globalização, ultrapassando fronteiras, visando um bem comum mundial, já que se percebe a coexistência e a recíproca influência de diversos países em âmbito social e econômico, garantido uma relação internacional pacífica, com países que possuem culturas e pensamentos diversos (SARLET, 2003).

Antes de adentrar o texto constitucional brasileiro, contudo, encontraram previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, que é uma fonte do direito internacional, que abrange todos os países que foram seus signatários (FREITAS, 2016). Já a Constituição, é a fonte do direito interno, imposta na sociedade, por representantes escolhidos pela população, no exercício do poder constituinte, que é de titularidade do povo (NETO; SARMENTO, 2017). Tendo em vista, todas as barbáries decorrentes da história da humanidade e as que ainda acontecem, a Declaração Universal Dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo, vem com o objetivo de reconhecer o respeito a todas as pessoas, bem como a necessidade do desenvolvimento de relações amigáveis entre seus diferentes, ou seja, *"Considerando* que o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os

membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo [...]" (ONU, 1948).

A Declaração afirma novamente a dignidade da pessoa humana promovendo o progresso social e melhores condições de vida. A CF/88 nesse sentido se assemelha a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e na previsão de vários aspectos, ou direitos humanos fundamentais, como propriedade, segurança, liberdade, igualdade. Como por exemplo, a dignidade humana e a não discriminação constante no artigo 6 º da DUDH, pelo qual "Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei" (ONU, 1948).

Já o art. 5º da CF/88, em seu inciso I, apresenta a não discriminação "I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição." (BRASIL, 1988), inspirada também na DUDH de 1948, que traz a igualdade de gêneros, ainda que cometa o "equívoco" de mencionar que "Todo **homem** tem" direitos:

> Art. 2º. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. (ONU, 1948).

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos 1993 Viena, declarou de caráter universal, reafirmando que os Estados devem garantir o respeito e proteção dos direitos humanos, promovendo a autodeterminação dos povos, e ainda assim o desenvolvimento como parte integrando dos direitos universais (DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA, 1993).

Dessa forma, pode-se perceber uma forte influência das convenções internacionais e das declarações internacionais de direitos humanos sobre os direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional brasileiro.

Atualmente, com a globalização, a tendência é a internacionalização do Direito, que resulta na interferência de normas internacionais no âmbito interno dos países. Ou seja, apesar da Constituição Federal de 1988 ser a norma fundamental, e seguindo a norma dos Direitos Humanos, acabando sendo influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), pelo fato de ter assinado o tratado e ter contraído para si responsabilidades e obrigações. Onde o Brasil de fato a assinou em 10/12/1948.

Outro fato que mostra como a Constituição vai se basear em fatos internacionais, é o Art. 4º e o Art. 5º §2º e 3º:

> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]
> Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. (BRASIL,1988).
>
> Art. 5º [...]
> § 2º 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.
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

Os dispositivos acima mencionados referem-se aos direitos e garantias previstos na norma fundamental, interligados juridicamente com outras nações, e referem também como não serão excluídos os outros princípios que vieram a partir dos princípios e tratados adotados. O parágrafo 3º, por sua vez, trata da equivalência de um tratado de direitos humanos com aprovação qualificada, à emenda constitucional, ou seja, os direitos e garantias trazidos a partir do Direito Internacional são tão importantes quanto os que constam no regime brasileiro.

Desse modo, a internacionalização do direito vem propor uma maior aproximação entre os Estados soberanos, no sentido de que, todos são responsáveis, pelo planeta Terra, visto que todos necessitam dele para a sobrevivência. Nessa perspectiva, consta na previsão legal brasileira, em seu Art. 225 (BRASIL, 1988) que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...], e a não eficácia desse direito, interfere tanto na violação da norma interna afetando a dignidade da pessoa humana, como da norma externa, que é a Declaração Universal de Direitos Humanos, que garante ao ser humano, uma vida digna, ou seja, tem-se uma dupla violação, a da norma interna e da norma externa.

Dentre os direitos humanos e fundamentais, ganha relevância, diante da problemática da crise ambiental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tão importante para a realização da dignidade da pessoa humana, que será tratado mais especificadamente, tendo em vista os objetivos desse estudo.

3 O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

A previsão de direitos humanos e fundamentais no plano das relações internacionais e/ou no âmbito interno, contudo, não é suficiente para a efetivação da dignidade da pessoa humana, ainda que seja um grande avanço. A realidade atual ainda se afasta muito do ideário descrito tanto em âmbito nacional como internacional. A coexistência de pessoas diferentes, em um nível de desigualdade bem elevado, em todos os sentidos, mas também econômico social e educacional, faz com que seja difícil realizar a igualdade e dignidade projetadas de maneira equânime, ou seja, para todas as pessoas, independentemente de suas diferenças.

Isso pode ser claramente percebido, principalmente no que se refere ao direito ao meio ecologicamente equilibrado, tendo em vista que se constata uma cobiça muito grande entre as grandes empresas e indústrias em aumentar seu capital, do mesmo modo em que há pouco interesse individual em mudanças de hábitos. Atualmente, a

correria do dia a dia, reflete no consumo excessivo de materiais descartáveis, de modo que as indústrias buscam cada vez mais facilitar seus produtos, e os indivíduos não têm consciência ecológica, ou seja fatores que, somados, geram fortes consequências socioambientais. Mesmo com a norma fundamental prevendo em seu artigo 225, no plano dos fatos, é imprescindível a soma de esforços e o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também como um dever:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

O reconhecimento do direito ao meio ambiente perpassa a necessidade de percebê-lo como um direito humano, uma vez que os direitos humanos têm primordial colocação na visão legislativa, pois são voltados à realização de uma vida plena, não qualquer vida, mas uma sadia qualidade de vida, sendo, ainda, constitucionalmente protegido.

Quando se viola o direito ao meio ambiente, outros direitos são violados. Há um consequente um duplo desequilíbrio, ambiental e humano. Os impactos ambientais, gerados pelo desenvolvimento, podem ser descritos como violações de direitos humanos fundamentais, não apenas de índole transindividual, mas também social e individual.

Envolvem, ainda, contudo, um dever fundamental de preservação. Na prática, sente-se a falta de consciência ambiental. A transformação da realidade, por outro lado, é possível a partir do conhecimento, aprendizagem. Atualmente tem-se uma cultura de "indiferença" ao abordar assuntos relacionados ao meio ambiente, a preocupação não é com a natureza e as consequências, mas sim com a praticidade do dia a dia. Mesmo a norma fundamental prevendo a educação ambiental como um mecanismo de transformação dessas

realidades, no art. 225, inciso VI, que prevê como incumbência do Poder Público "VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;" (BRASIL, 1988). A educação ambiental também vem regulamentada na Lei 9.795/99, que busca promover a responsabilidade e as obrigações morais dos indivíduos na sociedade, e não se tratando de reger punições e sanções a quem não seguir, em seu artigo 2º da lei menciona. "A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não formal." (BRASIL, 1999)

Mas na realidade, os temas são mais debatidos de forma informal e em escolas, de modo que são poucos os projetos que realmente se concretizam, para que ocorra alguma mudança de hábito. Falta muito a presença da comunidade para eficácia dos projetos. As crianças têm em casa como exemplo, os pais, se esses não tem o hábito de cuidar e evitar desperdício, consequentemente, crescem com a visão de que esse estilo de vida é o adequado.

Deste modo, são necessárias práticas de educação ambiental, em todas as áreas e faixas etárias, estimulando os valores socioambientais e inclusive promovendo a transformação social. (SALLES, 2014) Buscando a responsabilidade de cada um como cidadão, para com o meio ambiente, independentemente de classe social, desde o cuidado com o desperdício de água, luz e devida destinação do lixo, e principalmente os cuidados de grandes empresas do governo e privadas, já que recentemente aconteceu um desastre que abalou profundamente o país.

O acidente em Mariana (MG), no dia 05 de Novembro de 2015, citado pelo Nexo Jornal (2017) como o pior desastre da mineração brasileira que gerou impactos ambientais e socioeconômicos. Desenrola-se em um rompimento de barragem, que ocasionou uma enxurrada de lama, destruindo distritos e o Rio Doce. Consequentemente deixando vítimas fatais, outras pessoas

desabrigadas e sem água. Impossibilitando a quantificação dos danos causados pelo acidente. Vislumbra-se, inclusive, como um dano irreversível de difícil (se não impossível) reparação.

Não havia nenhuma substância tóxica ao homem, mas a quantidade de óxido de ferro, vazado, quando secar, provocará uma pavimentação que vai impedir o desenvolvimento de espécies de animais e vegetais, tornando-a infértil e, além disso, não é possível realizar nenhuma construção local (SANTOS, 2018).

Diante desse fato, um dentre muitos em esfera global, toda a humanidade vai sofrer com as consequências. Trata-se de um dano transfronteiriço**,** que não é delimitado por fronteiras, simplesmente se propaga, e como traz o Jornal Eletronico, El País (2016), que além de todo dano ambiental a economia foi afetado, refletindo na renda das pessoas e das cidades próximas ou que viviam da mineração. Tem-se então uma violação da dignidade da pessoa humana, violação da Constituição Federal de 1988, de diversas leis, e violação dos direitos humanos de diversas vítimas fatais, que não terão como serem ressarcidas pela perda, diante da imensidão dela.

A tecnologia está avançada, e todo e qualquer projeto deve ter um cálculo de impactos ambientais, antes de sua construção e uma previsibilidade para evitar essas fatalidades. Muitos projetos e empreendimentos retiram comunidades, famílias de seus locais, para a implantação do que for necessário para o desenvolvimento avançado, só pelo fato de viverem em lugares que podem ser privilegiados, para o crescimento industrial. As perdas de terras, retiradas forçadas dessas pessoas, de seus lares, violam sua dignidade, pois muitas vezes são “recompensadas” financeiramente com um valor que não repara todo dano e abalo sofridos. É notório que essas questões resultam em injustiças socioambientais. As pessoas estão tendo seus direitos violados duplamente, em questão ambiental e social.

Diante de todas as mudanças e transformações que a natureza vem sofrendo em decorrência da ação humana, Leonardo Boff em seu livro, Sustentabilidade, “O que é - o que não é”, refere que diante

dos desafios para relacionar a vida humana com o cuidado com a terra, o que está sendo colocado em risco é a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, das futuras gerações (2013). Para manter esse futuro comum, tem-se a sustentabilidade, bem como os princípios da precaução e preservação. A precaução envolve a incerteza científica do dano ao meio ambiente, com a máxima do *in dubio pro meio ambiente*. Já no princípio da prevenção, há certeza científica sobre o dano ambiental, tomando as medidas cabíveis para que não ocorra o dano (JUSBRASIL, 2009).

O autor traz fundamentalmente sustentabilidade como um "conjunto dos processos e ações que se destinam a manter a vitalidade e a integridade da Mãe Terra, a preservação de seus ecossistemas com todos os elementos físicos, químicos e ecológicos que possibilitam a existência e a reprodução da vida." (2013, p. 14).

A forma que procura para promover a sustentabilidade é a partir da democracia socioecológica (BOFF, 2013, p.125), que remete à cooperação, a solidariedade e a inclusão de todos. Nessa perspectiva, os demais membros da comunidade, animais, rios, plantas são incluídos, de modo a proteção não voltar-se somente ao ser humano (visão antropocêntrica). Para a democracia sustentável seja implementada, necessário que ela seja socioecológica, pois parte do pressuposto de que existe a comunidade de vida, da qual todos são parte integrante.

Conclusão

Portanto, o Estado Democrático de Direito, existindo como garantidor da liberdade e igualdade e de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve buscar harmonizar o meio ambiente com o desenvolvimento tecnológico, sem violar os direitos fundamentais. Ainda mais sob a perspectiva de que, a legitimação da ordem estatal também perpassa a adequação ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, pois esse será provocador dos demais princípios (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 45).

Se a base é ignorada (da dignidade da pessoa humana), é difícil tornar os outros direitos eficazes, como a dimensão social, a qualidade de vida, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com saneamento básico, por exemplo. Portanto, necessária uma parceria ambiental, entre o desenvolvimento econômico e social com o ecossistema. Assim consequentemente tem-se um ambiente digno de se viver para todos. Atualmente, nota-se que os maiores valores do Estado não são mais unicamente a liberdade e a igualdade, mas soma-se com a solidariedade (RUSCHEL, 2010, p. 60).

Consequentemente, com a ótica da solidariedade, têm-se um olhar para o outro, para além do direito individual, reconhecendo a importância da vida como um todo, da saúde e também outros direitos. O cuidado, ainda, não pode estar somente voltado ao homem, mas também a todos os seres vivos presente e futuros e também ao "lar," de modo que o habitat natural dos seres vivos seja igualmente protegido. Ou seja, para a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve haver uma mudança, na forma como é abordado o tema ambiental. Há necessidade de comunicação com diversas áreas do saber e diferentes segmentos da sociedade, desde as grandes indústrias até o indivíduo, de modo que tenha uma transformação de atitude, uma conversão sustentável, pois a garantia do direito já existe, a lacuna é existente na eficácia desse direito.

Referências

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade. O que é – O que não é**. Petrópolis - RJ: Editora Vozes, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 6. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em 22/03/2018.

BRASIL. **Lei nº 9.795 de 27 de Abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm Acesso em: 17/04/2018.

CARVALHO, Neudimair. **Diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://neudimairvilela.jusbrasil.com.br/artigos/486909344/diferenca-entre-direitos-humanos-e-direitos-fundamentais>. Acesso em: 12/04/2018.

DECLARAÇÃO E PROGRAMAÇÃO E AÇÃO DE VIENA. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A30%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A30%20adoptado%20pela%20Confer%C3%AAncia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em 12/02/2018.

DESASTRES NATURAIS NO BRASIL: Um Ciclo De Tragédias Anunciadas. **Nexo Jornal.** Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2017/Desastres-Naturais-no-Brasil-um-ciclo-de-trag%C3%A9dias-anunciadas> Acesso em: 22/03/2018.

Um ano do desastre de Mariana: o que foi e o que não foi feito para reparar os danos. **El País**. 2016. Disponível em : <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/04/politica/1478293515_402075.html> Acesso em 12/04/2018.

FREITAS, Paulo. **O Sistema Global e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos no Plano Internacional.** Disponível em: < https://paulotarsomoura.jusbrasil.com.br/artigos/308108836/o-sistema-global-e-os-sistemas-regionais-de-protecao-aos-direitos-humanos-no-plano-internacional>. Acesso em 12/04/2018.

GARCIA, Marcos. **“ Novos” direitos fundamentais, características básicas .**Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654> Acesso em: 22/03/2018.

JUS BRASIL. **Qual a diferença entre princípio da precaução e da prevenção**. Disponível em< https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1049198/qual-a-diferenca-entre-principio-da-precaucao-e-principio-da-prevencao > Acesso em 08/04/2018.

NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel**. Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RUSCHEL, Caroline. **Parceria Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2010.

SALLES, Carolina. **Direitos Humanos e o Meio Ambiente**: A Educação Ambiental Como Direito Fundamental**.** Disponível em: <https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/artigos/112225772/direitos-humanos-e-o-meio-ambiente-a-educacao-ambiental-como-direito-fundamental > Acesso em: 22/03/2018;

SANTOS, Vanessa. **Acidente Em Mariana (MG), E Os Impactos Ambientais.** Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/acidente-mariana-mg-seus-impactos-ambientais.html> Acesso em 22/03/2018.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do Direito Ambiental**. São Paulo. Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVEIRA, Antônio. **Direitos Humanos E Meio Ambiente**. Disponível em: <http://www.aultimaarcadenoe.com.br/direitos-humanos-e-meio-ambiente/>. Acesso em 22/03/2018.

SOBERANIA TERRITORIAL E ECOSSISTEMA GLOBAL. Disponível em. <http://pegadas-ecologicas.blogspot.com.br/2012/04/danos-ambientais-transfronteiricos.html> Acesso em: 22/03/2018.

TRENTIN, Melisandra; SANTOS, Maureen. **Direito humano ao meio ambiente**. Disponível em <https://www.ritimo.org/Direito-Humano-ao-Meio-Ambiente> Acesso em: 22/03/2018.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em: 22/03/2018.

43

Ecofeminismo e movimentos de camponesas frente a perspectiva da proteção ambiental

Neusa Schnorrenberger[1]
Rosângela Angelin[2]

Introdução

As mulheres, como um todo, mas especialmente as que se encontram no espaço rural têm uma vivência mais próxima com o meio ambiente, em relação aos homens, em especial na questão do cuidado ecológico e de proteção ambiental, uma vez que seu habitat está mais ligado com a terra, a produção de alimentos e os cuidados diretos com os membros da família. Esta preocupação tem se demonstrado em vários momentos, por mulheres camponesas que, inseridas em movimentos de mulheres do campo, reivindicam políticas públicas e leis protecionistas ao meio ambiente, invocando premissas de desenvolvimento sustentável intergeracional, demandas estas que aparecem claramente também nos espaços de mística destes movimentos.

---

[1] Mestranda em Direito no PPGD - Mestrado e Doutorado/ URI, *Campus* Santo Ângelo-RS. Integrante do Grupo de Pesquisa *Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas*, vinculado ao PPGD, acima mencionado. Bolsista CAPES. Advogada. E-mail: asuensch@hotmail.com

[2] Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo/RS. Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente da Graduação em Direito e PPGD – Mestrado e Doutorado da URI, Campus Santo Ângelo/RS. Líder do Grupo de Pesquisa (CNPQ) *Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas*.

Destarte, através de uma abordagem hipotético dedutiva, a pesquisa pretende analisar o ecofeminismo espiritualista frente a atuação de Movimentos de Camponesas em prol instituição de políticas de proteção ambiental. Para traçar essa perspectiva, num primeiro momento, a pesquisa se voltará para compreender melhor a teoria do ecofeminismo e a relação mais próxima das mulheres com o meio ambiente natural, para então, refletir sobre sobre como a mística religiosa envolvida na perspectiva da teoria ecofeminista espiritualista tem contribuído para motivar os Movimentos de mulheres do campo a lutarem por políticas de proteção ambiental, elencando conquistas desses movimentos.

Ecofeminismo e proteção ambiental: um espaço de mulheres?

Algumas correntes dos movimentos feministas têm se posicionado sobre os temas envolvendo o meio ambiente natural e as mulheres, entendendo que é necessário enconrar outras formas de mensurar e analisar a qualidade de vida (PULEO, 2013. p. 08). A teoria ecofeminista traz uma nova compreensão de qualidade de vida, pressupondo modelos de desenvolvimento calçados em padrões polêmicos de condução social, em Estados com uma modelagem do capital patriarcal. Alícia Puleo, analisando os estudos de Andrew Dobson, mostra a necessidade de se remodelar uma concepção de cidadania, a partir da cidadania ambiental, que está voltada somente para o âmbito público e correspondendo a perspectivas liberais, para uma cidadania ecológica que se desenvolve tanto no mundo público quanto no privado, visando a ideia da não territorialidade ecológica, bem como um comprometimento coletivo (PULEO, 2013, p. 270-271).

Neste debate de proteção ambiental, surge a figura das mulheres, como já abordado, acima, em especial a Diretriz nº 20 da EC/92, relacionando-as como mais próximas à natureza. Conforme Rosângela Angelin, é imprescindível um olhar na história da mulher para a compreensão das perspectivas divergentes quanto a essa

explicação: "[...] seja a natureza vista como um ambiente de espaço de vivências e manutenção da vida, ou a relação natureza/mulheres utilizada como uma justificativa biológica para o exercício de relações de poder e opressão das mulheres (ANGELIN, 2014, p. 1572). A autora chama a atenção para o cuidado que deve-se ter nestas análises, a fim de não utilizar uma visão determinista de que as mulheres e o meio ambiente natural tem proximidades tidas como naturais, o que implicaria em criar identidades femininas "fechadas":

> A vista disso é interessante notar que as mulheres possuem e, ao mesmo tempo desenvolveram, um ponto de encontro com o meio ambiente natural que foi sendo cada vez mais próximo, em decorrência de diversos fatores, entre eles o cuidado com a vida e, junto a isso, a **naturalização** dos papéis femininos, repassando responsabilidades para as mesmas que as aproximaram mais de situações envolvendo natureza. O que se deve ter presente como linha norteadora desse tipo de análise é o cuidado e a perspicácia para não se relativizar e universalizar a relação entre mulheres e natureza, a fim de não se incorrer no erro de **naturalizar** as identidades femininas numa visão determinista (ANGELIN, 2014, p. 1572, grifo original).

No quadro do desenvolvimento capitalista patriarcal, se inserem os debates ecológicos juntamente com o debate das mulheres. Ivone Gebara, teóloga feminista latino-americana, contribui ponderando que o ecofeminismo vem a ser a busca para a recuperação e valorização dos ecossistemas naturais e das mulheres, na conjuntura social onde "Estas foram relegadas pelo sistema patriarcal e particularmente pela modernidade a serem força de reprodução de mão de obra, 'ventres benditos', enquanto a natureza tornou-se objeto de dominação em vista do crescimento do capital" (GEBARA, 1997, p. 10).

O termo ecofeminismo aparece pela primeira vez na França, nos discursos de Françoise D'Eaubonne, em 1974, surgindo assim os primeiros manifestos do movimento feminista na defesa do meio

ecológico e, em 1978, o mesmo fundou o movimento denominado "Ecologia e Feminismo" (BIANCHI, 2012, p. 01-26). A socióloga alemã Maria Mies e a física e filósofa indiana, Vandana Shiva afirmam que o ecofeminismo é um movimento pacifista e ambientalista contra o poder patriarcal, trazendo "[...] à tona a relação estreita existente entre a exploração e a submissão da natureza, das mulheres e dos povos estrangeiros, pelo poder patriarcal (MIES; SHIVA, 1993, p. 24-25). Nesta mesma perspectiva, Ivone Gebara destaca que o ecofeminismo busca vislumbrar o todo da vida:

> O sujeito é sujeito e objeto não separado, mas interdependente, inter-conectado com tudo o que se propõe a conhecer. E o conhecimento pessoal é apenas um aspecto dessa relação. Trata-se de articular subjetividade / objetividade, individualidade / coletividade, transcendência / iminência, ternura / compaixão / solidariedade, plantas/ humanidade, animais / humanidade a partir de uma perspectiva englobante (GEBARA, 2000, p. 21).

Em entrevista cedida à Maricel Milena López, a teóloga Ivone Gebara, traduz sua concepção de ecofeminismo, como sendo "[...] ecologia com feminismo. Então ecologia e feminismo vão juntas como uma preocupação dos nossos tempos, que nos desafiam a respeitar as mulheres que são desrespeitadas pelo sistema patriarcal e a respeitar a natureza explorada pelo sistema capitalista também patriarcal" (López, 2000, p. 79).

Alícia Puleo, que apresenta três principais tendências do ecofeminismo: *ecofeminismo clássico, ecofeminismo espiritualista do terceiro mundo* e *ecofeminismo construtivista*. Referente a primeira tendência, a autora disserta:

> **Ecofeminismo clássico**: Nesta tendência o feminismo denuncia a naturalização da mulher como um dos mecanismos de legitimação do patriarcado. Segundo o ecofeminismo clássico, a obsessão dos homens pelo poder tem levado o mundo a guerras suicidas, ao envenenamento e à destruição do planeta. Neste contexto, a ética

> feminina de proteção dos seres vivos se opõe à essência agressiva masculina, e é fundamentada através das características femininas igualitárias e por atitudes maternais que acabam pré-dispondo as mulheres ao pacifismo e à conservação da natureza, enquanto os homens seriam naturalmente predispostos à competição e à destruição (PULEO, 2002, p. 37-39, grifo original).

Para Rosemary Radford Ruether, nessa tendência do ecofeminismo há um pensamento que liga a mulher/natureza como se fosse uma busca social erguida no patriarcado, justificando a dominação, o uso das mulheres e do mundo natural como sua propriedade: "Na realidade, as mulheres não são mais natureza não humana tanto quanto os homens, ou, em outras palavras, os homens são outras criaturas tanto quanto as mulheres" (RUETHER, 2000, p.13). Nessa tendência, existe uma clara relação entre mulheres e meio ambiente natural, afirmada, em especial por questões biológicas das mulheres, o que, portanto, torna natural a exploração e submissão tanto das mulheres, quanto da natureza, reafirmando estereótipos femininos (ANGELIN, 2017).

Já o ecofeminismo espiritualista se difere por apresentar nuances espiritualistas da relação das mulheres com o meio ambiente natural:

> **Ecofeminismo espiritualista do Terceiro Mundo**: Teve origem nos países do sul, tendo a influência dos princípios religiosos de Ghandi, na Ásia, e da Teologia da Libertação, na América Latina. Esta tendência afirma que o desenvolvimento da sociedade gera um processo de violência contra a mulher e o meio ambiente, tendo suas raízes nas concepções patriarcais de dominação e centralização do poder. Caracteriza-se também pela postura crítica contra a dominação, pela luta antisexista, antiracista, antielitista e anti-antropocêntrica. Além disso, atribui ao princípio da cosmologia a tendência protetora das mulheres para com a natureza (PULEO, 2002, p. 37-39, grifo original).

Nessa linha, segundo Ruether (2000, p. 14), "As mulheres são as que doam a vida, são as que alimentam e em seu ventre que

cresce a vida humana. As mulheres também são as que recolhem o alimento, foram elas que inventaram a agricultura". Embora essa corrente seja muito interessante no aspecto de mobilizar as mulheres para a proteção ambiental, a justificativa de sua ligação natural com o meio ambiente pode ser interprestada também como uma forma de naturalização de estereótipos. Porém, não se pode negar o caráter mobilizador dessa tendência do ecofeminismo e das conquistas alcançadas pelos movimentos identificados a essa teoria (ANGELIN, 2017).

A última tendência apresentada por Puleo é a denominada de ecofeminismo construtivista, com as especificidades que seguem:

> **Ecofeminismo construtivista.** Esta tendência não se identifica nem com o essencialismo, nem com as fontes religiosas espirituais das correntes anteriores, embora compartilhe idéias como antiracismo, anti-antropocentrismo e anti-imperialismo. Ela defende que a relação profunda da maioria das mulheres com a natureza não está associada a características próprias do sexo feminino, mas é originária de suas responsabilidades de gênero na economia familiar, criadas através da divisão social do trabalho, da distribuição do poder e da propriedade. Para tanto, defendem que é necessário assumir novas práticas de relação de gênero e com a natureza (PULEO, 2002, p. 37-39, grifo original).

No contexto das três tendências do ecofeminismo, acima apresentadas, Ruether, apregoa a importância do elemento teológico da segunda tendência, destacando aspectos da economia liberal e do patriarcado que assumem um posicionamento de desenvolvimento sustentável nada sistêmico: "Somente quando aprendermos a ligar nossas histórias e lutas, de um modo concreto e autêntico, com as das mulheres do lado inferior do atual sistema de poder e lucro, poderemos começar a ter uma idéia do que significa a teologia e a ética ecológica" (RUETHER, 2000, p.1 7). Para a autora,

> Precisamos manter em mente, firmemente, a realidade destas mulheres, que carregam nos braços a criança que morre de desidratação por causa da água poluída; que caminham longas horas para atender as necessidades básicas; e que continuam a lutar para atender as necessidades básicas; e que continuam a lutar para defender a vida com uma tenacidade que se recusa a ser derrotada e celebra com uma plenitude de espírito que desmente a aparente desesperança da situação (RUETHER, 2000, p. 17).

No que tange a questão acima exposta, Gebrara reitera que as mulheres, em especial as mais pobres tem sido as principais afetadas diante de crises ambientais, não pela relação próxima delas com a natureza, mas sim pelas relações de poder exercida pelos homens sobre as mulheres e sobre o meio ambiente natural, que as afasta dos bens ambientais, recaindo sobre seus corpos e suas vidas todas as ameaças e riscos impostos pelo desequilíbrio ecológico e o desenvolvimento que prima apenas pela economia (GEBARA, 1997, p. 14-16).[3]

Trazendo à baila a segunda tendência ecofeminista espiritualista do terceiro mundo, Souza afirma a associação do feminino com a natureza: "A associação natureza e mulher/divindade feminina estaria assim relacionada a uma 'qualidade' em comum: a capacidade procriativa, sugerindo uma conexão biológica entre mulher e natureza" (SOUZA, 2000, p. 60). Para a mitologia, a deusa principal, que gerou todos os demais deuses, é considerada a deusa-terra (ARAÚJO, s.a.,s.p.). Nesse sentido, estudiosos da teologia, entendem que a dessacralização da natureza permitiu a depredação e o domínio dessa, oferecendo assim, um lugar especial a figura feminina na luta ecológica, pois retratam a mulher e a natureza como sujeitas a exploração patriarcal, portanto sendo ela, a mulher, uma parte com interesse

[3] Na esteira trazida por Angelin, o ecologismo social engloba uma intensa preocupação com o ecológico e as injustiças sociais que "[...] sempre estiveram presente nas ideias ecofeministas, uma vez que todas as correntes desse movimento relacionam o vínculo entre a opressão da natureza e das mulheres e buscam sua superação" (ANGELIN, 2014, p. 1586).

em sua superação (SOUZA, 2000, p. 61). Para Souza as teorias ecofeministas são de elevada importância, pois dão ênfase aos paralelos entre os sexos e estabelecem,

> [...] o que é do terreno feminino (preocupação com a vida, cuidado com o outro, sensibilidade, afetividade intuição) e o que é do terreno masculino (competitividade, agressividade, lucratividade racionalidade excessiva), privilegiando, dessa forma, os valores associados ao feminino em relação aqueles associados ao masculino, constituindo assim uma inversão hierárquica (SOUZA, 2000, p. 59).

Fritjof Capra, adepto da linha da ecologia profunda, acrescenta que "Gaia, a Terra viva, é a fonte silenciosa de tudo [...]. Ela nos proporciona o contexto para o novo pensamento a respeito de Deus e da Natureza" (CAPRA, 1991, p. 04). Na interpretação do pensamento de Fritjof Capra, realizada por Angelin,

> Os filósofos adeptos a ecologia profunda afirmam que, se os homens estivessem mais próximos às tarefas domésticas e de reprodução, haveria um ganho na qualidade de vida e, consequentemente, na proteção ambiental, uma vez que eles teriam uma percepção real da unidade e interdependência dos seres humanos com o meio ambiente. As mulheres já fazem isto, porque a elas foi deixada a tarefa do cuidado e da manutenção da vida (ANGELIN, 2006, p. 15).

Cuidar do meio ambiente natural de forma sistêmica é uma forma ideológica de conceber o desenvolvimento sustentável e, neste caso, o ecofeminismo, independentemente de suas tendências, tem sido uma teoria que se baseia em ações concretas capazes de produzir resultados concretos. Assim, merecido é o destaque da figura das mulheres camponesas, que através de sua luta nos movimentos do campo, utilizando-se dos princípios ecofeministas espiritualistas, transmutam na mística religiosa a força para se articularem em prol da emancipação feminina e, ao mesmo tempo da garantia da proteção ambiental, conseguem se manter fortes e

unidas. Resultados positivos são a implementação de ações práticas e da criação de políticas de proteção ao meio ambiente natural, representando um movimento muito importante dentro da sociedade brasileira, o que se visará no último subtítulo a seguir.

Ecofeminismo espiritualista e seu fomento aos movimentos de mulheres do campo em prol da criação de políticas de proteção ambiental

Reconhecer alguém ou um grupo social depende de como estes são vistos, aceitos e do lugar que ocupam na sociedade. A composição dos movimentos de mulheres do campo é bastante abrangente, ou seja, envolve diversas categorias de mulheres de diferentes atividades: "agricultoras, arrendatárias, meeiras, quebradeiras de coco, pescadoras artesanais, sem terra, assentadas... Mulheres índias, negras, descendentes de europeus. [...] Pertencemos à classe trabalhadora, lutamos pela causa feminista e pela transformação da sociedade (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p.).

Estas mulheres estão envoltas em uma situação bastante problemática quanto às relações patriarcais, que são manifestas de forma bastante incisiva no espaço rural. Porém, a história demonstrou um cenário bastante combativo construído por essas mulheres, através de movimentos de mulheres do campo e, sua primeira conquista foi sair da invisibilidade como trabalhadoras, em 1988, quando foram reconhecidas juridicamente como trabalhadoras. Portanto, merecido é o destaque destas mulheres camponesas, que passaram a articular-se em movimentos sociais, mantendo-se fortes e unidas em prol de suas reivindicações, que, nos últimos períodos tem abrangido fortemente as questões ambientais. Não se pode negar que os movimentos de mulheres foram o grande impulso de mudanças na estrutura do trabalho feminino na agricultura e hoje estão sendo fortes aliadas em questões de políticas de proteção ambiental.

O movimento das mulheres rurais surge nos anos de 1980, através de diferentes movimentos no campo, Estados brasileiros, construindo sua própria organização. Sua motivação por lutar pelos seus diretos, fora erguida pelo reconhecimento tanto econômico como identitário, ou seja, pela valorização como trabalhadoras rurais, lutando por uma libertação, por sindicatos, acesso a documentos pessoais de identificação, como por direitos trabalhista, previdenciários e uma maior participação política (LA VIA CAMPESINA MOVIMENTO CAMPESINO INTERNACIONAL, 2011, s. p).

A organização dessas mulheres tem sido dividida em grupos distintos por regiões e/ou por organizações sindicais, como o Movimento das Margaridas, o Movimento das Mulheres Trabalhadoras Rurais e, também o Movimento das Mulheres Camponesas (MMC) que, ligados a várias vertentes sindicais e políticas, construíram – e ainda constroem - identidades políticas e o seu reconhecimento público das camponesas. Por meio dessas conquistas e acessos a políticas públicas governamentais, elas passaram a ser sujeitas de direitos, fazendo com que sigam trabalhando em forma de organizações coletivas, não somente nos movimentos de mulheres, mas também envolvidas com outras organizações que tem a ver com o meio rural.

Mesmo advindas de movimentos diferentes, as camponesas têm se organizado e articulado a nível nacional, o que facilitou diversas lutas e fortificou reivindicações que se transformaram em políticas públicas.[4]

Denota-se deste modo à existência de várias organizações de mulheres do campo e, o conjunto das mesmas compõe o que se

[4] "Com este processo, sentimos a necessidade de articulação com as mulheres organizadas nos demais movimentos mistos do campo. Em 1995, criamos a Articulação Nacional de Mulheres Trabalhadoras Rurais, reunindo as mulheres dos seguintes movimentos: Movimentos Autônomos, Comissão Pastoral da Terra – CPT, Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra - MST, Pastoral da Juventude Rural - PJR, Movimento dos Atingidos pelas Barragens – MAB, alguns Sindicatos de Trabalhadores Rurais e, no último período, o Movimento dos Pequenos Agricultores – MPA" (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p.).

denomina de movimento das mulheres camponesas. Todos esses movimentos articulados de mulheres do campo foram muito bem desenvolvidos, através de mobilizações, lutas pontuais, processos de formação e divulgação através da produção de materiais formativos e informativos (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p). Um dos movimentos mais destacados no cenário brasileiro é o Movimento de Mulheres Camponesas (MMC), que apregoam os seguintes valores: "[...] Respeitar as diferenças; Ética; Disciplina; Construir novas relações; [...] solidariedade; Amor à luta; Companheirismo; Valorização da mulher e de todos os seres humanos [...]" (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p.). No ano de 2000, surgiu a Marcha das Margaridas, que recebeu grande amplitude na América Latina, juntando as várias organizações de movimentos de mulheres no campo.[5]

Uma questão bastante interessante dentro dos movimentos de camponesas é a mística religiosa que ganha destaque sempre que se encontram, enaltecendo e cultuando elementos da natureza e os relacionando com o cuidado da saúde dos seus, do meio ambiente e como elemento da busca de forças para suas lutas. Em suas práticas e encontros existe sempre esses momentos de espiritualidade para fazer uma reflexão. A partir de algum objeto apresentado, podendo ser um alimento, flores, ervas, velas e/ou um objeto do trabalho cotidiano, dentre outros, aliados à uma leitura bíblica. Nesse contexto, encontra-se a leitura da Bíblia como um elemento emancipador e motivador das lutas, num processo de hermenêutica da teologia feminista.

Utilizando relatos do Movimentos das Mulheres Camponesas (MMC), pode-se "[...] afirmar que a Mística do MMC encontra sua

---

[5] "A Marcha das Margaridas é uma ação estratégica das mulheres do campo e da floresta que integra a agenda permanente do Movimento Sindical de Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais (MSTTR) e de movimentos feministas e de mulheres. É um grande momento de animação, capacitação e mobilização das mulheres trabalhadoras rurais em todos os estados brasileiros, além de proporcionar uma reflexão sobre as condições de vida das mulheres do campo e da floresta. Por ser permanente, as mulheres trabalhadoras rurais seguem, diariamente, lutando para romper com todas as formas de discriminação e violência, que trazem conseqüências perversas à vida delas" (MARCHA DAS MARGARIDAS, s.a., s.p).

razão de ser no desejo de justiça e felicidade que nos anima na luta, no trabalho de base. A terra, a água, o fogo e ar são elementos que dão significados à mística da vida". Para as mesmas, o momento da mística, leva homens e mulheres a união pela luta da justiça no país, provocando forças para a luta por mudanças sociais. De Acordo com relatos, este momento de espiritualidade, "[...] deverá nos levar a reconstituir uma cultura humana que acolhe, transforme e cuide da vida e que, pouco a pouco vai se cristalizando na nova mulher lutadora" (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p.).

Nos contextos até então apresentados, percebe-se a preocupação sempre presente dos movimentos de mulheres camponesas com o meio ambiente natural, que onde elas se encontram e onde vivem os seus familiares. Essas ações remetem a corrente espiritualista do ecofeminismo do terceiro mundo, onde o elemento da mística religiosa está presente nas lutas e nas demandas de proteção ambiental e, ao mesmo tempo, no combate da cultura patriarcal opressora. Fato é que os movimentos das mulheres do campo, que podem ser classificados de forma genérica como ecofeministas, tem tido presente, sobretudo, o objetivo do bem comum, a uma ampla proteção ao meio ambiente natural, ressaltando a proteção da *oikos, ou* a *patchamama*, termo esse muito utilizado na América Latina.[6]

A partir das mobilizações destes grupos que entrelaçam-se em suas pautas de discussão e lutas, obteve-se uma amplitude na proteção ambiental, reavivando no cenário brasileiro o viés ecológico político, não olvidando-se, de acordo com Leonardo Boff, do importante papel da agricultura para a vida da humanidade, pois

[6] "O termo pachamama é formado pelos vocábulos 'pacha' que significa universo, mundo, tempo, lugar, e 'mama'traduzido como mãe. De acordo com vestígios que restaram, a Pachamama é um mito andino que se referente ao 'tempo' vinculado à terra. Segundo tal mito,é o tempo que cura os males, o tempo que extingue as alegrias mais intensas, o tempo que estabelece as estações e fecunda a terradá e absorve a vida dos seres. O significado 'tempo' advém da língua Kolla-suyu, falada pelos aborígenes que habitavam a zona dos Andes durante o processo de colonização . No transcorrer dos anos, com o predomínio de outras raças e de modificações na linguagem, pachamama passou a significar 'terra', merecedora do culto" (TOLENTINO; OLIVEIRA. 2015, p. 315-316).

"Não haverá seguridade alimentar sem as mulheres agricultoras, se não lhes for conferido mais poder de decisão sobre os destinos da vida na Terra" (BOFF, 2006, p. 28). As mulheres sempre mantiveram uma relação histórica muito forte com a agricultura e a proteção da biodiversidade. Elas foram protagonizadoras de uma das mais importantes e profundas revoluções ocorridas na humanidade – a criação da agricultura – que permitiu as condições necessárias para a evolução da humanidade na terra. Portanto, a agricultura é uma criação feminina, ou seja, ela foi uma invenção das mulheres. De acordo com os ensinamentos de Elisabeth Badinter, a mulher por tradição, era uma coletora e, com isso, obteve a oportunidade de observar os fenômenos da semeadura e germinação natural das sementes, fazendo com que passasse a reproduzir essa transformação artificialmente, perto de suas moradas (BADINTER, 1986, p. 59-60).

Por ser a agricultura um espaço de produção e reprodução de vida, pois é nela que são gerados os alimentos, é importante destacar que, na atualidade, a mesma tem se voltado para o monocultivo baseado em uso de agrotóxicos e organismos geneticamente modificados, responsáveis por riscos ambientais ainda incalculáveis. A diversidade produtiva encontrada na agricultura tem sido responsabilidade quase que exclusiva das mulheres que são bastante preocupadas com questões envolvendo a saúde humana. Assim elas desempenham um papel vital na segurança alimentar e na produção diversificada de alimentos. Essas demandas e essa preocupação se manifestam claramente nos movimentos de mulheres camponesas.

A preocupação feminina com o cuidado e proteção ambiental é que "As atividades de planejamento e gestão que visam à sustentabilidade do sistema de produção e o bem-estar das famílias que vivem no campo só avançam quando integram os conceitos associados de diversidade e gênero" (CORDEIRO, 1994, p. 29-33). As políticas públicas não podem tratar a família como unidade uniforme, é necessário notar as diferenças presentes no núcleo familiar, sob o jugo de reforçar um modelo já vigente, necessita-se

"[...] abrir os olhos para o conjunto da pequena propriedade e os ouvidos para as diferentes visões que aí coexistem" (CORDEIRO, 1994, p. 36).

A partir da forte presença dos movimentos acima referidos, na ECO-92 e, conjuntamente ao Planeta Fêmea [7], como recomendação de inclusão de formas inovadoras de educação, a preservação dos recursos considerados naturais, e uma participação ao planejamento da economia mais sustentável (ARACI, 2005, p. 12).[8]

Neste contexto de luta pela proteção ambiental e contra o monocultivo houve uma ação das mulheres do movimento camponês do Rio Grande do Sul contra o monocultivo desenfreado de celulose. A ação ocorreu no dia 08/03/2006, em Barra do Ribeiro/RS, denunciando assim a exploração praticada por empresas transnacionais de celulose, bem como a denúncia referente a Reforma Agrária estagnada pelo governo (CONTE; MARTINS; DARON, 2009, p. 153).

> As mulheres camponesas ocuparam um horto florestal de uma grande empresa capitalista, opondo-se ao monocultivo florestal, de mudas clonadas de plantas exóticas; destruíram experimentos da negação da biodiversidade, dizendo não à violência social, econômica e ambiental promovida conscientemente pelas empresas de celulose. Elas se manifestaram contra a ganancia e o lucro das empresas (CONTE; MARTINS; DARON; 2009, p. 158).

---

[7] "O Planeta Fêmea, organizado pela Coalização de Mulheres Brasileiras, ocupou significativo espaço nos debates sobre meio ambiente e desenvolvimento no Fórum Social de ONGs, evento paralelo ao Rio-92. Durante 12 dias, mulheres de todo o mundo discutiram os problemas vividos no planeta e formularam e adotaram sua própria plataforma, a Agenda 21 de Ação das Mulheres, que tratou de temas como governança, militarismo, globalização, pobreza, direitos da terra, segurança alimentar, direitos das mulheres, direitos reprodutivos, ciência e tecnologia e educação" (ARACI, 2005, p. 12).

[8] Os movimentos posicionaram-se de modo mais incisivo, o que veio a contribuir para a proteção ambiental: "È urgente pensar em formas de utilização de outras energias sustentáveis, como a energia heólica (dos ventos), a solar e a da biomassa (bagaços, esterco e outros) e, mais ainda, torna-las viáveis. É necessário ainda, fazer o aproveitamento da água da chuva, através da utilização de cisternas. A água e as sementes devem ser entendidas como patrimônio dos povos a serviço da humanidade" (CONTE; MARTINS; DARON, 2009, p. 126).

A repercussão pública desse fato público chamou a atenção nacional e internacionalmente sobre a problemática do monocultivo. Além disso, o discurso assumido pelo movimento foi de produção diversificada e sustentável. O referido movimento luta por estratégias que promovam a autonomia de mulheres e consolidam sua agenda direcionada a segurança e a soberania alimentar, que entrosam de modo direto com ações e acesso a recursos naturais, como o acesso a água e a produção agroecológica, reivindicando "[...] diferentes programas, tais como: acesso a terra; Programa Bolsa Verde; Programa 1 milhão de cisternas entre outros". Assim, é importante reconhecer o papel das mulheres como parte do trabalho produtivo de autoconsumo, bem como os avanços que elas têm alcançado no manejo apropriado dos recursos naturais (HORA; MOLINA, 2014, p. 118).

Neste viés, o Brasil implementou sua legislação, no que se refere a Lei Nacional da Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN - (Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006), "[...] com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada" (BRASIL, 2006), referendado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

Yayo Herrero sintetiza algumas propostas ecofeministas para um ambiente sustentável, que coincidem com demandas dos movimentos de mulheres do campo no Brasil, como uma oposição ao desenvolvimento maximizado de adições monetárias, em prejuízo da saúde de comunidades de pessoas e de ecossistemas; a incorporação e uma valorização de saberes e ofícios manuais femininos em prol da subsistência; uma maior concentração em organização econômica-política da vida e do trabalho feminino, apresentando alternativas viáveis à crise ecológica estabelecida e melhoria crescente nas condições de vida das mesmas, que quase em sua totalidade são pobres; a construção de possibilidades concretas de autossuficiência, descentralização e uma auto-organização, sempre mediante um equilíbrio (HERRERO, 2007, s.p).

Nesta perspectiva se identificam as muitas mulheres agricultoras existentes, na luta campesina, que lutam pela manutenção de sementes tradicionais, pela não transgenia e por uma alimentação saudável sem o uso de agrotóxicos, conservação de sementes e a mística dos elementos da natureza. A partir da pressão dos movimentos de mulheres do campo, o governo federal do Brasil tem criado políticas públicas mais voltadas a produção e comercialização de alimentos, tendo como principais executoras destas políticas, as mulheres camponesas. O Ministério do Desenvolvimento Agrário, existente até o ano de 2016, criou inúmeros espaços de debate com mulheres camponesas de todo o Brasil para qualificar políticas públicas voltadas para mulheres, bem como diversos programas.

> No período de 2003-2010 foram implantados programas que objetivavam garantir cidadania e inclusão produtiva para as mulheres, tais como: Programa Nacional de Documentação da trabalhadora Rural (2004); Crédito especial para Mulheres – Pronaf Mulher (2003/2004); As assistência técnica Setorial para Mulheres (2005); Programa de Organização Produtiva para as Mulheres Rurais (2008); Criação da Modalidade Adicional de Crédito para Mulher na Reforma Agrária – Apoio Mulher (2008).No período subsequente, de 2011 a 2013, destaca-se a agenda de combate à miséria extrema com o Plano Brasil Sem Miséria, e as políticas públicas vão incorporando, cada vez mais, a transversalidade de gênero, com destaque para a efetivação de cotas de atendimento e de aplicação de recursos específicas para mulheres, a exemplo do Programa de Aquisição de Alimentos e das Chamadas Públicas para seleção de Prestadoras de Serviços de Assistência técnica (Ater)" (HORA; BUTTO, 2014).

Dentre eles destaca-se, ainda, o programa de Assistência Técnica e Extensão Rural voltado para camponesas, o *ATER para Mulheres* (BRASIL, MDA), o qual propicia assistência técnica rural voltada para mulheres e, especialmente, para a produção agroecológica, atendendo a especificidade de um desenvolvimento sustentável mais voltado para uma visão sistêmica e integrada, não

priorizando a economia e sim a preservação da segurança e soberania alimentar.

Considerações finais

A proposta contral da breve pesquisa foi refletir sobre o ecofeminismo espiritualista frente a atuação de Movimentos de Camponesas em prol instituição de políticas de proteção ambiental. Assim, alguns elementos, ao final do texto, são possíveis de serem apresentados. Um deles é a confirmação de uma maior proximidade das mulheres com o meio ambiente natural, porém, não como algo natural, mas sim como uma construção social criada a partir da divisão sexual do trabalho.

Portanto, depreende-se a possibilidade de que histórica e culturalmente as mulheres estão mais próximas das tarefas do cuidado com outros seres humanos e com o meio ambiente. O ecofeminismo contribui para explicar esta proximidade e alertar que as relações de poder são as que determinaram estas proximidades. No caso das mulheres camponesas, a partir da análise realizada sob o enfoque ecofeminista, constatou-se que as mulheres camponesas brasileiras, organizadas em movimentos do campo, apresentam preocupações muito semelhantes no que se refere a proteção dos recursos naturais e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, premissa essa apregoada na própria Constituição Federal de 1988.

Um aspecto importante a ser mencionado é o fato das diferentes nuances do desenvolvimento sustentável dentro do contexto contemporâneo que prima pelo desenvolvimento econômico, situação essa denunciada pelos movimentos de mulheres camponesas e que buscam posicionar-se para alcançar direitos de igualdade, respeitando as diferenças, e isto tem sido bom porque elas pautam novas demandas de mudança cultural e jurídica das relações sociais e econômicas, voltadas para um desenvolvimento humano, cultural e econômico mais sustentável,

aspectos esses trabalhados no ecofeminismo espiritualista do terceiro mundo, que prima pela proteção ambiental, levando em conta elementos sagrados da natureza.

Esta mística religiosa, característica da corrente ecofeminista acima mencionada e praticada nos encontros dos movimentos de mulheres camponesas proporciona a reflexão do meio em que se encontram inseridas, e assim consequentemente uma maior articulação pela efetivação de políticas de proteção ambiental no cenário brasileiro. Por fim, foi possível observar as legislações de segurança alimentar tão reivindicada por estes movimentos de mulheres são muito tímidas e favorecem em muito as industrias do grande capital. Porém, essas mulheres alcançaram a implementação e efetivação de políticas públicas voltadas para a garantia de seus princípios ético ecológicos e, consequentemente, uma mudança cultural no cenário atual.

Referências

ANGELIN, Rosângela. "Mulheres, ecofeminismo e desenvolvimento sustentável diante das perspectivas de redistribuição e reconhecimento de gênero". *In: Mulheres, ecofeminismo e desenvolvimento sustentável diante das perspectivas de redistribuição e reconhecimento de gênero. Estamos preparados*?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791. Acesso em 03 de set. de 2016. p. 1569-1597.

ANGELIN, Rosângela. Mulheres e ecofeminismo: Uma abordagem voltada ao desenvolvimento sustentável. *Revista Universidad en Diálogo*.Vol. 7, N.°1, Enero-Junio 2017, pp. 51-68.

ARAÚJO, Ana Paula de. *Gaia*. Disponível em:<http://www.infoescola.com/mitologia/gaia/>. Acesso em: 02 Set. 2017.

ARACI, Nilza. “Gênero e meio ambiente –qual a sustentabilidade possível?” *In:* CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam [Orgs.*]. Gênero e meio ambiente.* 2ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO:UNICEF, 2005.

BADINTER, Elisabeth. *Um é o outro.* Relações entre homens e mulheres**.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

BIANCHI, Bruna. *Introduzione Ecofemminismo: il pensiero, i dibattiti, le prospettive.In: Dep. Deportate, Esuli, Profughe,* n. 20, v. I-XXVI, Jul. 2012. Disponível em: <https://iris.unive.it/retrieve/handle/10278/37436/27646/Ecofem.pdf> . Acesso em: 12 Set. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA). *Ater ajuda na garantia de renda de agricultoras da Bahia.* Disponível em: <http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/ater-ajuda-na-garantia-de-renda-de-agricultoras-da-bahia>. Acesso em: 23 mar. 2016.

BOFF, Leonardo. *Virtudes para um outro mundo possível. Vol. III: comer e beber juntos e viver em paz.* Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

CAPRA, Fritjof. *Pertencendo ao universo explorações nas fronteiras da ciência e da espiritualidade.* Título original: *“Belonging to the Universe - Explorations on the Frontiers of Science”*. São Paulo: Cultrix, 1991. Disponível em:<https://drive.google.com/drive/folders/0BYLV8egGwSuYWtZaFRNOHhhdDg>.Acesso em: 02 Set. 2017.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida uma nova compreensão cientifica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1995. Disponível em:<https://drive.google.com/drive/folders/0B-YLV8egGwSuYWtZaFRNOHhhdDg>.Acesso em: 02 Set. 2017.

CONTE, Isaura Isabel; MARTINS, Mariene Denise; DARON, Vanderléia Pulga. “Movimento de mulheres camponesas: na luta a constituição de uma atividade feminista, popular e camponesa”. *In:* PALUDO, Conceição [Org.]., *Mulheres resistência e luta em defesa da vida.* São Leopoldo: CEBI, 2009.

CORDEIRO, Angela. Diversidade: substantivo feminino. In: AS-PTA. Alternativas: Cadernos de Agroecologia. Rio de Janeiro: AS-PTA, 1994.

GEBARA, Ivone. *Teologia Ecofeminista*. São Paulo: Editora Olho d'Água, 1997.

GEBARA, Ivone. "Epistemologia Ecofeminista". *Revista Mandrágora:* Revista de Estudos de Gênero e Religião. Núcleo de estudos teológicos da mulher na América Latina/ do Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião da Universidade Metodista de São Paulo (UMESP) e do Instituto Ecumêmico de Pós- Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, SP: UMESP, Ano VI. n.6, p. 18-27, dez. 2000.

HERRERO, Yoyo. *Ecofeminismo:* uma propuesta de transformación para um mundo que agoniza, 2007. Disponível em:< http://www.rebelion.org/noticia.php?id=47899>. Acesso em: 12 Set. 2017.

HORA, Karla; MOLINA, Caroline. "Mulheres rurais e as políticas públicas de apoio à produção agroecológica e de base sustentável". *In:* BRAVO, Àlvaro Sánchez Bravo; ANGELIN, Rosângela [Edit.]., *Mujeres y medioambiente feminismo y ecologia*. España: Punto Rojo Libros, 2014.

LA VIA CAMPESINA MOVIMENTO CAMPESINO INTERNACIONAL. *Jornada da via campesina mobiliza 10 estados contra os agrotóxicos*. Disponível em: <https://viacampesina.org/es/index.php/temas-principales-mainmenu-27/mujeres-mainmenu-39/1121-jornada-da-via-campesina-mobiliza-10-estados-contra-agrotoxicos>. Acesso em 23 de set. 2016.

LÓPEZ, Maricel Mena. "Ecofeminismo, um jeito de abraçar as diferenças e construir um mundo diferente". *Revista Mandrágora:* Revista de Estudos de Gênero e Religião. Núcleo de estudos teológicos da mulher na América Latina/ do Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião da Universidade Metodista de São Paulo (UMESP) e do Instituto Ecumêmico de Pós- Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, SP: UMESP, Ano VI. n.6, p. 79-84, dez. 2000.

MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminismo*. Título original*: Ecofeminism* Trad. Fernando Dias Antunes. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS. *História*. Disponível em:<http://www.mmcbrasil.com.br/site/node/44>. Acesso em: 12 Jul. 2017.

PULEO, Alícia H. “Feminismo y Ecología”. *In: El Ecologista*. n. 31. El Ecologista, nº 31, verano 2002. Disponível em:< https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/10/feminismo_y_ecologia.pdf>. Acesso em: 02 Set. 2017.

RUETHER, Rosemary Radford. “Ecofeminismo: mulheres do primeiro e terceiro mundos”. *Revista Mandrágora:* Revista de Estudos de Gênero e Religião. Núcleo de estudos teológicos da mulher na América Latina/ do Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião da Universidade Metodista de São Paulo (UMESP) e do Instituto Ecumêmico de Pós- Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, SP: UMESP, Ano VI. n.6, p. 11-17, dez. 2000.

SOUZA, Sandra Duarte. “Teoria, teo(a)logia e espiritualidade ecofeminista: uma análise do discurso*”. Revista Mandrágora:* Revista de Estudos de Gênero e Religião. Núcleo de estudos teológicos da mulher na América Latina/ do Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião da Universidade Metodista de São Paulo (UMESP) e do Instituto Ecumêmico de Pós-Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, SP: UMESP, Ano VI. n.6, p. 57-64, dez. 2000.

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. “Pachamama e o direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano”. *In: Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12, n.23, p.313-335. Janeiro/Junho de 2015. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/393-2629-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 Set. 2017.

44

Uma abordagem sobre o encarceramento feminino na perspectiva dos direitos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro

Tassiana Borcheidt[1]
Ester Eliana Heuser[2]
Eloisa Nair. A. Argerich[3]

1 Introdução

O estudo abordará as especificidades relativas ao encarceramento feminino a partir de uma análise do sistema prisional brasileiro, uma vez que o mesmo enfrenta uma grande desestruturação. Mesmo com o célere crescimento da violência, e, consequentemente do número de presos, o Poder Público se mostra omisso deixando de destinar investimentos no intuito de garantir a

---

[1] Acadêmica do 9º semestre do Curso de Graduação de Direito, bolsista do Projeto de Extensão "Cidadania para Todos". E-mail: tborcheidt@bol.com.br

[2] Professora do Curso de Graduação em Direito da UNIJUI/RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC. Coordenadora do Projeto "Cidadania Para Todos", adscrito ao Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Facilitadora dos Círculos de Paz, da Justiça Restaurativa 21 da Comarca de Ijuí, projeto desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E-mail: estereh@unijui.edu.br

[3] Professora do Curso de Direito da UNIJUI/RS; Extensionista do Projeto "Cidadania Para Todos", adscrito ao Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Facilitadora dos Círculos de Paz, da Justiça Restaurativa 21 da Comarca de Ijuí, projeto desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E-mail: argerich@hotmail.com

ressocialização dos encarcerados e efetivar o papel de reinserção social atribuído a pena privativa de liberdade.

No que tange ao atendimento de mulheres encarceradas, sabe-se que o cenário é bem alarmante, ainda que a população prisional feminina seja relativamente inferior à masculina, o preconceito com relação ao gênero feminino ainda é um grande divisor de águas, e como explanam vários autores, "o sistema prisional foi feito para homens e por homens".

É notório o descaso do Poder Público que na maioria das vezes, e, em grande parte dos presídios, omite e desrespeita os direitos das mulheres restringindo direitos essenciais como a manutenção da unidade familiar e ainda privando-as do acesso à políticas públicas especificas para sua reintegração social.

Quando se trata da mulher, o cárcere em si torna-se extremamente degradante considerando-se que grande parte delas são mães, inclusive, de bebês de colo, muitas vezes, filhos de companheiros presos ou envolvidos com atividades ilícitas. Desta forma são restringidas de participar do convívio dos filhos entregando os mesmos para o cuidado de parentes e/ou amigos.

De fato, a sociedade jamais verá com bons olhos uma mulher que já passou pelo cárcere. A partir do momento em que foi inserida no mundo criminoso, desfez-se a imagem "maternal" associada ao gênero feminino.

2 O sistema prisional e suas mazelas em relação às mulheres: a afronta aos princípios constitucionais e normativos

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema normativo disposto de maneira hierárquica, sendo a Constituição Federal, promulgada no ano de 1988, a norma superior a qual todas as outras estão subordinadas. Em seu preâmbulo, a Constituição Federal institui o Estado Democrático de Direito, que tem por escopo, a garantia e respeito às liberdades civis, aos direitos humanos e às garantias fundamentais. *In verbis*:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Os direitos fundamentais determinados pelo Estado de Direito têm como finalidade principal o respeito ao ser humano. Desta feita, faz-se de suma importância mencionar os mais relevantes princípios constitucionais aplicáveis à Execução Penal, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, princípio da igualdade, princípio da jurisdicionalidade, do contraditório, princípio da humanização da pena, princípio da proporcionalidade e o princípio da individualização da pena.

A priori, para ilustrar o assunto aqui estudado, deve-se salientar que no artigo 5º da Constituição Federal, está estabelecido que todos são iguais perante a lei. Ainda, em seus incisos, descreve que homens e mulheres são iguais perante a lei, deixando vedado o tratamento discriminatório, bem como penalizações que impliquem em penas cruéis ou perpétuas, o tratamento desumano e a tortura (BRASIL, 1988).

Um dos principais fundamentos da Constituição da República de 1988, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é oriundo de um valor moral e considerado um princípio basilar que dá sustentação a várias outras normas.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) caracteriza o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como a

> [...] qualidade intrínseca e distintiva de 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 existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Observa-se que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem sempre a finalidade de defender os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, ou seja, determina o respeito a todos sem nenhum tipo de distinção quanto a origem, sexo, raça, idade, condições socioeconômicas, dentre outras.

Para Alexandre de Moraes (2003, p. 60):

> A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Verificando a realidade do sistema prisional brasileiro, em geral, como mencionado, este tem passado por diversos obstáculos, como a superlotação, a estruturação física insuficiente para obedecer aos padrões exigidos, a higiene precária, a falta de saneamento bem como a falha no atendimento médico e psicológico prestado aos detentos, ou seja, a aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem deixado a desejar.

A título de exemplificação, a jornalista Nana Queiroz, observou e descreveu em seu livro “Presos que menstruam” a situação deplorável vivida por muitas detentas sem que o Poder Público atue de maneira efetiva para melhoria da condição mínima de sobrevivência dessas mulheres dentro do sistema prisional.

Observa que ainda que possua tantas peculiaridades, as mulheres são tratadas como os detentos do sexo masculino, um tratamento desumano, em condições insalubres, sem atenção especial a condições tão peculiares como a maternidade e a menstruação. (QUEIROZ, 2015).

Como já mencionado, a Execução Penal é regida por diversos princípios constitucionais. A lei nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal, menciona o princípio da legalidade no bojo dos artigos 2º e 3º, determinando que todas as restrições de direito devem recorrer sempre da Lei: seja ela ou o Código de Processo Penal.

O artigo 5º da Constituição Federal (1988), em seu II inciso, dispõe:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei;

O princípio da legalidade ainda é um orientador e regulador do processo de criação, interpretação e aplicação das normas penais garantindo a desconsideração de qualquer modalidade de crime em que não exista uma lei anterior ao cometimento do delito, bem como a imposição de sanções (penas) sem prévia definição legal. Isso é o que determina o art.1º do Código Penal Brasileiro quando afirma que "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal." (BRASIL, 1940)

Na execução penal, o princípio da legalidade tem o objetivo de coibir todos os abusos e ilegalidades que venham a ser cometidos como disposto no art. 5º da Constituição Federal. Deverá fazer-se presente em todos os momentos da execução. Neste diapasão discorre Francisco de Assis Toledo (1994, p.21).

> O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenha sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, inciso XXXIX e XL.

Ainda que o princípio da legalidade seja um dos princípios norteadores da Execução Penal, não se pode olvidar, que de fato, muitas vezes o mesmo é infringido pois é imensa a discrepância existente entre a realidade do sistema prisional e as normas.

O desrespeito ao princípio da legalidade, claramente ocorre quando o Estado, responsável pela Execução Penal, não assegura o acesso aos direitos da pessoa presa consagrados na Lei de Execução Penal. O Estado deve oportunizar condições mínimas para o cumprimento da lei, entretanto, falha constantemente neste aspecto quando não assegura a ressocialização e um tratamento humanitário ao condenado.

Observando-se a situação do atual sistema prisional brasileiro tem-se apenas a confirmação da omissão do Estado em descumprir o dever de assistência elencado na Constituição Federal bem como na Lei de Execuções Penais.

Outro aspecto relevante está inscrito no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que afirma veementemente que todos são iguais, ou seja, todos os cidadãos deverão receber o mesmo tratamento, respeitando-se as peculiaridades de cada gênero, entretanto, sabe-se que, a estrutura prisional existente no país, tem tornado inaplicáveis a igualdade de tratamento.

Sídio Rosa de Mesquita Júnior (2003, p. 24-25) ensina que:

> O princípio da igualdade determina a inexistência de discriminação dos condenados por causa de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, pois todos gozam dos mesmos direitos.

Assim, de acordo com as disposições legais a despeito do tema, nenhum cidadão, esteja dentro ou não do sistema prisional, poderá sofrer qualquer tipo de tratamento discriminatório, exceto, para atendimento das peculiaridades como a das mulheres. O objetivo fundamental deste princípio aplicável à execução penal, é garantir igualdade de tratamento na aplicação da lei.

Importante se faz mencionar, para a melhor compreensão deste princípio e sua aplicabilidade da Execução Penal, a igualdade formal e a igualdade material considerando-se que a igualdade não deve ser compreendida apenas em seu sentido formal (tratamento equânime a todos), mas especialmente em seu sentido material o que exige a consideração e o respeito às diferenças.

A igualdade formal faz referência ao *caput* do artigo 5º, acima mencionado, que dispõe que "todos são iguais perante a lei", ou seja, a igualdade formal é aquela que determina a proibição de tratamento diferenciado a qualquer indivíduo se baseando em alguns critérios.

Entende-se desta forma que a igualdade formal tem como finalidade garantir o tratamento igualitário assegurado pela lei, sendo proibido quaisquer tipos de discriminações arbitrárias.

Já a igualdade material tem por escopo garantir tratamento diferenciado a determinado grupo de indivíduos que tem necessitam de atendimento em razão de suas peculiaridades, ressaltando-se que a diferenciação deve ser razoável.

O princípio mencionado é de suma importância para o tema em discussão, uma vez que o que se discute é justamente a necessidade de um atendimento especifico das mulheres dentro do sistema prisional, pois não se exige apenas espaços adequados, mas sim respeito às diferenças e peculiaridades femininas.

Imprescindível descrever o princípio da jurisdicionalidade que determina que todos os atos praticados dentro da Execução Penal estejam sobre o crivo de uma autoridade judiciaria e desta forma as atribuições do juiz da Execução Penal estão descritas no rol do artigo 66 da Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/1984,

destacando-se, entre elas a aplicação aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favoreça o condenado; declarar a extinção da punibilidade e outras atribuições tão importantes quanto as citadas, mas que neste trabalho não serão objeto deste artigo.

De acordo com Rogério S. Cunha (2017, p. 14) o princípio da jurisdicionalidade exige que o processo de execução da pena seja conduzido por um juiz a quem incumbe a observância dos parâmetros estabelecidos em lei. Deste modo:

> [...] o processo de execução será conduzido por um juiz de direito, como estabelecido no art. 2º: "A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça Ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida...". A natureza jurisdicional da execução se extrai, ainda, da simples leitura do art. 194: "O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução.

Assim, infere-se deste princípio que a Execução Penal seja conduzido por um magistrado e que todos os incidentes da execução sejam por ele decididos, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, que serão e destacados a seguir.

Reflexo dos princípios constitucionais esculpidos no art. 5º da Constituição Federal, os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório se fazem presente na Execução Penal.

A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 59, determinas que praticada a falta, deverá ser instaurado o procedimento para apuração assegurando-se o direito de defesa. (BRASIL, 1984). Direito legitimo de qualquer cidadão, a defesa é o meio pelo qual o acusado está desobrigado a praticar ato que lhe desfavoreça, podendo, inclusive, mentir durante um interrogatório.

Tal princípio é pautado em duas regras: defender-se e recorrer. Nas lições de Greco Filho (1996, p. 110, 126 e 129):

> Consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer

> contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora é essencial à administração da justiça (art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável.

Já o princípio do contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV, que dispõe que aos litigantes e acusados será assegurado o contraditório e ampla defesa, (BRASIL, 1988), discorre que todas as partes envoltas nas relações processuais deverão estar cientes dos atos e decisões oportunizando-se a manifestação a respeito de cada uma delas.

Para Aury Lopes Jr (2012, p. 239):

> O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado - e da sociedade - em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. O ato de contradizer a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.

É inegável que o contraditório e ampla defesa caminham lado a lado e são fundamentais para garantir que haverá um processo penal minimamente paritário, isto é, com o máximo grau de informação e o máximo grau de refutabilidade das questões de fato e de direito (QUEIROZ, 2017)

Isto posto, depreende-se da sucinta análise destes princípios garantidos pela Constituição Federal de 1988, que deverão ser observados minuciosamente dentro da Execução Penal, pois são fundamentais ao Estado democrático servindo de instrumento de defesa aos direitos de toda e qualquer pessoa.

Analisa-se, ainda o princípio da Humanização da Pena tem por escopo garantir que a pena imposta jamais ultrapasse a pessoa do condenado, bem como não atente contra sua integridade física e mental.

Para Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 63) esse princípio diz respeito ao direito penal que "[...] deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados." Alerta ainda que, os condenados "[...] não devem ser excluídos da sociedade somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas".

Depreende-se, por fim, deste princípio, bem como do princípio da personalidade da pena, que qualquer pena aplicável jamais passará do responsável pelo cometimento do delito, ressalvando-se apenas os efeitos extrapenais quando da reparação de danos na esfera civil.

Para entender o princípio da individualização da pena, se faz necessário conceituar o princípio da Proporcionalidade da Pena que significa dizer que a mesma deverá ser simétrica à gravidade da infração cometida, ou seja, a um crime considerado como "bagatela" não poderá ser aplicada uma pena equivalente a de um crime de grande potencial lesivo.

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p191):

> A proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentai, configurando um limite de seu poder limitador.

Com estas considerações entende-se que para atendimento efetivo deste princípio, o julgador, em tempo algum, poderá ultrapassar os limites impostos pela culpabilidade.

O princípio da Individualização da Pena, de acordo com o disposto no artigo 5º da LEP – Lei de Execuções Penais, determina que os condenados serão classificados segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. (BRASIL, 1984)

Tal princípio é de grande relevância, considerando-se que que garante uma punibilidade adequada ao criminoso observando-se sua conduta criminosa e tem por escopo considerar as peculiaridades do condenado e garantir o cumprimento adequado da pena a ele imposta, assegurando, ainda que a imposição da pena seja suficiente para reprimir novos crimes.

Importante mencionar que, a individualização da pena manifesta-se em três momentos: inicialmente, no processo de elaboração da norma penal, quando, para a definição da pena em abstrato é considerada a gravidade abstrata do delito; posteriormente, no processo de individualização judicial da pena, quando o magistrado responsável pela sentença, deverá concretizar a sanção a ser imposta ao condenado, observando as diretrizes do artigo 59 do Código Penal (1948), que dizem respeito a gravidade concreta da infração e, finalmente, no processo de individualização executiva (ou execução da pena), quando deverão ser observadas as peculiaridades e necessidades de cada condenado, devendo estas orientar o processo de classificação e individualização.

Desta forma, considera-se tal princípio como uma garantia repressiva em que se disciplina as sanções cabíveis no plano legislativo, consagra a prudência do juiz no plano judicial e abrange medidas judiciais e administrativas no momento executório (CUNHA, 2017).

3 O sistema prisional brasileiro e o encarceramento feminino

De acordo com os registros da história do Sistema Prisional Brasileiro, têm-se que durante longos séculos o Direito Penal foi marcado por punições cruéis e desumanas. A privação da liberdade

não era uma imposição de pena, mas sim, uma garantia de que o acusado aguardaria, em cárcere, seu julgamento.

Os primeiros indícios de surgimento das penitenciarias das quais conhecemos nos dias de hoje, tem seus registros históricos no fim do século XVIII. No Brasil, até 1830, os crimes e penas eram baseados nas Ordenações Filipinas e somente em 1824, passou a reformar seu sistema punitivo, banindo-se penas cruéis.

Desde os primórdios da história, as penitenciarias no Brasil já se encontravam em situação precária, e com a promulgação do então Código Criminal em 1830, observava-se a escassez de estabelecimentos destinados ao cumprimento das penas. (DI SANTIS, ENGBRUCH, 2016)

Mediante a precariedade dos estabelecimentos e considerando-se que o cárcere imposto pela pena não mais intimidava os infratores bem como não diminuíam o índice de delitos percebeu-se desde então, que a prisão somente degenerava o infrator e não o readaptava para o retorno ao convívio social, o que pode ser claramente observado ainda nos dias de hoje.

Neste sentido, leciona Beccaria (2008, p.26-27):

> À proporção que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade humana adentrarem as celas, quando finalmente os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirão o coração à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedir a prisão. Nossos costumes e nossas leis retrogradas estão muito distantes das luzes dos povos. Somos ainda dominados pelos preconceitos bárbaros que recebemos como herança de nossos antepassados.

Com base em uma análise histórica, acreditava-se que o estabelecimento penal poderia ser um ambiente adequado para cumprimento da finalidade de uma pena imposta, entretanto, com o decorrer dos anos, verificando-se a ineficácia da promoção das políticas públicas aplicáveis à situação do sistema prisional brasileiro, tem-se apenas uma visão cada vez mais negativa.

Disciplinada pela Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, a Execução Penal deve apreciar minuciosamente todos os princípios constitucionais aqui mencionados. A Lei de Execuções Penais estrutura e regula o sistema prisional brasileiro, devendo proporcionar humanidade e racionalidade no cumprimento dos seus dispositivos. É a lei que também regula os direitos e deveres dos presos, sendo reconhecida como uma legislação avançada por estabelecer estas normas.

A LEP, visa a recuperação, ressocialização, readaptação, reinserção, reeducação social, reabilitação do preso, para que quando cumprir sua pena, possa voltar reinserido na sociedade, e que consiga se encaixar no mercado de trabalho.

Desta feita, observa-se que os principais objetivos da LEP – Lei de Execuções Penais é a garantia do cumprimento das penas aplicadas em sentença condenatória bem como a reintegração do apenado.

Para o cumprimento da função de reintegração social atribuída a pena privativa de liberdade, a Legislação Penal Brasileira adota o sistema progressivo de execução das penas. O Código Penal de 1940, adotou um sistema progressivo mais flexível. Neto (2014), destaca que:

> A legislação brasileira não adotou necessariamente o sistema progressivo, mas um sistema de cumprimento de pena de forma progressiva, com vistas à reintegração do criminoso ao convívio social. Nesse sentido, o artigo 33, § 2º do Código Penal afirma que "as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado.

No que diz respeito aos regimes existentes no ordenamento jurídico, destacam-se três tipos: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. No regime fechado o condenado irá cumprir a pena em penitenciária. Quando o preso se encontra neste regime, ele não possui direito de frequentar cursos profissionalizantes. O trabalho

externo só será permitido se for em obras ou serviços públicos, desde que já tenha cumprido um sexto da pena.

Importante mencionar, aqui, a despeito do regime especial para as mulheres e esmiuçar os dispositivos da Constituição Federal e Lei de Execuções Penais que mencionam as regras para o encarceramento feminino.

A Constituição Federal de 1988, traz, em diversos dispositivos, a regulamentação das penas privativas de liberdade por mulheres, entretanto, observa-se que muitas das vezes, a própria norma é discriminatória conforme ver-se-á adiante.

O artigo 5º da Constituição Federal dispõe em seus incisos XLVIII e L, respectivamente: "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" e "às presidiarias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. (BRASIL, 1988)

A norma constitucional determina o respeito às mulheres encarceradas, com a disponibilização de espaços e equipamentos adequados ao atendimento das mesmas, porém, o cumprimento de tais normas, deixa em muito, a desejar.

O regime especial para cumprimento de pena por mulheres foi instituído no Código Penal de 1984 que sinalizou a necessidade de norma especifica para atendimento as peculiaridades das mulheres encarceradas. Alguns dispositivos tratam especificamente sobre as mulheres, citando-se: o ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico; no estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado, entre outros.

4 A crise no sistema prisional e como esta afeta as mulheres

Como tratado anteriormente, a dignidade da pessoa humana é um princípio expresso pela Constituição, devendo então ser

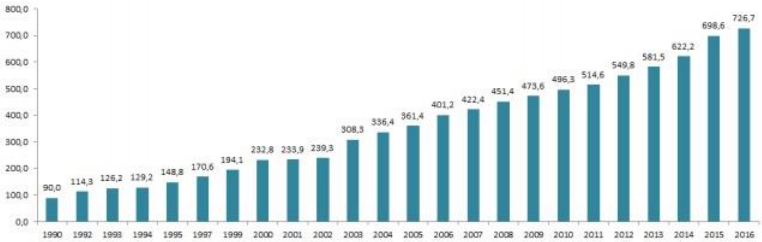
respeitado de forma individual e distinta para cada um, pois todos são dignos de tal garantia.

Tendo como referência o valor da dignidade humana, as regras mínimas para o Tratamento do Preso da Organização das Nações Unidas (ONU), estabelecem a necessidade de separação entre homens e mulheres no sistema prisional, pois é visto que este sistema foi criado para homens, violando a dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que as Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e submetidas à Medidas Não Privativas de Liberdade mais conhecidas como Regras de Bangkok, presam a importância e a necessidade de considerar específicas as particularidades das mulheres quando estas encontrarem-se privadas de liberdade. (CNJ, 2016)

Outro aspecto que chama muito atenção refere-se aos dados disponibilizados pelo DEPEN no ano de 2017, a população carcerária cresceu disparadamente. A pesquisa realizada no ano de 2016, apontou um aumento de 707% de pessoas privadas de liberdade, um número extremamente alto se comparado ao início da década de 90, conforme apresentado gráfico a baixo. (DEPEN, 2017)

Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016[12]



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

Resta claro, que o sistema prisional no Brasil, encontra-se em grande decadência e o descumprimento dos preceitos da dignidade

humana se mostra como um dos principais fatores causadores deste cenário.

No que diz respeito a situação das mulheres encarceradas no Brasil, pode-se destacar que se encontra como uma das mais graves, pois mesmo existindo um dispositivo na Lei de Execução Penal prevendo a separação de estabelecimentos prisionais em masculinos e femininos, no Brasil são poucos os estabelecimentos que dispõe desta separação, como demonstra o gráfico a seguir.

Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça

Denota-se, assim que o sistema prisional foi elaborado para homens, não havendo a mínima preocupação com a questão de gênero, com a as necessidades das mulheres que ali se encontram.

O aprisionamento de uma mulher causa sérios problemas de ordem social e emocional a estas crianças, principalmente a perda das relações familiares. A socialização entre mãe e filho é de suma importância na formação dessa criança. A convivência da criança junto ao seio familiar é um instrumento de desenvolvimento e formação social.

A realidade descrita referente as mulheres no sistema prisional, evidencia nitidamente que a questão da desigualdade de gêneros está presente, não só neste espaço, mas em toda a sociedade, causando graves impactos negativos na vida destas famílias desestabilizadas.

5 Considerações finais

Como discutido brevemente neste artigo pode se concluir que, ainda que a Constituição Federal disponha que as penas serão cumpridas em estabelecimentos penais de acordo com a natureza do delito, idade, e sexo do apenado, devendo homens e mulheres estarem detidos em estabelecimentos separados, a realidade na qual vive o sistema carcerário brasileiro é outra.

Os estabelecimentos penais, além da precariedade, falta de recursos mínimos para tratamento de saúde e atendimento das peculiaridades das detentas, enfrenta superlotação e o Estado nada tem feito na área das Políticas Públicas para a mudança deste quadro.

De fato, a cada dia a situação agrava-se mais em razão da superlotação, dos maus tratos e da falta de assistência aos reclusos e notadamente, as mulheres não encontram respaldo para suas necessidades básicas e constantemente seus direitos são violados.

Constata-se que o sistema penal brasileiro encontra-se em uma crise estrutural e a omissão do Poder Público atesta a sua incapacidade para gerir a execução da pena que envolve o encarceramento feminino.

Por último, não se pode deixar de ressaltar que a realidade descrita referente as mulheres no sistema prisional, evidencia nitidamente que a questão da desigualdade de gêneros está presente, não só neste espaço, mas em toda a sociedade, causando graves impactos negativos na vida destas famílias desestabilizadas.

Referências

BECCARIA, Cesare**. Dos Delitos e Das Penas.** Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2016

_____. Código Penal. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2016.

_____.**Lei de Execuções Penais n.** 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 13 Agosto

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para** Concursos: LEP - 6. ed. rev., atual, e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DI SANTIS, Bruno Morais; ENGBRUCH Werner. A origem do Sistema Penitenciário. Revista Pré Universo. Nº 61. Dez/16 – Jan/17. Disponível em:< http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WpIxZ1T4-1s>. Acesso em: 14 fev. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, *2.º Volume*. 11.ª Edição atualizada. Editora Saraiva. São Paulo, 1996.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf Acesso em: 12 de Agosto 2017.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 240p.

MESQUITA Júnior, Sídio Rosa de. **Manual de execução penal. Teoria e prática de acordo com a lei nº 9.714/98**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003p. 23-24.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção temas jurídicos).

NETO, João Lopes de A. **Regimes prisionais adotados no Brasil**. 2014. Disponível em: http://www.webartigos.com. Acesso em: 12 janeiro 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

QUEIROZ, Nana. **Presos Que Menstruam.** 1ªEd. Editora Record. Rio De Janeiro. 2015

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Contraditório e Ampla Defesa.** 2017 Disponível em: < http://emporiododireito.com.br/leitura/contraditorio-e-ampla-defesa>. Acesso em: 22 de jan. de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. ***Princípios Básicos de Direito Penal.*** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.